



**Repubblica italiana**

**Corte dei Conti**

***La Sezione del controllo per la Regione Sardegna***

composta dai magistrati:

prof. avv. Giuseppe Palumbi	Presidente
dott. Giorgio Longu	Consigliere
avv. Prof. Nicola Leone	Consigliere
dott. Michele Scarpa	I Referendario
dott. <sup>ssa</sup> Lucia d'Ambrosio	I Referendario - relatore

nella camera di consiglio del 6 marzo 2008;

Visto l'articolo 100, comma 2, della Costituzione;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 (e successive modificazioni);

Visto il decreto del Presidente della Repubblica 16 gennaio 1978, n. 21, recante le norme di attuazione dello Statuto speciale per la Sardegna;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Visto l'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131;

Visto l'articolo 1, comma 173, della legge 23 dicembre 2005, n. 266;

Vista la nota n. 84 del 14 gennaio 2008 con la quale il Comune di Ussassai chiede un parere in merito alla possibilità di procedere al

rinnovo di contratti attivi e in merito alla tipologia contrattuale da preferire per i contratti attivi aventi ad oggetto la concessione di una struttura da destinare ad attività commerciale;

Vista la nota n. 25/08/Pres. del 15 gennaio 2008 con la quale il Primo Referendario Lucia d'Ambrosio è stata nominata relatore ai fini del parere di cui sopra;

Vista la nota protocollo n. 308/R.P.1 del 18 febbraio 2008 con la quale il magistrato istruttore ha deferito la relazione istruttoria per la discussione collegiale;

Vista l'ordinanza n. 7 del 21 febbraio 2008, con la quale il Presidente della Sezione del controllo ha convocato la Sezione stessa, in data odierna, per deliberare sul parere richiesto;

Udito il Primo Referendario dott.ssa Lucia d'Ambrosio.

#### PREMESSO

Con nota del 14 gennaio 2008 il Sindaco del Comune di Ussassai ha inoltrato a questa Sezione, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, una richiesta di parere in materia di *contratti attivi*, formulando due distinti quesiti:

- a. *se il rinnovo dei contratti attivi sia conforme alla normativa comunitaria;*
- b. *quale sia, tra la concessione amministrativa e la locazione, la tipologia contrattuale più idonea e conveniente per la stipulazione di contratti attivi che abbiano ad oggetto l'utilizzazione di una struttura da destinare ad attività commerciale.*

#### CONSIDERATO

1. La richiesta di parere, formulata ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre

2001 n. 3", è sottoscritta dal Sindaco del Comune di Ussassai ed è indirizzata direttamente alla Sezione regionale di controllo per la Regione autonoma della Sardegna senza il tramite del Consiglio delle Autonomie locali. Il Consiglio delle Autonomie Locali della Sardegna è stato istituito con legge regionale 17 gennaio 2005 n. 1. In data 31 ottobre 2006 ha approvato il "Regolamento per la disciplina delle procedure di richiesta dei pareri facoltativi previsti dall'art. 7, comma 8, legge 5 giugno 2003, n. 131". Detto regolamento prevede espressamente che la richiesta di parere debba provenire, di norma, dagli organi rappresentativi dell'Ente (ovvero da organi espressamente delegati) e che le richieste siano trasmesse alla Sezione regionale di controllo, a cura dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio delle Autonomie locali, previa ricognizione della portata interpretativa ed innovativa del parere. Questa Sezione ha già evidenziato in numerose pronunce che la legge n. 131/2003 prevede che le richieste di pareri siano formulate "di norma" tramite il Consiglio delle autonomie locali, "se istituito", e che detta modalità di trasmissione dovrebbe ormai rappresentare la regola; ha ritenuto, tuttavia, visto il carattere non automaticamente preclusivo della disposizione che prevede il tramite del Consiglio delle Autonomie, di poter continuare a valutare, caso per caso, la ricevibilità di richieste di pareri che vengano avanzate direttamente dagli enti locali. Perché l'istanza avanzata direttamente dall'Ente locale possa ritenersi ammissibile è necessario, però, che il sottoscrittore della richiesta sia legittimato a formalizzarla, ovvero che l'istanza provenga dagli organi rappresentativi dell'ente (Presidente della Regione, Presidente dell'Amministrazione Provinciale, Sindaco e, nel caso di pareri richiesti su atti di normazione, Consiglio regionale o Consigli provinciali comunali), le cui funzioni e responsabilità garantiscono, non soltanto il

compiuto esito delle ponderazioni amministrative preliminari, ma altresì la preventiva risoluzione di contrasti o conflitti tra settori e uffici dell'Ente, eventualmente rappresentati in forma oggettiva e virtualmente neutrale. La richiesta del Comune di Ussassai, essendo sottoscritta dal legale rappresentante dell'Ente è, pertanto, ammissibile sotto il profilo della *legittimazione soggettiva*.

2. Per quanto concerne i *presupposti oggettivi* di ammissibilità delle richieste di parere, deve premettersi che l'attività consultiva delle Sezioni regionali di controllo è circoscritta, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, legge n. 131/2003, alle "materie di contabilità pubblica". La nozione di contabilità pubblica, quando è strumentale alla funzione consultiva, anche se non può ridursi alla mera tenuta delle scritture contabili ed alle modalità di acquisizione delle entrate e di erogazione delle spese, non investe qualsiasi attività che abbia riflessi di natura finanziaria – patrimoniale, bensì assume un ambito limitato alla normativa e ai relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo, in particolare, la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria – contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli.

3. Il quesito formulato deve, inoltre, essere vagliato alla stregua della natura stessa della funzione consultiva, quale manifestazione di giudizio prodromica rispetto all'attività di amministrazione attiva, per verificare l'esistenza dei seguenti indefettibili presupposti:

- a) la rilevanza generale della questione;
- b) la mancanza di una diretta funzionalità della richiesta rispetto all'adozione di un puntuale atto di gestione e l'assenza di giudizi

c) l'assenza di dirette commistioni con le funzioni di controllo e giurisdizionali esercitate dalla Corte;

d) la mancanza di una diretta correlazione con giudizi civili, amministrativi o penali in corso.

4. La richiesta del Comune di Ussassai, avendo ad oggetto la materia dei contratti attivi stipulati da Pubbliche Amministrazioni e della gestione, da parte dell'Ente locale, del proprio patrimonio immobiliare ed essendo motivata dall'indubbia incidenza, sul bilancio dell'Ente locale, della scelta tra locazione e concessione amministrativa in relazione al diritto del conduttore all'indennità di avviamento, involge, senza dubbio, materie di contabilità pubblica. La formulazione del quesito appare, inoltre, rispondente agli illustrati requisiti di generalità e astrattezza. La richiesta è, pertanto, *ammissibile sotto il profilo oggettivo*.

5. Passando al merito della questione occorre preliminarmente effettuare alcune considerazioni di carattere generale sul patrimonio immobiliare degli Enti locali territoriali. Il riconoscimento dell'esistenza di beni appartenenti a Comuni e Province è presente già nel codice civile, nel testo approvato nel 1942, ma è solo con la riforma introdotta con legge costituzionale n. 3 del 2001 che l'attribuzione di un patrimonio agli Enti locali territoriali ha trovato riconoscimento costituzionale. I beni appartenenti a Comuni e Province si distinguono in *beni demaniali* (art. 824 c.c.), assoggettati al medesimo regime giuridico dei beni appartenenti al demanio statale, *beni patrimoniali indisponibili* (art. 826, commi 2 e 3, c.c.), e *beni patrimoniali disponibili*, alla cui categoria sono

ascrivibili tutti i beni che non possono ricomprendersi nel demanio o nel patrimonio indisponibile. Il patrimonio disponibile, pertanto, include beni che non sono funzionali all'attività caratteristica dell'Ente pubblico, ed assolve, in modo indiretto ed eventuale, ad una funzione di utilità economica per l'Ente locale: in un'ottica di valorizzazione delle capacità produttive del patrimonio la gestione del medesimo da parte dell'Ente locale deve auspicabilmente determinare la produzione di un reddito. Gli Enti locali territoriali gestiscono, di norma, il proprio patrimonio immobiliare attraverso l'affidamento in concessione o in locazione degli immobili. Particolare rilevanza, ai fini della gestione, riveste la corretta qualificazione giuridica del bene immobile, in quanto la natura demaniale o patrimoniale indisponibile dello stesso determina l'applicazione dello strumento pubblicistico della concessione amministrativa, mentre la natura disponibile del bene implica la possibilità di affidamento in locazione. La giurisprudenza della Cassazione civile è costante nell'affermare che, a prescindere dalla qualificazione giuridica attribuita dalle parti o dalla Pubblica Amministrazione al rapporto posto in essere, la natura demaniale o patrimoniale indisponibile dell'immobile implica l'esistenza di una concessione amministrativa, mentre il rapporto avente ad oggetto il godimento di bene immobile compreso nel patrimonio disponibile si configura quale locazione (cfr. C.C., sez. III, 19 maggio 2000, n. 6482; C.C. sez. III, 22 giugno 2004, n. 11608; C.C., sez. III, 19 dicembre 2005, n. 27931, cfr. anche C.C. sez. V, 31 agosto 2007, n. 18345) e che la dichiarazione della natura demaniale di un bene comporta il venir meno del rapporto contrattuale di locazione precedentemente sorto (cfr. C.C. sez. I, 29 gennaio 2002, n. 1067). Analoga uniformità di interpretazione è dato riscontrare nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale la natura di un

rapporto giuridico avente ad oggetto il godimento di un immobile di proprietà comunale (e, pertanto, soggettivamente riferibile ad un titolare pubblico) discende necessariamente dalla natura e dal regime giuridico del bene stesso, in quanto è soltanto in funzione di detti elementi che è possibile determinare le legittime modalità di attribuzione in godimento a soggetti terzi del bene medesimo. Per i beni pubblici in senso stretto (demaniali e patrimoniali indisponibili) è necessaria l'applicazione di regole di matrice pubblicistica e autoritativa e, pertanto, il modulo pubblicistico della concessione appare l'unico pienamente compatibile con il loro regime. Per i beni del patrimonio disponibile, invece, che sono riconducibili al regime di appartenenza del diritto comune, l'attribuzione in godimento a soggetti terzi deve essere effettuata secondo gli schemi del diritto comune. Il modulo concessorio non trova alcuna giustificazione laddove il contenuto del rapporto si riduca al tipico sinallagma tra cessione in uso del bene e corrispettivo del versamento di un canone: l'utilizzazione di uno schema autoritativo si risolverebbe, in tal caso, nell'elusione delle norme inderogabili poste dal diritto privato (cfr. C.d.S., sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6265; C.d.S., sez. V, 16 maggio 2003, n. 1991).

6. Questa Sezione, che condivide pienamente le illustrate argomentazioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, ritiene, pertanto, che l'Ente locale non goda di discrezionalità nel compiere la scelta tra i due strumenti di attribuzione in godimento a soggetti terzi (concessione amministrativa e locazione) del bene e che debba avere quale parametro di riferimento esclusivo la natura (demaniale, patrimoniale indisponibile o patrimoniale disponibile) del bene ed il regime giuridico cui conseguentemente è sottoposto. La qualificazione in termini di bene pubblico in senso proprio o meno di una

struttura di proprietà comunale destinata ad attività commerciale costituisce valutazione di merito dell'Ente sulla quale è competente solo il giudice civile. Questa Sezione, nel raccomandare all'Ente la massima attenzione nel qualificare correttamente detto bene per natura e regime giuridico, rappresenta che l'applicazione dello strumento concessorio all'attribuzione in godimento di un bene, imprescindibile laddove si tratti di bene del demanio o del patrimonio indisponibile, non è, invece, conforme ai principi del nostro ordinamento laddove abbia ad oggetto un bene patrimoniale disponibile e venga usata al solo fine di evitare, per mere considerazioni di carattere economico, il sorgere del diritto del conduttore all'indennità di avviamento, di cui all'art. 34 della legge n. 392 del 1978.

7. Con riferimento al quesito concernente la conformità alla normativa comunitaria del rinnovo dei contratti attivi occorre premettere che il Comune non specifica se il rapporto suscettibile di rinnovazione trovi fonte in un contratto di locazione o in una concessione-contratto di beni pubblici. Nel primo caso non può che affermarsi (anche alla luce della giurisprudenza citata) che trova integrale applicazione la disciplina dettata dalla legge n. 392 del 1978 in materia di locazione di immobili ad uso non abitativo, che determina in misura di anni sei la durata minima della locazione per immobili adibiti ad attività commerciale, con invalidità di un'eventuale clausola che fissi un termine inferiore di durata (e automatica sostituzione con il termine di legge), e che prevede la possibilità di rinnovo del contratto originario, con l'unica particolarità che, non potendo la volontà di obbligarsi della Pubblica Amministrazione desumersi per implicito da fatti, atti o comportamenti concludenti e dovendo manifestarsi con atto scritto *ad substantiam*, non è configurabile il rinnovo tacito del contratto (C.C., sez. III, 11 gennaio



2000, n. 188; C.C., sez. III, 10 settembre 1999, n. 9614), salvo che la volontà di rinnovo non sia rinvenibile in apposita clausola contenuta nel contratto originario (cui sia stata data adeguata pubblicità nel bando di gara, in caso di stipulazione a seguito di gara pubblica). In particolare trova integrale applicazione, con riferimento alla prima scadenza del contratto, la disciplina dettata dall'art. 29 della legge n. 392 del 1978, in quanto, in tal caso, la protrazione del rapporto non costituisce l'effetto di una tacita manifestazione di volontà (incompatibile, come si è detto, con il principio secondo cui la volontà dell'Amministrazione deve essere necessariamente manifestata in forma scritta), ma deriva direttamente dalla legge, che rende irrilevante la disdetta quando non sia basata su una delle giuste cause specificatamente indicate dalla norma (cfr. C.C., sez. III, 24 luglio 2007, n. 599164).

Nel caso di rapporto nascente da concessione occorre premettere che la normativa comunitaria in materia di appalti non è applicabile alle concessioni e che, pertanto, non assumono qui rilievo le controverse interpretazioni sorte, a seguito dell'entrata in vigore della legge 18 aprile 2005, n. 62 - *Legge comunitaria 2004* - che ha abrogato l'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993 (che disponeva il divieto di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi e la conseguente nullità dei contratti stipulati in violazione di tale divieto, e prevedeva che *entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione*), in merito alla definitiva eliminazione o meno dal nostro ordinamento della possibilità, per l'Amministrazione Pubblica, di disporre il rinnovo espresso dei rapporti

contrattuali in essere. Si segnala, inoltre, che, né nell'ordinamento interno né nell'ordinamento comunitario, è rinvenibile alcuna disposizione specifica volta a vietare il rinnovo dei contratti stipulati dalle Amministrazioni Pubbliche.

Si ricorda, tuttavia, che la *Commissione europea* ha ritenuto che anche le concessioni, se hanno ad oggetto attività economiche, non possono porsi in contrasto con i principi comunitari di proporzionalità e parità di trattamento e che l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* ha affermato che, nella concessione di beni pubblici, dovrebbero essere rispettati i principi comunitari della parità di trattamento e della non discriminazione e che, pertanto, l'affidamento dovrebbe, di regola, avvenire a seguito di procedure ad evidenza pubblica, evidenziando, inoltre, che andrebbero eliminate le "preferenze" sia nel conferimento, che nel rinnovo delle concessioni in essere.

P.Q.M.

Nelle considerazioni ed osservazioni esposte è il parere della Sezione.

DISPONE

Che copia della presente deliberazione sia trasmessa al Sindaco, al Presidente del Consiglio comunale e al Consiglio delle Autonomie locali.

Così deciso nella camera di consiglio del 6 marzo 2008.

Il Relatore

dott.<sup>ssa</sup> Lucia d'Ambrosio

Il Presidente

prof. avv. Giuseppe Palumbi

Depositata in Segreteria il 7 marzo 2008.

Il Direttore

dott.<sup>ssa</sup> Anna Maria Ferrero

