Nuove Autonomie

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXII – Nuova serie
N.2/2023 (maggio-agosto)

INDICE

SAGGI

Domenico D'Orsogna e Stefano Salvatore Scoca
Note in tema di pianificazione idrografica e contratti di fiume 461

Ambrogio De Siano
La Repubblica delle asimmetrie 485

Fabrizio Figorilli
Il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa in sanità fra equilibri consolidati e tentativi di riforma 523

Marcella Gola
Pubblica amministrazione e agricoltura sostenibile: quando il diritto produce futuro 555

Karin Kassmayer

O direito fundamental à acessibilidade no Brasil: a gestão administrativa do Senado Federal para a promoção dos direitos da pessoa com deficiência 573

Vanezza Manzetti

La co-programmazione e la co-progettazione tra PA e enti del Terzo settore: dal ritrovarsi nel mezzo del cammin per una selva oscura, che la diritta via era smarrita … ai raggi del "nuovo" pianeta dei Contratti pubblici 603

Giuseppe Andrea Primerano

Il commissariamento della sanità regionale nella prospettiva del riequilibrio territoriale 667

Isabella Maria Lo Presti

La registrazione dei partiti politici nella disciplina portoghese e italiana. L'impatto del soft law sovranazionale come fattore di convergenza tra modelli di regolazione differenti 723

Bianca Nicla Romano

L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni 765

Pablo Sánchez Molina

La adecuación de los mecanismos de la CDFUE para hacer frente al escenario de incertidumbre que el desarrollo de la IA plantea para los derechos fundamentales 801

Vincenzo Desantis

Ancora sul dibattito tra diritto urbanistico, insediamento dei luoghi di culto e libertà ed eguaglianza delle confessioni. Quali prospettive? 823

Sergio Pignataro

L'ordinamento delle Città metropolitane: alcuni interrogativi rimasti insoluti 853

Francesco Giacalone

La causa di esclusione dalle procedure di gara per gravi illeciti professionali: genesi e sviluppo sino alla rinnovata disciplina del D. Lgs. n. 36/2023, tra importanti risposte, vecchie criticità e nuovi problemi 899

RECENSIONI

Franco Gaetano Scoca

Recensione del volume "Francesco Crispi e le riforme amministrative", di Gaetano Armao, Palermo, 2023 949

Saggi

Note in tema di pianificazione idrografica e contratti di fiume[*]

di Domenico D'Orsogna e Stefano Salvatore Scoca

Sommario: 1. Premessa. – 2. Dagli interventi settoriali alla pianificazione idrografica: dalla legge n. 129/1963 alla legge n. 36/1994. – 3. La pianificazione nella legge n. 183/1989. – 4. La pianificazione nel testo unico dell'Ambiente. – 5. Il contratto di fiume: origine ed evoluzione. – 6. Natura giuridica del contratto di fiume. – 7. Il contratto di fiume: atto e processo. – 8. Spunto conclusivo.

1. *Premessa*

Il contratto di fiume ha fatto ingresso nella legislazione statale nel 2015, sulla scia di alcune esperienze pilota emerse a livello locale a partire dal 2001[1].

La novità della disciplina positiva e la non cospicua elaborazione dottrinale sull'argomento sono elementi di stimolo per svolgere un'analisi mirante all'inquadramento giuridico della figura, nell'impostazione della quale è necessario prendere le mosse da un dato fattuale: nell'ambito delle prime esperienze messe a punto nella prassi i Contratti di Fiume hanno assunto un ruolo di supplenza rispetto alla (assente o incompleta) pianificazione idrografica e, quindi, di preparazione e stimolo di questa.

Il riconoscimento normativo della figura nel testo unico dell'Ambiente, e l'avvio dell'implementazione (ancorché non ancora a regime) del sistema di pianificazione idrografica, ha pertanto mutato radicalmente il contesto di riferimento (e di intervento) della figura rispetto all'impostazione originaria.

L'esame del nuovo strumento deve essere quindi essere inquadrato nell'ambito del complessivo sistema di pianificazione in cui esso è chia-

[*] Questo saggio, dedicato al Professor Filippo Salvia, per un disguido della redazione non è stato inserito negli *Studi in onore di Filippo Salvia*, a cura di Guido Corso e Maria Immordino, Napoli, 2022. Di questo inconveniente la Direzione e la Redazione si scusano con gli Autori.

[1] Il riferimento è, in particolare, alle esperienze messe in campo in Lombardia (ove si giunse al varo del primo contratto di fiume nel 2004) e in Piemonte, ove nel 2007 fu istituito il primo Tavolo tecnico di Coordinamento regionale dei processi di pianificazione partecipata attuati con i Contratti di fiume o di lago, ai sensi del Piano di Tutela delle Acque.

mato ad operare, la cui costruzione, iniziata fin dalla approvazione della legge Merli, é rimasta per lungo tempo inattuata ovvero avviata solo in parte e per stralci.

2. *Dagli interventi settoriali alla pianificazione idrografica: dalla legge n. 129/1963 alla l. n. 36/1994*

La prima forma di disciplina pianificatoria sulle acque risale come è noto alle leggi 10 maggio 1976, n. 319 (c.d. legge Merli) e 18 maggio 1989, n. 183. La prima aveva un ambito applicativo limitato all'inquinamento delle acque; la legge del 1989 contemplava invece un ambito applicativo ben più ampio, in quanto mirava a determinare il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo e, più in particolare, ad assicurare la difesa del suolo, il risanamento delle acque, la fruizione e la gestione del patrimonio idrico per gli usi di razionale sviluppo economico e sociale, la tutela degli aspetti ambientali ad essi connessi.

Avendo come oggetto precipuo la pianificazione si può rilevare che la legge Merli ha introdotto il primo strumento pianificatorio settoriale dedicato espressamente alle acque e in particolar modo alla prevenzione e attenuazione del loro inquinamento[2]; mentre la legge n. 183/1989 ha imposto una pianificazione a largo spettro che riguardava, tra gli altri, la sistemazione, la conservazione e il recupero del suolo nei bacini idrografici, la difesa, la sistemazione e la regolazione dei corsi d'acqua, la moderazione delle piene, la disciplina di tutte le attività, in particolare quelle estrattive, al fine di prevenire il dissesto del territorio, inclusi erosione ed abbassamento degli alvei e delle coste[3].

La pianificazione in materia idrica prende dunque le mosse nel 1976 con la pianificazione settoriale prevista dalla legge Merli[4], la quale predisponeva un sistema di competenze articolato tra Stato e regioni, ove il ruolo principale era affidato proprio alle regioni. Infatti, se l'art. 2, comma

[2] Sul punto si rinvia in particolare a F. Salvia, *L'inquinamento. Profili pubblicistici*, Padova, 1984, spec. p. 99-118.

[3] Gli scopi della pianificazione sono indicati dell'art. 2, comma 1, lett. *a*) - *q*), legge n. 183/1989.

[4] Invero la prima forma di pianificazione era stata dettata con la legge 4 febbraio 1963, n. 129 rubricata "Piano regolatore generale degli acquedotti e delega al Governo ad emanare le relative norme di attuazione".

1, lett. *c*) attribuiva allo Stato la redazione del piano generale di risanamento delle acque, la medesima previsione stabiliva che questo piano dovesse essere redatto sulla base dei piani regionali. E, pertanto, si prevedeva che la redazione dei piani fosse di competenza delle regioni (art. 4, comma 1, lett. *a*): competenza delle regioni per la redazione dei piani regionali di risanamento delle acque).

L'assetto delineato dalla legge Merli determina dunque una pianificazione stratificata su più livelli e un potere di coordinamento (soltanto) "postumo" in capo allo Stato[5]. Appare dunque fondata la posizione della illustre dottrina che ha rilevato che «il momento veramente centrale del processo decisionale sia quello regionale, rappresentando il "piano generale di risanamento delle acque" una sorta di sommatoria dei "piani regionali"»[6].

La prima disciplina pianificatoria prevedeva quindi una duplice attribuzione di competenze tra Stato e regioni, ripartita su un tre ambiti territoriali: piano regionale, piano interregionale e piano generale statale[7].

Tale tripartizione fu ripresa nella legge n. 183/1989 la quale in primo luogo introdusse la nozione di bacino idrografico[8], quale ambito spaziale

---

[5] Sul punto le rilevanti considerazioni di F. Salvia, *op. ult. cit.*, p. 106 il quale rileva che tale pianificazione presenta numerose anomalie, in quanto generalmente «ove esiste una *sequenza* di piani essa riflette un ordine gerarchico che vede l'atto imputato all'ente maggiore come il *prius* logico e cronologico rispetto a quello di competenza dell'ente minore. Nel nostro caso, viceversa, il "piano generale di risanamento delle acque" rappresenta il *posterius* di quello regionale […]».

[6] F. Salvia, *op. loc. ult. cit.*

[7] Da rilevare che tale assetto determinava anche una serie di complesse conseguenze di rapporti tra stato e regioni. E se per quanto riguarda il piano generale e quello regionale gli enti di riferimento erano rispettivamente lo stato e le regioni, più complesso era determinare la competenza per i piani interregionali. Su alcune problematiche derivanti dal riparto di competenze si rinvia per tutti a U. Pototschnig, *Livelli di governo e riordino delle funzioni nel bacino interregionale*, in *Le Regioni*, 1980, p. 105 ss.; F. Satta, *Bacini idrografici ed opere idrauliche tra Stato e regioni*, in *Foro amm.*, 1982, II, p. 376 ss.

[8] La definizione è fornita dall'art. 1, comma 1, lett. *d*) della l. n. 183/1989: intendendo «per bacino idrografico: il territorio dal quale le acque pluviali o di fusione delle nevi e dei ghiacciai, defluendo in superficie, si raccolgono in un determinato corso d'acqua direttamente o a mezzo di affluenti, nonché il territorio che può essere allagato dalle acque del medesimo corso d'acqua, ivi compresi i suoi rami terminali con le foci in mare ed il litorale marittimo prospiciente, qualora un territorio possa essere allagato dalle acque di più corsi d'acqua, esso si intende ricadente nel bacino idrografico il cui bacino imbrifero montano ha la superficie maggiore». La lett. *e*) definisce anche il sub-bacino.

di riferimento, e successivamente distinse i bacini a seconda del rilievo nazionale[9], interregionale[10] e regionale[11] degli stessi.

In particolare: mentre i bacini di rilievo nazionale e interregionale venivano delimitati dallo Stato, i bacini di rilievo regionale erano lasciati alla determinazione della regione.

Merita osservare tuttavia che i bacini di rilievo regionale potevano avere un'estensione eccedente l'ambito di una singola regione. La delimitazione e la disciplina del bacino, pertanto, presupponevano accordi tra le regioni interessate.

Appare chiaro che per la legge n. 183/1989 l'ambito spaziale di riferimento è il bacino idrografico che si sovrappone e prevale sulla circoscrizione territoriale delle regioni. E infatti, se per quanto concerne i bacini di rilievo nazionale e interregionale le competenze sono attribuite allo Stato, viceversa alle regioni sono attribuiti compiti riguardanti, principalmente, i bacini di rilievo regionale, sebbene siano previste anche funzioni di collaborazione e proposta per i piani dei bacini di rilievo nazionale e interregionale. I dati maggiormente innovativi della legge n. 183/1989 sono due: uno organizzativo, l'altro idoneo a modificare il concetto di governo e gestione delle acque. Sul piano organizzativo viene istituita l'Autorità di bacino di rilievo nazionale che opera nei bacini idrografici di rilievo nazionale (art. 12), la quale adotta il piano di bacino. Entra dunque in gioco un nuovo soggetto pubblico, qualificato ente pubblico non economico con ampi poteri pianificatori, e punto di riferimento soggettivo del bacino idrografico che nell'ottica del legislatore sembra avere una funzione di raccordo tra i due livelli di gestione[12].

La seconda novità recata dalla legge n. 183/1989 è il piano di bacino, il quale sebbene abbia «valore di piano territoriale di settore» è da qualificare come strumento di pianificazione territoriale *globale e sovraordinato*,

[9] Artt. 13 e 14, l. n. 183/1989.

[10] Artt. 13 e 15, l. n. 183/1989.

[11] Artt. 13 e 16, l. n. 183/1989.

[12] Sebbene la Corte cost., 26 febbraio 1990, n. 85, qualifica l'autorità di bacino un "organo misto" funzionale a garantire il coordinamento dell'esercizio delle rispettive funzioni tra Stato e regioni. Interessante rilevare che la Corte ritiene tale scelta non «di per sé irragionevole, poiché, anzi, quando ricorrono ipotesi di discipline funzionalmente e materialmente complesse e di reti pianificatorie particolarmente articolate, appare tutt'altro che arbitrario prevedere istituzioni a composizione mista dirette a fungere da supporto di organizzazione e di direzione unitaria del complesso governo del settore».

in quanto impone un adeguamento di tutti gli altri strumenti pianificatori. L'art. 14, comma 4 stabilisce, infatti, che i «piani di bacino sono coordinati con i programmi nazionali, regionali e sub-regionali di sviluppo economico e di uso del suolo». Di conseguenza, le autorità competenti erano tenute, «entro dodici mesi dall'approvazione del piano di bacino, ad adeguare i piani territoriali e i programmi regionali previsti dalla legge 27 dicembre 1977, n. 984; i piani di risanamento delle acque previsti dalla legge 10 maggio 1976, n. 319; i piani di smaltimento di rifiuti di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915; i piani di cui all'articolo 5 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, e all'articolo 1-*bis* del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431; i piani di disinquinamento di cui all'articolo 7 della legge 8 luglio 1986, n. 349; i piani generali di bonifica». I successivi commi 5 e 6 dell'art. 14 stabilivano che le disposizioni del piano di bacino prevalgono sulla disciplina urbanistica che deve essere dunque adeguata alle disposizioni del piano di bacino.

In tale contesto va richiamata la novella introdotta con la legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli), la quale, al fine di risistemare e riorganizzare la gestione delle risorse idriche, sembra tuttavia complicare il profilo soggettivo e la dimensione territoriale. Infatti, se l'ambito di riferimento spaziale era precedentemente soltanto il bacino idrografico, con la legge Galli si sovrappone a questo l'ambito territoriale ottimale (a.t.o.) e così, nel rispetto dell'unità del bacino idrografico e dei piani di bacino come disciplinati dalla legge n. 183/1989, il servizio idrico viene riorganizzato sulla base di ambiti territoriali ottimali[13]. In tal modo si attribuisce all'Autorità di bacino competente la definizione e l'aggiornamento periodico del bilancio idrico diretto ad assicurare l'equilibrio fra le disponibilità di risorse reperibili o attivabili nell'area di riferimento e i fabbisogni per i diversi usi (art. 3, comma 1, legge Galli), mentre il servizio idrico viene improntato a criteri gestionali di efficacia, efficienza ed economicità, sulla base di convenzioni tra gli enti locali coinvolti nello stesso ambito territoriale ottimale e attraverso nuove forme di gestione, quali la concessione a terzi, l'azienda speciale, la società per azioni mista.

La disciplina recata dalle citate leggi, ma anche dalla precedente legge

[13] Le Autorità d'ambito sono state introdotte con l'art. con l'art. 148 t.u. Ambiente e poi eliminate a seguito della sentenza della C. cost., 24 luglio 2009, n. 246 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 148.

4 febbraio 1963, n. 129[14], formava un *corpus* normativo sostanzialmente unitario che tuttavia si arricchiva di una stratificazione normativa basata su interventi settoriali e atomistici. In particolare le leggi del 1963 e del 1976, mancavano della visione olistica della materia, il cui primo approccio è attuato proprio con la legge del 1989. E tuttavia le varie leggi nel tempo prodotte erano idonee a formare, proprio perché disciplinavano partitamente i diversi aspetti delle acque, un *corpus* normativo che risultava disaggregato e ancora legato all'impostazione metodologica basata sull'enfasi dell'utilizzazione della risorsa, piuttosto che sulla tutela diretta della risorsa[15]. Infatti, sebbene la legge del 1989 si stacca dalle precedenti leggi per una visione maggiormente olistica del problema, resta il fatto che essa non abrogava la previgente disciplina sugli acquedotti e l'inquinamento, ma a esse si aggiungeva, con la conseguenza che le disposizioni recate nelle leggi del 1963 e del 1976 continuavano a essere in vigore. D'altronde anche la legge Galli sembra porsi come legge settoriale e non di *materia* laddove si occupa quasi esclusivamente del servizio idrico.

Tuttavia è bene allo stesso tempo rammentare come il legislatore, introducendo la pianificazione, avesse nel corso del tempo mutato la propria prospettiva ed impostazione. Vero spartiacque della disciplina fu proprio la legge n. 183/1989 (di cui il t.u. Ambiente ha sostanzialmente mantenuto l'impostazione, mentre ha operato sul coordinamento e abrogazione delle altre leggi, sia quelle richiamate in questa sede, sia le innumerevoli altre non citate).

D'altronde la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 85/1990 ha affermato che «la legge n. 183 del 1989 è essenzialmente una legge di obiettivi, poiché la difesa del suolo è una finalità il cui raggiungimento coinvolge funzioni e materie assegnate tanto alla competenza statale quanto a quella regionale (o provinciale)»[16].

Pertanto si può ritenere che il perno della disciplina in materia di

[14] Il riferimento è oltre che alla legge Merli, rubricata appunto "Norme per la tutela delle acque dall'inquinamento" anche alla previgente legge 4 febbraio 1963, n. 129, rubricata "Piano regolatore generale degli acquedotti e delega al Governo ad emanare le relative norme di attuazione".

[15] Sul punto, anche se antecedenti alla l. n. 183/1989, le esaurienti considerazioni di F. Salvia, *L'inquinamento*, cit., p. 14.

[16] Condivide tale impostazione G. Pastori, *Tutela e gestione delle acque: verso un nuovo modello di amministrazione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, 1996, p. 1298.

acque ruoti intorno alla pianificazione e dunque agli strumenti pianificatori in quanto strumenti utili al perseguimento di obiettivi.

3. *La pianificazione nella legge n. 183/1989*

Si è rilevato come il perno della disciplina disegnata dalla l. n. 183/1989 fosse la pianificazione di bacino, articolata su bacini di diverso rilievo (nazionale, interregionale e regionale)[17].

Il primo dato che emerge è pertanto il rapporto di reciproca correlazione intercorrente tra livello di pianificazione e ambito di bacino idrografico: a seconda della suddivisione dei bacini erano previste diverse autorità di bacino; e, pertanto, era la individuazione della rilevanza dei bacini a determinare la correlata autorità competente.

Pertanto, momento preliminare a qualsiasi altro era individuato nella perimetrazione del bacino e nella sua qualificazione come nazionale (o interregionale) o regionale. Solo a valle dell'individuazione della rilevanza dei bacini idrografici era possibile la istituzione delle corrispondenti autorità di bacino. Tale farraginoso sistema, connotato dalla compresenza di più autorità, verrà semplificato con il t.u. Ambiente che interverrà proprio sui bacini, trasformandoli in distretti, e sulle relative autorità[18].

Appare dunque condivisibile la posizione di chi ha rilevato come la legge n. 183/1989 abbia sovrapposto, ai sistemi precedenti, un nuovo livello di pianificazione basato su ambiti territoriali diversi dalle circoscrizioni territoriali degli enti locali e regionali. Basandosi, la pianificazione, per piani «appositi e sovraordinati a quegli esistenti»[19].

---

[17] Sui piani di bacino disciplinati dalla legge n. 183/1989 si rinvia in particolare a P.M. Piacentini, *Aspetti della funzionalità amministrativa nella nuova legge sulla difesa del suolo*, in *Riv. trim. appalti*, 1989, p. 869 ss.; U. Pototschnig, *La difesa del suolo (ovvero le regioni senza difesa)*, in *Le Regioni*, 1991, p. 19 ss.; G. Pastori, *Il seicentosedici rovesciato*, *ivi*, 1991, p. 25 ss.; A. Lolli, *Piano regolatore generale degli acquedotti, disciplina urbanistica e nuovi modelli di amministrazione introdotti dalla legge 18 maggio 1989, n. 183*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, p. 11 ss.; L. Rainaldi, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, Milano, 1992, *passim*; A. Massarutto, *La politica ambientale a livello di bacino idrico: tre esperienze a confronto*, in *Econ. fonti energia ambiente*, 1993, p. 141 ss.; N. Lugaresi, *Le acque pubbliche: profili dominicali, di tutela e di gestione*, Milano, 1995; L. De Angelis, *A proposito di bacino idrografico e di a.t.o.*, in *Ambiente* n. 5/1998, p. 391 ss.

[18] In tema le condivisibili considerazioni in P. Urbani, *Modelli organizzatori e pianificazione di bacino nella legge sulla difesa del suolo*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, II, p. 49 ss.

[19] G. Pastori, *Tutela e gestione delle acque: verso un nuovo modello di amministrazione*, cit., p.

Proprio tale nuovo livello pianificatorio, che è l'altro elemento qualificante la novella del 1989, pare porsi in rapporto di sovraordinazione rispetto agli strumenti pianificatori preesistenti e capace di porsi al vertice della gerarchia pianificatoria, nella consapevolezza tuttavia rimasta nella penna del legislatore che il territorio va considerato unitariamente e pertanto appare necessario uno strumento che consenta la *reductio ad unum* della disciplina territoriale del suolo. D'altronde la Corte costituzionale ha avuto modo di rilevare che i «piani di bacino contengono varie prescrizioni dirette alla preservazione e alla salvaguardia del suolo e dell'attitudine di questo ad essere utilizzato a fini produttivi e civili rispetto alle cause di aggressione dovute alle acque meteoriche, fluviali e marine o a qualsiasi altro fattore meteorico»[20].

Tralasciando qui l'analisi dei profili procedimentali e organizzativi della disciplina sopra richiamati, preme rivolgere l'attenzione sui contenuti, le finalità e il valore del piano di bacino, dovendosi ritenere che la disposizione di cui al citato art. 17 fosse da ritenere di principio e dunque precettiva anche per i piani dei bacini di rilievo regionale.

L'art. 17 (invero con formulazione non del tutto pertinente) attribuisce al piano di bacino la valenza di piano territoriale di settore; tuttavia tale piano risulta coordinato sia con i programmi nazionali, regionali e sub-regionali di sviluppo economico e di uso del suolo, tanto che le autorità competenti, devono provvedere ad adeguare i piani territoriali e i programmi regionali previsti. Pertanto il piano di bacino si pone come *super-piano* capace di inglobare e comprendere sia aspetti del territorio, sia aspetti della programmazione economica finanziaria degli enti interessati, e, in particolare delle regioni.

Appare chiaro che visti i contenuti del piano di bacino esso appare sovraordinato a ogni altra funzione regionale (o provinciale). Sul punto ebbe modo di esprimersi la Corte costituzionale, la quale, nel ritenere infondata una questione di legittimità sollevata da alcune regioni con

1296-1297. Nello stesso senso P. Dell'Anno, *I piani di bacino idrografico. Commento agli artt. 17-18-19-20*, in P. Urbani (a cura di), *La difesa del suolo*, Roma, 1993, p. 180; Id., *Manuale di diritto dell'ambiente*, 3 ed., Padova, 2000, p. 722, il quale rileva che i piani di bacino risultano sovraordinati a tutti gli altri piani secondo un principio gerarchico che «trae la sua giustificazione dalla *dimensione degli interessi* e dalla *organicità della prospettiva funzionale* nella quale essi sono affrontati». Anche N. Lugaresi, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2004, p. 195.

[20] Corte cost., 26 febbraio 1990, n. 85. Nello stesso senso Trib. Sup. acque, 2 febbraio 1995, n. 13.

riferimento all'art. 17 della legge n. 183/1989, ha sostenuto che i piani di bacino siano esclusivamente finalizzati alla "difesa del suolo" con la conseguenza che «non si svolgono attraverso misure e opere inerenti alle competenze urbanistiche o a quelle della protezione civile ovvero a quelle attinenti ad altre competenze regionali o provinciali, quali le cave e miniere, l'agricoltura o la tutela del paesaggio e dell'ambiente, anche se indubbiamente incidono o interferiscono nei confronti di ciascuna di queste attribuzioni»[21]. Invero la Corte compie una vera e propria opera di riscrittura della norma in esame che tuttavia appare coerente e persuasiva. Infatti, riesce sapientemente a combinare la nozione di piano territoriale di settore con le funzioni di indirizzo e coordinamento: ritiene la Corte si tratti di piano territoriale in quanto le disposizioni ivi contenute hanno carattere direttamente precettivo per le amministrazioni (statali e regionali); allo stesso tempo la loro qualifica come atti di indirizzo e coordinamento sta a significare che anche quando le sue disposizioni incidono su

[21] Corte cost., 26 febbraio 1990, n. 85. Prosegue la Corte: «In base a questa loro natura, i piani di bacino vengono equiparati ai piani territoriali di settore, non già per significare che si tratta di strumenti inerenti alla disciplina urbanistica (di competenza regionale o provinciale), ma semplicemente al fine - esplicitato dall'art. 17, comma quinto, - di stabilire che i vincoli posti dal predetto piano obbligano immediatamente le amministrazioni e gli enti pubblici (statali e regionali), i quali sono tenuti ad osservarli e ad operare in conseguenza. Allo stesso modo, la loro contemporanea qualifica come atti di indirizzo e di coordinamento sta semplicemente a significare che, quando i vincoli posti dai predetti piani incidono su materie di competenza regionale o provinciale, questi devono mantenersi entro i limiti imposti alla funzione di indirizzo e coordinamento e, in particolare, a quella prevista dall'art. 81 del D.P.R. n. 616 del 1977, primo comma, lett. a).

Questa interpretazione appare più in armonia con la natura complessa del piano di bacino e con la sua efficacia diversificata in relazione alle prescrizioni di interesse regionale (si veda spec. art. 12, quarto comma, lett. c) e art. 18, primo comma, lett. b)).

Nello stesso tempo, il carattere vincolante delle prescrizioni idrogeologiche o, comunque, finalizzate alla difesa del suolo è legato all'esigenza logica che il fine conservativo dei piani di bacino sia pregiudiziale e condizionante rispetto agli usi del territorio a fini urbanistici, civili, di sfruttamento dei materiali e di produzione. L'indubbia interferenza che si realizza tra i piani di bacino e questi ultimi usi, rientranti nell'ambito di competenze regionali o provinciali, dava luogo nel D.P.R. n. 616 del 1977 a forme cooperative imperniate sull'intesa fra Stato e Regioni (o Province autonome) (si vedano art. 81 e art. 89). La legge n. 183 del 1989, come si è già detto, ha invece non arbitrariamente prescelto forme cooperative diverse, più adeguate alla complessità della rete pianificatoria in essa prevista». Critica rispetto a tale impostazione L. Rainaldi, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, cit., p. 72-74.

materie di competenza regionale, esse devono rimanere nei limiti dell'art. 81, d.P.R. n. 616/1977. Rimangono tuttavia delle perplessità circa la nozione di piano territoriale di settore, ove con tutta probabilità il termine settore è riferito al fatto che non concerne tutto l'uso del territorio ma è esclusivamente finalizzato alla difesa del suolo, o detto in altri termini, come piani di indirizzo senza una diretta valenza urbanistica.

Insomma, la valenza territoriale del piano di bacino si disvela pienamente allorchè si consideri che esso risulta *pregiudiziale* e *condizionante* rispetto a tutti gli altri usi del territorio.

Tralasciando l'elencazione e la categorizzazione, le finalità essenziali del piano possono essere individuate da un lato nelle previsioni di piano a carattere ripristinativo-conservativo e dunque rispondenti alle finalità di salvaguardia e difesa, allo stesso tempo il piano reca anche prescrizioni che si potrebbero definire di carattere proattivo e che si sostanziano in disposizioni dello sviluppo economico-sociale del bacino di riferimento[22]. È infatti proprio in tale ottica che, ai sensi dell'art. 14, comma 4, i piani di bacino sono coordinati con i programmi nazionali, regionali e sub-regionali di sviluppo economico e di uso del suolo.

Ciò determina un'eterogeneità di disposizioni all'interno del piano di bacino che rispecchiano i momenti di tutela *passiva* e *attiva* del suolo e ne confermano la natura di strumento tendenzialmente generale. Il piano si caratterizza per un preventivo momento conoscitivo e ricognitivo, seguito dalla predisposizione di una disciplina precettiva, di carattere generale e attuativa, e, infine per la concreta attuazione della stessa disciplina. Appare dunque condivisibile l'impostazione di chi ha rilevato che il piano di bacino sia un piano di particolare complessità «che riassume e supera la precedente frammentazione degli interventi» e pertanto ha sia finalità di tutela dell'interesse specifico, sia previsioni di interventi attivi di trasformazione[23].

Tale sintesi si rispecchia nelle finalità e nei contenuti del piano indicati dal comma 3, lett. *a*) – *s*), che possono essere ordinati nelle seguenti categorie: « *a*) attività ricognitive-conoscitive; *b*) attività di programmazione degli interventi strettamente riconnessi con il risanamento del suolo; *c*) predisposizione di normativa d'uso per evitare futuri dissesti [24].

[22] In tal senso A. Crosetti, *Suolo (Difesa del)*, *Dig. disc. pubbl.*, II agg., Torino, 2008, 759 ss.; E. Buoso, *Difesa del suolo e sua tutela*, in P. Dell'Anno – E. Picozza (diretto da) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol III, *Tutele parelle, norme processuali*, Padova, 2015, p. 597.

[23] P. Stella Richter, *I piani di bacino*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, p. 526.

[24] Si adotta nel testo la suddivisione prospettata da P.M. Piacentini, *Aspetti della fun-*

In particolare il piano prevede attività conoscitive (lett. *a*), *b*), *f*), *i*), *p*), *q*) che si pongono come prodromiche e preventive alle successive attività; in secondo luogo vi sono attività più strettamente pianificatorie e infine attività prescrittive di conformazione del territorio.

La legge n. 183/1989 individua anche un momento attuativo dei piani di bacino che si sostanzia nei programmi di intervento (artt. 21 e 22). Inoltre i commi 6-*bis* e 6-*ter* individuano le misure di salvaguardia e i piani stralcio. Infine, l'incidenza dei piani di bacino sulla pianificazione territoriale e urbanistica è disciplinata dall'art. 17, commi 1, 4, 5 e 6.

Dalla ricostruzione precedente appare dunque chiaro che la legge n. 183/1989 ha rappresentato un deciso cambio di rotta rispetto al sistema previgente. Da visione settoriale e limitata a visione ampia a e onnicomprensiva della tutela della risorsa. Il legislatore infatti non si limita a tutelare le acque, che sono una componente, ma il suolo in tutte le sue componenti. La difesa del suolo viene definita una funzione-obiettivo momento di transizione verso l'affermazione della visione olistica dell'ambiente. E in tale contesto hanno operato le successive normative, a partire dal d.lg. n. 152/1999 per arrivare al t.u. Ambiente.

È la richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 85/1990 che forse meglio riesce a esprimere la *ratio* della legge n. 183/1989. Rileva la Corte che la legge «non si propone in via principale di stabilire una nuova ripartizione di materie e di competenze fra Stato e Regioni (o Province autonome), ma fissa piuttosto un obiettivo - la difesa del suolo - da raggiungere attraverso una complessa pianificazione dei settori materiali coinvolti»[25].

---

zionalità amministrativa nella nuova legge sulla difesa del suolo, cit., p. 891. Tale elencazione è stata rielaborata da L. Rainaldi, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, p. 29-30; segue tale impostazione S. Manservisi, Sub *art. 65*, in L. Costato – F. Pellizzer (a cura di), *Commentario breve al codice dell'ambiente*, Padova, 2007, p. 188-189.

[25] Prosegue la Corte cost. nella sentenza n. 85/1990 «In altre parole, la legge contestata pone molteplici obiettivi imperniati sulla difesa del suolo, per il perseguimento dei quali, fermo restando nella sostanza il quadro generale di ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni (o Province autonome) stabilito da vari articoli del D.P.R. n. 616 del 1977 (o delle norme di attuazione), si prevede un'articolata pianificazione degli interventi (piani di bacino), una programmazione dei finanziamenti (programmi triennali d' intervento), la creazione di nuove istituzioni (centrali e periferiche) di supporto per i predetti interventi (Comitato di Ministri; Comitato nazionale per la difesa del suolo e autorità di bacino), la previsione di forme di collaborazione e di atti di indirizzo e coordinamento, la predisposizione di controlli e di atti sostitutivi in ordine agli adempimenti connessi alle

L'impianto recato dalla legge n. 183/1989 è stato mantenuto fino all'approvazione del t.u. Ambiente sebbene l'art. 44 del d.lgs. n. 152/1999 abbia *medio tempore* introdotto il piano di tutela delle acque che costituisce un piano stralcio di settore del piano di bacino, che contiene sia le misure necessarie alla tutela qualitativa e quantitativa del sistema idrico, sia gli interventi volti a garantire il raggiungimento o il mantenimento degli obiettivi di cui al decreto stesso, tra i quali vi è quello di perseguire usi sostenibili e durevoli delle risorse idriche[26].

4. *La pianificazione nel testo unico dell'Ambiente*

Il testo unico dell'Ambiente riprende e amplifica l'impostazione della legge n. 183/1989 e individua tre strumenti di pianificazione all'interno dei nuovi distretti idrografici: *i*) il piano di bacino distrettuale (artt. 65-66); *ii*) i piani stralcio per la tutela dal rischio idrogeologico e le misure di prevenzione per le aree a rischio (artt. 67-68; *iii*) i contratti di fiume (art. 68-*bis*).

L'art. 65 t.u. Ambiente se per un verso ha sostanzialmente confermato valore, finalità e contenuti del piano di bacino, dall'altro ha modificato l'ambito territoriale cui esso si riferisce (il distretto idrografico e non più il singolo bacino nazionale, interregionale o regionale) e l'autorità che lo elabora. Tuttavia l'ampiezza e i contenuti del piano di bacino distrettuale (d'ora in avanti: piano di bacino) hanno portato a ritenere lesa la competenza legislativa regionale in tema di governo del territorio, tenuto altresì conto che l'art. 65 conferma il valore di piano territoriale di settore del piano di bacino.

Sulla questione si è pronunciata la Corte costituzionale, la quale ha rilevato che il piano di bacino costituisce il fondamentale strumento di pianificazione in tema di difesa del suolo, lotta alla desertificazione e tutela delle acque, e pertanto esso appartiene alla materia della tutela dell'ambiente[27].

---

attività di pianificazione e di programmazione e, infine, l'accollamento allo Stato di tutti i conseguenti oneri finanziari». Condividono tale impostazione G. Pastori, *Tutela e gestione delle acque: verso un nuovo modello di amministrazione*, cit., p. 1298; F. Giampietro, *Legge-quadro a difesa del suolo: un colosso d'argilla?*, in *Corr. giur.*, 7/1989, p. 701 ss.; P. Dell'Anno, *Manuale di diritto dell'ambiente*, cit., p. 698-699.

[26] In tal senso, Cass., S.U., 15 gennaio 2009, n. 791.

[27] Sul punto Corte cost., 23 luglio 2009, n. 232.

La giurisprudenza amministrativa si è adeguata all'orientamento della Corte costituzionale rilevando che la disciplina del piano di assetto idrogeologico (PAI) costituisce, ai sensi dell'art. 65, d.lgs. n. 152/2006, un "piano territoriale di settore", nonché uno «strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo e alla corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato»"[28]. Il Consiglio di Stato ha altresì preso in considerazione i piani stralcio di distretto per l'assetto idrogeologico, riconoscendo agli stessi valenza equiparata a quella dei piani di bacino, la cui adozione, a norma dell'art. 67, t.u. Ambiente, avviene, nelle more dell'approvazione dei piani di bacino, con la finalità di individuare, tra l'altro, le «aree a rischio idrogeologico, la perimetrazione delle aree da sottoporre a misure di salvaguardia e la determinazione delle misure medesime»[29].

Pertanto, gli artt. 65-68 t.u. Ambiente prevedono un unico livello di pianificazione articolato in due sottotipi, dei quali il piano stralcio si può intendere come piano "provvisorio" e di "urgenza" da adottare nelle more dell'approvazione del piano distrettuale "definitivo"[30].

---

[28] Cons. Stato, Sez. IV, 7 agosto 2020, n. 4974 ove si afferma, in linea con Corte cost., n. 232/2009, che i piani stralcio per l'assetto idrogeologico disciplinati dall'art. 67 hanno la stessa natura e le medesime finalità di quelli, più generali, di bacino (essi costituiscono solamente uno stralcio dei piani di bacino, a norma dell'art. 65, comma 8).

[29] In tal senso Cons. Stato, Sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6438, il quale richiama Cass. pen., sez. III, 16 giugno 2016, n. 55003 ove statuito che le «disposizioni dei Piani stralcio di distretto per l'assetto idrogeologico (c.d. P.A.I.), contenenti misure applicabili in via d'urgenza per fronteggiare situazioni di rischio idrogeologico nelle more dell'intervento ordinario, in quanto assimilabili a quelle dei Piani di bacino ai sensi degli art. 65, comma 4, e 67, comma 1, d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, hanno carattere immediatamente vincolante per le amministrazioni, gli enti ed i soggetti privati, ove lo stesso Piano le qualifichi espressamente come tali, e prevalgono, in tale ipotesi, sugli strumenti urbanistico-edilizi eventualmente già adottati».

[30] Da rilevare che la pianificazione si compendia anche con il piano di gestione rischio alluvioni di cui all'art. 3 co. 1, d.lgs. 23 febbraio 2010, n. 49 di attuazione della Direttiva 2007/60/CE relativa alla "valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni", il quale ha assegnato alle Autorità di bacino distrettuali il compito di svolgere i seguenti adempimenti: *a*. individuazione delle zone a rischio potenziale di alluvioni ai sensi dell'art. 5 del d.lgs n. 49/2010; *b*. predisposizione delle mappe della pericolosità e del rischio di alluvioni *ex* art. 6 del d.lgs n. 49/2010; *c*. predisposizione dei Piani di gestione del rischio di alluvioni (art. 7 comma 3, lett. *a*) del d.lgs n. 49/2010) "secondo le modalità e gli obiettivi definiti ai commi 2 e 4" dello stesso d.lgs. n. 49/2010.

la legge 28 dicembre 2015, n. 221 ha introdotto, con l'art. 68-*bis*, un nuovo strumento, inserito tra quelli di pianificazione. Il riferimento è ai contratti di fiume che sono definiti come strumenti che «concorrono alla definizione e all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto a livello di bacino e sottobacino idrografico».

Sul contratto di fiume ci si soffermerà nei prossimi paragrafi. Qui preme evidenziare per il momento un elemento di carattere esteriore e testuale: la previsione ad esso dedicata è collocata nella stessa parte del t.u. Ambiente (Parte III, Titolo II, Capo II rubricato "Strumenti") in cui sono disciplinati il piano di bacino e il piano stralcio. Appare dunque ragionevole riferire a questa nuova figura, in via di prima approssimazione, il valore di strumento attuativo di sottozone (*recte*: bacini o sottobacini) del distretto idrografico.

Completando la panoramica sugli strumenti di pianificazione recati dal t.u. Ambiente occorre richiamare il piano di gestione (art. 117) e il piano di tutela delle acque (art. 121).

Il piano di gestione è definito dall'art. 117 come «articolazione interna del Piano di bacino distrettuale» e «piano stralcio del Piano di bacino» medesimo. È emanato con la stessa procedura e dalle stesse autorità del piano di bacino. Esso, dunque, si pone sullo stesso piano del piano di bacino, concerne lo stesso ambito territoriale e si distingue dal piano di bacino perché ha ad oggetto esclusivamente la tutela delle acque (e non anche del suolo)[31].

Riguardo, infine, al piano di tutela delle acque: esso è definito dall'art. 121 come «specifico piano di settore» e concerne il singolo bacino idrografico. La procedura per la sua formazione è articolata come segue: l'Autorità di bacino definisce gli obiettivi su scala di distretto; la Regione adotta il piano; questo è trasmesso al Ministero dell'ambiente e all'Autorità di bacino per le verifiche di competenza; infine, le Regioni approvano il piano.

La Corte costituzionale, con riferimento alla distinzione tra i piani

[31] In tema Cass., S.U, ord., 16 dicembre 2019, n. 33091 ha statuito che il Piano di gestione delle acque di cui all'art. 117 del d.lgs. n. 152 del 2006 - che rappresenta un'articolazione interna del Piano di bacino distrettuale approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, a norma degli artt. 65 e 66 del t.u. Ambiente - costituisce fonte di norme giuridiche di natura secondaria, le quali, siccome integrative dei precetti posti dalle norme primarie, devono essere tenute in considerazione in funzione della verifica della fondatezza di censure di violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

distrettuali e i piani di tutela delle acque ha chiarito che «se i piani di tutela delle acque fossero stati qualificati come piani stralcio della pianificazione di bacino, essi avrebbero rischiato di sostituirsi irragionevolmente - per quanto di loro competenza, e cioè per la tutela delle acque - ai piani di bacino, svuotandoli di importanza e compromettendo così la coerenza del complessivo sistema ideato dal legislatore (non è inutile ricordare che la stessa direttiva 2000/60/CE, all'art. 2, concepisce il distretto idrografico come «principale unità per la gestione dei bacini idrografici»)»[32].

Tutti i piani previsti dal t.u. Ambiente – come è noto - sono soggetti a VAS: infatti, per effetto del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, devono essere sottoposti a VAS tutti gli atti di pianificazione territoriale e di destinazione dei suoli [33].

Ma il contratto di fiume non sembra presentare i caratteri del "piano" di destinazione territoriale e di destinazione dei suoli e, pertanto, si ritiene che esso non debba essere assoggettato a VAS.

5. *Il contratto di fiume: origine ed evoluzione*

L'espressione "Contratto di Fiume" viene utilizzata, per la prima volta, in Francia nel 1981 (*Contrat de Rivière*), quale strumento di appli-

[32] Corte cost. 30 luglio 2009 n. 254.

[33] La giurisprudenza ha chiarito che la VAS deve essere effettuata prima dell'approvazione del piano in quanto la normativa ha individuato, quale unico limite temporale inderogabile per l'espletamento della valutazione ambientale, la data di approvazione e non quella di adozione; tanto che l'art. 11, comma 5, t.u. Ambiente statuisce espressamente il vizio di violazione di legge dei provvedimenti di approvazione degli strumenti pianificatori, che non siano stati preceduti dal subprocedimento in questione. Il Consiglio di Stato ha ulteriormente chiarito che la procedura di VAS quale passaggio endoprocedimentale non deve avvenire prima o durante l'adozione del piano, ma deve essere esperita prima del varo finale del piano (dunque nel segmento procedimentale ricompreso tra l'adozione e l'approvazione), consistente nell'approvazione, affinché la verifica dell'incidenza delle scelte urbanistiche sugli aspetti di vivibilità ambientale del territorio avvenga nel momento in cui tali scelte stiano per divenire definitive. In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2011, n.133; Id., 17 settembre 2012, n.4926; Id., 14 luglio 2014, n. 3645; Id., 26 settembre 2019, n. 6438, cit.; Id., Sez. IV, 10 febbraio 2022, n. 963 ove viene confermato che il rapporto tra i due procedimenti, ambientale e urbanistico, non implica necessariamente che il procedimento ambientale debba iniziare prima del procedimento urbanistico, essendo legittimo anche un inizio successivo purché la Vas si concluda prima della conclusione del procedimento urbanistico.

cazione privilegiata del S.A.G.E (*Schéma d'aménagement et de gestion de l'eau*) volto a consentire una gestione equilibrata e durevole dei bacini idrici. Si tratta di un modello che ha poi ispirato la legislazione di diversi Paesi[34].

In Italia il Contratto di Fiume (d'ora in avanti: CdF) nasce da una prassi che[35], pur prendendo spunto dal *contrat de rivière,* si muove tuttavia in un contesto ordinamentale diverso, per giunta privo di riferimenti legislativi puntuali e che, pertanto, lasciava ampio margine di discrezionalità strumentale alle singole amministrazioni regionali e agli enti locali.

La Carta Nazionale dei Contratti di Fiume, adottata nel 2010, ha rappresentato un elemento di armonizzazione, che ha svolto il ruolo di *soft law*, a cui si sono ispirati diversi CdF: nel corso degli anni numerose regioni hanno aderito infatti alla Carta Nazionale dei Contratti di Fiume.

La Carta Nazionale assume i CdF quali strumenti che consentono di «adottare un sistema di regole in cui i criteri di utilità pubblica, rendimento economico, valore sociale, sostenibilità ambientale intervengono in modo paritario nella ricerca di soluzioni efficaci per la riqualificazione di un bacino fluviale», definendoli quali «processi di programmazione negoziata e partecipata volti al contenimento del degrado eco-paesaggistico e alla riqualificazione dei territori dei bacini/sottobacini idrografici (…) che si declinano in maniera differenziata nei diversi contesti amministrativi e geografici in coerenza con i differenti impianti normativi, in armonia con le peculiarità dei bacini, in correlazione alle esigenze dei territori, in risposta ai bisogni e alle aspettative della cittadinanza». Da un punto di visto sociologico essi, infatti, possono ben essere descritti come processi continui, conoscitivi e *lato sensu* decisionali, di ascolto, contatto e negoziazione tra le Pubbliche Amministrazioni e i soggetti privati coinvolti a diversi livelli territoriali, anche attraverso la messa in opera di accordi multiset-

[34] Scarna la dottrina che si è occupata dei contratti di fiume. Per una panoramica sull'evoluzione dei contratti di fiume in Francia, Spagna e Belgio cfr. L. Moramarco; *I "contratti" di fiume: gestione negoziata del territorio fluviale per la tutela delle acque e la mitigazione del rischio idrogeologico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 913-914; A. Portera, *I contratti di fiume*, in *Aziendaitalia*, 2019, p. 5-6 e note 10 e 11; M. Vernola, *I contratti di fiume nella pianificazione ambientale*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, 2/2021, p. 6-7.

[35] In Italia, la promozione dei Contratti di fiume viene intrapresa a partire dal 2007, a opera di un gruppo di lavoro denominato Tavolo Nazionale dei Contratti di Fiume. Tale gruppo di lavoro ha provveduto ad approvare nel 2010, la Carta Nazionale dei Contratti di Fiume, con la quale sono stati definiti i principi, le fasi di attuazione caratteristiche e gli obiettivi propri di un Contratto di fiume.

toriali e multiscalari, caratterizzati da spontaneità e volontarietà, (almeno parziale) rivedibilità e flessibilità. In quanto tali - precisa la Carta - i CdF non hanno una durata o una scadenza prefissata.

Alla Carta Nazionale si deve anche un tentativo di catalogazione dei più importanti criteri e obiettivi dei CdF[36], nonché delle modalità (suggerite) di formazione degli stessi[37].

Inoltre, dato rilevante, nella Carta Nazionale viene dato un ampio risalto all'aspetto finanziario che viene declinato con il concetto di fattibilità economico/finanziaria.

Va ulteriormente sottolineato che prima del loro formale recepimento nel t.u. dell'Ambiente (art. 68-*bis*, introdotto dalla legge n. 221/2015)[38], i CdF avevano di fatto assunto e svolto una importante funzione di supplenza, stimolo e preparazione dei piani di bacino[39]. Essi sono oggi espressamente presi in considerazione nel sistema normativo, in via di recepimento e generalizzazione di una figura emersa in modo spontaneo nella prassi di alcune amministrazioni regionali e locali.

L'art. 68-*bis* statuisce che i contratti di fiume concorrono alla definizione e all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto a livello di bacino e sottobacino idrografico, quali strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree[40].

---

[36] In particolare il riferimento è alla sussidiarietà verticale e orizzontale, alla sostenibilità e allo sviluppo locale partecipato.

[37] Si specifica nella Carta che il modello procedimentale, suddiviso in fasi non rappresenta «un unico modello di processo valido per tutte le diverse realtà territoriali e amministrative che oggi e in futuro si cimenteranno in tali accordi, quanto piuttosto una struttura di percorso da modellare a seconda delle rispettive esigenze».

[38] L'art. 68-*bis* t.u. Ambiente è stato inserito dall'art. 59, comma 1, l. 28 dicembre 2015, n. 221 c.d. "Collegato Ambientale".

[39] Da segnalare che nel 2017 è stato istituito l'Osservatorio Nazionale sui Contratti di Fiume presso il Ministero dell'Ambiente: una struttura centrale di indirizzo e coordinamento, che risponde al fabbisogno di armonizzazione dell'attuazione dei Contratti di Fiume su scala locale, regionale e nazionale. L'Osservatorio è strutturato in un Comitato di indirizzo, un Gruppo di Lavoro Tecnico Operativo e la Consulta delle istituzioni e si avvale della banca dati dei contratti di fiume.

[40] La bibliografia sui contratti di fiume è ancora piuttosto limitata. Tra i pochi giuristi che se ne sono occupati si richiamano in particolare L. Moramarco; *I "contratti" di fiume:*

La previsione in esame delinea i tratti essenziali della figura senza tuttavia inquadrarla specificamente all'interno di una categoria giuridica definita e conchiusa.

Viene delineata con maggiore attenzione, in particolare, la funzione dello strumento, che si compendia nella definizione ed attuazione degli strumenti di pianificazione e degli obiettivi cui sono preordinati (ossia la tutela attiva e passiva delle risorse idriche).

La norma, inoltre, qualifica i contratti di fiume quali strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata. Tale definizione non è tuttavia sufficiente per caratterizzare in maniera compiuta e precisa l'istituto dei contratti di fiume.

Se è senz'altro vero, infatti, che i CdF hanno svolto una funzione di stimolo, se non anche supplenza, della pianificazione prima della loro normazione nel t.u. Ambiente, è possibile tuttavia affermare che oggi, ormai riconosciuti e normati nel t.u, dell'Ambiente, essi siano rientrati a pieno titolo nell'alveo del sistema previsto dal legislatore e che nell'ambito di questo essi siano chiaramente collocati a un livello sotto-ordinato rispetto agli strumenti di piano in senso proprio. Più agili e flessibili di questi ultimi, i CdF consentono di attingere a compiti che appaiono preclusi a (o che difficilmente possono essere assolte da) i piani. Essi possono operare da un lato su un ambito territoriale che non solo prescinde dalla circoscrizione degli enti locali ma che, in concreto, può anche intercettarne più d'una e, dall'altro, captano e abbracciano l'ambito di operatività di una pluralità di funzioni diverse: la gestione del territorio, del paesaggio, dell'ambiente e dello sviluppo economico. Una gestione integrata plurifunzionale del bacino o sottobacino che mira a una inedita alleanza tra tutti i soggetti interessati e le amministrazioni, al fine di sviluppare forme alternative (o non *abituali*) di implementazione del governo del territorio, inteso in tutte le sue componenti.

---

gestione negoziata del territorio fluviale per la tutela delle acque e la mitigazione del rischio idrogeologico, cit., p. 910 ss.; A. Portera, *I contratti di fiume*, in *federalismi.it*, n. 18/2017; M. De Paolis, *Contratto di fiume: un nuovo strumento per la gestione del territorio in ambito locale*, cit., p. 1471 ss.; M. Vernola, *I contratti di fiume nella pianificazione ambientale*, cit. Prima dell'introduzione dei contratti di fiume nel t.u. Ambiente: E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012, p. 75 ss.; M. Bastiani, *Contratti di fiume. Pianificazione strategica e partecipata dei bacini idrografici*, Dario Flaccovio Ed., 2011.

6. *Natura giuridica dei contratti di fiume*

I primi tentativi di inquadramento della figura, facendo leva sull'elemento consensuale, hanno sostenuto la tesi della natura privatistica (negoziale o contrattuale) dello strumento o all'opposto quella dell'accordo pubblicistico.

Tali idee, peraltro, sono state formulate, soprattutto da parte di non giuristi, a margine e corredo delle prime esperienze di messa a punto della figura. La stessa prassi in cui i CdF avevano avuto origine, infatti, si affrettava a smentire la possibilità di inquadrare i CdF nell'una o nell'altra delle due categorie giuridiche indicate.

La grande incertezza attorno alla natura giuridica dello strumento si è riverberata sul problema della individuazione del regime giuridico ad esso applicabile. Qual è l'effetto fondamentale del Cdf? Quali le conseguenze in caso di violazione del patto assunto con il Cdf? Quali i rimedi a disposizione delle parti (private e pubbliche) del rapporto? Il Cdf è assoggettato o meno all'obbligo di VAS?

L'art. 68 *bis*, introdotto nel 2015, non ha mutato i termini essenziali del problema della natura giuridica e del regime giuridico del CdF. Esso reca una definizione di CdF, ma il mero inquadramento statico dell'istituto non appare soddisfacente né adeguato. Più utile risulta un inquadramento dinamico, considerato che la legge pone i CdF in posizione attuativa, specificativo-integrativa, rispetto agli strumenti di pianificazione.

Riguardo alla riferita tesi della natura negoziale o contrattuale dei CdF può tuttavia osservarsi, quanto meno: in primo luogo che è la norma stessa a qualificare i CdF come strumenti di programmazione negoziata (in quanto tali non ascrivibili alla categoria contrattuale, ma al più a quella degli accordi amministrativi tra amministrazioni e tra amministrazioni e privati); in secondo luogo, riguardo al *nomen:* sebbene esso sia ispirato al *contrat de rivière* di matrice francese, non può essere assimilato a questo, anche in ragione del fatto che nell'esperienza giuridica italiana, come è noto, non è accolta la categoria dei *contrat de droit public*.

Invero è lo stesso art. 68-*bis* a qualificare i contratti di fiume come strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata, e a rinviare dunque agli istituti di programmazione negoziata, senza tuttavia inquadrare questi, necessariamente, in un tipo particolare[41].

[41] Sulla programmazione negoziata, per tutti, R. Ferrara, *La programmazione «negozia-*

Pertanto si può ritenere che con la locuzione contratto di fiume si vadano a ricomprendere tanto quegli strumenti che trovano base giuridica nell'articolo 2, comma 203, della legge n. 662 del 23 dicembre 1996 e nelle successive delibere CIPE[42], quanto quelli indicati dalla l. n. 241/1990, quanto, infine, gli accordi *ex* artt. 30 e 34 TUEL: quindi una categoria aperta.

Detto in altri termini: "contratto di fiume" è espressione di sintesi che rinvia a molteplici fattispecie e strumenti giuridici che trovano il loro riferimento più diretto e immediato negli istituti di programmazione negoziata, negli artt. 11 e 15 legge n. 241/1990, nonché artt. 30 e 34 TUEL, ma non si esauriscono in questi.

La qualificazione del contratto di fiume quale strumento di programmazione negoziata, infatti, risolve solo una parte delle questioni sollevate da tale nuovo istituto.

Non si può omettere di considerare la collocazione normativa della previsione sui CdF: l'art. 68-*bis* è inserito nella Parte III, Titolo II, Capo II, rubricato "Strumenti" ove sono disciplinati i piani di bacino e i piani stralcio. Ciò sembrerebbe deporre a favore della qualificazione dei CdF quali strumenti di pianificazione di livello sotto-ordinato e di scala territoriale minore rispetto ai piani disciplinati dagli artt. 65-68, in quanto l'ambito di intervento del contratto di fiume è limitato alle frazioni di distretto idrico definite bacino e sottobacino. La collocazione normativa del contratto di fiume sembra suggerire il suo inserimento tra gli strumenti pianificatori (con un ambito territoriale limitato al bacino o al sottobacino).

Invero anche tale inquadramento desta perplessità. Infatti, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che riferisce l'obbligo di VAS ad ogni strumento pianificatorio, si dovrebbe concludere che anche il contratto di fiume debba essere preceduto dalla VAS, ma così non avviene in quanto esso non è considerato un piano in senso tecnico.

---

ta» fra pubblico e privato, in *Dir. amm.*, 1999, p. 429 ss.; G.M. Esposito, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999; A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo, I principi*, Napoli, 2000; A. Barone, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 261 ss.; R. Cuonzo, *La programmazione negoziata nell'ordinamento giuridico*, Padova, 2007; P. D'Angiolillo, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009.

[42] Tra questi si richiamano *i*) l'intesa istituzionale di programma; *ii*) l'accordo di programma quadro; *iii*) il patto territoriale; *iv*) il patto territoriale; *v*) il contratto d'area.

Si potrebbe dunque opinare che il contratto di fiume sia da ritenersi uno strumento comparabile (quanto a collocazione gerarchica e forza precettiva) agli accordi di lottizzazione.

Sarebbe questa una qualificazione per alcuni versi più adeguata, perché il CdF svolge una funzione attuativa e specificativa (adattativa) dei piani "generali" verso l'obiettivo di tutelare in modo attivo e passivo la risorsa e il territorio[43].

Tuttavia appare evidente che la definizione statica dell'istituto continua a mostrarsi incompleta, insoddisfacente e parziale. Anche volendo (provare a) utilizzare come termine di paragone la convenzione di lottizzazione, ci si avvede che il contratto di fiume presenta caratteristiche del tutto peculiari, che lo differenziano da questa.

Contratto di fiume è espressione di sintesi per designare una inedita figura di composizione (una fattispecie complessa), eterogenea e multiforme. Eterogenea in quanto strutturata caso per caso da variegate congerie di atti, articolati e collocati su più livelli, sia verticali, sia orizzontali. Di natura composita e caratterizzato dall'elemento della "volontarietà": a differenza dei piani, non è previsto alcun obbligo di adozione del contratto di fiume. La sua formazione è rimessa alla volontà dei soggetti - pubblici e privati - che vi prendono parte. Il termine "volontari" (di cui all'art. 68 bis) non è legato al consenso (inteso in senso contrattuale), ma alla decisione di porre in essere il (ovvero aderire al) CdF quale strumento di attuazione adattativa del piano, senza che vi siano obblighi giuridici in tal senso; è questo un altro elemento che porta a ritenere che il contratto di fiume sia uno strumento facoltativo e non abbia carattere pianificatorio.

Sul piano strutturale il contratto di fiume può riunire (in una fattispecie complessa, unitariamente e globalmente rilevante) una molteplicità di fattispecie (semplici) che trovano una *reductio ad unitatem* nella configurazione situazionale del problema amministrativo e nella complessiva dinamica operazionale. Infatti, la varietà di strumenti di cui può comporsi il contratto di fiume diviene un punto di forza dello stesso quale strumen-

[43] D'altronde la giurisprudenza ritiene che la funzione della convenzione urbanistica non è di integrare la disciplina urbanistica, di per sé completa, ma di definire nel dettaglio gli impegni delle parti, e principalmente dei privati, in vista del conseguimento dell'equilibrio nello scambio di utilità; essa pertanto è autonoma e distinta dal Piano di lottizzazione cui accede, in quanto rappresenta solo una delle eventuali attività che possono concretizzarsi dopo l'approvazione di quest'ultimo. In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, 28 ottobre 2021, n. 7237.

to elastico e flessibile, adattativo rispetto al contesto fisico, ambientale e istituzionale.

Se, dunque, si deve valutare l'elemento strutturale del contratto di fiume ci si avvede che esso, a ben guardare, è una sorta di *cluster*; una fattispecie di meta-livello che serve a coordinare e mettere a sistema un insieme complesso di figure giuridiche e strumenti operativi.

Le diverse fattispecie (semplici) in esso raccolte, infatti, vivono come momenti di definizione e attuazione del piano di bacino, ma allo stesso tempo devono avere un obiettivo integrato di tutela, attiva e passiva, sia della risorsa sia del territorio.

7. *Il contratto di fiume: atto e processo*

Il CdF dovrebbe essere pertanto riguardato sia come atto sia come processo dinamico (il fenomeno sostanziale dell'attività): un'operazione giuridica complessa che ha una propria causa in concreto[44], chiamata a riassumere e palesare l'integrazione delle funzioni cui essa è preordinata e a tenere insieme tutti gli atti in essa convogliati. All'interno del CdF può trovare spazio infatti una combinazione ottimale di strumenti e moduli operativi funzionale al risultato complesso perseguito: accordi tra amministrazioni, accordi di programma, accordi tra privati e p.a., contratti ad oggetto pubblico, conferenze di servizi, contratti di diritto privato, partenariati pubblico/privati, patti di collaborazione, copianificazione, conferenze di piano, ri-localizzazioni e compensazioni su scala territoriale quali misure concordate di gestione del rischio idraulico e idrogeologico, etc.

Il CdF suscita notevole interesse soprattutto quale fenomeno sostanziale: processo conoscitivo, decisionale ed operativo che proprio per le sue potenziali caratteristiche di elasticità, flessibilità, adattabilità al contesto fisico, ambientale e istituzionale (di aderenza al problema amministrativo) svolge anche un ruolo di *rescaling distribution* che opera in una doppia direzione: *bottom up* e orizzontale. Le prime esperienze applicative mostrano infatti che l'avvio di tali processi ai diversi livelli territoriali ha attivato complessi processi di

[44] Sull'operazione giuridica, e in particolare sull'operazione amministrativa, sia consentito il rinvio a D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

negoziazione tra i soggetti privati, le comunità e le Pubbliche Amministrazioni e che la caratteristica di "adattabilità" di tali processi alle esigenze dei territori permette di dar forma a eterogenei accordi multisettoriali e multiscalari che assumono come tavola di riferimento di base un programma d'azione (un patto a maglie larghe) condiviso dai soggetti aderenti al CdF.

In tale prospettiva i CdF si mostrano come una modalità di gestione territoriale del corso d'acqua che vede la comunità elaborare gradualmente una visione condivisa, anche facendo emergere i conflitti, gli interessi, insieme alle vocazioni territoriali. L'obiettivo ultimo perseguito è quello della integrazione e del coordinamento di tutti gli strumenti di pianificazione territoriale, di tutela ambientale e di programmazione presenti sul territorio[45].

8. *Spunto conclusivo*

Il contratto di fiume costituisce un'operazione giuridica nella quale sono convogliati poteri pubblicistici e poteri di autonomia privata.

I soggetti pubblici e privati che vi prendono parte, nello svolgimento rispettivo dei propri ruoli e posizioni, attuano in modo coordinato e concertato politiche di gestione integrata delle risorse territoriali in relazione alla protezione e tutela degli ambienti naturali, alla tutela delle acque, alla difesa del suolo, alla protezione del rischio idraulico.

Sue caratteristiche principali sono complessità, flessibilità, adattabilità.

[45] Sulla funzione di sintesi e coordinamento della pianificazione di bacino, in termini generali, e ancor prima dell'indicazione in tal senso della direttiva quadro sulle acque, si veda, tra tutti: F. Zeviani Pallotta, *La pianificazione ambientale come funzione di coordinamento nello Stato policentrico,* in *Foro amm.*, 1998 (7/8), pp. 2235.

Abstract

Il presente saggio mira a fornire un contributo all'inquadramento giuridico del contratto di fiume mettendo in risalto anche le esperienze messe a punto nella prassi. Sebbene introdotto ormai da qualche anno nel codice dell'ambiente, il contratto di fiume non avuto una cospicua elaborazione dottrinale rimanendo sotto traccia. A dispetto del *nomen juris*, il contratto di fiume sembra potersi qualificare come un'operazione giuridica nella quale sono convogliati poteri pubblicistici e poteri di autonomia privata. Esso risulta caratterizzato da un processo conoscitivo, decisionale ed operativo che per le sue potenziali caratteristiche di elasticità, flessibilità, adattabilità al contesto fisico, ambientale e istituzionale svolge anche un ruolo di *rescaling distribution* che opera in una doppia direzione: *bottom up* e orizzontale.

Notes on river planning and river contracts

This essay aims to provide a contribution to the legal framework of the river contract also highlighting the experiences developed in the practice. Although introduced a few years ago in the environment code, the river contract has not had much doctrinal elaboration remaining under the radar. In spite of its nomen juris, the river contract appears to be a legal operation in wich public powers and powers of private autonomy are brought together. It is characterised by a cognitive decision-making and operational process that due to its potential characteristics of elasticity, flexibility and adaptability to the physical environmental and institutional context, also plays a role of *rescaling distribution* operating in a dual direction: bottom up and horizontal.

La Repubblica delle asimmetrie

di Ambrogio De Siano

Sommario: 1. Premessa. – 2. I prodromi del regionalismo asimmetrico: la conservazione della specialità. – 3. L'inizio del percorso: gli accordi del 2018. – 4. La procedimentalizzazione: il DdL n. 615/2023. – 5. Le ragioni (regionali e statali) a supporto dell'asimmetria – 6. Le principali conseguenze sistemiche e l'assenza di strumenti giuridici per interrompere il (o quantomeno deviare dal) percorso intrapreso. – 7. L'esito del percorso: la Repubblica delle asimmetrie.

1. *Premessa*

Un libro di recente pubblicazione[1] reca come immagine di copertina una vignetta che Luciano Vandelli disegnò nel 2008 in occasione del decennale dell'entrata in vigore della riforma sul decentramento amministrativo: lo Stato, sistemato su un piedistallo, ha le fattezze di un direttore d'orchestra intento a dettare il ritmo ai suoi orchestrali, non strumentisti, ma anch'essi direttori d'orchestra (che impersonano rispettivamente le Regioni, le Province, i Comuni e le Comunità montane), i quali, agitando le proprie bacchette, contemporaneamente dirigono a loro volta.

La vignetta rappresenta in maniera estremamente efficace la complessità istituzionale che la Costituzione ha tipizzato: per effetto della loro natura giuridica, gli enti territoriali regionali e locali hanno vocazione/capacità di mettere in musica il proprio spartito, purché la loro esecuzione non strida con quella effettuata (nell'interesse nazionale) dallo Stato.

La differente posizione di quest'ultimo trova fondamento nella originaria formulazione dell'art. 114 Cost., il quale, a dispetto della loro identità morfologica, introduce un'asimmetria nel rapporto tra enti rappresentativi: lo Stato coincide con il tutto, ossia con la Repubblica, la quale si ripartisce in Regioni, Province e Comuni.

L'assetto relazionale in parola subisce una consistente modifica ad opera della riforma costituzionale del 2001, quantomeno stando alle conseguenze che pare ragionevole trarre dal tenore testuale del Titolo V rimaneggiato.

---

[1] *Public Authorities and Complexity. An Italian Overview*, a cura di M. De Donno, F. Di Lascio, Napoli, 2022.

La svolta in senso autonomistico si percepisce sin dall'art. 114 Cost.: l'equi-ordinazione tra enti territoriali costituisce l'elemento introduttivo della nuova regolamentazione[2], connotata, per un verso, dall'attribuzione alle Regioni della potestà legislativa generale e residuale, e ai Comuni (quantomeno di norma) delle funzioni amministrative; e, per altro verso, dall'autonomia finanziaria di entrata e di spesa espressamente riconosciuta a tutti i soggetti che costituiscono la Repubblica.

Epperò, la pratica legislativa, da un lato, e la giurisprudenza costituzionale, dall'altro, hanno contribuito a operare una frattura tra il testo costituzionale e il sistema istituzionale vivente.

Il marcato allontanamento tra l'essere e il dover essere è l'esito di un progressivo affastellarsi di ragioni Stato-centriche[3] – alimentate dal perenne stato d'emergenza (finanziaria, sanitaria, ambientale) nel quale versa il Paese[4] –, il cui inesorabile ripresentarsi nel corso di oltre un ventennio ha finito per reintrodurre di fatto la diversità dello Stato e, con essa, una sorta di implicita relazione gerarchica tra enti territoriali.

L'assetto che si è via via venuto a conformare è lontano da quello che era lecito attendersi alla luce della Carta, tanto che provocatoriamente è stato immaginato un Titolo V 'effettivo', con una formulazione corrispondente all'esperienza fin qui maturata: l'art. 114, quello che formalmente sancirebbe il livellamento tra enti territoriali, in realtà dovrebbe così

---

[2] L'art. 114 «è (e poteva essere) il baricentro di un diverso impianto, quasi "eversivo", teso a superare un criterio tradizionale, di gerarchia nel rapporto tra enti territoriali e Stato», osserva E. Carloni, *Gli elementi costitutivi della Repubblica in cerca di ruolo: il "nuovo" articolo 114, vent'anni dopo*, in *Ist. fed*., 2021, pp. 139 ss., p. 144.

[3] Le esigenze unitarie – rileva con un simpatico parallelo E. Carloni, *op. cit*., p. 154 – «parafrasando il bel discorso di Al Pacino di Ogni maledetta domenica, "sono dappertutto, sono intorno a noi"».

[4] Tra l'autonomia e le emergenze – fa notare A. Ruggeri, *L'autonomia regionale inappagata, la sua "differenziazione" e l'uso congiunturale della Costituzione*, in *Dir. reg*., 2023, pp. 365 ss., p. 370 – si intrattiene un rapporto «complesso e perverso», per governare il quale «s'impone – questo lo slogan dominante e ricorrente, a mo' del leit motiv di una canzone di successo – una vigorosa regia centrale al fine di poter gestire come si conviene le emergenze; e la sede naturale è quella del Governo (e, per esso, specificamente della Presidenza del Consiglio)». Una recente manifestazione della «postura centralista» della cultura politica è rappresentata dai numerosi disegni di legge costituzionale rivolti a ovviare agli intralci che le competenze regionali avrebbero frapposto al contrasto della pandemia – cfr. A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni?*, in *Il futuro delle Regioni*, a cura di R. Bin, F. Ferrari, Napoli, 2023, pp. 107 ss., p. 115.

recitare: «la Repubblica è costituita dallo Stato, la cui posizione è peculiare, nonché da Regioni e Comuni, fors'anche dalle Città metropolitane. Il regime particolare delle Province è definito da disposizioni transitorie»[5].

Come se non bastasse la confusione dovuta a un ordinamento che progressivamente prende le distanze dal proprio parametro fondamentale, nell'ultimo lustro si è ripreso intensamente a discutere del c.d. regionalismo differenziato[6].

L'esigenza di dare corpo a ulteriori asimmetrie giuridiche in un Paese già fortemente asimmetrico quanto a territori, economia e sviluppo[7] è stata così tanto vivamente avvertita (pure) dal Governo in carica che, poco dopo il proprio insediamento, esso ha dato vita a un percorso normativo rivolto a disciplinare l'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost.

La dottrina giuridica ed economica – già parecchio operosa in passato, soprattutto a seguito della stipula (nel 2018) degli accordi fra il Governo e tre Regioni[8] che hanno domandato «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» – ha ripreso a confrontarsi attivamente.

Benché non manchi chi si mostra convinto che l'asimmetria[9] regionale costituisca uno strumento particolarmente idoneo per la effettiva realizzazione dell'autonomia territoriale[10], viceversa molti convengono

[5] E. Carloni, *op. cit.*, p. 156 s.

[6] La letteratura è via via diventata copiosissima. Un compendio dei principali contenuti della discussione recente lo si rinviene in A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato*, in *Dig. disc. pubb.*, Aggiornamento, 2021, pp. 317 ss., nonché in L. Violini, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, Torino, 2021, ai quali si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche.

[7] In proposito, con un'ottica tanto storica quanto prospettica, A. Romeo, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 807 ss.

[8] Si tratta di Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto.

[9] Si preferisce usare il sostantivo 'asimmetria', in luogo di 'differenziazione', condividendo quanto sostenuto da F. Merloni, *Salviamo il regionalismo dall'autonomia asimmetrica dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Il futuro delle Regioni* cit., pp. 189 ss., p. 189, secondo il quale le ulteriori forme di autonomia di cui all'art. 116, co. 3, Cost. «dovrebbero essere comprese nella definizione di "regionalismo asimmetrico" in quanto, similmente al "regionalismo speciale", cui apertamente si ispirano, incidono, producendo asimmetrie, sul riparto di competenze, legislative e amministrative, tra lo Stato da una parte e il complesso delle autonomie territoriali dall'altra. Nella definizione "autonomia differenziata" c'è in sostanza un equivoco, perché ogni riconoscimento di autonomia, normativa, organizzativa, finanziaria, porta con sé una differenziazione».

[10] M. Bertolissi, *Testi normativi e contesti istituzionali. Cose vere e meno vere a proposito*

sul fatto che essa comporti soprattutto rischi: peggioramento dell'attività amministrativa, *deficit* nei bilanci regionali, squilibri territoriali, conflitti di competenze[11]. Alcuni ritengono che metterebbe addirittura in pericolo il regionalismo, per salvare il quale sarebbe necessario che l'attuazione dell'art. 116, co. 3, venisse ritardata (in attesa quantomeno della realizzazione di un sistema di finanziamento decentrato in attuazione dell'art. 119 Cost.), se non addirittura definitivamente accantonata perché in contrasto con l'autonomia (quella per così dire 'ordinaria') e la sussidiarietà[12].

Stimolato in particolare dai contributi in cui questo pericolo viene paventato[13], il presente saggio si propone di provare a individuare alcuni dei principali effetti sistemici derivanti dal regionalismo asimmetrico[14],

---

dell'autonomia differenziata, in *Consulta on line*, 2023, pp. 495 ss., p. 503.

[11] A. Zanardi, *Regionalismo differenziato: profili di finanza pubblica*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, pp. 875 ss., p. 876.

[12] F. Merloni, *Salviamo* cit., p. 230 s., considera che il regionalismo asimmetrico, «per i suoi contenuti, per la casualità con la quale si determinano i concreti modelli di riparto e di amministrazione, per gli effetti che rischia di produrre e per la irreversibilità di questi effetti, si pone in insanabile contrasto con il principio di sussidiarietà, con la tenuta unitaria della Repubblica, con la solidarietà interterritoriale e con la vera differenziazione». A suo avviso, la strada più coerente con un vero disegno di regionalismo, questo sì differenziato, sarebbe l'abrogazione dell'art. 116, co. 3, il che consentirebbe altresì di rimettere in discussione il regionalismo speciale (p. 231).

[13] F. Merloni, *op. cit.*, ma pure S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *www.federalismi.it*, 2023.

[14] Il tema del regionalismo differenziato si presta a essere analizzato da molteplici punti di vista. Si pensi alla statica del fenomeno (e dunque alla necessità, e alla natura giuridica, di una legge di attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., nonché alle fonti che disciplinano e producono l'asimmetria) nonché alla sua dinamica (ossia al procedimento tramite il quale si formalizza il regime differenziato); ma pure al profilo delle relazioni istituzionali (per esempio, al ruolo del Parlamento e al poco rilievo riconosciuto agli enti locali) e a quello delle conseguenze dell'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost. (e quindi alla possibile influenza sulla forma di Stato e finanche sulla forma di Governo, agli effetti sull'unità della Repubblica, alla rinnovata distribuzione del potere legislativo, all'autonomia politica degli enti territoriali). Per non parlare dell'assetto dei rapporti finanziari tra livelli di governo e degli interventi solidaristici, collegati al tuttora incerto destino dei livelli essenziali delle prestazioni. Spazio andrebbe altresì dedicato alle autonomie speciali, per comprenderne il destino, inevitabilmente interessato dalla ridefinizione della 'ordinarietà' regionale. Presentandosi fortemente interrelate, tutte le tematiche elencate necessitano di essere prese in considerazione; al tempo stesso meriterebbero trattazioni autonome, anche in virtù della densità della bibliografia a disposizione. Eppure, i limiti propri di una trattazione (viepiù) in forma di saggio impongono una scelta. Visto che l'apparato normativo attualmente in discussione sembra oramai maturo per l'approva-

segnatamente tentando di comprendere se il suo compimento nei termini in cui è stato proposto sia in grado, da un lato, di emancipare, anche solamente in parte, le Regioni (che decideranno di aderirvi) dalla morsa del centralismo statale; dall'altro, di provocare mutamenti relazionali tra lo Stato e gli altri enti territoriali.

L'obiettivo propostosi richiede preliminarmente d'illustrare i tratti essenziali del percorso (convenzionale e normativo) fin qui compiuto, interrogandosi soprattutto sulle ragioni poste alla base delle istanze regionali di disallineamento rispetto all'autonomia ordinaria. Invero, apprendere le motivazioni che fondano il tentativo di diversificazione permetterebbe di chiarire, non tanto lo scopo cui alcune Regioni hanno mostrato di aspirare – esso appare ben chiaro: avere più compiti e corrispondentemente trattenere sul territorio una maggiore quota di risorse[15] –, bensì, più significativamente, la condizione di partenza dalla quale desiderano affrancarsi. Una condizione che – se si è ben compreso, anzitutto, cosa sia l'autonomia territoriale e, poi, come venga tutelata in Costituzione – è, quantomeno in astratto, la migliore possibile per valorizzare le diversità. Il che rende di non immediato apprendimento il motivo per il quale alcune Regioni[16] stiano pensando di transitare in un regime di singolare specialità.

2. *I prodromi del regionalismo asimmetrico: la conservazione della specialità*

Come noto, nel tentativo di superare l'accentramento di poteri e

---

zione – tra i segnali che lo suggeriscono v'è, primo tra tutti, il rapido completamento dei lavori del Comitato per i livelli essenziali delle prestazioni (d'ora in poi Clep) –, chi scrive ha ritenuto maggiormente utile concentrare le proprie riflessioni su alcune delle possibili conseguenze derivanti dall'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., affidando (tramite rinvii in nota) a una folta dottrina (segnatamente costituzionalista) il compito di esaurire tutti gli altri aspetti che avrebbero meritato più spazio che un semplice, talvolta fugace, riferimento.

[15] È anche l'opinione, tra gli altri, di S. Cassese, *Le Regioni cinquant'anni dopo: un bilancio*, in *Il futuro delle Regioni* cit., pp. 83 ss., p. 89, secondo le stime del quale le tre Regioni del nord che hanno stipulato gli accordi del 2018 per mezzo del decentramento di nuove funzioni si aspettano di ricevere più di 21 miliardi di euro.

[16] Secondo quanto riportato dal Servizio studi del Senato – https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DOSSIER/0/1103442/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione11 –, altre sei regioni (Piemonte, Liguria, Toscana, Umbria, Marche e Campania) sarebbero intenzionate a domandare uno statuto giuridico asimmetrico.

risorse, la riforma costituzionale del 2001 ha riformulato grossa parte del Titolo V con l'obiettivo di ampliare il coinvolgimento delle autonomie territoriali tramite l'estensione delle rispettive aree di competenza (normativa e amministrativa).

Non sono tuttavia mancate conferme dell'impianto disegnato nel 1948: si pensi alla specialità riconosciuta ad alcuni territori[17] (regolata dai co. 1 e 2 dell'art. 116 Cost.), la quale è stata tenuta esente da qualsiasi valutazione di prospettiva[18], con ogni probabilità necessaria in ragione del rinnovato assetto autonomistico[19].

La scelta di lasciare inalterata la specialità è stata ritenuta una «grave "pigrizia" culturale della riforma del 2001». In fondo, ad oggi, la diversità degli enti a statuto speciale si risolve soprattutto in uno spesso privilegio finanziario: essi beneficiano di generose compartecipazioni, integrate dalle risorse con cui lo Stato sostiene le funzioni rimaste statali (come giustizia e ordine pubblico)[20].

La conservazione del regime autonomistico speciale, derogatorio, anzi (verrebbe da dire:) antagonistico, rispetto a quello ordinario, ha comportato che nell'ordito costituzionale riformato venisse lasciato un elemento di dinamicità nella relazione tra Stato e Regioni, che poi, per come è stato concepito il co. 3 dell'art. 116 – chiaramente ispirato al modello speciale –, è stato rafforzato oltremodo: «Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» possono essere attribuite a tutte le «altre»[21] Regioni nelle materie di competenza concorrente e in alcune materie di legislazione esclusiva.

---

[17] Ragioni e fattezze della specialità si trovano di recente spiegate da G. Gardini, *Alle origini del regionalismo. Genesi e storia di un ente controverso*, in G. Gardini – C. Tubertini, *L'amministrazione regionale*, Torino, 2022, pp. 33 ss.

[18] Lo stesso avvenne in Assemblea costituente, nel cui corso non vi fu discussione riguardante le Regioni speciali – lo ricorda C. Pinelli, *Cinquant'anni di regionalismo, fra "libertà dallo Stato" e culto per l'uniformità*, in *Dir. pubb.*, 2020, pp. 749 ss., p. 753.

[19] La specialità nell'ottica del fenomeno dell'asimmetria autonomistica è stato oggetto di un'ampia riflessione: tra i moltissimi contributi, di recente A. Ruggeri, *Attuazione dell'art. 116, III c., Cost.*, in *Dir. reg.*, 2020, pp. 1 ss.; AA.VV., *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, a cura di G. Armao, F. Astone, M. Immordino, G. Moschella, V. Prudente, Napoli, 2022.

[20] F. Merloni, *op. cit.*, p. 196 s.

[21] In dottrina si è discusso se il co. 3 dell'art. 116 sia riservato alle sole Regioni a statuto ordinario ovvero possa riguardare anche quelle a statuto speciale. In merito, con posizioni differenti, A. Morelli, *Fonti*, pp. 80 ss.; A. Ruggeri, *Attuazione*, cit., pp. 20 ss.

E che il modello di riferimento sia quello speciale[22] lo si può indurre anche dal blando riferimento all'art. 119 Cost. – le ulteriori forme e condizioni di autonomia vanno praticate nel «rispetto dei principi di cui all'art. 119» –, il quale potrebbe consentire la riproposizione del sistema di finanziamento già sperimentato nelle Regioni speciali. Benché, da un lato, le esperienze di queste siano molto diverse[23], e, dall'altro, la loro autonomia abbia subito un progressivo ridimensionamento[24], tutte continuano a connotarsi per il robusto contributo statale al finanziamento delle loro funzioni.

Si tratta di un sistema di finanza derivata particolarmente favorevole, che – come si vedrà *infra* – con ogni probabilità verrà riproposto (quantomeno) nella fase di inziale attuazione del DdL in discussione. D'altra parte, quello speciale è il modello che Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto pare proprio abbiano preso a riferimento[25].

Epperò, le misure che sembrano prossime a essere introdotte, considerata la fluidità che immettono nel circuito relazionale dei diversi livelli di governo, rendono difficile prevedere gli esiti della loro concretizzazione.

La formulazione dell'art. 116, che contempla due diverse autonomie non ordinarie[26], pone le condizioni normative per l'abbandono della dualità (fatta di ordinarietà e specialità rispetto allo Stato). Qualora il co. 3 dovesse trovare attuazione, ne prenderà il posto una relazionalità ben più complessa[27], il cui divenire alimenta ulteriori perplessità circa il mantenimento in vita delle Regioni a statuto speciale: in fin dei conti, tramite l'asimmetria diverrebbero tutte speciali[28], con il vantaggio per quelle non

[22] Benché il co. 3 sia stato costruito sul modello tratteggiato nei co. 1 e 2, tra la specialità prevista da questi ultimi e l'asimmetria della disposizione conclusiva dell'art. 116 restano delle differenze. Le descrive A. Morelli, *Il regionalismo differenziato e l'autonomia speciale. Nuovo assetto o vecchio caos?*, in *Specialità e differenziazione* cit., pp. 207, pp. 211 ss.

[23] Lo sottolinea A. Morelli, *Fonti*, cit., p. 78, il quale rammenta il carattere «proteiforme» dell'autonomia speciale, per cui il modello ha avuto applicazioni molto diverse nelle cinque Regioni che ne sono dotate.

[24] Ancora A. Morelli, *op. ult. cit.*, p. 78.

[25] Secondo A. Morelli, *Fonti*, cit., p. 78, «indizi gravi, precisi e concordanti orientano in tal senso».

[26] Diversità derivante anche dalle fonti che la producono: una imposta con legge costituzionale, l'altra con una legge approvata a maggioranza assoluta dalle Camere sulla base di una intesa, ricorda A. Morelli, *Fonti*, p. 76.

[27] Sul possibile superamento della dualità ancora A. Morelli, *Fonti*, pp. 76 ss.

[28] Osserva A. Ruggeri, *Attuazione*, cit., p. 3, che nel momento in cui l'autonomia

formalmente tali di poter negoziare l'intensità della loro diversità[29].

Talché, se il percorso di attuazione dell'art. 116, co. 3, dovesse giungere a conclusione, il regionalismo fondato sulla logica della omologazione[30] (per un verso, tra Regioni ordinarie, da un lato, e Regioni speciali, dall'altro; e, per altro verso, nella relazione tra Stato e Regioni) resterebbe un ricordo: esso, viceversa, tenderà a presentarsi come un sistema con accentuati elementi di asimmetria[31], le conseguenze del cui avvento, anche in considerazione dell'evidente assenza di un disegno di contesto[32], non è detto siano reversibili.

3. *L'inizio del percorso: gli accordi del 2018*

Come accennato in premessa, il più recente tentativo regionale di ottenere ulteriori forme di autonomia è stato esperito da Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna[33], le quali nel 2018, all'esito di percorsi diversi[34], hanno sottoscritto con il Governo tre distinti accordi «preliminari in

---

delle Regioni ordinarie – in potenza, di tutte – si differenzia, articolandosi in più specie diverse, viene meno il punto fermo al quale rapportare l'autonomia della singola Regione speciale.

[29] Come evidenzia A. Ruggeri, *Attuazione*, cit., p. 20, una parte dell'asimmetria *ex* art. 116, co. 3, è «autofondata», ciò a differenza delle Regioni a statuto speciale.

[30] Regime della omologazione che, secondo autorevole opinione, finirebbe per pregiudicare la reale affermazione dell'autonomia, la quale avrebbe piuttosto richiesto, al fine di potersi affermare al meglio di sé alle condizioni oggettive di contesto, l'adozione di soluzioni istituzionali varie da una Regione all'altra e peculiari di ciascuna, in funzione della salvaguardia degli interessi, parimenti tipici, emergenti dai varî territori: A. Ruggeri, *Attuazione*, cit., p. 6 s.

[31] Subendo quindi una forte torsione in senso spagnolo: cfr. A. D'Atena, *op. cit.*, p. 114, il quale osserva che il regionalismo si allontanerebbe dalla logica del '*cafè para todos*' per accostarsi a quella della '*tablas de quesos*'.

[32] Si pensi alla grottesca vicenda delle Province. Tra la densissima letteratura che se ne è occupata v. le riflessioni di M. De Donno, *La riforma del governo locale nella Legge Delrio: qualche riflessione cinque anni dopo*, in *www.federalismi.it*, 2019; E. Carloni – F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, Padova, 2020, pp. 129 ss.

[33] Negli anni 2006/2007 un iniziale tentativo di fare uso dell'art. 116, co. 3, Cost., è stato promosso da Piemonte, Lombardia e Veneto. Queste prime iniziative sono descritte da L. Violini, *op. cit.*, pp. 4 ss., la quale ha ritenuto i «risultati profondamente deludenti» (p. 229).

[34] Peculiare è soprattutto quello del Veneto, il quale, come la Lombardia, ha prelimi-

merito all'Intesa prevista dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione»[35].

Era lecito aspettarsi che l'allontanamento dall'ordinarietà trovasse formalmente fondamento nella specificità della condizione delle Regioni richiedenti[36]. Tuttavia, negli accordi in parola le peculiarità di queste ultime non vengono spiegate né documentate, così come non viene fatto cenno alcuno alla loro attuale condizione finanziaria e alla loro capacità amministrativa[37].

Il regionalismo asimmetrico si presenta sin dall'inizio ad accesso libero, il che amplifica i rischi che alla sua realizzazione conseguano peggioramento delle prestazioni, *deficit* nei bilanci, scompensi territoriali. Resta chiaro l'obiettivo che le Regioni proponenti si prefiggono: il loro rafforzamento amministrativo con un corrispondente aumento delle risorse.

Gli accordi si concentrano su cinque materie (ambiente ed ecosistema, salute, istruzione, lavoro, rapporti internazionali e con l'Unione Europea), riguardo alle quali ci si limita a una piuttosto modesta opera di individuazione di singole funzioni o, talora, di pezzi di funzioni, che diverrebbero di competenza regionale.

Al netto della sensazione che una simile frammentazione amministrativa sia soprattutto foriera di caos, quel che emerge è la crescita amministrativa delle Regioni a scapito dello Stato e degli enti locali. Si segnala così una evidente deviazione rispetto alla corretta e piena applicazione dell'art. 118 Cost.: negli accordi non si fa mai cenno agli enti locali come potenziali destinatari delle funzioni sottratte al centro[38].

---

narmente tenuto un referendum consultivo. La descrizione del percorso per giungere alla celebrazione dei referendum, nonché alcune utili osservazioni sulla rilevanza giuridica che quest'ultimo assume rispetto alle decisioni degli organi politici, si rinvengono in M. Bertolissi, *op. cit.*, pp. 495 ss. Più in generale, per una compiuta ricostruzione delle vicende che vanno dal primo nucleo delle richieste regionali di differenziazione sino alla stipula degli accordi preliminari si v. L. Violini, *op. cit.*, pp. 89 ss.

[35] I testi degli accordi sono pubblicati all'indirizzo *https://www.affariregionali.it/comunicazione/notizie/2018/giugno/autonomia-differenziata-accordi-preliminari-con-le-regioni-emilia-romagna-lombardia-e-veneto/*.

[36] Proprio in considerazione del fatto che l'asimmetria dovrebbe seguire le peculiarità territoriali era altresì lecito attendersi che gli accordi fossero contenutisticamente diversi, almeno in parte. E invece sono sostanzialmente uguali, anche nelle loro parti speciali, in cui le differenze sono minime.

[37] Medesimo vizio affliggerà con ogni probabilità anche i futuri accordi, visto che il DdL n. 615 non richiede nessuna giustificazione della diversità richiesta.

[38] A. Natalini, *Il tempo del regionalismo differenziato è ormai passato?*, in *Riv. giur. mezz.*,

L'aumento della capacità di 'gestire' il territorio è parallelo alla (in quanto è presupposto della) creazione di un sistema di finanziamento più favorevole, collegato in maniera rarefatta con la legislazione attuativa dell'art. 119[39].

Quest'ultimo è uno degli aspetti che ha maggiormente interessato la dottrina[40], la quale ha espresso timori, tra l'altro, per la sopravvivenza del sistema solidaristico fondato sull'art. 3, co. 2, e sull'art. 119, co. 3 e 5, Cost.[41].

E invero, operando su una realtà connotata da una forte divaricazione tra i territori quanto a ricchezza, un'efficace utilizzazione della perequazione, da un lato, e delle risorse aggiuntive e degli interventi speciali, dall'altro, postula che lo Stato attinga alle entrate percepite nelle Regioni con maggiore capacità fiscale per abitante. Un'efficace utilizzazione che verrebbe compromessa nel momento in cui le Regioni che attualmente recano un residuo fiscale negativo ottengano, tra tributi propri e/o compartecipazioni ai tributi erariali, una quota di risorse eccessiva[42]. Resterebbero quindi pochissime le Regioni che ricevono meno di quanto redistribuiscono. Per tale via, i margini di solidarietà rischiano di nullificarsi[43].

Che il quadro che va componendosi sia a tinte fosche è agevole indurlo dal fatto che il modello in parola è potenzialmente replicabile per

---

2022, pp. 85 ss., pp. 92 s., sottolinea come per evitare la paradossale crescita del centralismo allocato a livello regionale le funzioni amministrative decentrate dovrebbero essere svolte in maniera preponderante dagli enti di area vasta e dai Comuni, benché questi è verosimile non siano in grado di svolgerli vista la situazione organizzativa in cui versano.

[39] Infatti, negli accordi non si registrano riferimenti alla l. 5 maggio 2009, n. 42, e al d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68.

[40] A. Zanardi, *op. cit.*

[41] F. Merloni, *op. cit.*, p. 217.

[42] L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato*, in *Rivista Aic*, 2019, pp. 574 ss., p. 577, riteneva eccessiva l'enfasi posta sulla questione del residuo fiscale: questo tema, così insistito nella comunicazione, «non risponde a nessun corretto criterio di governo della finanza pubblica, mentre invece tema di fondo rimane l'esigenza di non alterare gli equilibri del sistema».

[43] Per evitarlo appare indispensabile che venga assicurato il concorso delle Regioni beneficiarie delle scelte devolutive al meccanismo dei fondi perequativi – così S. Pajno, *op. cit.*, p. 125. La sostenibilità finanziaria della proposta di regionalismo differenziato alla luce, per un verso, della dinamica del debito pubblico e degli squilibri territoriali, e, per altro verso, della spesa pubblica nelle Regioni, è oggetto dell'analisi economica pubblicata in AA.VV., *Regionalismo differenziato. Razionalizzazione o dissoluzione. Una ricerca delle Università della Campania*, Napoli, 2023.

tutte le Regioni[44]: l'asimmetria rischia di diventare la regola, il che – nella opinione di non pochi commentatori – potrebbe aprire la strada a una difficilmente reversibile degradazione del tessuto sociale dovuta alla crescita delle disuguaglianze nella garanzia dei diritti fondamentali[45].

4. *La procedimentalizzazione: il DdL n. 615/2023*

La sottoscrizione degli Accordi preliminari precedette di qualche giorno le elezioni politiche del 2018, le quali hanno dato vita a una legislatura discretamente movimentata dal punto di vista politico, con l'avvicendarsi di tre diversi Governi, i quali hanno continuato a lavorare sull'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., benché con differenze non marginali.

Insediatosi il primo Governo presieduto da Giuseppe Conte, sono ben presto iniziate le trattative con le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, le quali si sono risolte in un poco concludente scambio di bozze avvolto sostanzialmente nel mistero.

Con l'insediamento del secondo Governo diretto da Conte, con composizione politica parzialmente diversa, si è assistito a un cambio di rotta[46]. Verso la fine del 2019 ha visto la luce una bozza di legge quadro

[44] Tuttavia, secondo M. Bertolissi, *op. cit.*, p. 496, le Regioni veramente interessate a intraprendere il percorso dell'asimmetria sarebbe solo le tre che hanno già stipulato l'accordo con il Governo. Peraltro, al medesimo A., appare uno scenario improbabile quello secondo cui tutte le restanti Regioni ordinarie, o comunque un numero consistente di esse, richiedano e ottengano una differenziazione sulle 23 materie previste nell'art. 116, co. 3, Cost. Non v'ha dubbio che le quantità (di Regioni richiedenti e di numero di funzioni decentrate) rechino una qual certa incidenza sul successo dell'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost. Nondimeno, la questione delle quantità non va eccessivamente enfatizzata. Se il sistema di decentramento immaginato avesse dei limiti di portata sarebbe bene dichiararli precedentemente alla sua messa in opera. Altrimenti rischia di implodere o di funzionare solo per alcuni: e in entrambi i casi sarebbe un problema molto significativo.

[45] Questo risultato non sarebbe esito scontato dell'asimmetria qualora fosse preceduta dall'adozione di strumenti rivolti a prevenire alcuni problemi, quali, ad esempio, quelli riguardanti la ripartizione delle risorse e il rispetto dei diritti civili e sociali su tutto il territorio. È quanto sostiene A. Natalini, *op. cit.*, pp. 88 ss., attingendo ad alcune esperienze federali straniere e alla teorica dei relativi sistemi istituzionali.

[46] La cronistoria della interlocuzione tra i due Governi presieduti da Conte e le Regioni la si rinviene in L.A. Mazzarolli, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla «bozza di legge-quadro» consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo*

che il Ministro per gli Affari regionali e Autonomie, Francesco Boccia, ha inviato ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, il cui testo si presenta in discontinuità rispetto al percorso inaugurato nella precedente legislatura: il più evidente sintomo del cambio di rotta riguarda la determinazione dei Lep, la quale costituisce il primo passo per il venire a concretizzarsi dell'asimmetria[47].

La bozza si compone di due soli articoli. Nel primo, si dettano i «principi per l'attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia», prevedendosi che le intese tra lo Stato e le Regioni si conformano a determinati obiettivi[48]. Le restanti disposizioni dell'art. 1 e quelle

---

116, co. 3, Cost., in *www.federalismi.it*, 2022, pp. 1 ss., p. 5 s. Va rammentato che non è questo il primo tentativo di dare attuazione all'art. 116, co. 3, Cost.: agli atti della Camera dei deputati della XVI Legislatura, Atto n. 1368, si trova una proposta di legge, presentata il 24 giugno 2008 dagli on. Lanzillotta e Marantelli, che recava «Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, concernente l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle regioni». Proposta che – secondo A. Morelli, *Fonti e procedimenti dell'asimmetria*, in *www.federalismi.it*, 2020, p. 14 – conteneva soluzioni interessanti. In argomento v. anche L. Violini, *op. cit.*, pp. 125 ss.

[47] Le differenze tra le bozze di intesa del 2018 e quella di legge-quadro proposta dal secondo Governo Conte sono descritte in L. Violini, *op. cit.*, pp. 235 ss., la quale ritiene quest'ultima il prodotto di una visione ampiamente riformatrice.

[48] Che vengono di seguito elencati: «a) determinazione, nelle materie oggetto di attribuzione, dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) o degli obiettivi di servizio uniformi su tutto il territorio nazionale e dei fabbisogni *standard*, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione;

b) finanziamento delle funzioni attribuite sulla base dei fabbisogni *standard,* dei livelli essenziali delle prestazioni o degli obiettivi di servizio determinati ai sensi della lettera a), nel rispetto dell'articolo 17 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 e in coerenza con i principi recati dal decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68, con particolare riferimento alla sostituzione delle risorse erariali con autonomia di entrata, territorialità dei tributi e perequazione;

c) necessità di assicurare su tutto il territorio nazionale i livelli delle prestazioni o gli obiettivi di servizio di cui alla lettera a), anche attraverso la perequazione infrastrutturale. A tal fine, i futuri riparti delle risorse dedicate alle infrastrutture devono tenere conto di tale obiettivo;

d) previsione del riparto tra regione ed enti locali delle funzioni amministrative oggetto di attribuzione, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, previsti dall'articolo 118 della Costituzione, oltre che con riferimento al principio solidaristico che connota il sistema degli enti locali. All'affidamento delle funzioni si procede, altresì, tenuto conto delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane definite dalla legislazione statale, ai sensi dell'articolo 117, secondo

dell'art. 2 sono essenzialmente di natura procedimentale, occupandosi dell'intesa e della sua approvazione, nonché della definizione dei Lep e degli obiettivi di servizio.

Pur contenendo un apprezzabile tentativo di riforma complessiva – che non si limitasse dunque a uno spostamento particolare di funzioni dallo Stato alla singola Regione, ma coinvolgesse più in generale i connessi temi dei Lep e del decentramento della finanza pubblica –, il testo ha destato non poche perplessità. Soprattutto ha generato dubbi la possibilità dello Stato di dettare principi in materia di regionalismo differenziato che non riguardassero esclusivamente il procedimento, in particolare delimitando i contenuti dell'intesa. In dottrina è stata sottolineata la sua difficile compatibilità costituzionale considerata la inidoneità di una legge ordinaria a vincolare le successive fonti del processo di differenziazione[49]; ciò, del resto, consentirebbe alla legge rinforzata, prevista dall'art. 116, co. 3, Cost., di sanare ogni ipotetico vizio scaturente dal mancato rispetto delle disposizioni procedurali poste dalla suddetta legge di attuazione[50].

La bozza in parola è però finita su un binario morto, complice pure la pandemia da Covid 19, che comunque non ha impedito al Governo Draghi di proseguire il tentativo di dare attuazione all'art. 116, co. 3, Cost.: e così una nuova bozza di disegno di legge (proposta dalla Ministra Gelmini) è stata inclusa tra i provvedimenti collegati alla manovra di bilancio

---

comma, lettera p), della Costituzione;

e) previsione che, qualora entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa non siano stati determinati i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i relativi fabbisogni *standard*, e fino alla loro determinazione, le funzioni sono attribuite con decorrenza dal 1° gennaio dell'esercizio immediatamente successivo e le relative risorse sono assegnate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sulla base del riparto delle risorse a carattere permanente iscritte nel bilancio dello Stato a legislazione vigente;

f) ai fini del coordinamento della finanza pubblica, previsione della facoltà dello Stato di stabilire, in relazione agli andamenti del ciclo economico e dei conti pubblici, misure a carico della Regione, a garanzia dell'equità nel concorso al risanamento della finanza pubblica previa adozione delle medesime misure con impatto finanziario su tutto il territorio nazionale».

[49] L.A. Mazzarolli, *op. cit.*, p. 10 s., il quale osserva che il testo costituzionale esclude in radice che lo Stato possa dettare, con normativa di rango ordinario, principi in relazione all'attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia.

[50] A. Morelli, *Fonti e procedimenti*, cit., p. 87.

2022-2024. Anche questa proposta mai è giunta in Consiglio dei Ministri: essa, ben diversa da quella che l'ha preceduta, si componeva di cinque articoli, tra i quali si fa notare soprattutto l'art. 4, in cui fa nuovamente capolino la spesa storica come iniziale criterio determinativo delle risorse necessarie all'esercizio delle nuove funzioni[51].

Con la pandemia ormai alle spalle, il Governo di centro-destra (guidato da Giorgia Meloni), appena insediatosi, ha rimesso mano al c.d. regionalismo differenziato.

Con l'obiettivo di valorizzare le potenzialità delle autonomie territoriali – ciò che in astratto consentirebbe altresì un rafforzamento della coesione territoriale[52] –, il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, a seguito dell'approvazione del relativo schema da parte del Governo, ha presentato un disegno di legge collegato alla manovra di finanza pubblica contenete «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione»[53].

Il processo di attuazione della disposizione costituzionale in parola si presenta articolato su due piani diversi, benché strettamente connessi. Esso si compone infatti anche della determinazione dei Lep[54]; determinazione affidata a una Cabina di regia istituita con la legge di bilancio 2023[55],

[51] L'utilizzo del parametro della spesa storica è suggerito dal fatto che il decentramento richiesto dalle Regioni è essenzialmente amministrativo, cosicché per l'avvio del processo appare sufficiente prendere le mosse dalle voci del bilancio nazionale riguardanti le stesse funzioni.

[52] Lo si legge nella relazione che accompagna il DdL n. 615. Del resto, non è affatto escluso che dall'asimmetria possano discendere effetti benefici anche per l'uguaglianza nella fruizione dei diritti. Lo sottolinea, tra gli altri, G. Rivosecchi, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, in *www.federalismi.it*, 2022, pp. 833 ss., pp. 835 s.

[53] La collocazione di una disciplina di tale rilievo, collegata a una legge di bilancio, è di certo discutibile. Il medesimo rilievo critico, a proposito della bozza di legge quadro proposta dal Ministro Boccia, lo si rinviene in L.A. Mazzarolli, *op. cit.*, p. 12.

[54] Determinazione dei Lep fortemente spinta dalla Corte costituzionale, che l'ha qualificata come «dovere dello Stato», il cui adempimento «appare […] particolarmente urgente in vista di un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza». D'altra parte, «il ritardo nella definizione dei Lep rappresenta un ostacolo non solo alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali» (Corte cost., 26 novembre 2021, n. 220).

[55] L. 29 dicembre 2022, n. 197, art. 1, co. 792-793.

cui compete la predisposizione di uno o più schemi di DPCM[56] recanti, anche distintamente tra le 23 materie in cui l'asimmetria è praticabile, la individuazione dei Lep e dei relativi costi e fabbisogni *standard*[57].

Il DdL n. 615 si occupa di regolare lo spostamento di alcune funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni: si tratta essenzialmente di un'asimmetria amministrativa, rivolta a decentrare non l'organizzazione del territorio – attraverso un arricchimento del potere legislativo e normativo secondario –, ma soprattutto la sua gestione[58].

Il profilo procedurale è disciplinato dall'art. 2, il quale, anche a causa della formulazione della disposizione costituzione che ci si prefigge di attuare[59], reca non pochi aspetti problematici[60].

Il fulcro è rappresentato dall'intesa tra Stato e Regione. L'atto d'inizia-

---

[56] La scelta dell'atto normativo lascia perplessi: la individuazione dei Lep costituisce un momento di costruzione del sistema, in quanto definitoria, in negativo, dell'autonomia degli enti territoriali. Sicché, parrebbe difficilmente evitabile l'impiego della legge. Eppure la prassi dimostra l'inverso: i livelli essenziali d'assistenza sono stati individuati con DPCM (il primo è del 29 novembre 2001, poi sostituito da quello del 12 gennaio 2017); scelta ritenuta corretta dalla Corte costituzionale (sentenza 31 marzo 2006, n. 134) purché venga assicurata l'intesa tra Stato e Regioni.

[57] Sui Lep quali espressione delle politiche di coesione cfr. F. Manganaro, *Politiche di coesione*, in *Enc. dir.*, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, pp. 839 ss., pp. 853 ss.

[58] Gestione che comunque comporterà l'aumento della produzione normativa delle Regioni, destinata nel tempo a sostituire quella statale. Il relativo regime transitorio è disciplinato dall'art. 7, co. 3, del DdL, secondo cui «Ciascuna intesa individua i casi in cui le disposizioni statali vigenti nelle materie di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, oggetto di intesa con una Regione, approvata con legge, continuano ad applicarsi nei relativi territori della Regione fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni regionali disciplinanti gli ambiti oggetto dell'intesa».

[59] Molti autori si sono espressi in maniera critica sulla formulazione dell'art. 116, co. 3, Cost. Tra gli altri, più di recente, A. Morelli, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in *Rass. dir. pub. eur. rass. on line*, 2019, pp. 18 ss., p. 21, secondo cui la disposizione in parola presenta vistose carenze di scrittura e suscita perfino qualche dubbio di legittimità costituzionale. Del resto, nei progetti di riforma del Titolo V successivi al 2001 è stato sempre inserito un intervento sulla disposizione: nel testo approvato dal Parlamento nella XIV legislatura e bocciato dal referendum costituzionale del 2006 e nella prima versione del disegno di legge costituzionale n. 1429/S, presentato al Presidente del Senato l'8 aprile 2014, ne era prevista la soppressione. Nella versione finale di quest'ultimo disegno, sottoposta al referendum del 4 dicembre 2016, la disposizione era mantenuta ma con significative modifiche.

[60] Evidenziati pure nel dossier del 3 maggio 2023 disposto dai Servizi studi di Camera e Senato, reperibile all'indirizzo *https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/dossier/56845_dossier.htm*.

tiva spetta a quest'ultima, sentiti gli enti locali[61]: prende così le mosse un *iter* dalla matrice consensuale che coinvolge la Conferenza unificata e che termina con una legge che approva l'intesa[62]. Un *iter* complesso, dunque, il quale si propone come la principale garanzia formale a tutela degli interessi coinvolti dall'asimmetria regionale, soprattutto di quelli più deboli in quanto poco rappresentati[63].

Quel che sorprende è che l'iniziativa non debba essere accompagnata dall'espressa indicazione delle ragioni che fondano la domanda di asimmetria. Si tratta di un'asimmetria *on demand*, che non richiede alcuna specifica motivazione da parte della Regione richiedente e che non prevede alcuna verifica da parte dello Stato circa l'esistenza di qualche diversità che possa giustificare un assetto competenziale differente da quello ordinario[64]. La mancata 'giustificazione' da parte della Regione che aspira a lasciare il regi-

[61] Il coinvolgimento degli enti locali è stato oggetto di molte riflessioni, per lo più critiche in quanto la reale effettività del loro contributo definitorio dell'intesa appare particolarmente modesta. Il tema meriterebbe di essere approfondito. Tuttavia, non essendo possibile esaurirlo nel limitato spazio di un saggio, e soprattutto di questo (già sin troppo denso di argomenti), si impone il rinvio ad altri studi. Tra i molti, A. Piraino, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *www.federalismi.it*, pp. 1 ss., p. 12 s.

[62] Conformemente alla delimitazione del tema d'indagine denunciata in premessa, non è questa la sede per approfondire il tema del procedimento (in parte consensuale, in parte legislativo) previsto per il compimento dell'asimmetria, e in particolare quello del ruolo assegnato al Parlamento, il quale – a opinione di non pochi autori – si troverebbe di fronte all'ennesima marginalizzazione. Esso, peraltro, si presenta non poco complicato – non a caso le letture proposte sono talora addirittura opposte (le si trova in parte compendiate in L. Violini, *op. cit.*, pp. 241 ss.) – meritando un contributo a sé stante. Per cui, considerato che le questioni procedimentali si pongono come tangenti rispetto al profilo di approfondimento oggetto del presente saggio, ci si limita a rinviare alla dottrina (essenzialmente costituzionalistica) che più di recente si è occupata, appunto, del ruolo del Parlamento, della natura giuridica della legge di approvazione dell'intesa nonché della vincolatività ed eventuale emendabilità di quest'ultima: tra gli altri, anche per l'apparato bibliografico riportato nella notazione a piè di pagina, S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *www.federalismi.it*, 2020, pp. 94 ss., pp. 98 ss.; G. Rivosecchi, *op. cit.*, pp. 842 ss.; A. Piraino, *Ancora su regionalismo differenziato*, cit., pp. 13 ss.; A. Morelli, *Fonti*, cit., pp. 80 ss.

[63] Secondo G. Rivosecchi, *op. cit.*, p. 838, è il procedimento stesso che, «nella sua articolazione, costituisce garanzia dei principi costituzionali di solidarietà e di unità (artt. 2 e 5 Cost.)».

[64] Anche secondo A. Ruggeri, *Attuazione*, cit., p. 8, nota 11, l'asimmetria andrebbe concessa «unicamente al ricorrere delle condizioni che ne giustifichino la messa in atto, bisognose di esser fatte oggetto di scrupoloso accertamento».

me ordinario è foriera di conseguenze molto rilevanti: rende impossibile valutare la legittimità, da un lato, della quantità di decentramento richiesta e concessa; dall'altro, di un eventuale diniego da parte dello Stato[65]. Così procedendo pare estremamente difficile sindacare la ragionevolezza e la proporzionalità del contenuto dell'intesa.

È questo il punto in cui maggiormente si nota la scorretta sovrapposizione tra autonomia e ulteriore differenziazione da questa – ulteriore differenziazione che andrebbe supportata da comprovate esigenze: si tende così a far passare l'idea che l'asimmetria *ex* art. 116, co. 3, serva a dare corpo all'autonomia, quando viceversa quest'ultima (stando al dato normativo costituzionale, ma anche a una banale questione di conseguenzialità logico-giuridica) dovrebbe preesisterle.

Sotto il profilo sostanziale, deve registrarsi il disinteresse per il problema del frazionamento di materie e funzioni e dell'intreccio, potenzialmente sempre dissimile a seconda dei contenuti dell'intesa, che si realizza tra funzioni (o loro pezzi) statali e regionali[66]. Come se la frammentazione che si prospetta non promettesse un disordine organizzativo tale da far peggiorare i servizi offerti alla cittadinanza[67]. Naturalmente molto

---

[65] S. Pajno, *op. cit.*, p. 114, benché (ad avviso di chi scrive, non condivisibilmente) qualifichi come «per certi versi un po' estrema» la tesi secondo cui si potrebbe procedere all'asimmetria regionale «solo ed esclusivamente in presenza di veri e propri *hechos diferenciales*», ammette che «le peculiarità regionali possono avere comunque un ruolo importante per guidare le scelte devolutive».

[66] Frazionamento, potenzialmente sempre diverso a seconda delle Regioni, cui conseguirà il problema del personale da impiegare. Un decentramento di quello statale, proprio in ragione della differenza tipologica tra le funzioni, da un lato, e la diversità di quelle assegnate a ciascuna Regione, dall'altro, è improbabile o comunque non risolutivo. Sarà quindi necessario che le Regioni si dotino di neo-assunti. Peraltro, alcune funzioni potrebbero finire agli enti locali, cronicamente in difficoltà (numerica e qualitativa) quanto a personale impiegato. Problemi di efficienza amministrativa sono dunque più che verosimili: in proposito G. Corso, *Asimmetria, efficienza amministrativa e solidarietà*, in *Specialità e differenziazione* cit., pp. 225 ss., pp. 225 s. Per non parlare dei sovracosti organizzativi, il ben possibile presentarsi dei quali rende difficile credere che l'asimmetria si realizzi nel rispetto dell'invarianza finanziaria. A quest'ultimo riguardo si v. le osservazioni di S. Pajno, *op. cit.*, pp. 121 ss., il quale propone una classificazione delle funzioni oggetto di possibile trasferimento in base all'incidenza che esso può avere sulla spesa dello Stato al fine ultimo di comprendere quanto sia fondata l'idea che il decentramento proposto si risolva, dal punto di vista finanziario, in «un *gioco a somma zero*» in base all'assunto secondo cui maggiori costi per le amministrazioni regionali non possono che essere pari ai risparmi di cui beneficerebbe lo Stato per effetto della cessione delle funzioni.

[67] Osserva F. Merloni, *op. cit.*, p. 224, che la «frammentazione e l'intreccio delle

dipenderà dalla tipologia e dal numero delle funzioni che si deciderà di decentrare: aspetto, quest'ultimo, particolarmente delicato, in quanto il fine che sembra supportare l'asimmetria di cui si discorre non fa escludere un decentramento tanto massiccio da mettere in pericolo l'unità della Repubblica[68].

Sempre per quel che riguarda la dislocazione in periferia delle funzioni, il DdL compie una operazione di 'recupero' (rispetto agli accordi del 2018) dell'art. 118 Cost.: nel rispetto dei principi di leale collaborazione, sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, le funzioni divenute regionali potrebbero essere trasferite agli enti locali contestualmente alle risorse umane, strumentali e finanziarie. Certo, in questo modo la possibile allocazione delle funzioni a livello locale diventa più faticosa e comunque molto meno probabile di quanto la lettera dell'art. 118 faccia pensare[69].

Grande risalto viene conferito alla condizione posta per l'effettivo trasferimento di funzioni e risorse: la preventiva determinazione dei Lep costituisce il presupposto per il decentramento amministrativo asimmetrico[70]. Anzi, qualora dalla loro individuazione dovessero derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, il trasferimento delle funzioni sarà consentito solo successivamente all'entrata in vigore degli atti legislativi di stanziamento delle risorse coerenti con gli obiettivi di finanza pubblica e con gli equilibri di bilancio.

---

competenze che si realizzerebbe non semplifica, anzi complica gravemente l'esercizio delle funzioni, ai due livelli di governo, getta sabbia nel motore di un'amministrazione statale già di suo lontana dall'efficienza e non contribuisce ad un'amministrazione decentrata efficace».

[68] La quantità di differenziazione praticabile senza mettere in pericolo l'equilibrio tra unità e autonomia è oggetto specifico dell'interesse di S. Pajno, *op. cit.*, p. 115, secondo il quale «il *quantum* della differenziazione si presta ad essere "pesato" tramite la valutazione di tre variabili: *i*) le *materie* in relazione alle quali viene compiuta la scelta devolutiva; *ii*) le *funzioni* e gli *ambiti di autonomia* che, in ciascuna materia, vengono concessi; *iii*) il *numero* di Regioni che accedono alla differenziazione, o che vi potrebbero accedere». In tema anche N. Gullo, *Notazioni sul regionalismo differenziato tra aspirazioni autonomistiche e solidarietà economico-sociale*, in *Specialità e differenziazione*, cit., pp. 349 ss., pp. 363 s.

[69] Una corretta e integrale applicazione del quale – ricorda F. Merloni, *op. cit.*, p. 192 – dovrebbe comportare che la cura dei diritti fondamentali dei cittadini venga ricondotta sostanzialmente a livello locale, mentre l'esercizio di compiti e la costituzione di apparati amministrativi a livello regionale dovrebbe costituire l'eccezione.

[70] La condizione non vale per il trasferimento delle funzioni relative a materie o ambiti di materie non riferibili ai Lep, che può avvenire immediatamente.

Trattandosi di una cornice normativa di natura essenzialmente procedimentale, la condizione individuata appare in astratto accettabile, soprattutto se vista in prospettiva: per un verso, dovrebbe conferire maggiore affidabilità alla quantificazione del costo delle funzioni trasferite; per altro verso, potrebbe agevolare l'avviarsi del parallelo percorso solidaristico di perequazione.

Eppure, la sola relazione pregiudiziale tra la individuazione dei Lep e il trasferimento delle funzioni si dimostra insufficiente, quantomeno per due ragioni, una di natura metodologica, l'altra di natura sistematica.

In primo luogo, potrebbe verificarsi che la Cabina di regia si limiti a individuare i Lep esclusivamente nelle materie in cui si può realizzare l'asimmetria[71]. Se accadesse ciò, la condizione prevista nel DdL sarebbe soddisfatta solo ai fini della rimozione del limite legale posto al trasferimento delle funzioni. Viceversa, verrebbe mancato l'obiettivo che il legislatore costituzionale si è posto prevedendo i Lep: il superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. A ben vedere, essendo sin qui mancata la definizione dei Lep, non è mai stata compiuta una comparazione con le risorse disponibili[72]. E utilizzarne troppe per le sole materie dell'art. 116, co. 3, rischierebbe di lasciare scoperti quelli individuati in futuro[73].

[71] Una scelta tutt'altro che remota visto l'art. 1, co. 791, l. 197/2022, secondo cui «Ai fini della completa attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e del pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni, il presente comma e i commi da 792 a 798 disciplinano la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, quale soglia di spesa costituzionalmente necessaria che costituisce nucleo invalicabile per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, per assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali, per favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza […], e il pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali e quale condizione per l'attribuzione di ulteriori funzioni».

[72] Per determinare una credibile corrispondenza tra funzioni e risorse va considerata non solo la spesa statale regionalizzata, ma anche – come già accennato – i costi organizzativi, che si annunciano tutt'altro che irrilevanti. In merito cfr. S. Pajno, *op. cit.*, p. 124.

[73] Che questo rischio sia reale lo dimostra la lettera di dimissioni di quattro dei componenti del Clep posto a supporto della Cabina di Regia istituita dalla legge di bilancio 2023. I componenti dimissionari hanno messo in evidenza importanti questioni metodologiche, dalla risoluzione delle quali dipende la conformità costituzionale della proposta

In secondo luogo, l'assenza di uno stabile sistema di finanziamento ordinario rende fortemente dubbia la effettiva soddisfazione dei Lep che non rientrano nel circuito dell'asimmetria, il che, per conseguenza, mette in crisi anche i (purtroppo ancora) necessari interventi solidaristici[74].

Dell'assenza in parola i promotori dell'asimmetria regionale sono perfettamente consapevoli. Ciò non ha tuttavia rappresentato un ostacolo.

Una parte significativa del DdL viene così dedicata ai principi che dovrebbero guidare l'attribuzione delle risorse finanziarie (ma pure umane e strumentali) necessarie per lo svolgimento delle funzioni dislocate dal centro.

Il modello di finanziamento immaginato è occasionale e pattizio. Le risorse sono determinate da una Commissione paritetica Stato-Regione disciplinata dalla stessa intesa che dà forma di volta in volta all'asimmetria. Nella medesima sede vengono individuale le modalità di finanziamento delle funzioni attribuite attraverso compartecipazioni al gettito di uno o

---

da sottoporre all'approvazione del Parlamento. Il primo punto di frizione all'interno del Clep avrebbe riguardato il novero dei Lep da individuare: ai fini della corretta attuazione del dettato costituzionale (artt. 116, co. 3, 117, co, 2, lett. m, e 119, Cost.) parrebbe inevitabile, preventivamente all'attribuzione di nuovi compiti ad alcune Regioni con le corrispondenti risorse finanziarie, la determinazione di tutti i Lep concernenti l'esercizio di diritti civili e sociali e la definizione del loro finanziamento in ottemperanza dell'art. 119 Cost. In considerazione del fatto che le risorse disponibili sono limitate dai vincoli di bilancio, la determinazione dei Lep richiederebbe una valutazione complessiva di quelli che il Paese è effettivamente in grado di finanziare; valutazione che non può essere fatta materia per materia, perché, spinti dalla contingenza di dare avvio al regionalismo asimmetrico, ci si potrebbe trovare nella condizione di non potere finanziare i Lep necessari ad assicurare l'esercizio dei diritti civili e sociali nelle materie lasciate per ultime. Peraltro, nell'impostazione che è stata data ai lavori del Clep, si starebbe soltanto compiendo un'opera di ricognizione dei Lep già rinvenibili nella legislazione esistente piuttosto che proporne l'arricchimento al fine di assicurare effettivamente il superamento delle disuguaglianze territoriali nell'esercizio dei diritti civili e sociali.

[74] E non solo perché il perennemente provvisorio sistema di finanziamento attuale non assicura la necessaria continuità di risorse. Ma anche perché non esiste un modello in cui vengono messi a confronto Lep, relativi costi e risorse disponibili, il quale si presenta indispensabile in quanto da ciò dipende la loro l'effettiva sostenibilità senza discriminazione o creazione di insostenibili oneri per la finanza pubblica. A risentire dell'assenza di un sistema di finanziamento generale è pure la perequazione: il finanziamento di un numero molto ampio di funzioni trasferite in attuazione del regionalismo asimmetrico potrebbe comportare che non residuino sufficienti risorse statali per alimentare il fondo di perequazione e realizzare gli interventi speciali.

più tributi erariali maturati nel territorio regionale (nel rispetto dell'art. 17, l. 31 dicembre 2009, n. 196, e dell'art. 119, co. 4, Cost.).

In questo modo vengono lasciati indeterminati i rapporti finanziari tra Stato e Regioni che domandano l'assegnazione di maggiori spazi di amministrazione. Manca quindi un modello di riferimento per il finanziamento delle funzioni aggiuntive[75], che dovrebbe essere il DdL a stabilire[76], anche (anzi, soprattutto) nell'ottica di assicurare il raggiungimento di uno degli elementi fondanti il percorso asimmetrico: la neutralità finanziaria[77].

Peraltro, con una discutibile sovrapposizione di ruoli, alla stessa Commissione vengono assegnati compiti di monitoraggio[78]: le spetta verificare annualmente, alla luce di quanto previsto dall'intesa e in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica, gli oneri finanziari derivanti per ciascuna Regione interessata dall'esercizio delle funzioni e dall'erogazione dei servizi connessi alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia.

Il testo si conclude con alcune (solo in astratto rassicuranti) dispo-

[75] Il quadro giuridico-finanziario rischia così di essere costruito in conformità delle aspettative delle singole Regioni richiedenti, mentre sembra indispensabile l'adozione di un approccio sistemico. Sulla insufficienza di una definizione 'singolare' dell'asimmetria v. le osservazioni di N. Gullo, *op. cit.*, pp. 366 ss.

[76] Non sembra dubitarne l'Ufficio parlamentare di bilancio, che, nell'audizione del 6 giugno 2023 (reperibile all'indirizzo *https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/documenti/56845_documenti.htm*), si mostra preoccupato, ad esempio, per l'assenza di prescrizioni sulla possibile dinamica delle risorse regionali negli anni successivi all'approvazione dell'intesa, di ciò potendo risentire la garanzia dell'invarianza finanziaria complessiva, la coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica e l'adeguatezza delle risorse regionali rispetto alle funzioni loro attribuite.

[77] Il cui raggiungimento – vi si è già fatto cenno *retro* – è tutt'altro che scontato soprattutto in ragione della necessità di riprodurre strutture organizzative dell'amministrazione centrale a livello periferico: proprio perciò «non è affatto detto che […] dal processo di differenziazione non derivino maggiori oneri per la finanza pubblica. È viceversa ben possibile che, almeno in relazione ad alcuni ambiti, le scelte devolutive inneschino un gioco a somma positiva, innalzando il livello della spesa pubblica necessaria a sostenere le funzioni», così S. Pajno, *op. cit.*, p. 121. Del resto, nel dossier predisposto dai Servizi studi di Camera e Senato si ammette che «È astrattamente possibile […] che si generino oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica per effetto della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e dei relativi costi e fabbisogni standard».

[78] A ben vedere, la Commissione paritetica finisce per controllare sé stessa: non solo perché essa stessa ha a monte individuato le risorse da trasferire, ma anche perché ne verifica l'impiego da parte delle Regioni, le quali compongono la Commissione stessa. Forse questo ruolo lo si sarebbe potuto attribuire alla Corte dei conti.

sizioni rivolte a promuovere la cura di interessi che dal compimento dell'asimmetria regionale potrebbe ricevere pregiudizio, come gli equilibri di bilancio complessivi e la quantità delle risorse trasferite alle Regioni che scelgono di rimanere nel regime ordinario. Nel tentativo di tutelarli, con una buona dose di ottimismo, viene garantita l'invarianza finanziaria rispetto alle intese, le quali, ad ogni modo, non possono pregiudicare l'entità delle risorse da destinare a ciascuna delle Regioni 'non speciali'[79].

5. *Le ragioni (regionali e statali) a supporto dell'asimmetria*

Il DdL lascia intatti i dubbi che gli accordi del 2018 avevano suscitato. In particolare, trova conferma la sensazione che l'asimmetria, per un verso, sia ingiustificata[80]; per altro verso, porti con sé una frammentazione che rischia di mettere a dura prova l'organizzazione amministrativa di tutti gli enti coinvolti.

D'altra parte, un simile risultato pare il naturale epilogo del controverso percorso sin qui seguito. Le iniziative regionali, da un lato, e quella governativa, dall'altro, si muovono senza osservare buona parte dello spartito costituzionale, riferendosi essenzialmente all'art. 116, co. 3, il quale, per come si pretende di realizzarlo, pare costituire una sorta di monade: appena qualche generico richiamo all'art. 119 Cost. e alle disposizioni che hanno intrapreso il tragitto per dargli applicazione.

A dire il vero, proprio quest'ultima circostanza non desta alcuna sorpresa, visto che nell'ordinamento vivente è come se l'art. 119 non esistesse. Ed è qui che si rinviene l'aspetto decisivo della vicenda autonomistica contemporanea e – a modo di vedere di chi scrive – il motore principale del tentativo avviato da alcune Regioni di differenziarsi oltremodo.

In effetti, se si guarda al Titolo V riformato è difficile cogliere le ragioni per cui le Regioni domandano più funzioni. A ben riflettere, per rendere un numero maggiore di servizi rispetto a quelli essenziali,

---

[79] Lo scetticismo che chi scrive nutre nei confronti della clausola di invarianza finanziaria – se essa producesse qualche benefico effetto concreto, visto che è apposta praticamente a tutti gli atti normativi, la situazione della finanza pubblica italiana sarebbe diversa da quella che è – non è condiviso da M. Bertolissi, *op. cit.*, p. 499, secondo cui l'equilibrio tra i territori non sarebbe messo in discussione dal DdL n. 615 anche perché «ogni "fuga" è preclusa dall'invarianza della spesa».

[80] Pure perché quella proposta è esclusivamente amministrativa, per cui la si sarebbe potuta realizzare facendo uso dell'art. 118. In proposito E. Carloni, *A prologue to farce or tragedy. Perhaps both. Considerazioni sul regionalismo differenziato e la sua attuazione*, in *Astrid on line*, 2019, pp. 1 ss., p. 7.

per garantire più diritti ai cittadini di ogni singola Regione, è sufficiente esercitare l'autonomia, quella – a dir così – ordinaria: in questa c'è spazio tanto per l'unità quanto per la diversità. Praticando l'autonomia ordinaria (che nel caso delle Regioni è supportata da un vasto potere legislativo e normativo secondario) è del tutto fisiologico che i diritti – i quali dovrebbero avere una base comune grazie ai Lep, che fungono da 'livello zero'[81] – vengano caratterizzati in meglio a seconda del territorio[82].

Nondimeno, da un lato, ci sono Regioni che chiedono di differenziarsi rispetto alle altre, peraltro pretendendo non più potere regolativo tramite il quale esprimere un differente indirizzo politico, ma più compiti amministrativi; dall'altro, c'è il Governo che supporta questa singolare pretesa. Ma perché?

L'unica spiegazione possibile circa la necessità di dare applicazione all'art. 116, co. 3, si risolve nel fatto che il testo costituzionale, nelle parti in cui riconosce autonomia, è piuttosto poco applicato, talora apertamente violato.

Il percorso dell'asimmetria si presta ad essere uno (attualmente forse l'unico) strumento utilizzabile per ricavare spazi dall'ingerenza dello Stato; spazi che al momento quasi non esistono perché il Titolo V nelle sue parti qualificanti è stato paralizzato, con la conseguente radicalizzazione del centralismo[83].

---

[81] Un livello innalzabile esercitando l'autonomia, tuttavia nei limiti dei vincoli di finanza pubblica. Vincoli che, ormai da tempo, prevalgono sull'autonomia, come dimostra, una volta di più, la sentenza 27 luglio 2022, n. 190, della Corte costituzionale, con cui è stata dichiarata l'illegittimità di una disciplina della Regione siciliana diretta a offrire prestazioni non comprese tra i livelli essenziali: l'ampliamento di questi ultimi è impraticabile nelle Regioni che non hanno ancora concluso il percorso di rientro per risanare il dissesto finanziario. In proposito cfr. C. Buzzachi, *La "soglia ulteriore" dei livelli essenziali e la responsabilità degli amministratori regionali: note a margine della sentenza n. 190 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2023, pp. 276 ss.

[82] Rileva in proposito F. Merloni, *op. cit.*, p. 227 s., che le Regioni possono differenziare i diritti e le modalità di garantirli. A tal fine possono conformare il loro sistema amministrativo, scegliere modelli di azione in luogo di altri, dislocare funzioni agli enti locali. Il regionalismo, dunque, non ha bisogno di asimmetrie, perché è connotato dalle differenziazioni istituzionali che ciascuna Regione vorrà realizzare nel proprio territorio, ma anche dalla differenziazione delle modalità di garanzia dei diritti (organizzative, conoscitive, procedimentali) che l'autonomia assicura.

[83] Osservava L. Vandelli, *op. cit.*, p. 574, che «l'Italia è un paese accentrato, ad un livello che forse noi giuristi sottovalutiamo, concentrati spesso in una lettura delle fonti che dà un quadro non sempre riflesso dalla realtà operativa del funzionamento del Paese». E per dare una misura all'accentramento, ricordava che secondo una ricerca

Il disallineamento proposto, dunque, non sembra tale rispetto al regime autonomistico ordinario, bensì rispetto al centralismo[84]. Si cerca, nei limiti del possibile, di liberarsene[85] tramite la introduzione di una sorta di specialità *bis*[86] che porta con sé privilegi soprattutto finanziari[87], benché inscritti nei limiti dei principi del 119 e dei Lep – entrambi i quali si impongono anche alle Regioni speciali[88].

Ancorché possa forse sembrare l'inverso, gli accordi del 2018 e il DdL n. 615 denunciano tutto il disagio degli enti territoriali, anzitutto delle

sul reale livello di decentramento di diversi Paesi la più avanzata delle Regioni speciali italiane viene classificata con un'autonomia inferiore a quella della più modesta Comunità autonoma spagnola.

[84] La dinamica è nota, in quanto diffusamente presente nello scenario comparato, in cui si assiste a spinte alla ricerca di maggiore autonomia da parte di specifici enti territoriali proprio nel momento in cui i sistemi nazionali sono caratterizzati da dinamiche di stampo centralistico ed uniformante. In proposito E. Carloni, *A prologue*, cit., p. 2.

[85] È anche l'opinione di C. Pinelli, *op. cit.*, p. 751: si fa leva sull'art. 116, co. 3, Cost., «per prendere congedo dallo Stato centrale».

[86] A. Morelli, *Il regionalismo*, cit., p. 208, concorda sul fatto che «il modello di riferimento al quale abbiano guardato, negli ultimi anni, le Regioni promotrici di tale processo sia stato proprio quello dell'autonomia speciale», osservando altresì che si tratta di un modello «astratto, costruito sulla base delle sole norme che lo prevedono, visto che ciascuna Regione a statuto speciale lo ha interpretato in modo anche molto diverso dalle altre». Che la specialità sia l'obiettivo delle Regioni ordinarie è confermato da M. Bertolissi, *op. cit.*, p. 495, il quale ricorda che il Veneto «ha chiesto per sé l'autonomia speciale […] dal momento che era ed è gravemente condizionata dall'essere confinante con le Regioni Friuli-Venezia Giulia e Trentino-Alto Adige, che godono della specialità. Non a caso, il Comune di Sappada è già stato incorporato dal Friuli-Venezia Giulia; mentre una trentina di altri Comuni veneti vorrebbero migrare, a seconda della loro posizione geografica, verso nord-est o verso nord-ovest: a cominciare da Cortina d'Ampezzo». Si domanda se l'art. 116, co. 3, Cost. contenga una generalizzata autorizzazione all'introduzione del modello di specialità diffusa per le Regioni a statuto ordinario N. Gullo, *op. cit.*, pp. 370 s., il quale propende per la soluzione negativa, ritenendo sussistenti ragioni giuridiche e politiche che tengono distinte l'asimmetria dalla specialità.

[87] Il regionalismo asimmetrico che emerge – secondo F. Merloni, *op. cit.*, p. 223 s. – è rivolto a «convivere» con gli eccessi del centralismo, «strappando, come le regioni a statuto speciale, condizioni di favore per il proprio territorio e i propri apparati di governo».

[88] Anche l'autonomia finanziaria delle Regioni a statuto speciale ha risentito dei limiti previsti in Costituzione declinati con rigidità dal legislatore statale, ragion per cui l'autonomia tributaria è diventata componente del tutto residuale. Nondimeno, nella stagione di stringenti limiti alle entrate e vincoli alla spesa, l'autonomia finanziaria speciale è comunque diventata un modello cui tendere: maggiori compiti avrebbero portato maggiori risorse. Così C. Tubertini, *L'autonomia finanziaria regionale e i controlli*, in *L'amministrazione regionale* cit., p. 468 s.

Regioni[89]. Un disagio che trova fonte soprattutto nella non applicazione della disposizione costituzionale in grado di dare effettiva pregnanza alla qualificazione di autonomia territoriale: l'art. 119 Cost. Un disagio manifesto, con ogni probabilità irreversibile, anche perché oramai accettato, come dimostrano le richieste di asimmetria.

In altre parole, la ragione alla base di quest'ultima sembrerebbe essere l'esasperazione del centralismo, il quale ha ricevuto una spinta decisiva dalla fallimentare esperienza dell'art. 119 Cost. Perché è qui che si rinviene la madre di tutti i problemi del decentramento contemporaneo, non solo di quello finanziario.

La non applicazione dell'art. 119 avvenuta tramite la giurisprudenza costituzionale che ha interpretato l'art. 117, co. 3 – in particolare quella che si è occupata di definire i confini del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario[90] – ha finito per rovesciare il sistema: sulla Carta ne è impresso uno a vocazione autonomistica; di fatto ne vige uno a trazione centralistica.

Sono diverse le cause che hanno portato alla creazione di un evidentissimo scarto tra il testo costituzionale e la pratica legislativa e amministrativa. E individuarle è molto rilevante per ragionare di asimmetria autonomistica.

Non v'ha dubbio che il venir meno delle promesse del Titolo V è in quota parte attribuibile alle Regioni, le quali, al netto della non felicissima articolazione dell'art. 117[91], hanno fallito nell'esercizio della potestà legislativa[92], di cui – è opportuno farlo nuovamente notare – hanno via via

---

[89] Riferendosi agli accordi del 2018, L. Vandelli, *op. cit.*, p. 578, sosteneva che «le Regioni colgono il 116.3 Cost. come occasione per richiedere l'eliminazione di vincoli che ritengono fortemente pregiudizievoli».

[90] In proposito A. Brancasi, *Il coordinamento della finanza pubblica nel federalismo fiscale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 451 ss.

[91] Che alla fine non è riuscito a interrompere il predominio della legge statale, la quale ha mantenuto intatta la sua capacità di imporsi in qualunque materia, a fronte di una legislazione regionale che «rimane non solo istituzionalmente limitata in ambiti ristretti (sostanzialmente coincidenti con la regolamentazione, all'interno del quadro normativo nazionale, dell'attività e dei servizi amministrativi ricadenti nelle materie di sua competenza), ma anche necessariamente frammentaria, dato che una disciplina finalisticamente compiuta finirebbe per incidere in ambiti preclusi», così G. Falcon, *Lo stato delle Regioni*, in *Le Reg.*, 2021, pp. 5 ss., p. 6.

[92] Nonostante le tutto sommato confortanti premesse costituzionali, le Regioni – secondo P. Ciarlo, *L'inevitabile nanismo legislativo delle regioni e il loro avvenire amministrativo*,

subito una progressiva sottrazione con la complicità della Corte costituzionale[93].

Comunque, la loro arrendevolezza nell'esprimere un proprio indirizzo politico alternativo non pare costituire il principale freno alla compiuta realizzazione della Repubblica delle autonomie: ad avviso di chi scrive, questo ruolo spetta all'inattuazione dell'art. 119 Cost.[94].

La costruzione del sistema di finanza decentrata e dunque della struttura portante dell'autonomia territoriale doveva avvenire alla luce di un presupposto inducibile dall'art. 119: l'autonomia finanziaria degli enti territoriali, a cominciare da quella delle Regioni, ha la caratteristica di preesistere alla legge dello Stato[95].

Sicché, riferendosi, ad esempio, all'autonomia impositiva (oggetto della prima, rivelatasi poi decisiva, giurisprudenza costituzionale del 2003[96]), il potere di stabilire e applicare tributi propri da parte delle Regioni e, nei limiti della riserva di legge, degli enti locali, essendo riconosciuto direttamente in Costituzione, sarebbe stato immediatamente esercitabile a prescindere dalla legislazione di coordinamento statale. L'unico limite è di tipo negativo e si sostanzia nella potestà legislativa di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, la quale è oggetto di potestà legislativa concorrente.

Se è vero che l'art. 119 attribuisce autonomia finanziaria a prescindere dall'intervento statale, la potestà legislativa di coordinamento sarebbe dovuta consistere essenzialmente in un auto-limite, che serve, innanzitutto, a delimitare l'area del prelievo riservata ai livelli di governo superiori, in modo da garantire lo spazio riconosciuto a quelli inferiori e da evitare che l'esercizio dell'autonomia degli uni possa disturbare l'esercizio di quella

in *Il futuro delle regioni* cit., pp. 97 ss., p. 104 – continuano a «essere dei nani dal punto di vista legislativo».

[93] I principali strumenti concettuali che la Corte ha usato per risolvere a favore dello Stato le controversie con le Regioni riguardanti la competenza legislativa sono passati in rassegna da A. Morelli, *Fonti*, cit., pp. 88 ss.

[94] Si è tentato di dimostrarlo in A. De Siano, *Il decentramento della finanza pubblica a venti anni dalla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione. Storia di un fallimento rileggendo Antonio Brancasi*, in *Dir. pubb.*, 2022, pp. 79 ss.

[95] A. Brancasi, *Uguaglianze e diseguaglianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 909 ss., 917 s.

[96] Ci si riferisce alle sentenze 26 settembre 2003, nn. 296 e 297, e 15 ottobre 2003, n. 311. In proposito A. Brancasi, *Per «congelare» la potestà impositiva delle Regioni la Corte costituzionale mette in pericolo la loro autonomia finanziaria*, in *Giur. cost.*, 2003, 2562 ss.

degli altri.

Nondimeno, la Corte costituzionale, modificando la relazione che tradizionalmente passa tra principi fondamentali di provenienza statale e disciplina di dettaglio di provenienza regionale nelle materie di potestà legislativa concorrente, ha negato la capacità costitutiva dell'art. 119, ritenendo che la sua attuazione richiedesse il preventivo intervento del legislatore statale[97]. L'intervento dello Stato è diventato così la condizione per l'esercizio dell'autonomia finanziaria regionale, per tale via inibendosi anche la potestà legislativa residuale che avrebbe consentito alle Regioni di regolare il sistema tributario locale.

Il principale esito della giurisprudenza costituzionale post-riforma è stato quello di far perdere allo Stato il ruolo di possibile limitatore dell'autonomia, facendogli acquisire quello di indispensabile fondatore di autonomia. In questo modo si è persa, realisticamente in maniera non reversibile, la possibilità che la differenziazione nella maggiore tutela dei diritti provenga dall'autonomia.

Questo sistema, in cui l'art. 119 è oramai una disposizione formalmente evocata ma di fatto disinnescata, apre la strada alle fughe in avanti fondate sul solo art. 116, co. 3.

L'opzione che più Regioni dichiarano di voler sperimentare ha incontrato il favore dello Stato, che prontamente ha dato vita al procedimento per portarla a compimento. Ed è agevole comprendere il motivo. Al netto delle questioni di natura politica – che inquinano non poco anche il dibattito tra i giuristi[98] –, dal punto di vista giuridico l'asimmetria autonomistica così come è stata organizzata si presenta estremamente conveniente per il livello di governo statale: il tenore della centralizzazione resta inalterato, lo Stato mantenendo il controllo del potere legislativo e della finanza pubblica.

Come visto, il regionalismo asimmetrico di cui si discute è paradossalmente privo di autonomia politico-amministrativa e di autonomia finan-

[97] Corte cost., 16 gennaio 2004, n. 16.

[98] Un dibattito, ad avviso di G.M. Salerno, *L'autonomia differenziata: problema o prospettiva costituzionale?*, in *www.federalismi.it*, Editoriale del 26 luglio 2023, fortemente condizionato da un evidente fenomeno di precomprensione, intesa – secondo la nozione fornita da G. Zagrebelsky – «come "anticipazione di senso e valore", e quindi come "anticipazione di soluzione, provvisoria e necessitante conferme a di là della prima comprensione soggettiva, ma pur sempre essenziale per indicare la direzione della ricerca che deve essere compiuta"» (p. IV).

ziaria: esso si risolve in un modesto percorso di amministrativizzazione della Regione e per il mantenimento dello *status quo* è davvero difficile trovare di meglio.

6. *Le principali conseguenze sistemiche e l'assenza di strumenti giuridici per interrompere il (o quantomeno deviare dal) percorso intrapreso*

Tralasciando i possibili effetti antisolidaristici da quasi tutti i commentatori rilevati[99] e la frammentazione amministrativa prodotta dallo spezzettamento delle funzioni – che (visti i contenuti del DdL) si annuncia sostanzialmente incontrollato –, in questa sede preme porre in evidenza il fatto che la pratica del regionalismo asimmetrico potrebbe generare conseguenze sistemiche rilevanti. Conseguenze che coinvolgono i cardini del Titolo V, ossia gli artt. 117, 118 e 119 e, quindi, l'art. 114: invero, dalla sperimentazione della fuoriuscita delle Regioni dal regime ordinario è lecito attendersi un mutamento della relazione tra i diversi livelli di governo che costituiscono la Repubblica.

Anzitutto, a torcersi ancor di più, fino quasi a capovolgersi, è il rapporto tra Stato e Regioni.

Conducendo una lettura piana dell'art. 116, le ulteriori forme di autonomia che il co. 3 promette non possono che riferirsi al potere legislativo di cui, nell'ordinario regime competenziale, è titolare lo Stato. A ben vedere, l'ambizione regionale di avere più autonomia di quanto sarebbe possibile in condizioni di 'normalità' non può che essere soddisfatta dal maggiore spazio nella regolazione, la quale si affrancherebbe da quella del Parlamento nazionale per quel che concerne i principi fondamentali nelle materie di cui all'art. 117, co. 3, e l'intera disciplina nelle materie elencate alle lett. l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), dell'art. 117, co. 2[100]. Nella fisiologia, dunque, la relazione tra Stato e Regioni si sarebbe

[99] Di avviso contrario è G. Corso, *op. cit.*, pp. 228 s., il quale – considerando l'eguaglianza territoriale, tra le forme di eguaglianza, una di quelle più discutibili – ritiene che la soluzione istituzionale prospettata nell'art. 116 co. 3 Cost. è criticabile da tanti punti di vista ma non perché la sua attuazione possa pregiudicare la solidarietà.

[100] S. Mangiameli, *Errori e mancata attuazione costituzionale. A proposito di regionalismo e regionalismo differenziato*, in *Il futuro delle regioni* cit., pp. 140 ss., p. 145.

dovuta inclinare in favore di queste ultime, la cui capacità di esprimere indirizzi politici alternativi avrebbe conosciuto un qual certo rafforzamento.

Viceversa, l'attuazione che si propone dell'art. 116, co. 3, Cost., è sostanzialmente limitata a un semplice decentramento di funzioni amministrative[101], il cui esercizio di certo non rende le Regioni più autonome[102].

Per tale via non solo si indebolisce il regionalismo che il legislatore costituzionale aveva immaginato, ma addirittura lo si rivolta[103], il percorso intrapreso finendo paradossalmente per rafforzare il centralismo[104]: da un lato, quello legislativo statale a scapito (dell'art. 117 e del 118[105], e quindi) delle Regioni[106]; dall'altro, quello amministrativo delle Regioni a scapito

[101] Avverte L. Violini, *op. cit.*, p. 234, che occorre tenere distinte la dimensione politica delle richieste di maggiore autonomia, orientate a chiedere tutte le funzioni legislative elencate nell'art. 116, co. 3, Cost., dal contenuto delle richieste stesse, declinate prevalentemente come richieste di funzioni amministrative. D'altra parte – aggiunge l'A. poco dopo (p. 240) –, in concreto, sono sempre le funzioni amministrative a fare da perno per la costruzione delle intese, «a cui venivano collegate – ma non sempre – le funzioni legislative di riferimento».

[102] Certo, l'attribuzione di ulteriori compiti potrebbe alimentare l'esercizio della relativa potestà legislativa. Tuttavia, è ragionevole credere che essa riguarderà soprattutto la regolazione delle funzioni. Peraltro, è tutto da verificare lo spazio di cui godrebbero le Regioni nel legiferare nelle materie oggetto di decentramento. Benché non sia facile immaginare l'impatto dell'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., sull'assetto delle competenze legislative, sono tutt'altro che inverosimili interventi limitativi da parte del legislatore statale, al quale, stando all'esperienza maturata con riferimento al Titolo V riformato, non dovrebbe mancare il supporto della giurisprudenza costituzionale – in merito A. Morelli, *Fonti*, cit., p. 90 s.

[103] S. Mangiameli, *op. cit.*, p. 146, ritiene «sovvertito il paradigma costituzionale del 'regionalismo differenziato'», ciò finanche sul piano del linguaggio: il sostantivo 'differenziazione', che viene usato in luogo di 'asimmetria', è quello dell'art. 118, co. 2.

[104] Centralismo che subisce un'ulteriore spinta dalla determinazione dei Lep, la quale, considerata la giurisprudenza costituzionale più recente, viene utilizzata per spostare l'ago della bilancia competenziale a vantaggio del legislatore statale, che – come osservato da A. Simonati, *Semplificazione dell'attività amministrativa e livelli essenziali delle prestazioni: la Consulta e il regionalismo «temperato»*, in *Le Reg.*, 2019, pp. 292 ss., p. 305 – «accumula e via via sedimenta una serie di poteri "riservati", in una tendenza accentratrice che al momento sembra difficilmente arrestabile».

[105] L'assolutismo legislativo statale rende potenzialmente più ricorrente la cd. chiamata in sussidiarietà delle funzioni amministrative con la relativa regolazione, ciò sottraendo ulteriore spazio alle Regioni.

[106] Questo esito è pure generato da una causa strutturale, che – secondo P. Ciarlo, *op. cit.*, p. 104 – si mostra ormai insormontabile: l'UE è un vero e proprio legislatore. E

(dell'art. 118, e dunque) degli enti locali[107] – i quali, peraltro, saranno quelli che verosimilmente dovranno erogare alcuni servizi, trovandosi in difficoltà per la povertà di risorse (soprattutto organizzative) di cui dispongono.

Il quadro che risulta è fortemente alterato rispetto a quello che si inferisce dalla lettera del Titolo V riformato. Quel che di più colpisce è che le stesse Regioni sono promotrici del loro snaturamento[108]: si è passati dall'idea della Regione come ente con spiccata autonomia politico-amministrativa, che legifera e programma, alla realtà di un ente con una modesta autonomia amministrativa, che si accontenta di esercitare alcuni (talora, solo pezzi di) compiti[109]. Ancorché bisogna ammettere che si poteva sperare in poco altro, soprattutto per lo stato di inattuazione che riguarda l'art. 119[110], al quale l'asimmetria assesta un colpo fatale.

Se il sistema di finanziamento pensato per coprire le nuove funzioni decentrate si realizzasse verrebbero a verificarsi tutte le condizioni per archiviare l'art. 119 Cost. sotto la voce 'tentativi di riforme fallite'.

Già l'interpretazione dell'art. 117, co. 3, lo aveva ferito con poche possibilità di sopravvivenza. Dando vita alla disposizione di cui all'art. 116, co. 3, lo si rende peraltro inappetibile: una volta che alle Regioni ordinarie sia consentito di eguagliare la finanza di quelle speciali, a chi interesserà più dargli attuazione?

Poco male, si penserà: in fondo le Regioni sono attualmente finanziate senza che all'approvazione del nuovo testo dell'art. 119 sia seguita l'edificazione di un sistema di finanza decentrata.

Eppure, con l'avvento del regionalismo asimmetrico la situazione è

---

lo spazio per un terzo legislatore non c'è. Per cui all'interno dei confini nazionali l'unico legislatore è lo Stato.

[107] Benché, secondo P. Caretti, *Le prospettive incerte del nostro regionalismo*, in *Il futuro delle regioni* cit., pp. 75 ss., p. 79, l'intera operazione del regionalismo differenziato, coinvolgendo più Regioni, potrebbe supplire, almeno in parte, alla mancata attuazione dell'art. 118 Cost.

[108] Forse per la prima volta «le regioni pongono l'amministrazione e il suo finanziamento innanzi alla legislazione», così P. Ciarlo, *op. cit.*, p. 104.

[109] P. Caretti, *Le prospettive*, cit., p. 75.

[110] D'altra parte, l'attuale tendenza legislativa resta fedelmente ancorata alla tradizione *post*-riforma del 2001, come dimostrano gli ultimi interventi legislativi cui è spettato il compito di tratteggiare le linee portanti del sistema di finanza pubblica del prossimo futuro: sistema che perdurerà a essere caratterizzato dal predominio della legislazione statale, dal carattere binario delle relazioni intergovernative, dalla natura derivata delle risorse a disposizioni degli enti territoriali.

destinate a peggiorare.

Anzitutto, il DdL n. 615, che attrezza un sistema di finanziamento di natura eccezionale, si presenta nei fatti come una legge di coordinamento della finanza pubblica: in assenza di un generale sistema che assicuri la copertura integrale delle funzioni degli enti territoriali, viene costituita un'autonomia finanziaria asimmetrica, spostando l'ordinarietà verso la specialità, ossia verso la creazione di regimi differenziati, in cui ciascuna Regione avrà una quota (più) significativa (rispetto a quella attuale) di compartecipazioni ai tributi ricavati sul proprio territorio.

Una simile operazione, oltre alla creazione di ancor più profondi *deficit* regionali, annuncia il caos. In primo luogo, perché non si tratta di un coordinamento statico, vale a dire stabile o quantomeno creato con l'intenzione che lo sia, bensì dinamico, congiunturale, in quanto le ulteriori forme di autonomia di cui si discute conoscono un percorso inverso[111]; in secondo luogo, perché la dinamica viene anteposta alla statica, in quanto la parte asimmetrica viene definita in assenza di quella ordinaria, la quale – se esistesse – dovrebbe fungere da generale confine definitorio.

Inoltre, così procedendo, si compie l'ennesimo ampliamento delle fonti di natura costituzionale che regolamentano l'autonomia finanziaria delle Regioni: la giurisprudenza costituzionale ha già promosso in tale veste l'art. 81[112], cui ora viene affiancato l'art. 116, co. 3. In tal modo l'autonomia finanziaria degli enti territoriali perde ulteriormente consistenza, da un lato, perché vengono meno le garanzie stabilite dal Titolo V ai fini dell'attuazione dell'art. 119 – si pensi alla natura concorrente della legislazione sul coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario –,

[111] L'art. 7, co. 2, DdL n. 615, prevede che «Alla scadenza del termine di durata, l'intesa si intende rinnovata per un uguale periodo, salvo diversa volontà dello Stato o della Regione, manifestata almeno dodici mesi prima della scadenza». In dottrina si è sostenuto che converrebbe anticipare la scadenza decennale, prefigurando nelle stesse intese dei 'tagliandi' periodici, quanto meno uno iniziale dopo un tempo ragionevole di collaudo, sì da pervenire a eventuali aggiustamenti della disciplina originaria dopo un primo periodo di sua sperimentazione – così A. Ruggeri, *Attuazione*, cit., p. 16. Invero, non manca chi dubita della reale praticabilità di un futuro ravvedimento: tra gli altri A. Morelli, *Il regionalismo*, cit., p. 219. Ciò anche perché – sottolineano E. Caterini, E. Jorio, *La difficile attuazione del regionalismo differenziato*, in *www.astridonline*, 2023, pp. 1 ss., p. 12 – il ritorno alle origini imporrà per le Regioni 'pentite' la sopportazione di oneri di difficile sostenibilità, sia riorganizzativa che economico-finanziaria. Per non parlare degli effetti sull'apparato dello Stato, prima costretto a differenziarsi a seconda delle singole intese per poi fare marcia indietro. In proposito L. Violini, *op. cit.*, pp. 245 ss.

[112] Anzi, più precisamente la l. cost. 1/2012: cfr. Corte cost., 10 aprile 2014, n. 88.

dall'altro, perché si alimenta ancora la finanza derivata[113].

Nonostante il regionalismo asimmetrico si dimostri paradossalmente vocato a ridimensionare l'autonomia, contribuendo a ulteriormente allontanare la realtà istituzionale dalla Costituzione[114], non si intravedono efficaci strumenti giuridici idonei a interrompere il (o quantomeno deviare dal) percorso intrapreso. L'asimmetria è di natura pattizia e qualora dia cattiva prova di sé appare difficile accedere a una sua soluzione unilaterale, ossia senza l'accordo di entrambi i contraenti[115].

Finanche un intervento della Corte costituzionale pare difficile da ipotizzare[116], e non perché con ogni probabilità andrebbe investita della questione in via indiretta[117], ma perché è difficile individuare il parametro normativo sulla scorta del quale valutare la legislazione sul regionalismo asimmetrico[118].

In molti commenti si è sostenuto che sarebbe auspicabile o addirittura per certi versi costituzionalmente doveroso che l'asimmetria giunga a valle dell'attuazione dell'art. 119, o quantomeno affianchi il processo di ridefinizione del sistema di finanziamento ordinario[119]. In proposito si

---

[113] Di talché, sotto il profilo delle spese, continuano a incombere i limiti etero-definiti dallo Stato finalizzati al rispetto dei generali vincoli di bilancio.

[114] Ad opinione di F. Merloni, *op. cit*., p. 224, con l'asimmetria si cerca una «*fuga dalla Repubblica* e dalla sua Costituzione».

[115] A. Ruggeri, *Attuazione*, cit., p. 18, immagina un forzato ritorno delle funzioni decentrate allo Stato tramite una legge costituzionale. Viceversa, il medesimo A. intravede nessuna soluzione per il caso opposto, ossia se sia la Regione a volersi disfare di quanto dapprima ricevuto per via d'intesa (e legge) senza che lo Stato sia disposto a riprenderselo (p. 18, nota 31).

[116] Peraltro, neppure è auspicabile: da un lato, perché produrrebbe un incremento del contenzioso tra Stato e Regioni; dall'altro, perché rischierebbe di potenziare ancor di più il ruolo della Corte, che perdurerebbe a riscrivere il Titolo V.

[117] Contrariamente all'avviso espresso dalla giurisprudenza costituzionale, secondo G. Rivosecchi, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 847 ss., le Regioni che si ritengono lese dalla legge che riconosce l'asimmetria ad altra Regione potrebbero investire della questione la Corte in via principale.

[118] È ragionevole credere che un intervento della Corte possa riguardare aspetti procedurali o, al più, evidenti *vulnera* all'unità/indivisibilità della Repubblica. Così A. Ruggeri, *Attuazione*, cit., p. 9, nota 13.

[119] È parere unanime quello secondo cui l'unica condizione da porre per il trasferimento delle funzioni, ancora prima di avviare eventuali processi di autonomia asimmetrica, sarebbe quella della preventiva definizione dell'assetto del finanziamento delle Regioni ordinarie. In assenza di questa precondizione a risentirne sarà soprattutto la perequazione, che resterà garantita solo dall'interven-

è principalmente osservato che il richiamo dell'art. 119 da parte dell'art. 116, co. 3, postulerebbe, da un canto, che il finanziamento delle funzioni aggiuntive si realizzasse attraverso gli strumenti previsti dall'art. 119 (e disciplinati più in dettaglio dalla l. 42/2009 e dal d.lgs. 68/2011); dall'altro, che la differenziazione non alterasse la perequazione interregionale[120].

Sotto il profilo logico-giuridico ciò è indubitabile: è fisiologico e indispensabile che la parte dinamica del sistema segua la edificazione di quella statica.

Eppure, guardando l'attuale quadro costituzionale alla luce della giurisprudenza che ha contribuito a definirlo, è lecito dubitare che esistano argomenti idonei a sostenere la presupposizione di un momento rispetto all'altro.

Anzitutto, non lo è la lettera dell'art. 116, co. 3, il quale postula il rispetto dei principi dell'art. 119, ai quali ci si può conformare a prescindere dalla realizzazione del sistema di finanza decentrata.

Se si legge l'art. 119 come interpretato dalla Corte costituzionale, posto il congelamento impresso all'autonomia finanziaria degli enti territoriali, i principi da esso inducibili sembrerebbero essere tre: tipicità delle risorse, autosufficienza finanziaria, perequazione. E nella versione attuale il DdL n. 615 non pare porvisi in difformità[121].

Anzi, nella sua parte ancora 'viva' l'art. 119 sembra costituire il vero propulsore dell'asimmetria. La clausola di autosufficienza finanziaria di cui al co. 4, per cui le risorse tipizzate negli altri commi debbono consentire di finanziare le funzioni attribuite, rappresenta uno stimolo a emanciparsi dal regime ordinario: a più funzioni corrispondono più risorse, così venendosi a creare quella specialità che molte Regioni cercano.

Sicché, se il paradigma di legittimità costituzionale lo si cerca nell'art. 116, co. 3, il percorso che va compiendosi non pare contrastabile. E neppure lo sarebbe se si facesse uso dell'art. 117, co. 3, in quanto la giurisprudenza sul coordinamento della finanza pubblica è troppo afflitta da

---

to statale. In merito, tra gli altri, F. Merloni, *op. cit.*, p. 221 s.; F. Gallo, *Dal federalismo al regionalismo differenziato*, in *www.rivistacorteconti.it*, n. 5, 2019, pp. 5 ss., 8.

[120] A. Zanardi, *op. cit.*, p. 878.

[121] Ciò quantomeno formalmente. Come sottolineato nelle dimissioni presentate dai componenti del Clep, finché non sono stati determinati tutti i Lep, e non sono stati ridefiniti, in relazione ai loro costi standard, gli strumenti e i modi per assicurare a tutte le Regioni un'autonomia tributaria che consenta di finanziarli integralmente, la effettiva portata dei principi dell'art. 119 Cost. resta indeterminata e indeterminabile.

ragioni Stato-centriche.

Sarebbe diverso se il DdL n. 615 e il regionalismo asimmetrico in esso tratteggiato venissero esaminati alla luce dell'art. 119, co. 1 e 2. È inverosimile che possa accadere, considerato che – è ben noto – l'attuazione di queste due disposizioni non è mai stata avvertita come una priorità, anzi. Tuttavia, se fungessero da paradigma di legittimità, la corsa verso la specialità amministrativa e finanziaria di alcune Regioni con ogni probabilità conoscerebbe, quantomeno nelle attuali condizioni ordinamentali, una battuta d'arresto.

7. *L'esito del percorso: la Repubblica delle asimmetrie*

La breve descrizione del percorso che il c.d. regionalismo differenziato ha nell'ultimo lustro compiuto potrebbe generare nel lettore l'impressione che l'art. 116, co. 3, Cost., costituisca un elemento eccentrico all'interno del quadro costituzionale dell'autonomia territoriale.

Chi scrive è invece persuaso del contrario[122]: l'asimmetria rappresenta l'estremizzazione dell'autonomia ed è concedibile al ricorrere di eccezionali e verificate diversità regionali che, alla luce di una valutazione che tenga in considerazione tanto gli interessi di uno specifico territorio quanto l'interesse nazionale, meritano di essere 'premiate' con l'assegnazione di ulteriori spazi nei quali esprimere un peculiare indirizzo politico-amministrativo.

Naturalmente cosa altra sono, da un lato, il metodo tramite il quale si pensa di realizzare l'asimmetria e, dall'altro, i contenuti che quest'ultima introduce nel complesso del sistema istituzionale. E quelli tradotti nel DdL n. 615 si presentano entrambi da stigmatizzare: al già consumatosi depotenziamento dell'art. 117 e dell'art. 119 si aggiunge quello dell'art. 118, ottenuto attraverso la velocizzazione (con relativa certificazione) del transito della Regione da ente politico (che rappresenta ed esprime l'identità del territorio) a ente amministrativo. Una trasformazione inaugurata da tempo e che pare prefigurare il futuro prossimo dell'ente regionale[123],

[122] Al pari, tra gli altri, di P. Caretti, *op. cit.*, p. 77, L. Vandelli, *op. cit.*, p. 575, G. Rivosecchi, *op. cit.*, p. 836.

[123] Ad opinione di P. Ciarlo, *op. cit.*, p. 104, «il futuro delle regioni o sarà amministrativo o non sarà».

rivolto sempre più dichiaratamente alla gestione del territorio[124].

L'esito dell'asimmetria sull'assetto relazionale tra gli elementi costitutivi della Repubblica si preannuncia quindi consistente e rischioso.

A essere in pericolo non è però il regionalismo. O, più precisamente, il rischio dell'ulteriore rarefazione di quest'ultimo non è addebitabile all'asimmetria, bensì al centralismo, il quale – anche grazie alla 'giustificazione' di provenienza UE: lo Stato ha il compito di salvaguardare gli equilibri finanziari – pare ormai insuperabile. Come si è provato a sostenere *retro*, l'asimmetria sta prendendo piede proprio perché quello che viviamo non è il tempo dell'autonomia territoriale. Ma non lo è non a causa dell'asimmetria, bensì a causa del centralismo.

È quest'ultimo che spinge a sperimentare la strada della simil-specialità, che, per come è stata conformata, pare affetta da difetti gravi, in quanto produttivi di effetti sistemici considerevoli e in parte difformi dalla Costituzione.

Limitandosi a elencare quelli che in questa sede appaiono maggiormente rilevanti, anzitutto l'asimmetria non è posposta all'autonomia (costituendone un picco eccezionale al ricorrere di giustificate e comprovate diversità), bensì vi prescinde. Essa è altresì occasionale, potendo essere attivata in ogni tempo, trascurando le congiunture[125]. È inoltre incontrollata, la sua pratica annunciando uno spezzettamento amministrativo e finanziario privo di limiti, senza peraltro aver preventivamente individuato eventuali compiti che non possono essere decentrati[126].

---

[124] G. Gardini e C. Tubertini, *Le prospettive del regionalismo: idee per una rifondazione*, in *L'amministrazione regionale* cit., pp. 482 ss., p. 495, registrano che «è nella cura materiale degli interessi, nell'esercizio delle tecniche burocratiche, che le Regioni trovano la principale risorsa di potere, preferendo questo ruolo a quello di indirizzo e regia che il progetto regionalista delle origini aveva ad esse assegnato».

[125] D'altra parte, l'occasionalità è tutt'altro che nuova nella storia dell'autonomia territoriale, la quale si connota per un costante andamento rapsodico. In proposito A. Morelli, *Dinamiche del regionalismo differenziato*, cit.

[126] Questo aspetto è stato sottolineato nelle dimissioni dei componenti del Clep, i quali informano che non è stata condivisa la loro proposta di consentire al Parlamento, nel corso dell'esame del disegno di legge Calderoli, di definire preventivamente alcuni limiti alle intese, da intendersi come contenuti non negoziabili, per esempio riguardanti l'istruzione oppure le grandi infrastrutture nazionali di trasporto e distribuzione. Non può tuttavia tacersi che la preliminare individuazione di compiti non devolvibili rischia di affidare al legislatore statale la facoltà di ampliare *ad libitum* la categoria dei limiti opponibili al regionalismo asimmetrico. A quest'ultimo riguardo G. Rivosecchi, *op. cit.*, pp. 851 s.

In fondo al percorso c'è il mutamento della Repubblica: non è più quella delle autonomie; bisogna prepararsi a quella delle asimmetrie.

All'origine del percorso costituzionale queste ultime caratterizzavano il territorio italiano sotto il profilo economico, organizzativo, industriale[127]. Auspicabilmente, via via avrebbero conosciuto un livellamento per effetto soprattutto dell'autonomia, in particolare di quella regionale, che meglio del centralismo vi avrebbe potuto porre rimedio intercettando i bisogni delle comunità locali[128].

Nell'attuale prospettiva le asimmetrie si propongono come regola. Finanche lo Stato diverrà asimmetrico, dovendo diversamente atteggiarsi a seconda del suo interlocutore regionale[129].

Salvo (a questo punto) inaspettati cambi di programma, sembra siano prossime ennesime alterazioni del sistema autonomistico costituzionalmente dato, la riflessione sulle quali ha generato in chi scrive una duplice, fortissima, sensazione.

Da un lato, quella di caos, figlio della perdurante latitanza di un chiaro e stabile disegno istituzionale. Si procede a strappi e con leggerezza, senza badare troppo alle conseguenze delle scelte effettuate e con grave irresponsabilità intergenerazionale.

Dall'altro, quella di anacronismo e per certi versi di insincerità. In molti saggi, compreso quello presente, si finisce per rivendicare un autonomismo illusorio, e non perché mai realizzato, ma perché, visto lo stato ordinamentale contemporaneo, con ogni probabilità irrealizzabile.

Invero, non può evitarsi di tenere conto del processo di progressiva centralizzazione delle decisioni politiche, dovuto, tra l'altro, alla crescente insufficienza dell'ordinamento nazionale, sempre più conformato da quello europeo: del resto, il regresso del numero di interessi pubblici con-

---

[127] F. Manganaro, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, in *Nuove autonomie*, 2022, pp. 387 ss.

[128] Gli effetti benefici, almeno in via astratta, del regionalismo provengono dal suo essere espressione piena del principio di democrazia, come ricordano G. Gardini e C. Tubertini, *Le prospettive del regionalismo* cit., p. 485, rammentando l'insegnamento di Hans Kelsen.

[129] Come osserva F. Merloni, *op. cit.*, p. 217 s., lo Stato sarebbe costretto a ridefinire la propria organizzazione (nei ministeri e nell'amministrazione periferica, negli enti pubblici nazionali) con uffici differenziati a seconda della Regione nel cui territorio le funzioni statali residue sono esercitate e, soprattutto, a seconda del particolare intreccio di competenze amministrative che si realizza.

finabili nella dimensione politica locale è innegabile[130]. Il che, in disparte il censurabile andamento normativo che si è tentato di commentare, rende indispensabile una schietta riflessione (o, forse più propriamente, una franca ammissione) sulla concreta praticabilità dell'autonomia territoriale intesa in senso tradizionale[131].

Abstract

Nell'ultimo lustro si è ripreso intensamente a discutere (a livello politico e quindi anche tra giuristi ed economisti) dell'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost. Il saggio, dopo aver brevemente descritto il relativo percorso, convenzionale e normativo, si propone di individuare alcuni dei principali effetti sistemici derivanti dal regionalismo asimmetrico, segnatamente tentando di comprendere se il suo compimento nei termini in cui è stato immaginato sia in grado, da un lato, di emancipare (anche se solo parzialmente) le Regioni che intendono intraprendere la strada della specialità dalla morsa del centralismo statale; dall'altro, di provocare mutamenti relazionali tra lo Stato e gli altri enti territoriali.

The Republic of asymmetries

In the last five years there has been an intense discussion (at a political level and therefore also among jurists and economists) on the implementation of art. 116, co. 3, Constitution. The paper, after having retraced the relative path, conventional and normative, aims to identify some of the main systemic effects deriving from asymmetric regionalism, in particular

[130] In merito cfr. F. Cortese, *Riprogettare il regionalismo*, in *Le Reg.*, 2022, pp. 381 ss., p. 384, il quale, ricordando un articolo del 1999 di Gianfranco Mor, si domanda «se e quanto possa ancora valere, nella sua attitudine totalizzante, il dispositivo classico che concepisce l'esistenza di diverse comunità politico-territoriali quali soggetti idonei ad assorbire al proprio interno la maggior parte dei bisogni di regolazione pubblica e di connessa amministrazione».

[131] A tal proposito non appare insignificante il dato – diffuso dall'Istat il 6 luglio 2023 – circa la riduzione del numero dei Comuni, che in meno di 30 anni sono diminuiti di 199 unità.

to understand whether its fulfillment in the terms in which it was imagined is able, on the one hand, to emancipate (even if only partially) the Regions that intend to embark on the path of specialty from the grip of State centralism; on the other hand, to cause relational changes between the State and the other territorial bodies.

Il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa in sanità fra equilibri consolidati e tentativi di riforma

di Fabrizio Figorilli

Sommario: 1. Cenni preliminari e oggetto dell'indagine. – 2. Le diverse discipline susseguitesi nel tempo in materia di nomina dei responsabili di struttura complesse nelle aziende sanitarie. – 3. (segue) I differenti orientamenti formatisi in seno alla giurisprudenza e il concordato che ne è derivato. – 4. La specificità della nomina delle figure apicali nei reparti a direzione universitaria. – 5. Il giudizio avanti al giudice ordinario sugli incarichi di dirigente di struttura complessa quale sintomo dell'inidoneità del modello ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva del ricorrente. – 6. Le modifiche introdotte di recente dal legislatore del 2022: opportunità di un ripensamento in tema di riparto della giurisdizione in tema di affidamento degli incarichi apicali in sanità.

1. *Cenni preliminari e oggetto dell'indagine*

Le recenti prese di posizione dei giudici di Palazzo Spada e del giudice della nomofilachia in tema di giurisdizione sull'affidamento degli incarichi di dirigente di struttura complessa delle aziende sanitarie può rappresentare l'occasione per tracciare un bilancio sulla effettiva portata della scelta, intervenuta ormai da un quarto di secolo, di assegnare alla competenza del giudice ordinario le controversie in materia del pubblico impiego.

Sono ampiamente note le ragioni che hanno favorito tale soluzione e le incertezze che da subito hanno animato il dibattito al riguardo, per cui non merita in questa sede ripartire da così lontano. Al contrario, l'analisi di un settore specifico, quale quello degli incarichi dirigenziali qui presi in considerazione, può costituire la dimostrazione più tangibile delle evidenti contraddizioni che tuttora persistono su tali profili, pur in presenza di un orientamento più che consolidato da parte della Cassazione e del Consiglio di Stato.

In questa prospettiva, pertanto, le presenti riflessioni si concentreranno sulle trasformazioni che hanno accompagnato la disciplina positiva in tale materia, ed in particolare sull'intervento profondamente innovativo introdotto nell'agosto scorso dalla legge sulla concorrenza n. 118/2022, laddove il legislatore ha interamente ridisegnato il procedimento di nomina dei responsabili di struttura complessa sanitaria. Tali novità, infatti, oltre

ad apportare delle modificazioni sul piano sostanziale, non possono non avere delle conseguenze sul piano processuale, e segnatamente sul giudice competente e sulla reale effettività della tutela degli interessati, creando le premesse per superare definitivamente il concordato giurisprudenziale che ha fin qui – peraltro in maniera molto poco persuasiva – riconosciuto al giudice ordinario la cognizione e la decisione su tali controversie.

2. *Le diverse discipline susseguitesi nel tempo in materia di nomina dei responsabili di struttura complesse nelle aziende sanitarie*

Come già sottolineato dalla dottrina più attenta[1], l'evoluzione della normativa che ha interessato il settore delle nomine apicali delle strutture sanitarie nel nostro ordinamento può sinteticamente ricostruirsi lungo tre direttrici fondamentali.

In un primo momento, coincidente con la tendenziale privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego risalente al 1992, muovendo dal presupposto che al Direttore generale dell'azienda vengono conferiti tutti i poteri del datore di lavoro privato, con il conseguente potere discrezionale di quest'ultimo di individuare i responsabili di strutture semplici e complesse attraverso provvedimenti di natura fiduciaria. In altre parole, tale scelta risultava pertanto in linea con il nuovo assetto organizzativo che connotava la materia, assegnando ai vertici aziendali i poteri di nomina dei c.d. dirigenti sanitari di secondo livello. Ed infatti, dalla precedente formulazione della disposizione che regola(va) tale profilo[2] discende chiaramente era facile

[1] Intendiamo riferirci, *ex multis*, ad alcuni lavori recenti a F. Saitta, I*ncarichi di direzione di struttura complessa nelle aziende sanitarie: una giurisdizione* … case by case?, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni* 2016, 205 ss.; E.N. Fragale*, La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 551 ss.

[2] La distinzione tra i due differenti tipi di dirigenti trova la sua fonte nell'art. 15, co. 4, d.lgs. n. 502/1992, come modificato dall'art. 13, d.lgs. n. 229/1999, il quale affida al dirigente sanitario compiti di collaborazione e di corresponsabilità nella gestione delle attività, nonché, ove si tratti di dirigente con cinque anni di attività con valutazione positiva, funzioni di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettive, di verifica e di controllo, nonché di direzione di strutture semplici. Diversamente, ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa sono attribuite funzioni di direzione ed organizzazione della struttura, da attuarsi anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa, nonché l'adozione delle decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio e per la realizzazione di appropriati interventi con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, attuati nella struttura loro affidata, secondo quanto previsto ex art. 15, co. 6, d.lgs. 502/1992 come modificato dall'art. 13, d.lgs. 229/1999, cit.

notare come la scelta del direttore delle strutture in parola avvenisse al di fuori di una procedura di tipo comparativo, risultando, di fatto, fortemente assimilabile a quanto avviene per l'assunzione dei dipendenti privati[3].

Non va tuttavia sottaciuto come il raggiungimento di tale obiettivo sia avvenuto gradualmente, sintomo di una incertezza di fondo che ha accompagnato l'evoluzione che ha caratterizzato la materia. Più precisamente, la prima versione della disciplina inserita all'interno del D.Lgs n. 502/1992, nonostante prevedesse il meccanismo sopra richiamato, controbilanciava gli ampi poteri attribuiti al direttore generale dell'azienda con tutta una serie di accorgimenti[4] in grado di assicurare ampi margini di trasparenza ed imparzialità, del tutto analoghi a quelli garantiti da una procedura concorsuale tradizionale.

Ma già con il D.Lgs. n. 517/1993 viene espunto dai compiti assegnati alla commissione di esperti quello di redigere una graduatoria, proprio per consentire al direttore generale di procedere all'individuazione del responsabile di struttura complessa sulla scorta di valutazioni prettamente fiduciarie. Prospettiva, quest'ultima, ulteriormente riaffermata, nel segno di una completa attuazione di un modello improntato al principio della responsabilità dirigenziale, con le ulteriori modificazioni introdotte in occasione del D.Lgs. n. 229/1999.

In conclusione, all'esito di tale articolato percorso normativo, se per accedere alla dirigenza sanitaria è previsto espressamente un pubblico concorso per titoli ed esami[5], per l'incarico (a tempo determinato) di

---

[3] Ampiamente condivisibili sono le notazioni critiche della trasformazione in senso privatistico di tali profili da tempo segnalati da R. Ferrara, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2511-2510-

[4] Il testo originale dell'art. 15, D.lgs n. 502/1992 prevedeva espressamente che "Il secondo livello dirigenziale del ruolo sanitario è' conferito quale incarico a coloro che siano in possesso dell'idoneità nazionale all'esercizio delle funzioni di direzione di cui all'articolo *17*. L'attribuzione dell'incarico viene effettuata, previo avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, dal direttore generale sulla base del parere di un'apposita commissione di esperti. La commissione è nominata dal direttore generale ed è composta dal direttore sanitario e da due esperti nella disciplina oggetto dell'incarico, di cui uno designato dalla regione ed uno designato dal consiglio dei sanitari tra i dirigenti di secondo livello del Servizio sanitario nazionale; in caso di mancata designazione da parte della regione e del consiglio dei sanitari entro trenta giorni dalla richiesta, la designazione è effettuata dal Ministro della sanità su richiesta dell'unità' sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera. La commissione predispone l'elenco degli idonei previo colloquio e valutazione del curriculum professionale degli interessati. L'incarico che ha durata quinquennale, da' titolo a specifico trattamento economico ed è rinnovabile".

[5] È questo il frutto del meccanismo delineato dall'art. 28, co. 1, d.lgs. n. 29/1993, come

dirigente sanitario di struttura complessa[6] l'incarico viene conferito con provvedimento del direttore generale "sulla base di una rosa di candidati idonei selezionata da un'apposita commissione"[7]. Pertanto, la nomina era il prodotto di una scelta operata dal direttore generale sulla base di un accertamento tecnico discrezionale svolto da una commissione di esperti al fine di garantire la qualificazione del soggetto cui affidare le funzioni direzionali[8]. Né gli ampi margini di discrezionalità, riconosciuti al vertice dell'azienda sanitaria, risultavano compressi dall'obbligo di corredare il provvedimento di nomina con un'adeguata motivazione[9], con riferimento specifico ai giudizi formulati dalla commissione tecnica che ha valuta-

modificato da ultimo dall'art. 10 del d.lgs. n. 387/1998, oggi confluito nell'art. 28 del d.lgs. n. 165/2001. Ed ancora, ai sensi dell'art. 15, co. 7, inserito dall'art. 13, d.lgs. n. 229/1999, cit., e art. 26, T.U. n. 165/2001, il quale precisa che al suddetto concorso pubblico, "sono ammessi candidati in possesso del relativo diploma di laurea, con cinque anni di servizio effettivo … prestato in enti del Servizio sanitario nazionale nella posizione funzionale di settimo e ottavo livello, ovvero in qualifiche funzionali di settimo, ottavo e non livello di altre pubbliche amministrazioni.". Tale concorso è disciplinato dal "Regolamento recante la disciplina concorsuale per il personale dirigenziale del Servizio sanitario nazionale", approvato con il D.P.R. 10 dicembre 1997 n. 483.

[6] La figura del dirigente sanitario di secondo livello si distingue, in tal modo, dal vecchio "primario": il primo, invero, ottiene l'assegnazione del posto mediante il conferimento di un incarico della durata di cinque o sette anni; il secondo, invece, veniva assunto a tempo indeterminato a seguito di concorso pubblico; sul punto si rinvia alle precise puntualizzazioni contenute in TAR Lombardia–Brescia, 12 febbraio 2001, n. 60, in *T.A.R.*, 2001, I, 1268 ss.

[7] La commissione viene nominata dal direttore generale ed è composta dal direttore sanitario, che la presiede, e da due dirigenti dei ruoli del personale del Servizio Sanitario Nazionale, preposti ad una struttura complessa della disciplina oggetto dell'incarico. La procedura per il conferimento dell'incarico di dirigente responsabile di strutture complesse, è regolata dall'art. 8, D.P.R. 10 dicembre 1997, n. 484 che prevede un'apposita Commissione di esperti, con il compito di accertare l'idoneità dei candidati sulla base di un colloquio (co. 2) e della valutazione del *curriculum* professionale (co. 3) sulla base di criteri di valutazione, tenuto conto delle specificità proprie del posto da ricoprire (co. 6, primo periodo).

[8] "Il giudizio finale non comporta l'attribuzione di punteggi, correlati alla valutazione dei documenti esibiti o delle risposte date in sede di colloquio, e, pertanto, non comporta una graduatoria, con un ordine di preferenza o, meglio, di maggiore o minore idoneità, espressione di un giudizio comparativo fra il livello di idoneità riscontrato per ciascun candidato"; così TAR Puglia, sez. Bari, I, 21 aprile 1999, n. 279, in *T.A.R.*, 1999, I, 760; in senso conforme v. anche T.A.R. Lombardia–Brescia, 12 febbraio 2001, n. 60, cit..

[9] L'incarico, a tempo determinato, di dirigente sanitario di secondo livello viene attribuito dal direttore generale della struttura ospedaliera con un proprio provvedimento, avente carattere di ampia discrezionalità, "seppur sempre adeguatamente motivato, il quale individua il soggetto cui affidare la direzione della struttura complessa nell'ambito di una rosa di candidati ritenuti idonei, selezionati da un'apposita Commissione di esperti": sul punto vedasi TAR Lombardia–Brescia, 12 febbraio 2001, n. 60, cit., nonchè, TAR Lazio, III, 23 giugno 1999, n. 1976, in *T.A.R.*, 1999, 234.

to i *curricula* e condotto il colloquio[10]. In definitiva, l'individuazione del responsabile della struttura avveniva, pertanto, attingendo ad una lista di idonei predisposti da un'apposita commissione, sulla scorta di valutazioni unicamente riconducibili alla responsabilità del *manager* chiamato a guidare l'azienda sanitaria.

Tale sistema si è tuttavia rivelato inadeguato per tutta una serie di ragioni, non ultima l'eccessiva politicizzazione che ha connotato le scelte dei vertici delle amministrazioni sanitarie locali[11], favorendo un sostanziale ripensamento del meccanismo che porta alla nomina dei responsabili delle strutture complesse. Ed invero, muovendo da tali presupposti, il legislatore del 2012[12] ha ritenuto di dover apportare delle modifiche che possono così sintetizzarsi.

Da un lato, si è affidato alle regioni il compito di dettare "i criteri e le procedure" in base ai quali regolare le modalità di conferimento dell'incarico qui preso in considerazione; dall'altro, il nuovo contesto normativo ha delineato un vero e proprio procedimento, attraverso cui ridimensionare fortemente il ruolo svolto fino a quel momento dal direttore generale in questo delicato ambito di attività[13]. Tale conclusione sembra pertanto trovare conferma nel fatto che il legislatore ha testualmente qualificato la

---

[10] Cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, 17 dicembre 1998, n. 1554, in *Foro it., Rep.*, voce *Giustizia amministrativa*, 394; TAR Abruzzo-Pescara, 13 gennaio 1999, n. 19, in *Ragiusan*, 2000, 362 e 18 novembre 2000, n. 731, in www. *giust.it*., secondo cui "la natura non concorsuale della … selezione esclude ogni valutazione analitica e/o comparativa tra gli "idonei", ma ciò non si traduce in una libertà assoluta della scelta finale da parte del direttore generale, poiché in tal modo, verrebbe vanificato il lavoro "istruttorio e valutativo" della commissione di esperti … . Lo stesso giudizio di idoneità, invero, deve essere la conclusione ragionata dell'esame di tutti gli elementi da ponderare … perché il direttore generale deve rinvenire, nell'ambito delle valutazioni delle capacità "manageriali" e "tecniche" che la commissione ha fatto di ciascun candidato, i dati giustificativi della sua scelta finale … La normativa di settore (d.lgs. n. 502/92 e n. 517/93) e la stessa circolare ministeriale n. 221/10 maggio 1995, sono precise ed analitiche nel puntualizzare l'ambito del giudizio, cui deve rifarsi il direttore generale, rappresentato dalle risultanze "testuali" dell'istruttoria della commissione; la motivazione finale, pertanto, potrà essere limitata anche ad una semplice giustificazione della scelta, proprio perché fa riferimento al lavoro e al giudizio "analitico e complessivo" della commissione degli esperti".

[11] Concorda con questa ricostruzione F. Saitta, *op. cit*., 208-209 e Fragale, *op. cit*., 552 ss

[12] Intendiamo riferirci al D.L. n. 158 del 2018, convertito nella L. n. 189 del 2012 che ha aggiunto all'art. 15, D.Lgs. n. 502/1992 il co. 7-bis.

[13] Per una ricostruzione sicuramente condivisibile della figura del direttore generale e della qualificazione dei suoi poteri non interamente riconducibili alla sfera del diritto privato si rinvia alle puntuali osservazioni di M.G. Roversi Monaco, *Università e servizio sanitario nazionale: l'azienda ospedaliera universitaria*, Padova, 2011 922 ss.

procedura di nomina come una "selezione" affidata ad una commissione non più espressione diretta dei vertici aziendali (ma frutto di un sorteggio all'interno di elenchi nazionali e regionali di nominativi nazionali e regionali di direttori di struttura complessa appartenenti ai ruoli del ssr), con il compito di giudicare i candidati " sulla base di un'analisi comparativa dei *curricula*, dei titoli professionali posseduti, avuto anche riguardo alle necessarie competenze organizzative e gestionali, dei volumi dell'attività svolta, dell'aderenza al profilo ricercato e degli esiti di un colloquio"[14]. Tale valutazione si conclude infine con la formulazione di una terna, predisposta sulla scorta dei "migliori punteggi attribuiti", all'interno della quale il direttore generale dell'azienda indica il candidato prescelto, con l'obbligo di motivare "analiticamente la scelta" qualora non intenda nominare il professionista che non abbia conseguito il punteggio più alto.

3. *(segue) I differenti orientamenti formatisi in seno alla giurisprudenza e il concordato che ne è derivato*

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, merita soffermarsi sulle prese di posizione della giurisprudenza e, più in particolare, sulle conseguenze prodotte dalle varie versioni della disciplina sull'affidamento degli incarichi di direttore di struttura complessa di un'azienda sanitaria sul piano più strettamente processuale. Va subito detto che non sempre è dato scorgere un filo conduttore unitario, posto che i dubbi manifestati anche in altri settori della dirigenza pubblica, al momento dell'entrata in vigore delle riforme dell'ultimo decennio del secolo scorso e dei primi anni di quello attuale, permangono nella loro interezza, come testimoniato anche dalle prime prese di posizione giudici, pure qui divisi, soprattutto in materia di riparto di giurisdizione[15], tra due scelte di fondo.

Un primo orientamento, subito dopo l'entrata in vigore della c.d.

[14] Cfr., l'art. 15, co. 7-bis, d.lgs n. 502/92 nel testo vigente fino all'entrata in vigore della sua integrale riformulazione in seguito alle modifiche apportate dall'art. 20. L. 5 agosto 2022, n. 118.

[15] Per una ricostruzione esaustiva di tali vicende e per un'esatta rappresentazione dei diversi orientamenti affermatisi in sede di giurisdizione amministrativa, il cui atteggiamento, come già ricordato nel testo, è stato definito "ondivago", si rinvia alle sempre valide considerazioni di A. Romano Tassone, *Sul contratto di lavoro del dirigente pubblico,* in *Giust. civ.*, 2000, 147 ss.; per ulteriori approfondimenti v. le prime considerazioni in concomitanza dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 165/2001 da S. Veneziano, *Il vigente riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *T.A.R.*, 2001, II, 221.

privatizzazione del pubblico impiego, ha ravvisato nella selezione volta ad individuare la figura apicale della struttura complessa, una procedura di natura concorsuale o comunque di tipo comparativo, come tale in grado di radicare in capo al giudice amministrativo la cognizione delle liti relative alla scelta del soggetto con cui stipulare il contratto di lavoro[16]. E ciò in virtù della considerazione che l'oggetto del giudizio è prevalentemente rappresentato dalla contestazione del mancato rispetto della normativa per la scelta del contraente, i partecipanti alla selezione – in quanto titolari, a fronte di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, solo di interessi legittimi – dovrebbero prospettare le relative censure avanti al giudice amministrativo[17], analogamente a quanto avviene in tutte le altre ipotesi in cui l'autorità è tenuta a seguire una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto con cui stipulare un contratto secondo le regole del diritto privato, ovvero per tutte le contestazioni connesse a vicende successive alla stipula del contratto, come tali aventi riguardo a situazioni assimilabili a quelle di diritto soggettivo[18].

---

[16] Così, Trib. Pordenone, 21 ottobre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 916; TAR Calabria-Catanzaro, 26 ottobre 1999, n. 1150, in *T.A.R.*, 1999, I, 270; TAR Bari, sez. II, 24 giugno 1998, n. 615, *ivi*, 1998, I, 3387 e TAR. Bari, sez. I, 17 febbraio 2000, n. 606, *ivi*, 2000, I, 2050 e 23 gennaio 2001, n. 168, *ivi*, 2001, I, 5022; TAR Valle D'Aosta, 23 giugno 2000, n. 113, *ivi*, 2228; TRGA-Bolzano, 28 luglio 2000, n. 205, *ivi*, 4414, e 13 febbraio 2001, n. 36, *ivi*, 2001, I, 1279; TAR Abruzzo-Pescara, 26 febbraio 2000, n. 132, *ivi*, 1961 e 18 novembre 2000, n. 731, in *www.giust.it*; T.A.R. L'Aquila 3 agosto 2000, n. 605, in *T.A.R.*, 2000, 4479; Trib. Novara, (ord.) 28 gennaio 2000, n. 208, in *www.giust.it*.

[17] Secondo il TAR Molise, 25 novembre 1999 n. 496, in *T.A.R.*, 2000, I, 273: "… rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia in ordine al conferimento dell'incarico di dirigente medico di secondo livello, in quanto la fase amministrativa precedente alla stipulazione del contratto e che si conclude col provvedimento di scelta del sanitario è soggetta a norme di carattere pubblicistico, che comportano la compresenza di un provvedimento amministrativo e di situazioni giuridiche di interesse legittimo".

[18] Interessanti le considerazioni già contenute nelle prime pronunce, attraverso le quali vengono messi a fuoco gli interrogativi che ancora oggi dovrebbero rappresentare i termini esatti del ragionamento in TAR Abruzzo-Pescara, 26 febbraio 2000, n. 132, cit., infatti, "ai fini del riparto della giurisdizione relativamente ad una controversia avente ad oggetto vicende antecedenti alla costituzione del rapporto di lavoro con una pubblica amministrazione, occorre avere riguardo alla posizione giuridica dedotta, mentre una volta costituito detto rapporto le relative controversie sono tutte attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario.". Più in particolare, il collegio abruzzese osserva che la selezione per il conferimento di incarico di dirigente sanitario di II livello "se pur indetta per il conferimento di un incarico dirigenziale, non può essere ricompresa tra quelle indicate dal primo co. dell'art. 68; detta selezione, infatti, non viene svolta esclusivamente tra i sanitari in servizio presso l'Azienda USL che ha bandito la selezione, ma – in conformità della legge e come chiaramente si legge nell'avviso per il conferimento dell'incarico in questione – tra tutti i sanitari in possesso di quel particolare requisito consistente nell'avere una specifica anzianità di

Al contrario, altra parte della giurisprudenza, proponendo una lettura sistematica dell'art. 63, cit., in linea con la tendenza legislativa che auspica una progressiva assimilazione del lavoro pubblico a quello privato (anche nella fase di accesso), si è espressa in favore della giurisdizione del giudice ordinario, dichiarando il conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo[19]. Tale atteggiamento si inscrive, a pieno titolo, nell'ambi-

servizio "presso pubbliche amministrazioni, istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, istituti o cliniche universitarie e istituti zooprofilattici sperimentali". In altri termini, la selezione e il conferimento dell'incarico in parola – a differenza di quelli cui si riferisce il primo co. del già menzionato art. 68, oggi art. 63, T.U. sul pubblico impiego – non incide su un rapporto di lavoro in atto, ma serve ad individuare il soggetto non ancora necessariamente legato con un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione che ha indetto la selezione, con cui stipulare un nuovo contratto di lavoro di durata quinquennale … Inoltre, poiché per la scelta del soggetto … viene espletata una procedura selettiva di tipo paraconcorsuale, che, se anche non si conclude con una vera e propria graduatoria, si svolge pur sempre seguendo un *iter* procedimentale analiticamente disciplinato dalla legge, … in ordine al rispetto di tali norme (sono) individuabili esclusivamente posizioni di interesse legittimo, la cui tutela rientra nella generale giurisdizione di legittimità di questo Tribunale.". Nello stesso senso, cfr. anche TAR Abruzzo-Pescara, 18 novembre 2000, n. 731, in w*ww.giust.it*, il quale mette in evidenza che la selezione per la nomina di dirigenti responsabili di strutture complesse, pur risolvendosi in un conferimento di incarico dirigenziale senza alcuna graduatoria – tipica, peraltro, di ogni concorso – attraverso un contratto di diritto privato, tuttavia "non è ristretta ai soli sanitari in servizio presso l'AUSL, ma è estesa a tutti i medici in possesso della richiesta anzianità di servizio presso i vari istituti indicati dalla normativa, quindi essa è "aperta e pubblica", ed assume i connotati di una procedura per l'immissione in servizio di un sanitario, in posto qualificato, presso l'Azienda USL, che il legislatore ha inteso disciplinare in modo particolare e distintivo dalle ordinarie forme concorsuali, onde concedere, attraverso una diversa valutazione, limitata all'idoneità, un più ampio margine di discrezionalità nella scelta, sempre nel preminente interesse dell'organizzazione sanitaria."; ed infine il Trib. Novara, (ord.) 28 gennaio 2000, n. 208, cit., pone l'accento sul fatto che "L'art. 68 d.lgs. n. 29/93 deve necessariamente essere interpretato nel senso che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo anche le controversie attinenti la materia degli incarichi dirigenziali, qualora, come nel caso in esame, si contesti la legittimità di atti amministrativi della fase concorsuale prodromica al conferimento dell'incarico" (si tratta dei provvedimenti adottati dalla Commissione e dal direttore generale).

[19] Si tratta della giurisprudenza in quel periodo prevalente che merita richiamare al fine di procedere a un confronto tra l'impostazione seguita subito dopo l'entrata in vigore della riforma del pubblico impiego e quelli che sono i criteri interpretativi oggi maggiormente utilizzati dai giudici; cfr., fra le molte pronunce in tal senso, TAR Liguria, sez. II, 20 marzo 1998 n. 111, in *T.A.R.*, 1998, I, 1880; 30 novembre 1999, n. 680, in *ww.giust.it*, e 3 luglio 2000, n. 748, *ivi.*, 2000, I, 3853; TAR Napoli, sez. V, 12 ottobre 1999, n. 2642, *ivi.*, 1999, I, 4957; TAR Lombardia-Brescia, 25 febbraio 2000, n. 115, 7 aprile 2000, n. 209 e 8 luglio 2000, n. 618, tutte *ivi.*, 2000, I, 504, 1031 e 273, nonché, di recente, 12 febbraio 2001, n. 60, *ivi*, 2001, I, 1268 ss.; TAR Sicilia-Palermo, sez. I, 3 ottobre 2000, n. 1778; Id.,5 marzo 2001, n. 351, *ivi*, 1031 e 3805 e Id., 23 novembre 2000, n. 1922, in *www.giust.it*; TAR Calabria–Catanzaro, sez. I, 14 febbraio 2001, n. 236, in *T.A.R.*, 2001, I, 1483; TAR Abruzzo–L'Aquila, 31 luglio 2001, n. 517, in *www. giust. it*., secondo il quale "il conferimento dell'incarico in questione non può che avvenire in favore di dirigenti sanitari del S.S.N., che già intrattengono un rapporto d'impiego e non rileva se lo intrattengono con una Azienda ASL diversa

to di una ricostruzione tendente ad affermare una giurisdizione esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria, secondo le caratteristiche e peculiarità in altra occasione già esaminate[20]. Il rinvio al comma 1 dell'art. 63 viene, pertanto, utilizzato anche dallo stesso Consiglio di Stato[21] per ricondurre avanti ad un unico giudice tutte le liti attinenti il pubblico impiego, a prescindere dalla configurazione delle posizioni soggettive individuabili al suo interno, fatta eccezione per le controversie relative a speciali categorie di personale, tuttora devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[22].

---

da quella che indice l'avviso pubblico, in quanto ciò che è significativo, è comunque la preesistenza di un rapporto di lavoro con strutture del S.S.N., per cui le relative controversie non possono che configurarsi come attinenti pur sempre al rapporto di pubblico impiego.". In questo senso, infine, cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519, in *Foro amm.*, 2001, 512.; Cassazione, Sezioni unite, 23 aprile 2001, n. 174, in *Mass. Foro It.*, 2001 e Cass., Sez. un., 11 giugno 2001, n. 7859, in *Foro.it., Rep.*, voce *Giurisdizione civile*, n. 177.

[20] Sia consentito rinviare a F.Figorilli *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino 2002.

[21] Secondo Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519, cit.: "L'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993 … accentrando presso il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, "tutte" le controversie relative al rapporto di pubblico impiego", ha operato, come evidenziato dall'avverbio adoperato, una devoluzione "per materia" di tali controversie, istituendo, in definitiva, una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario per il pubblico impiego … (con) l'unica eccezione … costituita dalla conservazione al giudice amministrativo, per il co. 4 dell'articolo 68 in esame, delle controversie "in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", che il legislatore delegato … ha considerato attinenti al profilo pubblicistico dell'organizzazione dell'Amministrazione. La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di pubblico impiego si instaura, pertanto, successivamente alla procedura concorsuale, a partire dal contratto di lavoro …". La controversia oggetto della decisione dei giudici di Palazzo Spada, "si riferisce al conferimento di un incarico di II livello dirigenziale di cardiologia ed è tra le controversie relative "al conferimento degli incarichi dirigenziali" espressamente rimessi al giudice ordinario. L'incarico in questione, infine, costituisce la posizione apicale della dirigenza sanitaria. Si tratta, pertanto, "… di un incarico che presuppone la qualifica di "dirigente sanitario" e, perciò, viene conferito e si svolge all'interno del rapporto d'impiego del personale sanitario".

[22] Ne consegue, secondo questa parte della giurisprudenza, che "la procedura seguita per la selezione del dirigente sanitario di secondo livello, avrebbe natura 'paraconcorsuale' o meglio si configurerebbe come una fattispecie particolare e distinta dalla ordinaria selezione concorsuale, identificabile, sulla scorta della terminologia utilizzata dallo stesso legislatore, come 'la procedura per il conferimento' dell'incarico di direzione: l'assenza di punteggi, di una graduatoria finale, di confronti diretti, invero, evidenzierebbe una fattispecie non riconducibile alle normali procedure di selezione concorsuale, bensì ad una fattispecie complessa, composta dall'operato propedeutico della Commissione degli esperti, che esprime un giudizio di idoneità per ogni singolo aspirante, e dalla fase più strettamente decisionale, rimessa alla discrezionalità del direttore generale, il quale individua fra gli idonei, con provvedimento adeguatamente motivato, il candidato cui conferire l'incarico dirigenziale". Ed ancora, secondo il convincimento del TAR Lombardia–Brescia, 12 febbraio 2001, n. 60, cit.: "La procedura di selezione…si colloca, pertanto, al di fuori dello schema tradizionale delle procedure

E tale secondo approccio è rimasto sostanzialmente immutato anche in seguito all'entrata in vigore delle modifiche apportate, nel 2012, dalla ricordata riforma introdotta dalla c.d. disciplina Balduzzi, nonostante vi fossero tutti gli elementi per riaprire un dibattito su tali problematiche. Ci si è chiesto da più parti se la rimodulazione della procedura per il conferimento dell'incarico di direttore di struttura complessa contenesse o meno quei requisiti indicati dal legislatore per l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia, ai sensi dell'art. 63, co. 4, D.Lgs. n. 165/2001[23].

Il carattere della fiduciarietà che accompagnerebbe la scelta finale del direttore generale dell'azienda il quale intende attribuire l'incarico dirigenziale sembra rappresentare lo scoglio insormontabile, di fronte al quale si arena ogni tentativo teso a ricondurre in ambito pubblicistico una vicenda che a tutti i costi si è voluto risolvere sulla scorta di opzioni che trovano giustificazione più sul piano di scelte di politica del diritto anziché di ordine sistematico.

Per altro verso, la natura del contratto che il futuro dirigente è chiamato a sottoscrivere all'esito della relativa nomina da parte dell'azienda è visto come un vero e proprio catalizzatore anche della selezione che precede tale momento[24], a sua volta qualificata in termini privatistici, di per sé

concorsuali per l'assunzione del personale alle dipendenze della pubblica Amministrazione, come tale, per espressa previsione del co. 4 dell'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993, devolute al giudice amministrativo, per confluire invece, ai sensi del co. 1 dello stesso art. 68, nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, in quanto procedura attinente il conferimento degli incarichi dirigenziali."; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519, cit., è dell'avviso che "Non si tratta … di un concorso (il concorso è, invece, previsto per l'accesso al ruolo dei dirigenti…), ma neppure di una procedura ad esso assimilabile. La Commissione non dà punteggi, non opera una valutazione comparativa dei singoli candidati, dei titoli del *curriculum* professionale o dell'esito del colloquio, non stila, quindi, graduatorie di merito, ma esprime un giudizio complessivo sulla idoneità di ciascun candidato, individualmente considerato, a ricoprire l'incarico dirigenziale apicale. Non appartiene, inoltre, ad una procedura concorsuale l'assegnazione dell'incarico in base ad una scelta fondata sulla prevalenza, in termini di maggiore idoneità all'esercizio delle nuove funzioni, di alcuni candidati su altri … Le due procedure, ad avviso della Sezione, sono completamente diverse e tutt'altro che assimilabili.". Anche la dottrina più sensibile si è subito allineata con il prevalente orientamento giurisprudenziale; per una valutazione complessiva di detti profili si rinvia alle puntuali considerazioni contenute a margine dell'*Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico*, a cura di B. Sassani e E.A. Apicella, in *Giust. civile* 2000, I, 289 ss.

[23] Merita ancora rinviare alle puntuali riflessioni di F.Saitta, *Incarichi di direzione di struttura complessa* …, cit., 219 ss; analogamente si inserisce in tale prospettiva anche E.N. Fragale, *La dirigenza delle aziende sanitarie* …., cit., 568 ss.

[24] Questa, in sintesi, l'impressione che si ricava dalla lettura di Cass., sez. lavoro, 15 novembre 2012, n. 20029

inidonea a scalfire il convincimento che debba essere il giudice ordinario ad esercitare il relativo sindacato, a nulla rilevando la natura della situazione soggettiva dell'aspirante dirigente non proprio qualificabile in termini di diritto soggettivo.

Ed ancora, colpisce la graniticità con la quale i vertici delle magistrature superiori hanno affrontato e superato ogni ragionevole dubbio in merito alla paventata ipotesi di un *revirement* in ordine al tema della giurisdizione. In altre parole, non hanno trovato accoglimento le istanze di quanti hanno cercato di recuperare spazi utili per rimeditare gli orientamenti consolidatisi in presenza di un dato normativo che ha fortemente ridimensionato le ragioni di quanti (per oltre un decennio) avevano fondato la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Ne è dimostrazione una recente pronuncia del giudice della nomofilachia che ha fornito un quadro complessivo dell'attuale stato dell'arte sulla materia qui presa in considerazione, tanto per quanto concerne i profili sostanziali che le ricadute sul piano processuale[25].

Con riferimento al primo profilo, la Cassazione ha ribadito come le procedure per il conferimento degli incarichi di direttore di struttura complessa (unitamente a quelli di direzione di distretto sociosanitario) "… non hanno carattere concorsuale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto si articolano secondo uno schema che non prevede lo svolgimento di prove selettive con formazione di graduatoria finale ed individuazione del candidato vincitore, ma soltanto la scelta di carattere essenzialmente fiduciario di un professionista ad opera del direttore generale della ASL, nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un'apposita Commissione, sulla base di requisiti di professionalità e capacità manageriali"[26]. Inoltre, ad ulteriore corollario di tale lettura, attribuendo alle determinazioni in parola la natura di atti adottati sulla scorta della capacità e dei poteri propri del datore di lavoro privato, la scelta del direttore generale[27], proprio in virtù della più volte ricordata natura fiduciaria, non può ricondursi alle ipotesi di deroga espressamente indicate dal legislatore del 2001 in tema di atti di macro-organizzazione[28],

[25] Cfr., al riguardo, Cass. Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4227 (ord.).

[26] Così, testualmente, Cass. Sez. un. n. 4227/2017, cit.

[27] Secondo il consolidato schema fatto proprio da Cass. Sez.un., 9 maggio 2016, n. 9281; Cass. Sez. un., 13 ottobre 2011, n. 21060; Cass. Sez.un., 3 febbraio 2014, n. 2290; Cass. 5 marzo 2008, n. 5920.

[28] Tale conclusione era già rinvenibile anche in Cass. Ss. un 7 dicembre 2016, n. 25048; Cass.

per i quali è prevista la giurisdizione amministrativa. In buona sostanza, sembra prevalere un atteggiamento di tipo sillogistico in cui la premessa maggiore, rappresentata dalla qualificazione dei provvedimenti adottati dai vertici aziendali come atti di diritto privato, condiziona tutto il resto, anche a costo di forzare apertamente il dato normativo[29].

Non meno assertive si presentano le conclusioni cui perviene la Cassazione sui profili più strettamente processuali, laddove, oltre a radicare la giurisdizione ordinaria, detta una inequivocabile linea interpretativa sul tipo di atteggiamento che i giudici sono chiamati ad osservare in tali vicende, non lasciandosi condizionare dal *petitum* formale, laddove questo contenga specifiche domande preordinate ad ottenere una pronuncia di annullamento/nullità dei provvedimenti impugnati (nomina del direttore di struttura complessa e atti della commissione che ha formulato la rosa tra cui scegliere)[30].

In conclusione, il profondo ed incisivo intervento correttivo del legislatore che ha trasformato la precedente procedura (volta, come già sottolineato, alla mera formazione di una rosa di idonei) in una vera e propria selezione comparativa tra una pluralità di aspiranti chiamati a partecipare

Ss. Un. 4 luglio 2014, n. 15304; Cass. Ss. Un. 22 luglio 2013, n. 17783; Cass. Sez.un., 30 gennaio 2008, n. 2031., i cui argomenti continuano a transitare anche nelle più recenti sentenze, tra le quali merita segnalare Cass. Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6455 e Cass., Sez.un., 21 settembre 2020, n. 19668

[29] "…i provvedimenti adottati dalle Aziende sanitarie locali sono da considerare come riguardanti la sfera del diritto privato – con conseguente giurisdizione del giudice ordinario – anche se si tratta di atti di macro-organizzazione, diversamente da quanto stabilito per le Amministrazioni pubbliche in genere e in coerenza con il carattere imprenditoriale delle ASL che è strumentale, al raggiungimento del fine pubblico che perseguono …"; così, ancora, Cass. Ss. un. n. 4227/2017, cit.

[30] "… come è noto, al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione occorre avere riguardo al "*petitum*" sostanziale dedotto in giudizio, da identificare soprattutto in funzione della "causa petendi" (vedi: Cass. SU 15 dicembre 2016, n. 25836 e Cass. SU 9 febbraio 2015, n. 2360), muovendo dalla premessa secondo cui nella interpretazione della domanda giudiziale, il giudice non è condizionato dalle formali parole utilizzate dalla parte, ma senza rigidi formalismi deve tener conto dell'intero contesto dell'atto, senza alterarne il senso letterale ma, allo stesso tempo, valutando la formulazione testuale e il contenuto sostanziale della domanda in relazione alla effettiva finalità che la parte intende perseguire (Cass. 2 novembre 2005, n. 21208; Cass. 27 luglio 2010, n. 17547); che, pertanto, anche se, nelle conclusioni del ricorso introduttivo, è stata chiesta – peraltro seguendo l'ordine cronologico ascendente – primariamente la dichiarazione di nullità e/o l'annullamento degli atti della Commissione e poi quella della delibera del Direttore generale della USL è evidente che questo non ha alcuna influenza sulla pacifica devoluzione della presente controversia al giudice ordinario; che, infatti, in base ai suindicati principi, il *petitum* sostanziale dedotto in giudizio non può che identificarsi con l'accertamento della violazione da parte della ASL savonese dei canoni di correttezza e buona fede, prospettata con riferimento alla deliberazione del Direttore generale di cui è stata chiesta la dichiarazione di nullità e/o l'annullamento, comprendendosi nella richiesta anche gli atti della Commissione esaminatrice ma solo perché prodromici alla delibera stessa, e, in subordine, domandandosi il risarcimento del subito danno da perdita di chance sempre da collegare alla suindicata delibera del DG"; così, ancora, Cass. Sez. un., n. 4227/2017, cit.

ad un avviso pubblico, in modo del tutto sovrapponibile a quanto si verifica in ogni concorso pubblico, non è riuscito a scalfire le posizioni oramai cristalizzate del giudice della nomofilachia.

Quest'ultimo, infatti, non ritiene di dover minimamente prendere in considerazione soluzioni alternative[31], fondando gran parte del proprio ragionamento sul potere, comunque mantenuto in capo al direttore generale, di non nominare il candidato che abbia conseguito il punteggio più alto, limitandosi ad imporre l'obbligo di una motivazione puntuale, attraverso la quale spiegare in modo trasparente le ragioni che lo hanno indotto a preferire uno degli altri nominativi facente parte della rosa predisposta all'esito della valutazione comparativa della selezione. Ma anche in questo caso, del tutto illogico appare il criterio seguito dalla pressoché unanime giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato[32], posto che un sindacato su tali tratti dell'azione amministrativa sembra necessariamente portare alla competenza del giudice amministrativo e non a quello del giudice ordinario, per definizione sprovvisto anche dei necessari poteri cognitorie decisori per affrontare tale genere di controversie[33].

---

[31] Indice di questa netta ed irreversibile presa di posizione l'ulteriore passaggio dei giudici della Suprema Corte laddove puntualizzano come, pur in presenza nella nuova disciplina sugli incarichi dirigenziali di struttura complessa "… anche una componente comparativa, apoditticamente desumendola dalle modifiche introdotte dal d.l. n. 158 del 2012", ribadiscono "… il carattere eccezionale della sopravvivenza della giurisdizione del giudice amministrativo nel pubblico impiego contrattualizzato, affermata da un indirizzo ormai costante di questa Sezioni unite, secondo cui di regola le relative controversie sono devolute al giudice ordinario (vedi Cass. SU, 1 marzo 2012, n. 3183; Cass. SU 29 maggio 2012, n. 8520; Cass. SU 7 gennaio 2013, n. 142, nonché: Cass. SU 23 novembre 2012, n. 20726; Cass. SU 19 maggio 2014, n. 10918; Cass. SU 17 novembre 2015, n. 23459; Cass. SU 15 marzo 2016, n. 5074)".

[32] Tra le isolate eccezioni merita ricordare Cons. Stato, sez. III, 14 settembre 2014, n. 4658 dove, con riferimento all'impugnazione di un incarico di sostituzione di direttore di struttura complessa ai sensi dell'art. 18, co. 4 CCLN 2000, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che "qualora l'attività preparatoria si sia tradotta in una valutazione di titoli con attribuzione di punteggi e formazione di una graduatoria o, comunque, in una effettiva comparazione del merito, è ravvisabile la caratterizzazione tipica della procedura selettiva sia sul piano procedimentale che su quello della valutazione dei candidati, sotto il profilo della maggiore o minore idoneità all'esercizio delle funzioni da assegnare, e pertanto sussiste la giurisdizione residua del g.a. prevista dall'art. 63, comma 4, cit. (cfr. Cons. Stato, III, 4 luglio 2014, n. 3403; Id., 5 luglio 2013 n. 3578) ben diverso l'indirizzo seguito negli ultimi anni dai giudici di Palazzo Spada per i quali la selezione operata dalla commissione non dà luogo ad una valutazione comparativa, ma si limita soltanto (nonostante le modifiche apportate dalla c.d. Legge Balduzzi nel 2012) a formulare un giudizio di idoneità di una rosa all'interno della quale la nomina viene operata dal Direttore generale (cfr., *ex multis*, Cons. St. , sez. III, 23 ottobre 2017, n. 4879; id., sez. III, 18 aprile 2019, n. 2531).

[33] Sul punto si rinvia a quanto verrà meglio illustrato *infra* al § 5.

4. *La specificità della nomina delle figure apicali nei reparti a direzione universitaria*

Il concordato giurisprudenziale sopra descritto ha assunto una dimensione tale che ogni ipotesi alternativa sembra non trovare alcuna possibilità di riconoscimento., come nel caso della nomina della figura apicale cui affidare la struttura complessa a direzione universitaria. Sotto questo profilo permangono le distinzioni tra i differenti modi di reclutare i vertici delle strutture in parola in quanto, già con il d.lgs 517/1999 il legislatore aveva opportunamente differenziato le due fattispecie, tenuto conto delle esigenze di inscindibilità tra le funzioni di docente universitario e quelle assistenziali.

In virtù di detta compenetrazione tra i due tipi di attività, il procedimento di nomina del responsabile di struttura complessa pur rimanendo di competenza del Direttore generale dell'Azienda, prevede un'intesa con il Rettore dell'Università in cui è incardinato il personale universitario[34].

Proprio per contenere al massimo potenziali forzature di tale procedura, in vari atenei sono state introdotte vere e proprie modalità di espletamento della selezione secondo uno schema che presenta le caratteristiche di un concorso a tutti gli effetti, ad eccezione dell'atto finale di nomina nei termini sopra brevemente accennati.

Ciò non di meno, dalle risposte fornite dalla giurisprudenza non sono emerse soluzioni in grado di tenere conto anche di tali specificità.

Emblematica, sul punto, una recente vicenda che ha visto coinvolta l'Azienda Ospedaliera di Perugia che ha bandito una procedura per il conferimento dell'incarico di direzione di struttura complessa a direzione universitaria di medicina interna. La cosa che qui preme mettere in evidenza è come, nel caso di specie, detta procedura fosse stata dettagliatamente regolata in attuazione di quanto previsto da una delibera della giunta regionale umbra, in ossequio alle direttive contenute nel c.d. decreto Balduzzi[35]. Ed ancora, con successiva determinazione del direttore dell'azien-

[34] Il procedimento ricostruito nel testo è oggi disciplinato dall'art. 15, co. 7-bis, lett. c), d.lgs. n. 502/1992 dove si afferma che "la nomina dei responsabili di unità operativa complessa a direzione universitaria è effettuata dal direttore generale d'intesa con il rettore, sentito il dipartimento universitario competente ovvero, laddove costituita, la competente struttura di raccordo interdipartimentale, sulla base del curriculum scientifico e professionale del responsabile da nominare".

[35] Più in particolare, il titolo V della deliberazione della Giunta regionale dell'Umbria del 31 luglio 2013, n. 831, espressamente dedicato agli incarichi di struttura complessa a direzione universitaria che, all'art. 15, relativamente alle Aziende Ospedaliero-Universitaria sancisce testualmente che "i Direttori generali delle Aziende Ospedaliere, nei protocolli attuativi da sottoscrivere

da ospedaliera umbra, è stato formalmente adottato il regolamento per gli incarichi relativi a strutture a direzione universitaria, concordato con il vertice dell'Ateneo perugino.

In sintesi, i due enti hanno previsto una disciplina ampia e completa, contenente tutti i criteri di valutazione ai quali la commissione incaricata di formulare la terna di possibili aspiranti si è dovuta attenere, cosa puntualmente avvenuta con la formulazione di una graduatoria frutto di una somma aritmetica dei singoli punteggi attribuiti per ciascun parametro indicato nell'avviso di partecipazione. Pertanto, all'esito della selezione per titoli ed esami tra i candidati che hanno presentato domanda, il direttore generale dell'azienda ospedaliera, acquisito il parere della Scuola di medicina dell'Università, d'intesa con il Rettore e in conformità a quanto previsto dall'art. 15 ter, co. 7, D.Lgs n. 502/1992 e s.m.i., ha proceduto alla nomina del nuovo responsabile della struttura di medicina interna, indicando il primo classificato in graduatoria.

Avverso tale ultimo provvedimento il secondo classificato ha proposto ricorso avanti al TAR Umbria, unitamente ad una istanza cautelare, per chiedere l'annullamento della determinazione censurata, degli atti del concorso unitamente alla declaratoria dell'inefficacia del contratto medio tempore stipulato con conseguenze anche sul piano risarcitorio.

Al di là delle questioni di merito sottoposte al giudice amministrativo, preme in questa sede analizzare le ragioni che hanno indotto il TAR Umbria a declinare la propria giurisdizione, motivando questa scelta con la ricordata impostazione secondo cui "… la pur evidente procedimentalizzazione della selezione per titoli e esami per il conferimento di incarico di struttura complessa non ne fa venir meno il carattere idoneativo, in considerazione del potere del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera, indubbiamente fiduciario, di nomina motivata di candidato diverso da quello avente conseguito il miglior punteggio, incompatibile con la sostenuta natura concorsuale" [36]. Tale pronuncia ha ricevuto l'avallo anche del Consiglio di Stato il quale, sempre in sede cautelare, ha ribadito la fondatezza dell'ordinanza impugnata ritenendo gli atti di conferimento dell'incarico di direttore di struttura complessa "… adottati non all'esito

con il Rettore dell'Università degli studi di Perugia (…) devono prevedere che la regolamentazione delle procedure per l'attribuzione degli incarichi di direzione delle strutture complesse a direzione universitaria, in analogia con quanto previsto con i titoli precedenti, nel rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza".

[36] Così, testualmente, TAR Umbria, 27 giugno 2018, n. 79 (ord.).

di una procedura propriamente concorsuale, ma in forza di una scelta di carattere fiduciario affidata alla discrezionalità e alla responsabilità del Direttore Generale dell'Azienda, la cui cognizione compete al giudice ordinario, secondo le regole generali espresse dall'art. 63 T.U.I.P.I."[37].

È di tutta evidenza l'insuperabilità del più volte ricordato orientamento giurisprudenziale ormai assolutamente prevalente, come si ricava dalle considerazioni fin qui svolte. Allo stesso tempo ulteriori perplessità sembrano discendere dall'analisi di un procedimento di nomina dei responsabili delle strutture complesse a direzione universitaria che ha interessato l'Ateneo perugino, attraverso il quale è stata compiuta la scelta precisa di procedimentalizzare l'individuazione della figura apicale delle proprie strutture assistenziali apicali, al fine preciso di sottrarla alla nomina diretta (al di fuori di vere selezioni) del Direttore generale dell'Azienda ospedaliera e del Rettore, come espressamente previsto dall'art. 17, co. 7-bis, lett. c) del d.lgs. n. 502/1992 e s.m.i.

Sul punto, merita ribadire che la procedura oggetto del regolamento sopra ricordato, introdotto con protocollo specifico, attuativo della convenzione che regola i rapporti tra Regione dell'Umbria e Università degli studi di Perugia[38], detta una disciplina dettagliatissima delle modalità di svolgimento della selezione e dei criteri cui si devono attenere le commissioni giudicatrici incaricati di predisporre la graduatoria finale da sottoporre agli organi competenti ad esercitare il potere di nomina. E questo al fine di contenere la scelta discrezionale amplissima che in passato ha permesso di individuare i responsabili delle strutture complesse a direzione universitari in assenza di valutazioni trasparenti e verificabili, eventualmente, anche in sede giurisdizionale.

---

[37] È questa la motivazione allegata da Cons. Stato, sez. III, 11 settembre 2018, n. 6556.

[38] Su tale specifico punto si è cercato di ovviare al vizio di impostazione che già era stato rilevato, con lungimiranza inequivocabile, da F. Roversi Monaco in occasione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 229/1999 allorché segnalava i profili incostituzionalità ed inapplicabilità del relativo art. 15-*nonies* che con grande leggerezza estende la disciplina dettata per il personale medico ospedaliero anche ai medici universitari; e ciò sembra potersi evincere ancor oggi tra le pieghe della disciplina vigente al punto che l'Università degli studi di Perugia ha assunto l'iniziativa per dettare una disciplina diversa (ma allo stesso tempo imparziale e trasparente, per procedimentalizzare la selezione per l'affidamento degli incarichi dirigenziali per le strutture a direzione universitaria. Su tali aspetti v. F. Roversi Monaco, *Commento all'art. 6,* in F. Roversi Monaco (a cura di) *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 233-234; ID., *L'università nel servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 1993, 726 dove l'A. si sofferma sulle opportune distinzioni che il legislatore fin da allora tendeva a lasciare troppo sullo sfondo non temendo in sufficiente considerazione che "… è impossibile pretendere che lo *status* del clinico ordinario, associato, ricercatore, possa essere in tutto o per tutto assimilato a quello del medico ospedaliero".

La cosa che suscita i maggiori interrogativi è rappresentata dal fatto che, nel caso di specie, il prescelto è risultato essere il primo in graduatoria, analogamente a quanto avviene in tutti i concorsi pubblici. Di qui l'incongruenza insita nella scelta di declinare la propria giurisdizione da parte del giudice amministrativo che, a sua volta, si è limitato a riproporre lo schema in precedenza ricostruito, senza provare a distinguere tra caso e caso come, in maniera forse ottimistica, la riflessione teorica più attenta aveva suggerito[39].

5. *Il giudizio avanti al giudice ordinario sugli incarichi di dirigente di struttura complessa quale sintomo dell'inidoneità del modello ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva del ricorrente*

Dall'analisi delle vicende qui prese in considerazione e delle soluzioni prospettate dalla giurisprudenza in un arco temporale sufficientemente ampio emergono sufficienti elementi per trarre un bilancio complessivo circa l'efficacia e la validità delle novità introdotte dal legislatore sul piano della tutela giurisdizionale. Come già si è avuto modo di rilevare, sia pure in maniera frammentaria ed episodica, la tendenziale concentrazione delle controversie in materia di pubblico impiego avanti al giudice ordinario ha rappresentato una scelta quasi ineluttabile, in conseguenza dei cambiamenti operati sul piano più propriamente sostanziale.

Ciò non di meno, se l'obiettivo era quello di consentire una maggiore realizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale del dipendente – analogamente a quanto si è verificato per altre fattispecie[40], il risultato non sembra soddisfare pienamente tali aspettative per tutta una serie di ragioni che il legislatore non ha voluto (o potuto) prendere in considerazione.

La particolare tipologia di incarichi dirigenziali qui presi ad esempio conferma tale impressione e ciò non tanto (o se si preferisce, non solo) con riferimento al problema dell'individuazione corretta del giudice com-

[39] Intendiamo riferirci alla regola del "*case by case*" icasticamente descritta da F.Saitta, *op. cit.*, 224, il quale rimprovera, molto opportunamente, il legislatore di non aver osato abbastanza in occasione della riforma del 2012, sottraendo definitivamente alla sfera della fiduciarietà attribuita ai vertici aziendali tale delicato settore dell'amministrazione della sanità.

[40] In relazione alle quali sia consentito rinviare a quanto già analizzato in passato; cfr. F.Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario ... cit.*, 240 ss.

petente a risolvere la lite, quanto al tipo di tutela che il giudice ordinario è in grado di assicurare, posto che le innovazioni sopra ricordate non sono sufficienti a superare gli interrogativi tuttora derivanti, sotto il profilo soggettivo, da una pluralità di situazioni configurabili in capo ai pubblici dipendenti. In altre parole, la riflessione deve, ora, concentrarsi sui poteri di cui dispone il giudice del lavoro in quanto, nell'ipotesi di nomina del responsabile di struttura complessa (al pari di tutte le figure apicali all'interno delle strutture organizzative della p.a.), è di tutta evidenza che ci troviamo di fronte ad una determinazione alla quale, di norma, è correlata una posizione non riconducibile, a prescindere dalle affermazioni apodittiche della giurisprudenza, alla figura del diritto soggettivo[41].

In definitiva, è molto più realistico qualificare detta situazione nei termini di un interesse legittimo c.d. pretensivo (alla nomina), sulla cui sussistenza è chiamato però a pronunciarsi un giudice non dotato di tutti gli strumenti idonei a garantirne una tutela effettiva. Ed infatti, dalla soluzione prospettata in sede legislativa, poi confermata dai vertici di entrambe le magistrature, qualora l'atto in questione risulti illegittimo, al ricorrente non rimane che far valere il vizio dell'atto in questione, senza però chiederne l'annullamento, potere quest'ultimo riservato – come visto – al solo giudice amministrativo sulla scorta dei principi in vigore nel nostro ordinamento dal 1865 e sostanzialmente confermati dalle riforme intervenute nell'ultimo ventennio.

Sotto questo profilo, pertanto, nemmeno la formulazione dell'art. 63, d.lgs n. 165/01 pare contenere strumenti idonei a superare questo genere di problemi, in quanto dal tenore di detta disposizione non sembra potersi evincere, in capo al giudice ordinario, uno specifico potere di annullare i

[41] Anche su questo aspetto, continua a non persuadere la tesi esposta da Cass. Sez. lavoro, 12 luglio 2022, n. 22029 (ord.) laddove si sostiene che il lavoratore, nell'eventualità "di illegittima esclusione da una procedura selettiva o di erronea valutazione è titolare di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative e può esercitare l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della valutazione, nonché agire per il risarcimento del danno anche da perdita di *chance*". Che il problema non possa essere affrontato nei termini da ultimo richiamati trova conferma in una recente pronuncia della Corte di Appello di Ancona del 23 giugno 2021, n. 158, dove il collegio giudicante ha riformato la sentenza di primo grado che si sera limitata a respingere la domanda del ricorrente utilizzando gli argomenti della Cassazione e del Consiglio di Stato in ordine alla natura fiduciaria dell'atto di nomina del responsabile della struttura complessa di Anestesia e Rianimazione. Non essendo questa la sede per ripercorrere tutti i passaggi della sentenza, merita sottolineare il passaggio dove la posizione dei candidati aspiranti all'incarico venga qualificata come di "interesse legittimo, tutelabile ai sensi dell'art. 2907 c.c., anche in forma risarcitoria".

provvedimenti amministrativi connessi alla gestione del rapporto di pubblico impiego, confidando nel potere taumatorgico dell'inversione di rotta impressa in sede di riforma dell'intero settore, imperniato sulla convinzione che tutte le posizioni coinvolte nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione debbano qualificarsi come diritti soggettivi[42].

Ma anche in questa prospettiva non sembrano aggirabili gli ostacoli che obiettivamente si frappongono alla realizzazione dell'interesse che spinge un aspirante dirigente ad impugnare la nomina illegittima di un altro candidato. Ed infatti, quand'anche si accedesse alla tesi che nel nuovo pubblico impiego c.d. privatizzato non vi sia più spazio per gli interessi legittimi, è indubbio che tale sforzo di razionalizzazione delle situazioni soggettive non può essere compiuto in tutti quei settori in cui rimangono ampi margini di attività di natura funzionalizzata[43]. Tutt'al più potranno ravvisarsi dei profili di contiguità tra interesse legittimo (di tipo pubblicistico, connesso ad una situazione di aspettativa) e diritti soggettivi ad un corretto comportamento della controparte (di tipo privatistico). Trattandosi però di posizioni inattive, nulla dipende dalla volontà del relativo portatore, il quale non potrebbe invocare nient'altro se non il legittimo esercizio del potere da parte soggetto del rapporto[44].

---

[42] Sottolinea tale profilo, in modo pienamente condivisibile, A. Police, *Gli incarichi dirigenziali, le dispute di Pomponazzi e le garanzie di diritto pubblico*, in *Dir. Econ*., 2009, 529 ss., dove l'A. sostiene che "le norme processuali n on sono in grado di mutare la natura sostanziale delle situazioni soggettive sottese".

[43] Sul punto, v. le brillanti e sempre valide considerazioni di C. Zoli, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, 1988, 126 ss., per il quale, l'interesse legittimo "… richiede un'ottica pubblicistica di un certo tipo: esige, cioè, un contesto funzionale, assente nell'ambito del rapporto di lavoro, ai cui fini non apporta elementi rilevanti la dimostrata 'socializzazione' del diritto del lavoro".

[44] Per un'analisi esaustiva della problematica degli interessi legittimi nel diritto privato, oltre al ben noto lavoro di L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, preme ricordare, per quanto concerne l'analisi condotta sul versante amministrativistico, le preveggenti intuizioni, tenuto conto del periodo in cui lo studio è stato condotto, di L. Iannotta, *Atti non autoritativa ed interessi legittimi*, Napoli, 1984, 67, ss., dove viene correttamente evidenziato il passaggio della giurisprudenza della Cassazione sui poteri privati (Cass., Sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it*., I, 1, 440 ss.), da cui è possibile cogliere – come bene viene messo in rilievo dall'A. – l'impossibilità, anche per il giudice ordinario, di negare protezione ad altre situazioni soggettive non strettamente riconducibili allo schema del diritto soggettivo (*ivi*, p. 74). Ed ancora, alla luce degli intervenuti cambiamenti in materia di pubblico impiego in questa sede presi in considerazione, colpisce il monito formulato già in quel periodo da L. Iannotta, ancora oggi attuale e sostanzialmente in linea con il giudizio sul modello di tutela giurisdizionale a disposizione del pubblico dipendente espresso nel testo; secondo tale dottrina "… se fosse stata tenuta ferma l'alternativa diritto soggettivo-interesse di fatto e, comunque, se non si fosse data

La domanda proposta in sede giudiziale può, dunque, ricondursi ad una mera pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, posto che, una volta dichiarata l'illegittimità dell'atto di nomina, nulla può essere disposto in favore del ricorrente, stante il carattere discrezionale e di stretta fiduciarietà che, sia pure nei limiti sopra ricordati, caratterizza il rapporto oggetto di contestazione. Di conseguenza, l'azione esercitata dall'aspirante escluso non può andare oltre un effetto paralizzante del provvedimento impugnato, e tale risultato può essere meglio conseguito attraverso la misura costitutiva dell'annullamento, sicuramente più idonea a soddisfare le pretese di chi promuove la lite, rispetto all'esperimento di un'azione di mero accertamento negativo.

Nel tentativo di fornire, comunque, una risposta, è stato posto l'accento sul tenore del comma 2 dell'art. 63, cit., secondo cui "il giudice adotta nei confronti delle pubbliche amministrazioni provvedimenti di accertamento, costitutivi, o di condanna richiesti dalla natura dei diritti tutelati". Più in particolare, si è cercato di mettere in evidenza come la formula impiegata dal legislatore permetta al giudice di adottare anche sentenze di condanna della pubblica amministrazione ad un *facere*, allo scopo di assicurare la protezione degli interessi fatti valere[45]. Tuttavia, pur ammettendo un'interpretazione di tipo estensivo di tale formula, non sembra potersi rinvenire, tra i poteri del giudice del lavoro, anche quello di annullare i provvedimenti amministrativi rispetto ai quali, viceversa, il medesimo art. 63 richiama espressamente l'istituto della disapplicazione. E ciò per due ordini di motivi.

---

una veste giuridica alle situazioni in esame, il cambiamento di giurisdizione ed in particolare una giurisdizione tradizionalmente ritenuta garantistica, tra l'altro per avere ad oggetto non solo l'atto ma il rapporto, si sarebbe tradotto, per tali situazioni, non solo in una perdita di effettiva tutela, ma addirittura nella degradazione ad interessi privi di rilevanza giuridica" (*ivi*, 75).

[45] In realtà, secondo un recente orientamento, non ci sarebbe stato alcun bisogno di ricorrere alle precisazioni di cui al'art, 68, co. 2, cit., in quanto la possibilità per il giudice ordinario di emanare sentenze di tipo costitutivo è già insita nei principi sanciti ex art. 2908 c.c., la cui interpretazione è risultata, tuttavia, condizionata dal tradizionale ed atavico timore di non permettere allo stesso giudice ordinario di emanare provvedimenti costitutivi, modificativi od estintivi di rapporti giuridici, in grado di conformare l'attività dei pubblici poteri. Ed infatti, il riferimento contenuto nell'articolo del codice sopra ricordato ai "casi previsti dalla legge" è stato utilizzato come barriera per interpretare in via estensiva le fattispecie di azioni e sentenze costitutive previste dal codice civile. Sul punto, si rimanda a B. Sassani, Il passaggio. dalla giurisdizione ordinaria del contenziosi sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in Cassazione, in G.C.Perone-B.Sassani (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche . Il Decr. geg. n. 80 del 1998*, Padova, 1999, 8 ss.

In primo luogo, come già accennato, non è facilmente superabile il riferimento testuale alla natura della situazione soggettiva azionata, posto che la norma continua a fare esplicito riferimento ai diritti (soggettivi) e non agli interessi legittimi, per i quali permane il sindacato del giudice amministrativo. Né, in tali ipotesi, appare perseguibile la via della disapplicazione del provvedimento di nomina viziato, in quanto l'oggetto principale del giudizio innanzi al giudice ordinario non coincide con la richiesta di non applicabilità di un provvedimento *contra ius*[46], rimedio questo previsto solo in presenza di lesioni arrecate ad un diritto soggettivo[47].

Secondariamente, sotto un profilo più strettamente processuale, tale conclusione è altresì confermata dalla successiva specificazione contenuta nello stesso comma dell'art. 63, laddove si specifica che l'eventuale impugnazione di atti amministrativi presupposti avanti al giudice amministrativo non comporta automaticamente la sospensione del processo azionato in sede ordinaria, lasciando così intendere che l'eventuale annullamento di detti atti può essere conseguito esclusivamente attraverso un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo[48].

In definitiva, la struttura della disposizione in esame, nonché le conseguenze che da essa si fanno discendere, se per un verso risolvono

[46] Sul punto si era già espressa ampiamente la dottrina, primo fra tutti A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit, 1258, secondo cui l'impossibilità di procedere alla disapplicazione di atti amministrativi illegittimi, aventi ad oggetto situazioni di interesse legittimo si ricava dalla lettura del combinato disposto rappresentato dagli artt. 2 e 4 della L. Tar; in senso conforme, v. anche G. Verde, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, cit., 42 ss., il quale non ravvisa la possibilità per il giudice ordinario di procedere alla disapplicazione dell'atto allorché quest'ultima "svuota totalmente di efficacia il provvedimento, così che esso resti dopo il suo intervento u involucro privo di sostanza" (*ibidem*, p. 62); da ult. v. anche C. Zoli, *op.cit.*, 125-127. In senso analogo si era altresì espressa Cass., 9 novembre 1983, n. 6622, in *Foro it.* 1984, I, 1340 (con nota di F. Barone) e Cass. Sez. un., 25 novembre 1983, n. 7070, *ivi*, 1985, I, 103.

[47] La pronuncia, ancorché risalente, è ben spiegata dal Tribunale di La Spezia, (ord.) 26 aprile 1999, ad avviso del quale "la disapplicazione di un provvedimento avente natura pubblicistica da parte del giudice ordinario richiede pur sempre, quale suo presupposto indefettibile, l'esistenza di un diritto soggettivo a tutela del quale quella pronuncia incidentale è rivolta secondo il noto discrimine che sta alla base del riparto di giurisdizione previsto nel nostro ordinamento (l. n. 2248 del 1865, All. E; artt 103 e 113 Cost.)". Una parziale deroga a tale affermazione si è verificata, infatti, in occasione delle ben note pronunce del giudice ordinario in materia di somministrazione gratuita di farmaci e nei confronti dei provvedimenti espulsivi di cittadini extracomunitari, dove però tale inversione di tendenza si giustifica con l'esigenza di assicurare tutela a situazioni definite di diritto soggettive incomprimibili, in quanto costituzionalmente garantite.

[48] Addirittura, secondo B. Sassani (*Il passaggio*…, cit., 7), la valutazione del giudice amministrativo non risulta pregiudiziale rispetto a quella del giudice del lavoro, in quanto quest'ultimo risulta comunque libero di apprezzare tutti gli elementi della fattispecie costitutiva del rapporto.

in maniera quasi definitiva il problema dell'individuazione del giudice competente a dirimere la lite, per altro verso non permette di garantire la posizione del pubblico dipendente il quale non può vedere diminuita, in termini di effettività, la propria tutela[49]. Ma ciò è quanto accade nelle fattispecie aventi ad oggetto l'affidamento degli incarichi dirigenziali, in relazione ai quali l'interessato non può utilmente impiegare gli strumenti di tutela giurisdizionale predisposti dal legislatore in sede di riforma del contenzioso del pubblico impiego. È quindi di tutta evidenza la lacuna venutasi a determinare in seguito all'intervenuto mutamento del criterio di riparto, soprattutto se si tiene conto che, in passato, si è sempre cercato di aprire dei varchi nel modello impugnatorio (che ha caratterizzato ampi settori della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), allo scopo di far sì che identiche posizioni soggettive non ricevessero una diversa protezione, per il semplice fatto di essere attribuite alla competenza giurisdizionale di un giudice differente.

Le considerazioni fin qui esposte sono sufficienti per addivenire alla conclusione che la disciplina della tutela giurisdizionale del pubblico dipendente non appare esaustiva e contiene, al proprio interno, delle lacune gravi che danno luogo ad un vuoto di tutela. Più in particolare, con il passaggio al processo ordinario del lavoro, le posizioni riconducibili alla situazione soggettiva di interesse legittimo non consentono di trovare adeguata protezione, in quanto, nonostante le precisazioni e le aperture contenute nel vigente art. 63, T.U. sul pubblico impiego, non sembra potersi riconoscere un generale potere di annullamento del giudice del lavoro, mediante il quale pervenire all'eliminazione dal mondo giuridico dei provvedimenti lesivi della posizione del destinatario dell'atto.

In definitiva, la fattispecie oggetto della presente indagine mette in luce l'evidente carenza del modello processuale affermatosi negli ultimi anni per le controversie del pubblico dipendente (nel settore sanitario ma non solo), sotto molti aspetti non in linea con la Costituzione, nella parte in cui non prevede la possibilità del giudice ordinario di annullare tutti quei provvedimenti che, per le ragioni più volte evocate, non hanno perduto la propria connotazione pubblicistica[50].

---

[49] Così, ancora B. SASSANI, *op.cit.*, 8.

[50] In senso analogo, si veda la chiara ed inequivocabile presa di posizione di parte della dottrina, che da subito ha rilevato come nel processo di tendenziale avvicinamento tra le figure del datore di lavoro pubblico a quello privato al primo debba, comunque, essere riconosciuta una capacità di diritto pubblico che non è possibile ricondurre al secondo; sul punto, cfr., D.IARIA,

Paradossalmente, nel momento in cui viene sancita una sostanziale parificazione tra potere del datore di lavoro pubblico e potere del datore di lavoro privato, parrebbe venir meno la possibilità di riconoscere una tutela effettiva per quegli atti dei pubblici poteri sottratti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con le riforme egli ultimi anni. Ed infatti, stante l'insufficienza ed i limiti dell'istituto della disapplicazione di fornire forme adeguate di garanzia per il ricorrente, l'applicazione puntuale delle nuove regole si traduce nella sostanziale insindacabilità del provvedimento di nomina, reintroducendo così un vero e proprio privilegio nei confronti dell'amministrazione, in totale controtendenza rispetto alla nuova disciplina del pubblico impiego e delle stesse disposizioni costituzionali. Le incertezze fin qui analizzate e le contraddizioni che sembrano tuttora emergere dalle interpretazioni della giurisprudenza suggeriscono, pertanto, un nuovo intervento correttivo del legislatore, volto ad integrare la grave mancanza in ordine ai poteri decisori di cui dispone il giudice ordinario.

Né si è preso spunto dalle aperture che in passato la Corte Costituzionale aveva offerto all'interprete in occasione di una risalente (ma molto significativa) pronuncia [51], dalla quale emergono degli elementi di

L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro…, cit., 299 ss. Nella stessa prospettiva evidenziata nel testo, v., da ultimo, l'interessante e pienamente condivisibile analisi svolta recentemente da un'attenta dottrina, laddove individua puntualmente tutte le contraddizioni che minano in radice le scelte maturate nel lontano 1998 allorché si è voluto "inquadrare l'istituto della dirigenza pubblica nell'ambito del diritto privato", muovendo dall'assunto che negli incarichi dirigenziali l'interesse pubblico rimane sempre un elemento decisivo per stabilirne la natura giuridica e le correlate forme di tutela; per tutte queste considerazioni si rinvia a P.L. Portaluri, *Pensieri scomposti sugli incarichi dirigenziali*, in *Federalismi.it.,* 2021, 147 ss. ed in part. 162 ss.

[51] Intendiamo riferirci a Corte Costituzionale 23 luglio 2001, n. 275. Con ordinanza del 22 settembre 2000, in *Lav. pubbl. amm*., 2001, 181 ss., il Tribunale di Genova, in qualità di giudice monocratico del lavoro, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 del d.lgs. n. 387/98, intervenuto a modificare il testo dell'art. 68 del d.lgs. n. 29/93, prospettando un eccesso di delega, in violazione degli artt. 76 e 77 della Costituzione, nella parte in cui sono devolute al giudice ordinario le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, prescrivendo invece la legge delega n. 59 del 1997 che fossero devolute a quel giudice "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione". Il giudice *a quo*, sostenendo con diversi argomenti la natura provvedimentale tanto dell'atto di conferimento quanto di quello di revoca dell'incarico, sottolineava l'estraneità di tale settore aggiuntivo di giurisdizione ai criteri indicati nella delega; il decreto sopra richiamato, pertanto, ampliando la giurisdizione del giudice ordinario fino al giudizio d' impugnazione di quei provvedimenti, sarebbe andato ben oltre i limiti fissati. Le norme del d.lgs. n. 29/93, poi confluite nel T.U. n. 165/01, prevedono infatti che, i provvedimenti amministrativi di organizzazione, anteriori rispetto alla fase

novità, nell'ambito della fattispecie sottoposta al vaglio di costituzionalità, in grado di superare definitivamente i dubbi sull'effettiva portata e sulla valenza delle disposizioni costituzionali rispetto alle scelte operate nel 1865 che ancora oggi rappresentano, sia pure indirettamente, un ostacolo all'introduzione di un modello realmente rispondente alle concrete esigenze di tutela del pubblico dipendente.

Non a caso, dal ragionamento seguito nella sentenza richiamata, traspare la volontà di assegnare all'istituto della disapplicazione la giusta collocazione[52], in modo sicuramente più convincente rispetto al passato. Viene così chiarito che, i principi introdotti in quell'occasione dal legislatore ordinario, "non costituiscono una regola di valore costituzionale che il legislatore ordinario sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso"; quest'ultimo, pertanto, potrà trarre solo dalla Costituzione i principi ed i criteri direttivi in base ai quali disciplinare i poteri del giudice (sia ordinario che amministrativo) nelle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione. Rientra dunque nella discrezionalità del legislatore la scelta[53] dell'organo cui spetta

gestionale, siano conosciuti dal giudice ordinario *incidenter tantum* e siano disapplicati se ritenuti illegittimi: una logica, si diceva nell'ordinanza di rimessione, che sarebbe stata chiaramente sovvertita, affidando al medesimo giudice anche le impugnazioni di quei determinati atti; nel caso di specie, il provvedimento amministrativo non sarebbe presupposto a nessun altro e, la sua eventuale disapplicazione, finirebbe per sortire gli stessi effetti di una pronuncia di annullamento: "in sostanza, qui non si tratterebbe solo di disapplicare l'atto presupposto, per poter dare un assetto diverso al rapporto di gestione, dal momento che lo stesso atto amministrativo è assunto ad oggetto immediato del giudizio". Secondo il Tribunale di Genova, inoltre, "la mancanza di copertura nella legge delega della disposizione censurata risulterebbe altresì dal fatto che, venendo in gioco in tal caso un provvedimento amministrativo in senso proprio, il diritto soggettivo verrebbe degradato al rango di interesse legittimo e che, ciononostante, si affiderebbe al giudice ordinario una giurisdizione di annullamento sugli interessi legittimi del tutto innovativa, in chiara violazione dei limiti segnati nella delega stessa". La questione, deduce infine il tribunale, è rilevante, perché, se fondata, comporterebbe la dichiarazione del difetto di giurisdizione e l'attribuzione della controversia al tribunale amministrativo regionale.

[52] Nonostante la Corte, nella sentenza, faccia esplicito riferimento all'art. 5 l. n. 2248/1865, All. E, quanto in essa espresso, può di sicuro estendersi anche alle altre norme della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, dalle quali derivino le ben note preclusioni ai poteri cognitivi e decisori del giudice ordinario: è evidente che il limite della disapplicazione dell'atto illegittimo si giustifica solo in un contesto più ampio, in cui all'autorità giudiziaria ordinaria sia vietato annullare il provvedimento. Nell'ottica del legislatore del 1865, infatti, l'istituto della disapplicazione, si sostanzierebbe in una facoltà di carattere processuale, concessa al giudice ordinario per compensarlo dei divieti posti dall'art. 4, nell'intento di ricercare un punto di equilibrio fra le due opposte esigenze di tutela delle ragioni dell'amministrazione e di garanzia dei diritti del cittadino. (cfr. L. Verrienti, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pu*bbl., vol. VII, Torino, 1991, in particolare 473 ss.

[53] Scelte, si precisa nella sentenza, suscettibili di modificazioni "in relazione ad una valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali".

"conoscere ed eventualmente annullare il provvedimento o di incidere sui rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste", al fine di soddisfare pienamente l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale[54]. Sembra pertanto trasparire, dalle argomentazioni utilizzate nella sentenza, l'esistenza di un disegno costituzionale che, proprio in nome dell'effettività e della completezza dei meccanismi di protezione giudiziaria, postula il superamento dell'idea di una rigida separazione tra situazioni soggettive, giudici e tecniche di tutela, in nome di un modello tendenzialmente volto a garantire una giurisdizione piena, per determinate materie[55], di entrambi gli ordini giudiziari, ciascuno in grado di offrire una protezione completa al cittadino[56], nelle controversie che lo vedano contrapposto all'esercizio di un pubblico potere.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, si avverte la sensazione che i risultati cui si è pervenuti in questi ultimi anni di applicazione delle disposizioni oggetto della presente analisi abbiano assecondato, in via prevalente, esigenze che non tengano nel giusto conto il ricordato principio

---

[54] In questa occasione, la Corte riporta, *ex professo*, quanto già affermato nella precedente ordinanza n.140/200 , sottolineando come "la scelta del legislatore si inquadra nella tendenza a rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze e delle attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle materie prese in considerazione".

[55] Nel caso di specie, è la materia del pubblico impiego a venire in rilievo, ai sensi dell'art. 68 del d.lgs. n. 29/93 (così come modificato dal d.lgs. n. 80/98 e dal d.lgs. n. 387/98,oggi trasfuso nell'art. 63, T.U. n. 165/01, cit.) alla giurisdizione del giudice ordinario, quale conseguenza della scelta, sottolineata dalla stessa Corte, tanto del legislatore delegante quanto di quello delegato, di "modellare e fondare tutti i rapporti dei dipendenti della amministrazione pubblica (compresi i dirigenti) secondo 'il regime di diritto privato del rapporto di lavoro', traendone le conseguenze anche sul piano del riparto della giurisdizione, a tutela degli stessi dipendenti, in base ad un'esigenza di unitarietà della materia".

[56] La Corte, afferma significativamente che, nell'ipotesi in esame, "tale tutela è piena, in quanto il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, è abilitato ad adottare, 'nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati', con capacità di produrre effetti costitutivi o estintivi del rapporto di lavoro … . La cognizione del giudice del lavoro comprende tutti i vizi di legittimità, senza che sia possibile operare distinzioni tra norme sostanziali o procedurali, di modo che allo stesso giudice ordinario resta affidata la pienezza della tutela, estesa a tutte le garanzie procedimentali del rapporto previste dalla legge e dai contratti e quindi comprendente anche i vizi formali. Né l'esistenza di un atto amministrativo presupposto, nelle controversie relative ai rapporti di impiego dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, può costituire limitazione alla competenza dl giudice ordinario, quale giudice del lavoro, potendo questi conoscerlo in via incidentale, ai fini della disapplicazione …, anche quando, nei casi previsti, questo atto presupposto rientri nella sfera assegnata alla giurisdizione amministrativa".

costituzionale di effettività della tutela, in questo segnando una marcata linea di differenziazione rispetto alle caratteristiche che oggi connotano il processo amministrativo. Il mutamento di giurisdizione fortemente voluto un quarto di secolo addietro dal legislatore non sembra pertanto aver dato i frutti sperati, lasciando in pratica ampie zone grigie in cui al soggetto illegittimamente pretermesso nelle procedure di nomina non è consentito di invocare una tutela adeguata delle proprie aspettative in virtù di un'asserita serie di difficoltà che non si sono volute affrontare e risolvere sul piano dei concetti e della tecnica processuale.

Non è da escludere che le intenzioni del legislatore fossero proprio quelle di scoraggiare i potenziali ricorrenti dal richiedere l'intervento del giudice, lasciando passare il messaggio che le garanzie del processo del lavoro sono ben diverse da quelle del giudizio amministrativo, offrendo un tipo di tutela prevalentemente di natura risarcitoria in luogo di un giudizio di spettanza, come parrebbe auspicabile proprio nelle vicende che caratterizzano la nomina di direzione delle strutture complesse.

In buona sostanza, il massimo della protezione offerta dall'ordinamento processuale in tali fattispecie è una compensazione in termini monetari in conseguenza dell'accertamento della perdita di *chance* del soggetto risultato illegittimamente nominato[57], non mettendogli a disposizione gli strumenti idonei per proteggere adeguatamente la propria situazione soggettiva e restituendo ampi spazi di manovra ai vertici aziendali, quasi si trattasse di atti di alta amministrazione, categoria utilizzata da tempo dalla riflessione teorica e dal giudice amministrativo per sottrarla a quella dell'atto politico, per definizione insindacabile[58].

[57] Sul punto si rinvia alle tesi esposte da Cass. Sez. lav., 26 marzo 2017, n. 7107, che esclude categoricamente natura concorsuale della procedura disciplinata dall'art. 15, co. 3, D.lgs. 502/92 e s.m.i.; allo stesso tempo, viene chiarita l'inapplicabilità della l. n. 241/1990 e l'insussistenza di obblighi motivazionali in capo al direttore generale, la cui scelta è "sindacabile solo sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede che consente di valutare l'atto rispetto ai principi di buon andamento di cui all'art. 97". Sul piano più strettamente processuale, i giudici della nomofilachia evidenziano come l'inosservanza di tali regole comporti unicamente l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria in quanto, stante il tenore dell'art. 63 del D.lgs. n. 165/2001, l'autorità giudiziaria ordinaria non può emettere una pronuncia costitutiva del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato. E a tale insegnamento si è rifatto recentemente il Tribunale di Pordenone il quale, con sentenza del 16 aprile 2018, n. 21, che ha disposto un cospicuo risarcimento proprio in conseguenza dell'accoglimento della domanda con la quale era stato impugnato l'atto di nomina di un dirigente di secondo livello presso un'azienda sanitaria.

[58] Su tali profili, oltre al ben noto lavoro di G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova 1973, v. da ultimo le precise considerazioni di A. Giusti, *Atipicità, effettività della tutela giurisdizionale e sostituzione dell'"atto politico". Il caso delle elezioni nella Regione Lazio*, in *Giur. It* 2013, 1425.

In conclusione, il quadro ricostruttivo che precede sembra concretizzare per il ricorrente una vera e propria beffa, in quanto le scelte operate in tema di giurisdizione ad opera di un legislatore non troppo attento ai canoni dell'art. 113, Cost. ha assegnato la risoluzione delle controversie nella materia qui presa inconsiderazione al giudice nato storicamente per tutelare i diritti soggettivi lesi dalle scelte o dai comportamenti della pubblica amministrazione, traducendosi in una tutela a dir poco dimidiata, sicuramente meno efficace rispetto a quella assicurata dalla giurisdizione di provenienza[59].

6. *Le modifiche introdotte di recente dal legislatore del 2022: opportunità di un ripensamento in tema di riparto della giurisdizione in tema di affidamento degli incarichi apicali in sanità*

Il quadro fin qui riproposto della disciplina che regola la nomina dei responsabili delle strutture complesse in ambito ospedaliero ha recentemente subito un decisivo rimaneggiamento che merita adeguata attenzione, nella prospettiva sopra indicata.

Più precisamente, in occasione dell'approvazione della legge sulla concorrenza 2021[60], si è colta l'occasione per ridisegnare il procedimento di nomina dei dirigenti di secondo livello cui affidare i reparti ospedalieri gestiti dalle aziende sanitarie locali. E ciò intervenendo lungo due direttrici.

La prima, rappresentata dai principi di cui le Regioni dovranno tener conto, in sede di attuazione della nuova disciplina, avente ad oggetto i criteri per il conferimento degli incarichi in parola. Al riguardo, cambiano le modalità di formazione della commissione giudicatrice, composta, oltre che dal direttore sanitario dell'azienda che ha deliberato l'avviso per la relativa selezione, da tre figure apicali estratte a sorte nell'ambito dell'elenco nazionale dei direttori di struttura complessa, a condizione che almeno due non appartengano ad aziende della regione che vuole ricoprire il posto[61].

---

[59] Intendiamo riferirci alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa che, da tempo ha concluso la sua evoluzione assicurando forme di tutela sicuramente più in linea con i principi costituzionali che consentono una protezione piena ed effettiva della situazione soggettiva azionata in sede giurisdizionale.

[60] Intendiamo fare riferimento all'art. 20, L. 5 agosto 2022, n. 118 che ha sostituito l'intero comma 7-bis dell'art. 15, d.lgs. n. 502/1992.

[61] Più in particolare, la versione attuale dell'art. 15, co. 7-bis, lett. a), prima parte, prevede:

Ben più rilevante la seconda novità che realizza una vera e propria inversione di rotta rispetto al passato laddove il direttore generale dell'azienda, all'esito della valutazione compiuta (questa volta in termini comparativi tra i vari partecipanti) anche sulla base dei criteri individuati dallo stesso legislatore[62], "procede alla nomina del candidato che ha conseguito il miglior punteggio".

Ed è proprio tale ultimo aspetto che può rappresentare l'elemento di rottura in grado di ribaltare un equilibrio pluridecennale fin qui sostenuto con forza dalla giurisprudenza. L'indicazione puntuale del legislatore, con riferimento all'obbligo di nominare il primo classificato nella graduatoria predisposta dalla commissione, cancella totalmente ogni possibile riferimento a scelte di natura fiduciaria dei vertici aziendali. In questa prospettiva, auspicabilmente, non dovrebbero più trovare accoglimento le tesi fin qui riproposte dai vertici di entrambe le magistrature, lasciando conseguentemente spazio ad un sostanziale riallineamento delle selezioni volte ad indicare i responsabili delle strutture complesse ospedaliere alle ordinarie procedure concorsuali per l'assunzione dei pubblici dipendenti, riconducendole alle fattispecie previste ex art. 63, co. 4, d.lgs. n. 165/2001.

Nonostante i chiari segnali contenuti nel testo normativo in parola, così come novellato poco meno di un anno fa, la giurisprudenza più recente non sembra disposta a ritornare sui propri passi, ponendosi quanto meno l'interrogativo se sia il caso di ripensare il consolidato assetto in tema di riparto della giurisdizione *in subiecta materia*.

Emblematica e assolutamente non condivisibile una recente pronuncia nella quale il Tar Piemonte ha declinato la propria competenza

---

"la selezione è effettuata da una commissione composta dal direttore sanitario dell'azienda interessata e da tre direttori di struttura complessa nella medesima disciplina dell'incarico da conferire, dei quali almeno due responsabili di strutture complesse in regioni diverse da quella ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto. I direttori sono individuati tramite sorteggio da un elenco nazionale nominativo, costituito dall'insieme degli elenchi regionali dei direttori di struttura complessa appartenenti ai ruoli regionali del Servizio sanitario nazionale.".

[62] Sotto questo profilo, l'art.20, ha lasciato immutata la formulazione dell'art. 15, co. 7-bis, d.lgs n. 502/1992, in ordine al tipo di giudizio frutto di "valutazione comparativa dei curricula, dei titoli professionali posseduti, avuto anche riguardo alle necessarie competenze organizzative e gestionali, sulla base dell'analisi comparativa dei volumi dell'attività svolta, dell'aderenza al profilo ricercato e degli esiti di un colloquio". All'esito di dette operazioni, "la commissione attribuisce a ciascun candidato un punteggio complessivo secondo criteri fissati preventivamente e alle necessarie competenze redige la graduatoria dei candidati". Difficile cogliere in tale disciplina così minuziosa una differenza con quanto sono chiamate a fare compiere le medesime nell'ambito delle procedure pacificamente riconosciute come pubbliche.

giurisdizionale ripercorrendo le tappe evolutive della disciplina qui presa in considerazione così come letta ed interpretata dal giudice della nomofilachia e dal Consiglio di Stato[63]. Pur trattandosi di una vicenda avente ad oggetto l'impugnazione della riapertura dei termini di una procedura avviata prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, colpisce l'*obiter dictum* che precede il dispositivo, laddove il collegio afferma che le novità contenute nella L. 118/2022 non consentono di rimeditare i precedenti convincimenti in quanto "… la procedura per l'affidamento degli incarichi a termine di struttura complessa sanitaria continua ad essere priva di vere e proprie prove e soprattutto, essa e il conclusivo atto di nomina del Direttore Generale rimangono atti organizzativi assunti con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario".

Si tratta di argomenti che non convincono, soprattutto in presenza di un dato testuale chiaro che, al contrario, non sembra lasciare spazio ad una lettura nei termini in questa sede proposti. Fermo restando il valore incidentale di tale precisazione, colpisce il modo sommario con cui si è proceduto ad interpretare le recenti modifiche introdotte dal legislatore e che dovrebbero indurre la giurisprudenza ad una valutazione più attenta, non limitandosi a richiamare, in maniera quasi tralaticia, i precedenti dei vertici dei rispettivi ordini giudiziari.

A tal proposito, è sufficiente riprendere sinteticamente quanto già evidenziato nel corso del presente lavoro, allorché si è cercato di sottolineare le interpretazioni fornite dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato sulla natura degli atti di nomina dei dirigenti di strutture complesse in sanità.

Più in particolare, anche di recente dalla Suprema Corte laddove ha insistito nel ribadire che la procedura ai sensi degli artt. 15 e 15-ter del d.lgs. n. 502/1992 (prima delle modifiche da ultimo introdotte) prevede uno "schema di carattere essenzialmente fiduciario", destinato a concludersi con un "provvedimento discrezionale, di natura privatistica, del direttore generale", determinando così la cognizione delle relative controversie al giudice ordinario[64]. Allo stesso tempo, anche i giudici di Palazzo Spada pervengono alla medesima conclusione, partendo dal presupposto che la selezione per l'affidamento degli incarichi di direzione di struttura

[63] Cfr. Tar Piemonte, 19 dicembre 2022, n. 1149.

[64] Questa, in estrema sintesi la conclusione cui perviene Cass. sez. un., 6 marzo 2020, n. 6455, cit.

complessa "… non integra un concorso in senso tecnico, anche perché si articola secondo uno schema che non prevede lo svolgimento di prove selettive con formazione di graduatoria finale ed individuazione del candidato vincitore, ma soltanto la scelta di carattere essenzialmente fiduciario, operata dal direttore generale dell'Azienda, nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un'apposita Commissione"[65].

Sono sufficienti questi semplici richiami per confermare come gli argomenti impiegati da ultimo dal collegio piemontese non possano rappresentare un precedente meritevole di essere preso in seria considerazione, se non a costo di una palese forzatura del dato positivo.

Forse il legislatore avrebbe potuto osare di più, facendosi carico di attribuire al giudice amministrativo le controversie in tale settore, evitando quelle incertezze che potrebbero favorire una probabile proliferazione di conflitti destinati ad aggravare il carico di lavoro delle Sezioni Unite. Non rimane che attendere l'esito delle future decisioni, confidando però in un atteggiamento della giurisprudenza più sensibile alle esigenze di una tutela piena ed efficace del ricorrente, in linea con i principi sanciti dalla nostra Carta fondamentale e dai trattati eurounitari, opportunamente e non a caso richiamati anche nell'art. 1 del codice del processo amministrativo.

[65] Così, testualmente, Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2019, n. 2531.

Abstract

La c.d. privatizzazione del pubblico impiego ha comportato lo spostamento della cognizione delle rispettive liti dalla giurisdizione del giudice amministrativo a quella del giudice ordinario, ad eccezione delle procedure selettive di natura concorsuale. Di conseguenza tutte le vicende connesse all'affidamento e alla revoca degli incarichi dirigenziali delle strutture complesse ospedaliera rientrano nella competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria in quanto frutto di una scelta – secondo la ricostruzione operata dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato – di natura fiduciaria. L'analisi della disciplina che regola tale fattispecie, alla luce delle modifiche recentemente apportate dalla L. n. 118/2022 alla procedura selettiva in tale settore, sembra superare detta costruzione, creando le premesse per un ritorno alla giurisdizione amministrativa in grado di offrire una tutela piena ed effettiva, in linea con i principi costituzionali ed eurounitari del giusto processo

The so-called privatization of public employment has resulted in the shift of jurisdiction of the respective disputes from the jurisdiction of the administrative court to ordinary courts, apart from selection procedures of a competitive nature. Consequently, all matters related to the granting and revocation of directing positions of hospital wards fall under the jurisdiction of the ordinary judicial authority as the result of a choice – according to the reconstruction made by the Supreme Court and the Council of State – of a fiduciary nature.

The analysis of the rules governing this case, considering the amendments recently made by Law No. 118/2022 to the selective procedure in this area, seems to overcome said construction, creating the premises for a return to administrative jurisdiction capable of offering full and effective protection, in line with the constitutional and European Union principles of due process.

Pubblica amministrazione e agricoltura sostenibile: quando il diritto produce futuro[1]

di Marcella Gola

Sommario: 1. Introduzione. Agricoltura e diritto amministrativo. - 2. Amministrazione Pubblica, agricoltura e PNRR. - 3. Segue. Amministrazione e agricoltura alla luce del nuovo testo dell'art. 9 cost. - 4. Il ruolo delle P.a. in ambito agricolo: nuovi obiettivi, nuove collaborazioni per l'innovazione del sistema.

1. *Introduzione. Agricoltura e diritto amministrativo*

L'agricoltura, nella prospettiva giuridica, deve oggi più che mai essere considerata come una materia a vocazione fortemente internazionale, sia per la sua rilevanza nei mercati sia per la destinazione e l'impatto delle produzioni su salute e ambiente.

Si tratta di due profili certo non nuovi per le coltivazioni destinate al consumo umano, diretto o indiretto, entrambi incidenti sulla qualità della vita per quantità e caratteristiche specifiche, e perciò oggetto di crescente attenzione da parte delle organizzazioni inter o sovra statali, impegnando quindi quelle nazionali ad assumere una più ampia prospettiva d'azione.

Anche dal punto di vista dei tempi, inoltre, l'intervento pubblico riferibile all'agricoltura riflette un tema rilevante per evidenziare la necessaria innovazione dell'approccio amministrativo, invitando le Amministrazioni competenti a rapportarsi a una dimensione più ampia, non solo per spazio ma anche per orizzonte temporale, rispetto a quella sulla quale normalmente si concentrano le decisioni delle P.a.

L'agricoltura, infatti, per molti versi ha tempi propri, ai quali è l'Amministrazione a doversi armonizzare, e non viceversa, vincolando la governance di settore a contenuti tecnici solo parzialmente bilanciabili con altre situazioni giuridiche rilevanti nello stesso ambito d'intervento[2].

[1] Il presente studio trae spunto dalla ricerca svolta in occasione del Convegno italo-brasiliano dei Professori di Diritto Amministrativo e Costituzionale (AIBDAC) su "Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?" tenutosi all'Università di Palermo, 15 e 16 settembre 2022.

[2] Un quadro di riferimento per la disciplina amministrativistica si deve a A. Fioritto, voce *Agricoltura (amministrazione della)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 1, Tori-

Anche sotto il profilo delle responsabilità assegnate alle P.a. il citato criterio temporale, riportato all'ordinamento nazionale, se può agevolmente essere ritenuto insito nell'approccio fondato su di un'ottica di mercato che già richiede continuità, trova oggi anche giuridicamente ampio riscontro nel principio sancito dall'art. 9 della Costituzione italiana, riferibile all'uso delle risorse naturali.

Il comma 3, prima parte, aggiunto con l. cost. n. 1 del 2022 [3], dispone infatti che la Repubblica è obbligata alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi "anche nell'interesse delle future generazioni"[4]. La misura del consenso da un lato, e dell'adeguatezza dall'altro, non hanno quindi termini determinati e condizionano l'Amministrazione a proiettare il risultato del proprio intervento prefigurandone gli impatti il più estesamente possibile.

Ancora, le implicazioni che l'agricoltura riflette su altri, distinti, ambiti materiali – salute, alimentazione [5], ambiente, economia, cultura, lavoro,

---

no, 1987, p. 118 ss.; Id., voce *Agricoltura*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Sabino Cassese, Milano, 2006, p. 181 ss. Dello stesso Autore, in prospettiva europea, v. *Agricoltura*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. Chiti e G. Greco, coordinato da G. F. Cartei e D. U. Galetta, Parte speciale, Tomo I, II ed., Milano, 2007, p. 25 ss.

[3] Tra i primi commenti v. F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir econ*., 2022, p. 15 ss.; M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, p. 1 ss.

[4] L'attenzione agli interessi delle generazioni future è già da tempo presente negli studi pubblicistici: cfr tra i primi contributi R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; F.Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future,* in *Riv. quad. dir. amm*., 2010, (0), p. 13 ss.e, in generale AA.VV., , *Cittadinanza e diritti delle generazioni future,* (Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009), a cura di F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Catanzaro, 2010. Per la dottrina più recente, nella prospettiva della revisione costituzionale in seguito introdotta, v. L. Violini;G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza,* in *Dir. econ.,* 2021, p. 32 ss.

[5] Questa prospettiva, destinata a incidere anche sulla produzione e quindi di riflesso anche sull'agricoltura, è particolarmente interessante perché evidenzia l'influenza europea nella considerazione dei *prodotti* alimentari e il superamento dell'approccio tradizionale basato sul *command and control* e concentrato sull'igiene degli alimenti ai sensi del t.u. delle leggi sanitarie: v. anche infra e nota (16). Sul tema della sicurezza alimentare in dottrina, con prospettiva amministrativistica, v. tra gli altri S. Cassese, *La nuova disciplina alimentare*, in AA.VV., *Per un'autorità nazionale della sicurezza alimentare,* a cura di S. Cassese, Milano 2002, p. 13 ss.; Id., *Proposte per un'autorità nazionale per la sicurezza alimentare*, in *Giornale di dir. amm*., 2002, p. 799 ss.; A. Maltoni, voce *Sicurezza alimentare*, in AA.VV.,

tanto per citarne alcuni – la rendono materia trasversale - oltre che interdisciplinare , anche in questo senso non strettamente legata alle Amministrazione settoriali e, in generale, dei territori sui quali la sua pratica incide.

È inoltre da sottolineare il fatto che la materia agricoltura conosce molte fonti di regolamentazione, di diverso livello: da un lato la prevalenza di quelle euro-unitarie, dall'altro prima la concorrenza, oggi l'esclusività di quelle regionali – che concorrono però in materia di alimentazione - rispetto a quelle statali, pur in presenza di molte condizioni e distinguo che rendono meno perentoria l'affermazione basata sul dato testuale dell'art. 117 cost. L'apparente doppia esclusività, europea e regionale, finisce per riattribuire rilevanza al centro, anche in funzione di coordinamento tra diversi i livelli altrimenti privi di coerenza.

Considerato il quadro appena delineato, quelle che seguono rappresentano una prima condivisione di alcune riflessioni che chi scrive si propone di approfondire in un più ampio studio dedicato all'agricoltura in prospettiva amministrativistica.

L'interesse manifestato dal mondo del diritto per l'agricoltura è naturalmente molto antico e profondo, approfondito in particolare nell'ambito degli studi riconducibili al settore scientifico disciplinare specializzato dedicato questa materia [6].

Lo sviluppo del diritto agrario nazionale – nei limiti in cui tale circoscritta visione possa ancora consentire un'autonomia interpretativa rispetto a quella europea – ha come punto di riferimento vigente il Titolo II, Libro quinto, capo II del Codice civile, che regola i rapporti giuridici riferibili al settore agrario, con specifica attenzione alla tipologia contrattuale ad essi relativi.

Il capo richiamato è destinato in particolare all'approfondimento dell'impresa agricola, a partire dalla figura dell'imprenditore agricolo trac-

Dizionario di diritto pubblico, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, p. 5545; D. Bevilacqua, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, 2012; L.R. Perfetti, *Principi della disciplina pubblicistica dell'alimentazione*, in *Riv. Dir. agr.*, 2014, p. 3 ss.; V. Parisio, *Sicurezza alimentare, funzione amministrativa e giudice amministrativo interprete del diritto interno e europeo*, in AA.VV., *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ea europeo*, a cura di C. Bottari, Santarcangelo, 2015, p. 75 ess.

[6] In base alla classificazione disposta dal MIUR, d.m. 4 ottobre 2000, Allegato A, il Diritto agrario (IUS 03) è incluso tra i 21 settori scientifico disciplinari SSD in cui si riparte attualmente l'Area 12 - Scienze giuridiche.

ciata dall'art. 2135 cod.civ.[7], cui si deve oggi affiancare una vasta raccolta di norme - una sorta di 'codice' ufficioso -, dal 'taglio' prevalentemente privatistico, dedicata agli specifici contratti del settore e ai rapporti giuridici che ne derivano.

Norme che regolano diritti oggetto di negoziazioni, espressione di autonomia privata. A una prima sommaria lettura, quindi, quello qui proposto potrebbe apparire come un ordinamento settoriale che lascia poco spazio al diritto amministrativo o, se si preferisce, alla P.A. e al suo diritto.

La realtà, soprattutto affrontata dalla corretta prospettiva della pluralità degli interessi coinvolti, proiettati nello spazio e tempo come sopra indicato, porta a diversa conclusione, rendendo l'Amministrazione pub-

[7] La norma, nel testo vigente in seguito alla sua sostituzione disposta dall'art. 1 del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228 (Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n. 5), così recita:

"È imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.

Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine.

Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge".

A questa definizione deve essere aggiunto che, in seguito alla modifica del d.lgs. n. 218 del 2001 disposta dal d.l. 20 giugno 2017, n. 91 (conv. dalla L. 3 agosto 2017, n. 123), (art. 1, comma 2), "Si considerano imprenditori agricoli le cooperative di imprenditori agricoli ed i loro consorzi quando utilizzano per lo svolgimento delle attività di cui all'articolo 2135, terzo comma, del Codice civile, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, prevalentemente prodotti dei soci, ovvero forniscono prevalentemente ai soci beni e servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico".

La nozione aggiornata risulta quindi molto più ampia rispetto alla scarna previsione originaria, in base alla quale, come disponeva il testo del 1942, "E' imprenditore agricolo chi esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame e attività connesse. Si reputano connesse le attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti agricoli, quando rientrano nell'esercizio normale dell'agricoltura".

blica parte imprescindibile per il buon funzionamento e lo sviluppo del settore agricolo.

2. *Amministrazione pubblica, agricoltura e PNRR*

L'approccio giuridico all'agricoltura si concentra dunque originariamente sulla proprietà terriera, ravvisando nelle vicende dominicali connesse all'uso produttivo del territorio la base per definire i corrispondenti rapporti contrattuali.

Oggi, tuttavia, il settore richiama l'attenzione del Diritto amministrativo perché la sua trasformazione riflette in gran parte quella dei nuovi compiti affidati alla Pubblica amministrazione, concentrati nell'impegno a garantire la – migliore - qualità della vita e la sostenibilità delle azioni da punto di vista sanitario, ambientale ed economico.

L'agricoltura, come sopra anticipato, proietta l'attività amministrativa non solo in una nuova accezione territoriale - nel senso reale della parola -, assegnando a tutela e uso del 'suolo' una rilevanza spaziale dimensionata in ragione delle sue caratteristiche oggettive e delle sue vocazioni produttive, ma anche in una dimensione temporale nuova. Essa presuppone una fruizione delle risorse naturali reiterata, equilibrata, conciliante attese umane ed esigenze ambientali entrambe di durata.

In stretta correlazione con l'ambito territoriale, nell'accezione appena delineata – e quindi non necessariamente coincidente sul piano organizzativo con la competenza territoriale, basata sui confini tra enti autonomi -, anche l'osservanza dei tempi imposti dalla natura delle produzioni per l'appunto diventa rilevanti per le scelte amministrative.

Oltre alla sempre doverosa tempestività dell'azione amministrativa, legata al momento di avvio dell'intervento pubblico e condizionata dall'efficacia della misura, rileva infatti nello specifico la stagionalità, variabile in base alle condizioni e alle fasi delle coltivazioni. Tempistica settoriale che, per il carattere rappresentativo degli enti, non coincide con l'arco temporale preso in considerazione dalle decisioni da assumere nell'esercizio delle funzioni, di norma commisurato alla durata dei governi territoriali, cui compete l'adozione delle scelte politiche che dovranno indirizzare l'attività amministrativa.

Come si è già avuto modo di affermare in principio a queste note,

si intendono evidenziare queste caratteristiche in quanto l'adeguatezza dell'amministrazione, conseguentemente, deve sapere utilizzare parametri differenziati per determinare spazio e tempo dell'azione in modo armonico ed efficace rispetto agli obiettivi complessi.

Quanto appena ribadito a proposito delle rilevanti specificità proprie dell'agricoltura, trova ulteriore ragione di essere sottolineato in quanto il diritto amministrativo, in generale, sinora si è concentrato molto sul settore secondario e – soprattutto - terziario dell'economia, assumendo quindi una visione incompleta dei fenomeni economici.

Oggi, anche in un'ottica globale, è più che mai necessario concentrarsi attentamente anche sul settore primario, cui per l'appunto l'agricoltura appartiene, riavviando un confronto quanto mai opportuno e reciprocamente utile con gli studiosi dell'economia, oltre che con gli scienziati ed esperti dello specifico settore, per un approccio integrato dal quale si possono attendere soluzioni per il suo efficientamento e consolidamento, come condizione per una buona qualità della vita.

L'adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza – PNRR, presentato alla Commissione europea il 30 aprile 2021 e da essa accolto, offre un'occasione importante in questa direzione, utile a svolgere una complessiva e organica riconsiderazione di questi temi e, prima ancora che con i contenuti, soddisfa con il metodo l'approccio qui auspicato [8].

La seconda delle missioni stabilite, infatti, dedicata "Rivoluzione verde e alla transizione ecologica", indica come componente si può dire essenziale l'agricoltura sostenibile insieme all'economia circolare [9], offrendo valida testimonianza della tendenza che, opportunamente, si sta affermando, inclusiva di un ambito di primaria importanza come quello

[8] In dettaglio, secondo quanto esplicitato sul sito del Masaf, le misure attuative sono le seguenti: "- Sviluppo logistica per i settori agroalimentare, pesca e acquacoltura, silvicoltura, floricoltura e vivaismo, con una dotazione di 800 milioni di euro; - Parco Agrisolare, con una dotazione di 1,5 miliardi di euro; - Innovazione e meccanizzazione nel settore agricolo ed alimentare, con una dotazione di 500 milioni di euro; - Investimenti nella resilienza dell'agro-sistema irriguo per una migliore gestione delle risorse idriche, con una dotazione di 880 milioni di euro; - Contratti di filiera e di distretto, con una dotazione di 1,2 miliardi di euro (finanziati con risorse a valere sul Fondo per gli investimenti complementari al PNRR)".

[9] Sul tema dell'economia circolare v. i contributi interdisciplinari pubblicati in AA.VV., *Percorsi di circolarità, tra diritto ed economia*, a cura di S. Gardini, numero speciale della Rivista *Diritto dell'economia*, Milano, 2023.

dell'agricoltura [10].

Il PNRR, tuttavia, pur rivestendo grande importanza e rappresentando un efficace impulso anche verso il generale rinnovamento della P.A., è atto necessariamente transitorio: starà anche alle P.a. sapere cogliere e continuare la linea tracciata, condivisa a livello europeo, anche oltre l'auspicato superamento della contingenza critica che lo ha originato.

Al tempo stesso, la sua coerente attuazione è da ritenere non episodio isolato, *una tantum*, autoreferenziale, ma come avvio di un processo duraturo, da implementare e interpretare alla luce delle ulteriori innovazioni che, contemporaneamente, stanno determinando un nuovo modello di P.a.

Nello specifico, emerge con forza la rilevanza della materia per la tutela dell'ambiente, disponendo un punto di saldatura stabile tra i due settori, distinti sul piano giuridico ma inscindibili sul piano reale, in aggiunta a quanto già noto specie in tema di proprietà terriera e salubrità delle coltivazioni [11].

In premessa è già stata ricordata la revisione della Carta costituzionale e la recente introduzione tra i principi fondamentali di quello della tutela ambientale e della biodiversità. Quest'ultimo in particolare caratterizza proprio l'agricoltura, così come particolarmente calzante è la proiezione verso le future generazioni. L'agricoltura di per sé è un settore che non può vivere solo dell'oggi, come più volte si è evidenziato, ma si deve strutturalmente basare, anche da un punto di vista pratico, sulla programma-

[10] Si deve per inciso ricordare che ai sensi del d.l. n. 22 del 2021, convertito dalla l. n. 55 dello stesso anno, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ha assunto la denominazione di Ministero della Transizione Ecologica, adottando tale concetto come indicatore della politica settoriale dell'organizzazione statale: sulla vicenda v. A. Martini, *Amministrazione in transizione: riflessioni sulla transizione ecologica e sull'organizzazione amministrativa al suo servizio*, in *Riv. quadr. dir amb*, 2021 p., 150 ss. In dottrina sul tema v. A. Moliterni, *Il Ministero della Transizione ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione,* in *Giorn. dir. amm*., 2021, (4), p. 439 ss. In generale, sulla transizione ecologica, v. F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm*., 2021, (4), p. 779 ss.; S. Lazzari, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "Italia Domani",* in *Riv. quad. dir. amb*., 2021, p. 1 ss.; A. Moliterni, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. Dir. comp*. 2022, p. 395 ss. Con specifico riferimento al settore qui in esame v. S. Masini, *"Transizione ecologica" dell'agricoltura*, in *Dir. Agroalimentare*, 2022, (1), p. 45 ss.

[11] V. G.P. Rossi, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in *Riv. quadr. dir. amm*., 2015, (1), p. 3 ss.

zione degli interventi per il corretto uso delle risorse cui attinge, variandoli e cadenzandoli per una proficua e duratura produttività delle stesse.

3. *Segue. Amministrazione e agricoltura alla luce del nuovo testo dell'art. 9 cost.*

Da quanto sopra affermato, risulta essere – deve essere - interesse primario anche di chi pratica l'agricoltura non consumare il suolo ma salvaguardarlo e tenerlo vivo per la continuazione della propria attività.

Questa osservazione dovrebbe in teoria semplificare la relazione tra P.a. e chi opera in agricoltura, partendo da una convergenza di interessi che porta alla collaborazione tra le due parti, pubblica e privata, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale.

Si rafforza perciò una nuova prospettiva, in attuazione di quanto sancito espressamente dal già richiamato art. 9 cost. con riferimento la Repubblica e quindi, implicitamente, a tutti i soggetti che la costituiscono secondo l'enumerazione disposta nel successivo art. 114 da combinare con il criterio di attribuzione delle funzioni disposto dal successivo art. 118.

Sempre in seguito alla revisione dell'art. 9 cost., merita di essere ricordato anche il riferimento alla tutela degli animali, posta espressamente a carico della legge dello Stato – e di conseguenza non delle Regioni -, cui si affida la disciplina dei modi e delle forme di tutela degli animali, componenti viventi dell'ordinamento giuridico. Affermazione che, in base a un'interpretazione ampia della norma, può comportare anche l'ampliamento del contesto soggettivo da considerare, con la definizione di modelli differenziati e strumenti adeguati da parte del Legislatore.

La rilevanza dell'allevamento in agricoltura e l'impatto anche ambientale delle pratiche che lo concernono è del resto tema ben noto agli studi scientifici di settore, da tempo impegnati nella definizione e misurazione dell'*impronta ecologica*, coniugando insieme esigenze e abitudini alimentari, correlate agli allevamenti di animali destinati al consumo umano, e impatto sull'ambiente degli stessi [12], fino a rilevare uno stretto nesso di causalità

[12] Si veda l'interessante ricerca svolta da Fondazione Barilla intitolata "Doppia piramide per connettere cultura alimentare, salute e clima", adottando un modello che affianca la piramide alimentare a quella del clima per evidenziare gli impatti dei cibi sui due fattori dalla cui lettura si evince una dieta equilibrata, sana e sostenibile al fine di "incoraggiare l'adozione di stili alimentari che siano salutari per l'uomo e rispettosi del

tra alcune metodologie adottate – specie quelle a carattere intensivo – e crisi climatica.

Anche per questo profilo, dunque, la sfera di responsabilizzazione delle P.a. risulta implementata e da adeguare rispetto all'emersione di nuove esigenze, fino a comprendere i consumi finali, da sensibilizzare e orientare verso scelte più sostenibili.

Si intende quindi, in questa prospettiva ampia ma irriducibile per garanzia di efficacia, coordinare le azioni singole e sperimentali localizzate anche con gli orientamenti adottati a livello internazionale sul mai risolto e ben noto tema basilare del contrasto alla fame nel mondo, anche in seguito alle riflessioni svolte in occasione dell'Expo 2015 ad esso dedicata, evento che ha visto opportunamente accrescere l'attenzione per questi temi anche da parte del mondo scientifico che confidiamo non lo abbandoni.

È emerso con grande chiarezza in quella sede come l'agricoltura, i cui prodotti siano destinati all'alimentazione umana o animale, debba attenersi al principio dello sviluppo sostenibile[13], dovendo combinare quantità e qualità necessarie a garantire contestualmente libertà dalla fame[14], salute umana e animale, tutela dell'ambiente.

A quel fine, sino ad ora, ha prevalso la tendenza alla specializzazione delle culture e degli allevamenti per il perseguimento della quantità immediata, non in modo coerente con la natura degli stessi.

Oggi è chiaro che la scelta da adottare debba andare nella direzione opposta, cioè quella di garantire e tutelare le biodiversità[15], orientare i con-

---

pianeta, riducendo l'impatto delle scelte alimentari sull'ambiente e sul cambiamento climatico": v. gli esiti in *https://www.fondazionebarilla.com/doppia-piramide/*.

[13] In tema di sviluppo sostenibile la dottrina è ampia, prevalentemente concentrata sulle implicazioni ambientali del principio: v., tra i primi, F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, p. 238 ss.; M. Cafagno, *Principio dello sviluppo sostenibile, art- 3*-quater, in AA.VV., *Codice ambientale*, Milano, 2008, p. 87 ss.; R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 509 ss.; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; Id., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M.Renna, F.Saitta, Milano, 2012, p. 433 ss.

[14] Cfr. C. Ricci, *Contenuti normativi del diritto a un cibo "adeguato" a livello internazionale,* in AA.VV., *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, a cura di C. Ricci, Milano, 2007, p. 33 ss.

[15] V. M. Monteduro, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare,* in *Riv. quadrim. di dir. dell'amb.*, 2015, (1), p. 88 ss.; Id., *Ius et rus: la rilevanza dell'agroecologia del diritto*, in *Riv. quad.*

sumi applicando al settore in esame la specificazione del principio generale sulla produzione 'dalla culla alla tomba', declinato come 'dalla fattoria - o dal campo - alla tavola', che si prefigge per l'appunto ad assicurare la sostenibilità dell'agricoltura [16].

In proposito occorre evidenziare che sostenibilità[17] e sovranità assumono un significato del tutto peculiare nell'ambito agroalimentare, mirando entrambi alla garanzia dell'accesso al cibo con concentrandosi l'uno sulla produzione e relativo impatto, l'altro sui diritti delle popolazioni coinvolte. Il secondo termine, presente nella locuzione 'sovranità alimentare', fa parte della denominazione del Dicastero di settore, rinominato infatti 'Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste' come disposto con d.l. 173 del 2022 convertito con l. n. 204 dello stesso anno, che ha così sostituito la precedente denominazione di Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali [18].

---

dir. amb., 2019, p. 4 ss.; S.Tommasi, *Biodiversità agraria e alimentare e tutela del benessere della persona umana: l'approccio ecosistemico*, in AA. VV., *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, a cura di G. De Giorgi Cezzi, G. Greco, G. Morbidelli, P.L. Portaluri, F.G. Scoca, Napoli, 2018, (2) p. 1525 ss. e, con riferimento all'art. 9 cost. revisionato, v. l'ampio studio di A.M. Chiariello, *La funzione amministrativa di tutela della biodiversità nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022.

[16] Una completa enunciazione dell'orientamento Europeo si legge nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: *Una strategia "dal produttore al consumatore" per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente*, Com/2020/381 final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/

[17] Cfr E. Cristiani, *La sostenibilità ambientale delle filiere agro-alimentari*, in *Riv. Dir. Agrario*, 2021, (1) p. 54 ss., per un'attenta analisi del principio in relazione alla strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030.

[18] Il concetto di *sovranità alimentare* che identifica la linea politica agricola del Governo insediato nell'ottobre 2022, XIX Legislatura, intende affermare " il diritto di una nazione di scegliere e difendere il proprio sistema alimentare e decidere il proprio modello produttivo, in alternativa all'omologazione alimentare globale e al cibo sintetico"; in quest'ottica "la sovranità alimentare garantisce da un lato il produttore ed il collegamento al rispetto alla capacità di produrre e dall'altro il consumatore finale con la garanzia di cibo disponibile per tutti e di qualità", con particolare attenzione alla difesa della dieta mediterranea e i suoi prodotti d'eccellenza, testimonianza di valori storico- culturali, come si legge tra le linee programmatiche pubblicate nella *home page* del Masaf , https://www.politicheagricole.it/.

Il 'diritto alla sovranità alimentare' è riconosciuto anche in ambito UE, come si legge al paragrafo 23, nota (20) della Risoluzione del Parlamento europeo del 6 luglio 2022 (2023/C 47/11) rubricata 'Affrontare la questione della sicurezza alimentare nei

Anche l'idea di economia circolare [19] trova un'interessante applicazione, pur indirettamente, nel settore dell'agricoltura.

Già nel 2016 è stata adottata la l. n. 166 del 2016, c.d. 'legge antisprechi', proprio per garantire ogni giorno il completo e razionale utilizzo delle risorse alimentari (e dei prodotti farmaceutici) destinate al consumo umano, con dichiarate finalità anche di solidarietà [20]. È indubbio che il sostegno legislativo possa solo parzialmente conseguire gli obiettivi prefissati, essendo essenziale l'adesione autonoma e volontaria dei destinatari, culturalmente preparati: questo aspetto sarà evidenziato in fine al presente scritto.

Altro spunto interessante per la futura attuazione dell'art. 9 della Costituzione è che questo fornisce una chiave di interpretazione nuova per le attività economiche oggetto dello stesso testo costituzionale, affermazione tanto più valida ove si consideri che la stessa legge di revisione ha modificato anche l'art. 41 nella stessa direzione di tutela ambientale.

È inoltre implicito il collegamento con l'art. 44 cost.[21], pur non

---

paesi in via di sviluppo. Nel documento richiamato si afferma infatti che "la sovranità alimentare è definita da Via Campesina come il diritto dei popoli a un'alimentazione sana e culturalmente appropriata, prodotta con metodi ecologicamente sani e sostenibili, e a definire i propri sistemi alimentari e agricoli". Il testo europeo richiama l'organizzazione nota come Via Campesina, *International peasants' movement* (https://viacampesina.org) , cui si riconduce l'espressione "sovranità alimentare", formalizzata in Belgio, a Mons , nel 1993; la stessa espressione è stata adottata con la Declaration of the Forum for Food Sovereignty, Nyéléni Village, Sélingué, Mali, 27 February 2007, in https://nyeleni.org/en/declaration-of-nyeleni/.

La risoluzione EU citata pone come complemento del diritto alla sovranità la *sicurezza alimentare* ricordando che, "secondo la definizione del Comitato delle Nazioni Unite per la sicurezza alimentare mondiale, è la condizione in cui ogni individuo, in ogni momento, ha accesso sul piano fisico, sociale ed economico a un'alimentazione sufficiente, sana e nutriente, in grado di soddisfare il proprio fabbisogno nutrizionale e le proprie preferenze alimentari a beneficio di una vita attiva e sana".

[19] Sul tema v. rinvio a opere cit. *supra*, nota (9).

[20] La l. n. 166 del 2016 è nota anche come 'Legge Gadda' o 'legge antisprechi'. In dottrina, sul tema v., di recente, C. Scrimieri, M. Colurcio, A. Pastore, *Sostenibilità e ristorazione: una nuova prospettiva per combattere gli sprechi alimentari*, in AA. VV. *Percorsi di circolarità*, cit., p. 171 ss., in prospettiva economica – aziendale.

[21] Si riporta per comodità del lettore il testo dell'art. 44 cost.: "Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione

direttamente inciso, espressione di un momento storico che ha portato a considerare in modo specifico e differenziato la proprietà terriera rispetto alla proprietà degli altri beni, evidenziandone la necessità di utilizzo, qualificando lo sfruttamento del suolo attraverso l'intervento del legislatore finalizzato a garantirne *in primis* la razionalità.

Anche se il contesto di riferimento è profondamente cambiato, si tratta di un approccio che conserva la sua grande attualità, specie se ad esso si aggiunge il fine ulteriore di stabilire equità nei rapporti sociali, anticipando principi in perfetta armonia con quanto si trova oggi sancito nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, rispetto alle cui norme il concetto di razionale uso del suolo, suo razionale sfruttamento è perfettamente coerente.

Si tratta in sostanza di un vincolo al godimento della proprietà, funzionalizzata nella direzione della razionalità dei suoi usi, anche a garanzia della realizzazione di precisi obiettivi enunciati dal testo, che prevedono per la loro realizzazione anche interventi pubblici diretti come quello della bonifica.

La razionalità, quindi, per il settore qui in esame è principio rafforzato, caratterizzante tanto l'azione legislativa quanto quella amministrativa, parametro fondamentale per affermare la conformità costituzionale degli interventi pubblici in tema di agricoltura. Il principio generale, già declinato nell'art. 44, trova una ancor più penetrante definizione con il contributo dell'art. 9 cost., con particolare riferimento al vincolo della sostenibilità ivi affermato.

4. *Il ruolo delle P.a. in ambito agricolo: nuovi obiettivi, nuove collaborazioni per l'innovazione del sistema.*

Il ruolo attuale delle P.a. destinato a incidere sull'agricoltura, oltre alla rilevante considerazione del relativo mercato, si riempie di nuovi significati, che derivano in particolare da ciò che è stato condiviso a livello internazionale, accentuando l'attenzione per la sostenibilità.

---

del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà. La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane."

Per la dottrina più recente si veda lo studio di C. Guadagnolo, *L'art. 44 della Costituzione: dagli intenti sociali e solidaristici dei costituenti all'odierna interpretazione in chiave ambientalista*, in *Foro napoletano*, 2015, p. 361 ss.

Questa condizione specifica, come sopra affermato riconducibile alla più generale ragionevolezza, ha carattere relazionale, e presuppone la comparazione tra più aspirazioni confluenti sul medesimo bene. La sostenibilità si misura e si raggiunge attraverso la ponderazione in concreto di aspirazioni e situazioni giuridiche tutte meritevoli di considerazione da parte dell'ordinamento, svolgendo un'attività di bilanciamento che esprime la funzione tipica delle Pubbliche amministrazioni.

È la P.a., nell'esercizio dei poteri che il legislatore le attribuisce e in conformità con le disposizioni dei trattati UE e della costituzione, ad essere come sempre tenuta a trovare il punto di equilibrio tra la pluralità delle diverse esigenze da soddisfare.

Ciò che occorre tenere presente è che quello in esame è un settore che si presta a un confronto molto complesso perché, tra le diverse aspirazioni che si possono contrapporre nella sua realtà, parte già con l'esigenza di dover combinare da un lato pretese inevitabilmente sovra nazionali - globali, in ottica di mercato -, ed altre che sono altrettanto meritevoli ma di dimensione locale.

Ciò che si deve avvalorare è che i due livelli dimensionali non sono sempre antitetici e antagonisti ma che entrambi possono trovare adeguata soddisfazione riconoscendo e preferendo le specificità locali, quando siano espressione di valori identitari e culturali, oltre che di valore economico per le comunità interessate che anche ne traggono reddito [22].

Non si tratterà quindi di procedere in via di eccezione rispetto alla tendenza all'uniformazione, anch'essa nei casi che vi si prestano utile tecnica di equilibrio tra istanze e rapporti, ma di buona amministrazione della complessità da salvaguardare, analogamente del resto alla garanzia di tutela specifica della biodiversità ora sancita in Costituzione[23].

[22] Una concreta azione in tal senso è prefigurata dal recente d.d.l. approvato dal Consiglio dei ministri del 28 marzo 2023, n. 26, recante *"Disposizioni in materia di divieto di produzione e di immissione sul mercato di alimenti e mangimi sintetici"*. L'obiettivo dichiarato, con approccio precauzionale, è quello di "assicurare la tutela della salute umana e degli interessi dei cittadini nonché preservare il patrimonio agroalimentare, quale insieme di prodotti espressione del processo di evoluzione socio-economica e culturale dell'Italia, di rilevanza strategica per l'interesse nazionale".

[23] Si ricordi in tal senso il Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura, ratificato con l. n. 101 del 2004 e la l. n. 194 del 2015, con particolare attenzione alla tutela del territorio rurale. La disciplina così risultante prevede un sistema di livello nazionale, anche allo scopo di armonizzare le azioni adottate su base regionale, articolato nell'istituzione dell'Anagrafe nazionale, della Rete nazionale, dal

Altro aspetto da accennare per rimarcare l'ampiezza del ruolo richiesto alle P.a. in materia di agricoltura da un punto di vista locale e culturale riguarda il pregio estetico dei luoghi interessati, cui l'agricoltura delinea tratti e contorni: il *paesaggio rurale* è indubbiamente un oggetto meritevole di una tutela da parte dell'ordinamento.

Esso riflette la particolarità dei luoghi non solo in termini geografici ma anche per il rapporto con la città, tra città e campagna oltre al rapporto tra le collettività insediate e le coltivazioni: la differenziazione dei luoghi riflette il cambiamento anche delle scelte di natura etica, legate all'evoluzione dell'approccio storico, quanto alle prime forme dell'intervento pubblico, rivolto alle coltivazioni nel perseguimento del fine ultimo di garantire la salubrità degli alimenti.

È immediato il riferimento alla produzione agricola, agroalimentare e dell'acquacoltura con metodo biologico, oggetto della recentissima l. n. 23 del 2022 che ne vuole sostenere lo sviluppo e la competitività, legge che testimonia la crescente attenzione del Legislatore per il settore, soggetto a importanti innovazioni sia nei processi produttivi sia gli utenti finali: dal campo, o dalla fattoria, alla tavola, appunto.

Il quadro delle competenze, multilivello e multisettoriali, che si intrecciano nella materia si rivela efficiente ed efficace solo se tutti i soggetti coinvolti dimostrano la stessa sensibilità e hanno eguali capacità di adeguare i propri interventi alle innovazioni che stanno ridisegnando il settore dell'agricoltura, talvolta anche segnando un – apparente – passo indietro rispetto a quanto si era ritenuto più performante in precedenza: il recupero di antiche coltivazioni, di specie abbandonate per strategie di mercato, di tecniche lavorative tradizionali ne sono una significativa esemplificazione.

La sovrapposizione dell'agricoltura alla categoria di merce, cui i suoi prodotti sono riconducibili, ne privilegia il momento della trasformazione industriale, legata al prevalere dell'approccio destinato a regolare il mercato comune appare oggi sintesi quanto mai riduttiva: la stessa Unione europea, concentrata in fase iniziale sull'obiettivo della creazione del mercato comune, ha da tempo ampliato il proprio ambito d'azione, specie con riguardo alla sicurezza alimentare e alla tutela ambientale, come emerge dalla Politica agricola comune – PAC, che, riformata nel 2003, coniuga

---

Portale nazionale e da un Comitato permanente: sul punto v. in dottrina A.M. Chiariello, *La funzione amministrativa di tutela della biodiversità, cit.,* p. 206 ss.

temi sociali, economici ed ambientali nell'ottica della realizzazione di un sistema agricolo sostenibile dell'UE [24].

Il contributo alla sicurezza da riconoscere al regolamento europeo n. 178 del 28 gennaio 2002, adottato in seguito alla redazione di un Libro verde (1997) e di un Libro bianco (2000) è fondamentale. Sono in particolare da segnalare l'affermazione dell'obbligo di tracciabilità dei prodotti alimentari, che segue una metodologia analoga a quella già sperimentata in campo ambientale, l'introduzione del principio dell'analisi del rischio e di quello di precauzione, oltre all'istituzione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare – EFSA, dotando opportunamente di organizzazione, strumenti e metodologie i nuovi obiettivi fissati: alimenti sì, ma frutti dell'agricoltura, che ne è quindi attrice principale pur non essendo oggetto primario dell'intervento.

In questa ampia prospettiva, oltre al necessario coordinamento tra le amministrazioni competenti – ivi compresa la corretta gestione delle intersecazioni tra le competenze ministeriali plurime incidenti sulla materia, dove pure è presente il Dicastero settorialmente dedicato – anche il rapporto coi privati deve avere una più precisa collocazione, in termini di sussidiarietà orizzontale intesa sia come limite all'intervento pubblico – non necessario e proporzionato - sia come sostegno alle autonome iniziative che contribuiscono alla innovazione del settore nella linea tracciata dalle norme vigenti.

Quanto al primo aspetto, è da segnalare che in linea di massima l'intervento pubblico non è considerato dagli operatori del settore come un'indebita ingerenza, lesiva dell'autonomia imprenditoriale, bensì è spesso richiesto in forma di tutela – si pensi ad esempio alla politica dei prezzi e delle quantità di produzione a tutela del mercato interno – ma anche come sostegno al riconoscimento delle qualità e tipicità dei prodotti che si intendono valorizzare, assumendo un ulteriore ruolo, quello premiale, a favore delle specificità meritevoli.

È ad esempio il caso dei marchi - a loro volta ricchi di implicazioni, evidenziando profili diversi come il rispetto per l'ambiente, le proprietà nutrizionali, il risparmio energetico, la sostenibilità ed equità delle produzioni -, e delle denominazioni d'origine e può comprendere anche iniziative normalmente d'impulso privato come le 'strade dei vini e dei sapori'

[24] Cfr. A. Jannarelli, *Agricoltura sostenibile e nuova PAC: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. agr*, 2020, (1), p. 23 ss.

fino a includere, in questa variegata esemplificazione, l'agriturismo, disciplinato da apposita legge quadro, la l. n. 96 del 2006, introdotta a sostegno delle zone rurali e dell'imprenditoria del settore.

Emerge quindi l'opportunità di dare nuovo impulso al partenariato pubblico privato, da realizzare attraverso una progettualità che, contenutisticamente, sappia dare conto della pluralità degli interessi da soddisfare e della rilevanza del contributo offerto dal confronto con la pluralità di competenze tecniche e scientifiche insite nella complessità del settore, che sappia prefigurare e integrare gli effetti anche a obiettivo conseguito.

Un'intensa e diffusa attività di educazione ai valori che l'agricoltura esprime, alcuni dei quali sono stati sopra richiamati senza pretesa di esaustività, senza dubbio, è una delle sfide che Pubbliche amministrazioni e privati – anche orientando qualitativamente i consumi finali - devono sapere mettere in campo con una sinergia sino ad oggi purtroppo non utilizzata rispetto alle potenzialità che essa presenta.

Peraltro, l'insufficienza e il necessario superamento dell'approccio basato sul modello del *command and control* già da tempo ha rivelato i suoi limiti configurando una P.a. limitata a conformare le attività private, essendo appunto preferibile un intervento condiviso, equilibrato ed educatore che combini, come più volte affermato in queste note, quantità da garantire all'accesso il più diffuso possibile, qualità basate su elementi scientifici olistici [25], coinvolgendo il comportamento dei consumatori, in grado di orientare il mercato se adeguatamente informati.

Come esempio di chiusura di queste brevi note si può ancora citare il caso della disciplina riguardante le terre confiscate alla mafia, disposta con l. n. 109 del 1996 e d.lgs. 159 del 2011, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. In particolare, art. 48, comma 3 lett. c) del Codice, riguardo alla destinazione dei beni confiscati, dispone che i beni immobili siano "trasferiti per finalità istituzionali o sociali ovvero economiche, con vincolo di reimpiego dei proventi per finalità sociali, in via prioritaria, al patrimonio indisponibile del Comune ove l'immobile è sito, ovvero al patrimonio indisponibile della Provincia, della Città metropolitana o della Regione. In forza della norma richiamata l'ente territoriale così individuato, anche in forma consorziata o associata ad altri, potrà amministrare direttamente il bene o, sulla base di apposita convenzione - che determini

[25] V. *supra*, nota (5). Cfr. V. Rubino, *Aspetti di interazione fra qualità e sicurezza alimentare*, in *Diritto&Diritti*, (2002). www.diritto.it

la durata, l'uso del bene, le modalità di controllo sulla sua utilizzazione, le cause di risoluzione del rapporto e le modalità del rinnovo -, assegnarlo in concessione, "a titolo gratuito e nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento, a una pluralità", a categorie di soggetti indicati tra le quali sono espressamente nominati gli "operatori dell'agricoltura sociale riconosciuti ai sensi delle disposizioni vigenti"[26].

Quella da ultimo richiamata concreta quindi una fattispecie in cui l'agricoltura diviene lo strumento per raggiungere finalità diverse da quelle più strettamente legate alla materia in sé ma che ne riflettono la sua rilevanza fondamentale per il sistema produttivo - di cui come sopra ricordato rappresenta il settore primario -, per la tutela dell'ambiente e della salute, per la cultura che in tal modo comprende anche quella essenziale della legalità. Il modello richiamato è reso vincente anche grazie alla sensibilità dei consumatori che, scegliendo quei prodotti, aderiscono e sostengono il fine di riqualificazione ambientale comprensiva anche della componente sociale.

L'Amministrazione del futuro, quindi, anche in un settore la cui rilevanza pubblica trova espresso riscontro in Costituzione ha quindi ampi ambiti da gestire con un approccio innovativo.

---

[26] Ai sensi della successiva lett. c-*bis*), stesso comma, art. 48 del d.lgs n. 159 del 2011, l'Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la Destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla Criminalità Organizzata , ente pubblico vigilato dal Ministero dell'interno, può disporre direttamente l'assegnazione alle stesse categorie di soggetti sopra elencati "sulla base di apposita convenzione nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento, ove risulti evidente la loro destinazione sociale secondo criteri stabiliti dal Consiglio direttivo dell'Agenzia"; per un approfondimento sulle iniziative avviate cfr. il sito dell'Agenzia, https://www.benisequestraticonfiscati.it/agenzia/. Nuovi sviluppi su questo approccio si potranno riscontrare anche con l'attuazione del PNRR, la cui Missione 5 - Inclusione e coesione - Componente 3 – Interventi speciali per la coesione territoriale - Investimento 2 - è dedicata alla 'Valorizzazione dei beni confiscati alle mafie". Su quest'ultimo tema v. in particolare il Rapporto della Corte dei conti, sez. centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, approvato con la deliberazione del 28 giugno 2022, n. 44/2022/G, su '*La valorizzazione beni confiscati alle mafie nel PNRR*': https://presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/Controlli-Rilievi/RilieviCorteConti/2022/Deliberazione_Beni%20Confiscati_Np%20191.pdf

Abstract

Il settore dell'agricoltura richiede una rinnovata attenzione da parte delle Pubbliche amministrazioni, in conseguenza anche di alcune rilevanti novità legislative che direttamente o indirettamente lo condizionano e caratterizzano. Occorre quindi che le Amministrazioni trovino nuove forme di coordinamento tra livelli territoriali diversi e pluralità delle competenze confluenti, di collaborazione con i privati, di confronto con i detentori di conoscenze tecnico scientifiche per agire in modo efficiente, efficace e proiettato al futuro.

Public administration and sustainable agriculture: when law produces a future

Abstract:The agricultural sector requires renewed attention from public administrations, also as a result of some significant legislative changes that directly or indirectly condition and characterize it. It is therefore necessary that the Administrations find new forms of coordination between different territorial levels and plurality of confluent competences, collaboration with private individuals, comparison with holders of technical and scientific knowledge to act efficiently, effectively and projected towards the future.

O direito fundamental à acessibilidade no Brasil: a gestão administrativa do Senado Federal para a promoção dos direitos da pessoa com deficiência

di Karin Kassmayer

Sumário: 1. Introdução. – 2. Acessibilidade como Direito Humano: uma análise da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. – 3. Acessibilidade como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. – 4. O dever de promoção da acessibilidade: a gestão da acessibilidade no Senado Federal. – 4.1. Atuação administrativa do Senado: avanços e desafios. – 5. Breves considerações finais.

1. *Introdução*

Uma sociedade livre, justa e solidária pressupõe a não discriminação, a garantia de oportunidades, a igualdade, o amplo acesso e a inclusão das pessoas com deficiência. O Brasil, com o objetivo de assegurar a proteção e a dignidade da pessoa com deficiência, além de ter assentado na Constituição da República de 1988, um feixe de direitos constitucionais – e fundamentais – promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, e sancionou importante instrumento normativo voltado à promoção da inclusão da pessoa com deficiência e à redução das desigualdades sociais: a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI).

A promulgação da Convenção e a entrada em vigor da Lei n. 13.146, de 2015, consolidaram os pilares normativos de um novo paradigma – o da inclusão social – que assegura às pessoas com deficiência o direito à acessibilidade, ao pleno e efetivo exercício da cidadania, com respeito à diversidade e à autonomia. Ocorreu, igualmente, o aumento do debate qualificado dos direitos e garantias das pessoas com deficiência, com aumento da produção científica sobre o tema, além de discussão de políticas públicas pelos entes federativos.[1] Certamente a lei, criada, não

[1] Danilo Silva Santos Rocha, em trabalho acadêmico intitulado Os modelos de deficiência e as produções científicas em saúde coletiva (2018), disponível em https://bdm.

basta. Os princípios, as normas e as garantias que o texto legal asseguram exigem a sua implementação, a sua eficácia social.

Sob as diretrizes de garantir a inclusão na vida social (em suas diversas facetas) pelo direito à acessibilidade, sem olvidar dos direitos sociais e dos deveres de elaboração de políticas públicas a ele associados, o Estado é impelido a agir de modo a proteger, assegurar, defender e implementar direitos, pois o preconceito, as barreiras e a discriminação à pessoa com deficiência ainda existentes são percalços, obstáculos e impedimentos que excluem, inibem e ferem direitos de pessoas humanas. Não fosse essa a realidade no País, inexistiriam litígios nos tribunais questionando custos adicionais para implementar medidas de acessibilidade ou ações e obrigação de fazer a fim de dar efetividade à acessibilidade plena em equipamentos urbanos, transporte e construção de escolas.[2]

A crise econômica, social e de saúde causada pela pandemia de

unb.br/bitstream/10483/22390/1/2018_DaniloSilvaSantosRocha_tcc.pdf, informa que a Lei Brasileira de Inclusão, "inspirada na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, impacta a forma pela qual a deficiência é percebida, isto é, a deficiência na LBI é baseada no modelo social de direitos humanos, no qual o conceito de pessoa com deficiência depende das barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo. Considerando o contexto acima, é importante salintar que os pressupostos teóricos utilizados nos trabalhos acadêmicos sobre a temática assumem contornos particulares, a depender do campo e do ano de produção. Além do desenvolvimento dos campos específicos, as transformações sociais e políticas impactam a produção científica sobre a temática da deficiência, conforme salientado por Debora Diniz (2007). Isso significa dizer que a temática da deficiência passou a ser tratada com mais vigor também por outros campos do conhecimento, e não apenas pela biomedicina por meio da clínica. Conforme já difundido na perspectiva de autores referência neste campo, a causa primeira da desigualdade social e das desvantagens vivenciadas pelas pessoas com deficiência não está na lesão, doença ou limitação física, mas deve ser entendida uma questão da vida em sociedade, e não de modo individual."

[2] A título de exemplo, pode-se mencionar a ação civil pública, embasada na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, cujo pedido realizado pela Defensoria Pública é que o Estado de Mato Grosso disponibilize na plataforma de aprendizagem material ao Ensino de Jovens e Adultos em Libras, além de futuros materiais escolares em Libras, e promova a contratação/disponibilização de tradutores/intérpretes de Libras aos deficientes auditivos para tirar dúvidas, prestar esclarecimentos, etc., além de outras medidas que se fizerem necessárias, a fim de que os deficientes auditivos tenham pleno acesso à educação. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso, em sede de remessa necessária cível, confirmou a sentença favorável à Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso em face ao Estado. Tribunal de Justiça de Mato Grosso de 15 de janeiro de 2023, Remessa Necessária Cível (199) 1009848-68.2020.8.11.0015.

Covid-19, com as exigências de medidas protetivas como o distanciamento social, acarretou um aprofundamento nas já pré-existentes desigualdades entre os países, além do impacto direto e diferenciado a grupos com pessoas mais vulneráveis, entre as quais as pessoas com deficiência. Essas disparidades geraram a urgência da inclusão das PDC em políticas públicas de curto, médio e longo prazo voltadas a combater as barreiras já existentes, mas agravadas e potencializadas pela crise sanitária.[3]

De acordo com a Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (CEPAL)[4] vivem nesta região mais de 70 milhões de pessoas com deficiência. Argentina, Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Peru e Uruguai contam com mais de 10% de sua população com deficiência. Em que pese a falta de indicadores e dados adequados, o Relatório da CEPAL informa que essas pessoas, mais vulneráveis, já contam com desvantagens sociais e econômicas existentes antes da pandemia, mas foram ainda mais afetadas sobretudo nas áreas de saúde, educação, direito ao trabalho e bem-estar (lazer). Soma-se o fato de muitas das pessoas com deficiência na região encontrarem-se em situações de pobreza, em habitações precárias e com falta de infraestrutura urbana adequada à acessibilidade, que agravaram ainda mais a vulnerabilidade diante dos riscos da pandemia, com reflexos na saúde física e mental.[5]

Em 2023, o Governo Brasileiro publicou o resultado da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – Pessoas com Deficiência 2022 – pesquisa essa realizada conjuntamente com a Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que

---

[3] A pandemia Covid-19 repercutiu fortemente na análise dos direitos e garantias da pessoa com deficiência no Brasil e no mundo. Sobre o tema, vide Barbosa, H.H.; Almeisa, V, *O direito da pessoa com deficiência à informação em tempos da pandemia da Covid-19: uma questão de acessibilidade e inclusão,* 2020, disponível em: <https://revista.ibict.br/liinc/article/view/5452>; J. Saldanha et al, *Pessoas com deficiência na pandemia da COVID-19: garantia de direitos fundamentais e equidade no cuidado*, 2021. A Organização das Nações Unidas publicou, também, o guia COVID-19 and the rights of persons with disabilities: guidance, 2020.

[4] Cepal, *Covid-19 report s: persons with disabilities and their rights in the COVID-19 pandemic: leaving no one behind*, 2021.

[5] Sobre um estudo aprofundado das medidas tomadas nos primeiros meses após o início da pandemia para as pessoas com deficiência no Brasil, vide A. Mendes *et al*, *Diálogos sobre acessibilidade, inclusão e distanciamento social: territórios existenciais na pandemia*, Brasília, 2020.

indicou 18,6 milhões de pessoas com deficiência no país, das quais mais da metade são mulheres. A pesquisa, igualmente, trouxe como resultados a desigualdade da situação dessas pessoas em relação ao acesso ao mercado de trabalho, à educação e à renda.[6]

Nesse cenário em que cerca de 10% da população brasileira possui alguma deficiência, as barreiras, das mais diversas naturezas (urbanísticas, atitudinais, arquitetônicas, comunicacionais, nos transportes, nas comunicações e tecnológicas) impedem o direito à participação social e a fruição e gozo de direitos fundamentais como a liberdade de locomoção, de expressão, de acesso à informação. Para além de elaborar as leis, afastar a sua infringência e promover as políticas públicas adequadas, sob o fundamento do dever estatal de agir, necessário refletir sobre como os órgãos públicos podem promover a acessibilidade com ações e medidas em suas atividades administrativas (de gestão).

Certo que, por se tratar de um direito calcado no princípio da solidariedade, todos devem agir para promover a acessibilidade e afastar as barreiras, já que é a sociedade que exclui, que cria os obstáculos, que não garante condições igualitárias para o exercício de todo e qualquer direito.

Nesse contexto, o objetivo geral desse artigo é o de analisar o dever de agir da Administração Pública brasileira voltado à promoção da acessibilidade nos órgãos públicos, diante da legislação vigente. Para tanto, será analisada a atuação do Senado Federal, em sua gestão administrativa, a partir da criação da Comissão Especial de Acessibilidade, no ano de 2004.

Esse objetivo geral será alcançado por intermédio dos seguintes objetivos específicos: *i)* apresentar o paradigma emancipatório introduzido pela CDPD com ênfase na análise da garantia ao direito à acessibilidade, consagrada no seu art. 9º como um direito humano e confirmar a íntima relação entre o direito ao desenvolvimento e o direito à acessibilidade, com o exame dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS); *ii)* trazer reflexões sobre o tratamento jurídico conferido à PCD pelo ordenamento jurídico brasileiro e os efeitos da internalização da CDPD no sistema jurídico nacional, sob a perspectiva da regulamentação do direito à acessibilidade dotada de natureza de direito fundamental; e *iii)* apontar o dever de promoção da acessibilidade pelos órgãos públicos em suas ações

[6] Os dados da pesquisa estão disponíveis em https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37317-pessoas-com-deficiencia-tem-menor-acesso-a-educacao-ao-trabalho-e-a-renda, 2023.

administrativas, enfatizando a atuação administrativa do Senado Federal na sua gestão para a acessibilidade que identifica medidas que os órgão públicos podem tomar a fim de assegurar à PCD o direito à acessibilidade. Nas considerações finais discutimos o panorama apresentado, apontando caminhos para futuras pesquisas.

2. *Acessibilidade como Direito Humano: uma análise da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU) foi adotada em 2006, com vigência a partir de 3 de maio de 2008, e conta, atualmente, com a ratificação por 186 Estados[7]. O Brasil aprovou seu texto pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e a promulgou pelo Decreto n. 6.949/2009, sendo considerada um instrumento legal de promoção dos direitos humanos, com explícita dimensão de desenvolvimento social.

Composta por 50 artigos, a Convenção tem como pressuposto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor inerente aos direitos humanos, além de enfatizar a necessária garantia a toda pessoa com deficiência do exercício pleno, sem discriminação, de todos os seus direitos humanos e liberdades fundamentais. A razão da adoção da Convenção se deve a duas questões, segundo o sítio eletrônico da ONU: *i)* trata-se de um desafio negligenciado ao desenvolvimento, pois aproximadamente 10% da população mundial é constituída por pessoas com deficiência, e *ii)* apesar da existência de outras convenções que já garantissem tais direitos humanos, ainda ocorre a sua marginalização na sociedade, sendo necessário prever obrigações legais aos Estados para promover e proteger os direitos da pessoa com deficiência, e não criar novos direitos.

De modo inovador, a Convenção reconhece que a deficiência é um conceito em evolução, não vinculada a uma característica individual da pessoa, mas decorrente do meio social, uma vez que a deficiência resulta da interação entre a pessoa com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a sua plena e efetiva participação

[7] Informações extraídas do sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas, no link https://social.desa.un.org/issues/disability/crpd/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-crpd.

na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. A participação plena e efetiva é tão relevante a ponto de ser considerada, pela Convenção, como princípio geral (art. 3º), obrigação geral (art. 4º) e direito (arts. 29 e 30).

Consagrada como um paradigma a promoção, proteção e garantia dos direitos das pessoas com deficiência, reconhece tal norma internacional que a discriminação contra qualquer pessoa configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano, além de acolher a diversidade das pessoas com deficiência. Além disso, o seu art. 11 trata especificamente do dever dos Estado de prover medidas necessárias para garantir proteção e segurança às pessoas em situações de risco, o que inclui situações de conflitos armados, emergências humanitárias – como a pandemia – e desastres naturais, agravados pelas mudanças climáticas.

Flavia Piovesan[8] esclarece que a Convenção se vincula à segunda fase de proteção aos direitos humanos, marcada pela concepção material de igualdade em detrimento a sua concepção formal, com o rompimento, pelo próprio Direito, da indiferença às diferenças e da cultura dos preconceitos. Nessa fase, especificam-se os sujeitos de direitos, e a pessoa com deficiência torna-se reconhecida e personalizada, tal como ocorre em relação às mulheres (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979) ou às crianças (Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989), que devem ser vistas em suas especificidades.

Além disso, a Convenção traduz um novo paradigma – o emancipatório – em que à pessoa com deficiência é garantida a sua autonomia e independências individuais, inclusive a liberdade de fazer suas próprias escolhas. Ao enfatizar que a deficiência decorre da relação com o meio em que a pessoa se insere, garantindo-se a urgência e imprescindibilidade de eliminação das barreiras, alcança-se o patamar da inclusão social que vem a superar outras fases em que esse grupo de pessoas fora objeto de intolerância social, invisibilidade, passando por uma última fase assistencialista, todas marcadas pela cultura social da exclusão, da discriminação e da segregação.[9]

---

[8] F. Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional: a proteção da dignidade humana*, in 1º Encontro Nacional de Acessibilidade e Inclusão (ENAI), 2019. Ainda na doutrina, no mesmo sentido, F. Piovesan, *Apresentação*, in *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2014, 9 e seguintes, editado por J. Dias, Brasília, 2014, p. 9-19.

[9] Sobre a Convenção e o Direito brasileiro, vide publicação da Secretaria de Direitos

Para Rafael Lemos[10], os modelos de tratamento conferidos à pessoa com deficiência pela doutrina (modelos de prescidência, médico/reabilitação e social), ao terem sofrido alterações conduziram, igualmente, à mudança de paradigmas na sua abordagem sócio jurídica.[11]

O paradigma da exclusão caracterizou o período em que a pessoa com deficiência era considerada inútil à sociedade, tendo sido substituído, ao final da Primeira Guerra Mundial, pelo paradigma da integração. Com o número significativo de feridos dessa guerra, passaram-se a assegurar meios de sua aceitação social e tentativas de reabilitação e integração na sociedade. Somente nos anos 60 do século XX o modelo social será instaurado no Reino Unido, sob a concepção de que a deficiência não deve ser abordada como um problema individual, mas como uma questão social, transferindo-se a responsabilidade pelas limitações e desvantagens para a sociedade. Inaugura-se, então, o paradigma da inclusão.[12]

O paradigma inclusivo, tendo a Convenção como seu corolário, tonificou ainda mais o dever de agir estatal de modo a eliminar as barreiras, de qualquer natureza, que impeçam a plena cidadania das pessoas em situação de maior vulnerabilidade. Da mesma forma, houve o reconhecimento da importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e a informação e comunicação, para possibilitar a pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

Sob os oito princípios insculpidos no art. 3º da Convenção, quais

---

Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2014. Ainda, a tese de doutorado em Direito de L. Nigro, *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro*, 2019.

[10] R. Lemos, *Direito ao trabalho como elemento de inclusão social da pessoa com deficiência: análise da Lei n.13.146/2015*, Revista de Informação Legislativa, 2017, 153 e seguintes.

[11] Ainda sobre a evolução da proteção à PCD, cita-se a doutrina de M.H. Renck, *Restrições legais a direitos humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência*, 2014, 76 ss.

[12] R. Lemos, *Direito*, cit.,157, justifica ações afirmativas como "políticas de cotas no trabalho, temas como educação inclusiva, supressão de barreiras físicas e arquitetônicas, possibilitando o exercício de direitos fundamentais básicos de qualquer cidadão, entre outras. Adota-se o conceito material de isonomia, em substituição à igualdade formal, aplicada sob o modelo médico ou de reabilitação. Os princípios da dignidade humana, da igualdade material e da solidariedade são norteadores no paradigma inclusivo que fundamenta axiologicamente os textos normativos sobre PCD após a CDPD."

sejam: *i)* autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; *ii)* não-discriminação; *iii)* plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; *iv)* respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; *v)* igualdade de oportunidades; *vi)* acessibilidade; *vii)* igualdade entre o homem e a mulher; e *viii)* respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade, a norma propugna aos Estados Partes um dever de agir de modo a se comprometerem a, entre outros, adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos nela reconhecidos (art. 4º, I, "a").[13]

Portanto, ao lado de outros direitos garantidos na norma internacional, como o direito à vida, à liberdade, acesso à justiça, mobilidade pessoal, liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação, enfatizou-se o dever de o Estado, por ações administrativas, realizar os direitos reconhecidos na normativa internacional, especificamente as necessárias medidas e ações para assegurar à pessoa com deficiência a plena acessibilidade.

A garantia ao direito à acessibilidade, consagrada no art. 9º da Convenção, constitui-se, por si só, um direito humano e, segundo o Comitê Econômico e Social Europeu (CESE)[14] "a sua plena implementação deve levar à criação das condições necessárias para, através de medidas jurídicas e políticas, proporcionar às pessoas com deficiência acesso a todos os tipos de ambientes e fruição de todos os aspetos da vida. Isto é indispensável para o pleno gozo dos direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais. A acessibilidade traz benefícios a toda a sociedade."

Ainda segundo o mesmo documento do CESE a garantia à acessibilidade é uma condição fundamental da sustentabilidade e da sua dimensão social para combater a pobreza e a marginalização e promover a coesão social. A acessibilidade, portanto, encontra-se diretamente vinculada a outros normativos internacionais de garantia de direitos humanos. Nesse sentido, o acesso ao ambiente físico e aos transportes é um pressuposto para a o direito à liberdade, consagrada no art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o acesso aos sistemas de

[13] Sobre a interpretação da Convenção no Direito Brasileiro, vide A. P. Resende e F. Vital, *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*, Brasília, 2008.

[14] *Parecer sobre «Acessibilidade como um direito humano para as pessoas com deficiência,* 2014, do Comitê Econômico e Social Europeu.

informação e comunicação é um pressuposto da liberdade de opinião e de expressão, consagrada no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 19, n.º 2, do PIDCP.

Enquanto direito humano como tal, a acessibilidade garante o agir, o participar, o fazer parte da sociedade, a comunicação e o acesso à informação sem que haja necessidade de intermediários, ou seja, permite a autorrealização do viver e conviver, com plena autonomia. Sob a perspectiva de ser um direito humano inerente à execução de outros direitos humanos, a acessibilidade é a garantia para efetivar os demais direitos civis e políticos, de modo a promover a plena cidadania e o gozo dos direitos humanos.

É papel do Estado, nesse contexto, adotar medidas legislativas e administrativas, políticas públicas e decisões judiciais que contemplem a acessibilidade como direito humano e fundamental, viabilizando a vida autônoma da PCD com a eliminação de toda e qualquer barreira ou obstáculo.

Para a análise que se propõe – refletir sobre o dever de agir do Poder Público pela execução de medidas administrativas promotoras da acessibilidade – convém ressaltar o importante papel do Estado em levar em consideração a acessibilidade na previsão de suas ações e no exercício de suas funções. Os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, independentemente de suas atividades-fim, devem assegurar a toda a sociedade a acessibilidade por intermédio de sua ação administrativa, nos atos de gestão, orçamentários e de planejamento. De nada adianta o Legislativo estabelecer rigoroso marco legal que garanta os direitos necessários ou o Judiciário fazer cumprir tal legislação em suas decisões plenárias se a atuação administrativa desses órgãos não incluir a acessibilidade como princípio e direito norteador de suas ações administrativas.

Além disso, a acessibilidade impulsiona o alcance ao desenvolvimento justo, equitativo e sustentável. Ao se consagrar o direito ao desenvolvimento como "veículo para efetividade de dignidade da pessoa humana, um instrumento de ligação intra e intergerações, o qual requer a constante construção e manutenção das bases materiais para a vida com dignidade"[15], impensável não abordar o direito à acessibilidade como um dos alicerces do direito ao desenvolvimento. Não há desenvolvimento, justa distribuição dos frutos econômicos do crescimento, ganhos sociais e ambientais, acesso ampliado à saúde, educação e lazer e melhoria da qualidade de vida sem levar em con-

[15] I. Soares, *Direito ao desenvolvimento e justiça de transição: conexões e alguns dilemas,* in *Direito ao desenvolvimento,* 2010, 463-289, editado por F. Piovesan e I. Soares.

sideração a acessibilidade e o envolvimento, nesse processo, da pessoa com deficiência como seus agentes e beneficiários. Afinal, se para a efetividade do direito ao desenvolvimento pressupõe-se, entre outros, o dever estatal de o Estado impedir violações de direitos humanos e a oferta de mecanismos que favoreçam o aproveitamento de oportunidades de modo equânime a todos, os preceitos, valores e direitos das pessoas, sujeitos do desenvolvimento, não podem ser desconsiderados.

Intrínseca tal relação (entre o direito ao desenvolvimento e o direito à acessibilidade), a ponto de a ONU, ao conceber os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) na agenda mundial adotada durante a Cúpula das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável no ano de 2015, denominada Agenda 2030, ter destacado sete referências específicas quanto à PCD em seus 17 objetivos (ou metas) que visam a assegurar: *i)* a educação inclusiva e a oportunidade de aprendizagem; *ii)* o emprego pleno, produtivo e de igual remuneração; *iii)* o empoderamento e a inclusão social; *iv)* o acesso aos transportes públicos e seguros; *v)* o acesso universal a espaços públicos seguros e inclusivos; e *vi)* a disponibilidade de dados confiáveis[16].

No primeiro Relatório sobre Inclusão da Pessoa Com Deficiência no contexto da Agenda 2030,[17] a ONU demonstrou que esse grupo social ainda está em desvantagem em comparação com pessoas sem deficiência no tocante a realização, monitoramento e avaliação dos ODS. Apesar de avanços terem ocorrido, sobretudo na adoção ou harmonização de leis e políticas alinhadas à Convenção, o progresso na implementação de tais medidas tem sido lento. Ademais, ainda vigoram em muitos países leis discriminatórias. A fim de alcançar as metas em 2030, os programas de desenvolvimento (nacional e internacional) devem priorizar o desenvolvimento inclusivo. Especificamente, são necessárias medidas concretas para tornar as pessoas e sua situação visíveis. O Relatório conclui que as ações devem ser realizadas em 4 frentes: *i)* focar nas barreiras fundamentais que causam a exclusão; *ii)* priorizar a deficiência na implementação dos ODS; *iii)* investir no monitoramento e avaliação do progresso para o alcance dos ODS para a pessoa com deficiência; e *iv)* fortalecer os meios de implementação dos ODS para as pessoas, com financiamento, tecnolo-

[16] A esse respeito vide V. Ribeiro, *Pessoas com deficiência e os ODS -Textos Técnicos TCU,* 2020.

[17] United Nations*, Disability and Development Report: realizing the Sustainable Development Goals by, for and with persons with disabilities, 2018*.

gia, capacidade de construir, coerência política e institucional, e parcerias entre múltiplos atores.

Diante desse contexto, na sequência será abordada a internalização da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro, com a edição da Lei n. 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, construída sob as premissas da Convenção, além da acessibilidade ser considerada direito fundamental conforme dispositivos da Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988 (CRFB).

3. *Acessibilidade como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*

Qual é o tratamento jurídico conferido à pessoa com deficiência pelo ordenamento jurídico brasileiro? Quais os efeitos da internalização da Convenção no sistema normativo e jurídico nacional, norma esta dotada de status de emenda constitucional, por força do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, por se tratar de tratado internacional acerca de direitos humanos e ter sido aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros? Pretende-se responder a essas questões sob a perspectiva da regulamentação do direito à acessibilidade, sua natureza de direito fundamental e os deveres estatais em sua promoção.

Discorrer sobre acessibilidade significa tratar de direitos e igualdade de oportunidades a mais de 45 milhões de brasileiros que se autodeclararam com deficiência, conforme Censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística[18]. Há um amplo acervo normativo, anterior e posterior à Constituição Federal, que abarca tais direitos, apesar de a inclusão da pessoa com deficiência, no ordenamento jurídico, como sujeito de direito e obrigações e como corolário dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ser recente no País e o desafio centrar-se na efetividade da legislação.[19]

[18] Desses, 35,7% de autodeclararam deficientes visuais; 13,2%, deficientes físicos; 9,7%, deficientes auditivos; e 2,6%, deficientes intelectuais.

[19] Na doutrina, vide R. Lemos, *Direito,* cit, 154. S. Kukina, *A inclusão nos ambientes de trabalho*, in 1º Encontro Nacional de Acessibilidade e Inclusão (ENAI), 2019, em que menciona que "não temos carência normativa ao tema, nosso desafio encontra-se em sua implementação."

Ao analisar os avanços da Constituição Federal e ao relatar o Projeto de Lei n. 7.699/2006[20] (que dará origem à LBI), a então Deputada Federal Mara Gabrilli corroborou a ausência de efetividade das leis, ao citar, em seu relatório, que "a Carta Política de 1988 constitui o marco delimitador da visibilidade das nossas demandas. Todavia, ainda há uma enorme distância entre o que dizem a Constituição e as leis e a efetivação de nossos direitos, embora as conquistas advindas dos textos legais não sejam desprezíveis. Além disso, as pessoas com deficiência reproduzem o quadro da desigualdade social brasileira, pois a maioria das pessoas com deficiência no Brasil encontra-se marginalizada, vivendo muitas vezes em condições sub-humanas e em estado de pobreza quase absoluta, sem acesso aos mais básicos direitos de cidadania."

De modo a eliminar as barreiras e a fim de retirar o estigma da sociedade ao olhar a deficiência antes de se ater às capacidades da pessoa, tanto a Convenção, conforme já analisado, quanto a Lei Brasileira de Inclusão introduziram um novo paradigma jurídico e social. A Convenção, por ter recebido *status* de norma constitucional que lhe confere as garantias de inalienabilidade, irrevogabilidade e escudada pela cláusula proibitiva de retrocesso social, foi regulamentada por lei ordinária, com a publicação da Lei n. 13.146/2015, que reproduz os direitos fundamentais e sociais da pessoa com deficiência, mas vai além e fortalece dispositivos relacionados à igualdade, inclusão como fundamento do princípio geral da solidariedade e da igualdade, a dignidade e a autonomia humana assim como direito ao trabalho, à não discriminação, à vida, a habilitação e a reabilitação, entre outros.[21]

O início do processo legislativo que culminou com a publicação da Lei n. 13.146/2015 não foi consequente à aprovação da Convenção, mas está diretamente relacionado à tramitação, junto às Casas Legislativas, da Mensagem Presidencial n. 711/2017, que sugeria a aprovação da Convenção. Tal assertiva se remete aos seguintes fundamentos: *i)* a propositura de um projeto de lei que instituísse um "Estatuto do Portador com Deficiência" já era datado de 2000, (Projeto de Lei n. 3.638/2000), e o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 3/2003, de autoria do Senador Paulo Paim, renumerado como PL n. 7.699/2006 na Câmara dos Deputados, que

[20] Relatório do PL n. 7699/2006, que institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências, disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407.

[21] Conforme R. Lemos, *Direito*, cit, 161; L. Lopes, *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*, São Paulo, 2016, 43 e seguintes.

tramitou por 13 anos no Congresso Nacional, tornou-se a Lei Brasileira de Inclusão; *ii)* nesse meio tempo, com a ratificação, pelo Brasil, da Convenção, em 2008, houve amplo debate do PL n. 7.699/2006, de modo a analisá-lo sob a redação da Convenção, com vistas a revisão e adequação do seu texto e realização de audiências públicas que culminaram, por fim e ao cabo, no texto aprovado e sancionado do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Convenção e a Lei Brasileira de Inclusão, portanto, complementam-se e se integram.[22] O parágrafo único do art. 1º da Lei, faz menção expressa à Convenção como sua base[23], sendo que ambas concretizam o princípio da igualdade "como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana", conforme extrai-se do acórdão do Supremo Tribunal Federal de 7 de março de 2017, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 5.357; 2017. O tema da ADIN n. 5357/2017 tratava da obrigatoriedade das escolas privadas de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência. Do mesmo julgado tem-se acurada interpretação do art. 3º da Constituição Federal, que dispõe sobre os objetivos fundamentais da República, que extraímos: "É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (Art. 3º, I e IV, CRFB).

Somados, o princípio da igualdade (estabelecido como direito fundamental pelo art. 5º da Constituição, os objetivos da República (com ênfase na construção de uma sociedade justa e solidária, livre de preconceitos), e a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º,

---

[22] Sobre a interpretação da Lei n. 13.146/2015, na doutrina nacional, vide V. Almeida e H. Helena Barbosa, *Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República*, 2021; e G. Magalhães, L. Martins, *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Comentários à Lei 13.146/2015*, 2022.

[23] Dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.146/2015, "Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno."

inc. III da Carta Política, constituem-se em bases valorativas e nos princípios norteadores da acessibilidade como direito fundamental.[24]

Para além desses dispositivos, a Constituição Federal tutela direitos da pessoa com deficiência, em outros artigos. Ao tratar sobre os direitos do trabalhador, o seu art. 7º, inciso XXXI, proíbe qualquer discriminação no tocante ao salário e aos critérios de admissão da pessoa com deficiência.[25] Ao dispor sobre a repartição de competências, os 23 e 24, incisos II e XIV da CRFB/88, respectivamente, tratam da competência comum dos entes federativos acerca da garantia de assistência pública e saúde às pessoas com deficiência, ressaltando caráter prioritário no atendimento, e define a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar na tutela da proteção e integração desses indivíduos, objetivando combater a segregação[26].

No tocante à acessibilidade, a Constituição prevê expressamente tal direito, deixando a critério de lei ordinária a normatização relativa à construção de logradouros e edifícios de uso público e da fabricação de veículos de transporte coletivo para garantia de acessibilidade a pessoas com deficiência, conforme previsto nos arts. 227, §2º e 244 da Carta Magna.

Emergem da Constituição, portanto, direitos fundamentais, com ênfase na responsabilidade do Estado (nos dispositivos concernentes à repartição de competências) em proporcionar o exercício (ou cumprimento) dos direitos individuais e sociais. Os tribunais superiores pátrios, em diversos julgados, interpretaram o direito à acessibilidade como uma obrigação ao qual o Poder Público a ele deve observância. O Supremo Tribunal Federal,

---

[24] Vide, na doutrina, M.R. Mazzola, M.R. e P.G. *A acessibilidade como forma de efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência*, 2018; e F. piovesan, B.P. Silva, B.P e H.B.P. Campoli, *A Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil*, 2018.

[25] A Constituição Federal de 1988 utiliza a expressão "pessoa portadora de deficiência". Até hoje não houve a sua retificação para a expressão "pessoa com deficiência", terminologia essa assumida pela Convenção. Convém informar que a expressão pessoa portadora de deficiência estigmatiza a pessoa, assim como a expressão "deficiente". Tramita da Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 57/2019, que propõe alterar a Constituição Federal para incorporar a nomenclatura "pessoa com deficiência", utilizada pela Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. A PEC já foi aprovada no Senado Federal (de onde é originária – PEC 25/2017).

[26] Sobre a repartição de competências no ordenamento constitucional brasileiro, vide P. Mohn, *A repartição de competências na Constituição de 88*, 2010. Sobre a atuação municipal legislativa vide o parecer do Ministério Público de São Paulo disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Controle_Constitucionalidade/ADIns_3_Pareceres/TJ%20-%200140770-92.2013.8.26.0000%20%20-%20SUZANO.

nesse sentido, debruçou-se em casos envolvendo a necessária limitação à discricionariedade da Administração Pública face ao dever de determinar a adoção de medidas assecuratórias de direitos fundamentais (*in casu*, a acessibilidade). Da mesma forma, firmou entendimento de que inexiste violação ao princípio da separação dos poderes e da reserva do possível ao se impor como obrigação (jurídico-constitucional) à Administração Pública o dever de observância do direito constitucional de acessibilidade.

O direito fundamental à acessibilidade foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça de 25 de junho de 2018, no Recurso Especial n. 1733468/MG.[27] O termo acessibilidade, todavia, foi previsto pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei n. 10.048, de 8 de novembro de 2000, a qual garantiu às pessoas com deficiência atendimento prioritário nas repartições públicas e empresas concessionárias de serviço público, reservas de assentos em transportes públicos, deliberando também que as construções de logradouros, sanitários públicos e edifícios públicos tivessem normas de construção destinadas a facilitar o acesso e uso desses locais. A Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, a seu turno, estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

[27] Extrai-se da decisão do Superior Tribunal de Justiça 1733468/2014 : "A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – incorporada ao ordenamento pátrio com status de emenda constitucional – alçou a acessibilidade a princípio geral a ser observado pelos Estados Partes, atribuindo-lhe, também, o caráter de direito humano fundamental, sob a visão de que a deficiência não se trata de um problema na pessoa a ser curado, mas de um problema na sociedade, que impõe barreiras que limitam ou até mesmo impedem o pleno desempenho dos papeis sociais (o denominado "modelo social da deficiência")." A respeito do caso, o autor narra que é pessoa com deficiência física motora, portador de distrofia muscular progressiva, apresentando locomoção instável. Afirma que faz uso de cadeira de rodas motorizada, mas a autonomia do aparelho é limitada, razão pela qual depende de transporte público para trafegar em distâncias maiores, serviço esse que, no bairro onde mora na cidade de Juiz de Fora/MG, é prestado pela ré. Aduz que, no entanto, vem sendo desrespeitado pelos prepostos da ré, que insistem em limitar o seu embarque nos coletivos, além de colocá-lo em situação de risco à sua integridade física. A sentença julgou improcedente o pedido, por falta de prova das alegações da inicial, mas em segunda instância, com apelação confirmada pelo STJ, houve revisão da sentença para julgar procedente o pedido inicial, condenando a recorrente ao pagamento da quantia de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de compensação por danos morais.

A respeito dessas leis, apesar de sua importância, houve a necessidade de edição de um decreto regulamentador que estabelecesse prazos para as adaptações nelas previstas.[28] Portanto, houve a sua regulamentação pelo Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004[29], voltado a estabelecer critérios de implementação da acessibilidade em todas as formas trazidas nas leis anteriores. Ainda, como grande avanço, foi estabelecido o Programa Nacional de Acessibilidade, integrado aos planos plurianuais, sob coordenação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

A LBI, por sua vez, aperfeiçoa e culmina com o desenvolvimento da acessibilidade no ordenamento jurídico pátrio, restando inegável sua concepção como direito fundamental. A Lei n. 13.146/2015, pelo inciso I do art. 3º define acessibilidade como "possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida."

O mesmo art. 3º, inciso IV, ao definir conceitos gerais da Lei n. 13.146/2015, conceitua barreiras com intrínseca relação ao direito à acessibilidade. Assim, as barreiras (classificadas como urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas) são quaisquer entraves, obstáculos, atitudes ou comportamentos que limitem ou impeçam a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros. O art. 53 da Lei n. 13.146/2015, a seu turno, trata a acessibilidade como direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação.

Seja como direito em si, ou como direito meio à garantia de outros

[28] S. Pimentel e M. Pimentel, *Acessibilidade como um direito fundamental: uma análise à luz das leis federais brasileiras,* 2020, 75-102, in Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, www.periodicos.ufsm.br.

[29] O Decreto n. 5.296/2004 regulamenta as Leis n. 10.048/2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e n. 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

direitos (inclusive aqueles descritos expressamente na LBI, como o direito à educação, ao trabalho, ao transporte e à mobilidade), a acessibilidade relaciona-se diretamente à garantia da dignidade da pessoa humana. [30]

O direito à acessibilidade – intimamente relacionado ao direito à vida, à igualdade, à liberdade de expressão e à liberdade de locomoção –, viabiliza, em sua efetividade, a concretização de uma sociedade justa e solidária, cujo valor máximo é a dignidade da pessoa humana. Para Ingo Sarlet[31], o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), "mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos." Essa incumbência dos órgãos estatais, especificamente a de promover a acessibilidade como dever, será analisada na sequência, com ênfase na atuação administrativa do Senado Federal.

4. *O dever de promoção da acessibilidade: a gestão da acessibilidade no Senado Federal*

Superada a análise da acessibilidade como direito humano e fundamental e sob a premissa de a garantia à acessibilidade concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, ao Poder Público (mas também à sociedade nas relações particulares) surgem "feixes de deveres de proteção estatais, abarcando medidas de natureza organizacional e procedimental"[32]. Interessa-nos, entretanto, apontar o dever de promoção da acessibilidade pelos órgãos públicos em suas ações administrativas, de modo a cumprirem a obrigação, estabelecida no art. 4º, inciso I, alínea "a" da Convenção, que exige a adoção de todas as ações administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos nela reconhecidos.

Ao enfatizar a acessibilidade como dever (ou tarefa) estatal, no campo

---

[30] Para S. Pimentel e M. Pimentel, PIMENTEL, *Acessibilidade,* cit, 19, "associar a garantia da acessibilidade à dignidade da pessoa humana dos indivíduos com deficiência, tendo em vista que, através dela, haverá a equidade e diminuição de barreiras entre as pessoas na sociedade, o que garante uma condição mínima de vida e boa convivência. Assim, considera-se que uma sociedade não acessível é aquela que não assegura o direito à vida plena de uma pessoa com deficiência, posto que sua dignidade como cidadão não é garantida. Tem-se, então, a acessibilidade como forma de complemento do direito à vida.

[31] I. Sarlet, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988,* Porto Alegre, 2019, 90 e seguintes.

[32] I. Sarlet, *Dignidade,* cit, 90.

administrativo, questionamos quais seriam as possíveis medidas que os órgãos públicos podem tomar a fim de assegurar à pessoa com deficiência o direito à acessibilidade, cujo efeito concreto se materializa no alcance a sua vida autônoma com a eliminação de toda e qualquer barreira.

Como o Senado Federal possui uma trajetória consolidada nos atos de gestão voltados à promoção da acessibilidade, com o comprometimento com a acessibilidade demonstrado por meio da sua Política de Acessibilidade instituída em 2013[33], da Carta de Compromissos de 2015[34] , das Diretrizes Estratégicas para o biênio 2017-2019[35] e os Elementos Estratégicos para o biênio 2021-2023[36], diante do denso desafio de implementar a legislação que rege os direitos da pessoa com deficiência, apresentaremos o seu instrumento de gestão utilizado para organizar as ações, objetivos e metas das questões relacionadas à inclusão da pessoa com deficiência: o Plano de Acessibilidade.

Antes, porém, de esmiuçar o conteúdo desse Plano, importante esclarecer que os parlamentos, no tocante à sua administração, são pouco estudados. Como parte da Administração Pública – a administração pública legislativa – a sociedade costuma se deparar com o parlamento sob o ponto de vista unicamente de sua atividade-fim: a atividade legiferante, o que não torna o estudo da sua gestão menos oportuna ou importante.

Além disso, a gestão pública eficiente – aqui compreendida como a gestão voltada à boa administração, ou seja, à produção de um ótimo resultado, em que se administram recursos públicos em uma ética de moralidade, para servir à comunidade, com respeito ao uso de recursos naturais e sob a premissa da acessibilidade ser um direito fundamental e um dever estatal, implica na vinculação de todas as diretrizes e regras da LBI nos atos de gestão públicos. [37]

[33] Ato da Comissão Diretora n. 15, de 26 de junho de 2013, que institui a Política de Acessibilidade do Senado Federal.

[34]Carta de Compromissos do Senado Federal disponível no website: <https://www12.senado.leg.br/transparencia/gestgov/planejamento-estrategico-1/PDF/CartadeCompromissos.pdf>

[35] Ato da Comissão Diretora n. 2, de 15 de março de 2017, que estabelece as diretrizes estratégicas para o biênio 2017-2019, que deverão ser acompanhadas e perseguidas por toda a administração do Senado Federal.

[36] Ato Conjunto da Secretaria – Geral da Mesa e da Diretoria-Geral do Senado Federal n. 1, de 16 de novembro de 2021.

[37] Sobre o conceito de "boa administração", remetemos a J. Freitas, *Direito fundamental à boa administração pública*, 2014.

4.1. *Atuação administrativa do Senado: avanços e desafios*

A primeira iniciativa do Senado em relação à acessibilidade foi a criação, em 2004, da sua Comissão Especial de Acessibilidade, que contou com a participação de servidores de diversas áreas, como engenharia, compras, tecnologia da informação, educação especial, comunicação etc., além de servidores com deficiência. Dentre as ações realizadas pela Comissão, destacam-se: *i)* a criação da Semana de Valorização da Pessoa com Deficiência, evento realizado anualmente no mês de dezembro voltado à sensibilização em relação a temas da acessibilidade; *ii)* a capacitação inicial da equipe de Tecnologia da Informação para desenvolvimento de sites acessíveis, de acordo com as especificações do consórcio W3C; *iii)* a elaboração de curso de qualidade no atendimento de pessoas com deficiência, com foco nos funcionários que atuam em recepções do Senado; *iv)* a elaboração de guia de relacionamento com a pessoa com deficiência; *v)* a aquisição de triciclos motorizados para empréstimo a pessoas com mobilidade reduzida; e *vi)* a aquisição de novos elevadores, que atendem aos critérios de acessibilidade.

Devido à necessidade de ações continuadas para promover a acessibilidade plena, no início de 2008, a Comissão Especial foi transformada em Comissão Permanente de Acessibilidade e Promoção da Pessoa com Deficiência e passou a atuar em torno de três eixos centrais: *i)* acessibilidade da infraestrutura urbanística e predial; *ii)* capacitação, informação, sensibilização; e *iii)* valorização e acessibilidade à informação. Apesar de existir desde 2005, em dezembro de 2008 o Programa Permanente do Senado Federal de Acessibilidade e Valorização da Pessoa com Deficiência foi oficializado. As diretrizes do programa eram a realização anual da semana de valorização da pessoa com deficiência, a acessibilidade arquitetônica e urbanística, o atendimento prioritário e especializado, o acesso à informação produzida na Casa, a valorização da pessoa com deficiência e o estabelecimento de parcerias com outras instituições públicas na área de acessibilidade.

A Política de Acessibilidade, instituída por Ato da Comissão Diretora em 2013, estabelece novos princípios, objetivos e diretrizes para a acessibilidade na Casa Legislativa[38]. O documento manifesta a mesma definição de pessoa com deficiência consolidada pela Convenção, definindo deficiência como a soma entre impedimento corporal e barreira, que resulta na obstrução de participação social em igualdade de condições. Entre suas

[38] Ato da Comissão Diretora n. 15/2013, do Senado Federal.

diretrizes, a Política de Acessibilidade do Senado apresenta importantes questões ligadas ao paradigma social da deficiência, como a identificação e eliminação de barreiras e a garantia às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida do pleno exercício de seus direitos, considerando sua autonomia, independência e segurança. Devido ao importante papel social do Senado, o documento também expressa seu comprometimento com a conscientização da sociedade acerca da acessibilidade e combate ao preconceito, através de seus meios de comunicação.

A Política determinou a criação e o monitoramento de um plano de ação destinado à sua implementação. Para isso, previu a manutenção de um grupo de trabalho (GT) multidisciplinar permanente, composto por representantes de áreas da administração, com participação de servidores com deficiência. Além do trabalho realizado pelo GT, em 2014, a atribuição de implementar e monitorar as ações de acessibilidade foi transferida para um setor específico, o recém-criado Núcleo de Coordenação de Ações Socioambientais (NCAS)[39]. Dessa forma, o NCAS passou a coordenar os trabalhos realizados pelo GT.

A Carta de Compromissos do Senado Federal, assinada pela alta administração da Casa em 2015 é outro instrumento por meio do qual a instituição exprime sua responsabilização com a inclusão da pessoa com deficiência. No item "Compromisso com a Acessibilidade", o documento atesta que "todo o complexo arquitetônico e toda a comunicação devem ser planejados de forma que servidores e cidadãos com limitações possam ter acesso, com dignidade e autonomia, aos espaços, serviços e informações produzidos pelo Senado Federal". Além disso, a definição de elementos estratégicos para o biênio 2021-2023 prevê em seu item 3.3. expressamente a implementação dos planos de responsabilidade social, entre os quais o de acessibilidade.

Com o intuito de implementar ações concretas com um modelo de gestão que permitisse aprimorar o monitoramento do processo, o Senado elaborou o Plano de Acessibilidade. Para a construção do documento, foram realizadas reuniões com servidores com deficiência e com representantes de diferentes setores da administração da Casa, nas quais se produziu o levantamento das especificidades das áreas, a construção de propostas por eixo temático e o delineamento das metas, prazos e objetivos para cada ação planejada. A pri-

[39] O Ato da Comissão Diretora n. 8/2014, criou o Núcleo de Coordenação de Ações Socioambientais.

meira versão do plano, publicada em 2016[40], contemplou 42 ações possíveis de serem realizadas dentro do período inicial de 12 meses, com o objetivo de ampliar as condições de acessibilidade no órgão. Tais ações foram divididas em seis eixos temáticos: *i)* infraestrutura; *ii)* acesso à informação; *iii)* mobilidade; *iv)* gestão de pessoas; *v)* processos de contratações; e *vi)* acesso à educação. Entre as ações propostas estavam a realização de obras, a compra e instalação de recursos de tecnologia assistiva, a contratação de serviços e a realização de atividades voltadas para uma mudança da cultura institucional. Ao final do primeiro ano de vigência, entre as 42 ações inicialmente propostas, 33 haviam sido integralmente cumpridas ou estavam em execução, enquanto 9 haviam sido canceladas, suspensas ou não iniciadas, conforme relatório de desempenho de metas publicado[41].

Com base nos resultados obtidos no primeiro ano e em novas demandas surgidas, o GT elaborou a segunda versão do plano, que foi publicada em 2018[42]. No documento, cinco eixos temáticos foram mantidos[43] e, ao final, foi acrescentada a seção "Monitoramento de Ações", que incluiu as ações que se referiam à manutenção dos processos já existentes e consolidados, bem como aquelas oriundas do instrumento anterior que haviam sido iniciadas, mas não concluídas. Assim, a nova versão contou com 28 ações, sendo que ao final de sua vigência, 27 haviam sido cumpridas ou estavam em execução e apenas uma não havia sido realizada. Além do detalhamento de cada ação prevista, o Relatório 2018[44] apresenta, ao final, 12 ações executadas no período de vigência do plano que não haviam sido planejadas, como ações para atendimento de demandas específicas que surgiram *a posteriori*.

Como exemplo de resultados obtidos com os dois primeiros planos, destaca-se a conclusão das seguintes ações que, de forma direta ou indireta, efetivam os direitos previstos na Convenção e na LBI e promovem

[40] *Plano de Acessibilidade do Senado Federal*, 2016. https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/acessibilidade/pages/pdfs/plano-de-acessibilidade-2016

[41] *Relatório Anual de Desempenho de Metas do Plano de Acessibilidade,* 2016. https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/acessibilidade/pages/pdfs/relatorio-plano-de-acessibilidade-2016

[42] *Plano de Acessibilidade do Senado Federal*, 2018.

[43] O eixo "Processos de contratações" foi retirado tendo em vista o cumprimento das metas previstas na versão 2016 e a inexistência de novas ações que justificassem a manutenção da temática dentro do Plano.

[44] *Relatório Anual de Desempenho de Metas do Plano de acessibilidade de 2018*. https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/acessibilidade/pages/pdfs/relatorio-plano-de-acessibilidade-2018

a acessibilidade e da redução de barreiras: *i)* contratação de serviços de interpretação em Libras para eventos (acessibilidade comunicacional); *ii)* adequação de calçadas internas e adaptação de banheiros (acessibilidade arquitetônica); *iii)* adoção de descrição de imagens nas mídias sociais do Senado e adequação do sítio do Senado às regras do eMAG[45] (acessibilidade comunicacional/tecnológica); *iv)* continuidade dos serviços de impressão em braile e inserção de audiodescrição na TV Senado (acessibilidade comunicacional); *v)* aumento da quantidade de jovens aprendizes e estagiários com deficiência e capacitação de funcionários para ao atendimento a pessoas com deficiência (acessibilidade atitudinal e no trabalho).

A terceira versão do Plano, publicada em 2019[46], possui 48 ações, distribuídas em seis eixos temáticos: *i)* infraestrutura; *ii)* acesso à informação; *iii)* mobilidade; *iv)* gestão de pessoas; *v)* educação para acessibilidade; e *vi)* gestão da acessibilidade. Este último eixo compreende as ações que já têm sido realizadas pelos setores da Casa, para fins de monitoramento. Destaca-se algumas ações do plano: garantia de acessibilidade arquitetônica nas guaritas de acesso aos edifícios, inserção de janela de Libras na TV Senado nas sessões realizadas no Plenário do Senado, adequações de mobiliário e aquisição de produtos de Tecnologia Assistiva (TA) para promover acessibilidade à Biblioteca do Senado Federal, capacitação de provedores de conteúdo de sítios de internet do Senado Federal. A fim de trabalhar com metas de curto e médio prazos e facilitar seu acompanhamento, o Plano possui vigência de 24 meses. Os objetivos que compõem o Plano 2019-2021 foram executados por 12 secretarias diferentes, o que reflete a abrangência do tema, que é tratado de forma transversal dentro da instituição. No entanto, a pandemia de Covid-19 dificultou a execução de algumas de suas metas, devido à paralização do trabalho presencial por um período extenso.

O Plano vigente, com vigência para o biênio 2022-2023[47], possui em uma sua parte o relatório das ações, ou seja, os resultados do Plano de Acessibilidade 2019-2021, além dos novos objetivos, que conta com o apoio de 17 secretarias, além de grupos constituídos com fins específicos,

[45] Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico.

[46] *Plano de Acessibilidade do Senado Federal 2019-2021*. https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/acessibilidade/pages/pdfs/plano-de-acessibilidade-2019-2021.

[47] Plano de acessibilidade 2022-2023. https://www12.senado.leg.br/transparencia/gestgov/planejamento-estrategico-1/plano-de-gestao-de-logistica-sustentavel-do-senado-federal/pa/PlanodeAcessibilidade20222023.pdf/ Senado Federal.

como o Comitê Gestor de Internet, para sua implementação. Os temas do atual Plano são: *i)* gestão da acessibilidade; *ii)* educação para acessibilidade; *iii)* gestão de pessoas com deficiência; *iv*) infraestrutura física pra acessibilidade; *v)* infraestrutura de comunicação para acessibilidade; *vi)* mobilidade acessível; *vii)* parcerias para acessibilidade; e *viii)* comunicação das ações de acessibilidade. Os temas estão alinhados aos objetivos estratégicos da Casa Legislativa, normas internas e aos ODS.

O estabelecimento de metas, prazos e indicadores e responsáveis pelas ações em todas as versões do Plano é o elemento que viabiliza o monitoramento adequado das ações. A participação de servidores com deficiência no grupo de trabalho para elaboração e monitoramento dos planos e o constante diálogo com instituições ligadas à inclusão da pessoa com deficiência possibilitam que as ações sejam planejadas, executadas e monitoradas, mantendo-se o foco no público-alvo das ações e respeitando o lema primordial do movimento das pessoas com deficiência: "Nada sobre nós sem nós". Aliado a isso, destaca-se o papel da Secretaria de Controle Interno, que monitora a execução das políticas do Senado Federal, identificando os pontos fortes e as falhas na implementação das ações, o que auxilia o processo de monitoramento.

É relevante também a atuação em parceria com outras instituições, tema presente no Plano 2022-2023. Necessário informa que em 2017 o Senado Federal assinou um Acordo de Cooperação Técnica com diversas instituições públicas com o objetivo de realizar ações conjuntas e o intercâmbio de informações e experiências que promovam a acessibilidade e a inclusão de pessoas com deficiência[48]. No âmbito desse acordo, foi criada a "Rede de Acessibilidade", atualmente composta pelos seguintes órgãos: Senado Federal, Câmara dos Deputados, Tribunal de Contas da União (TCU), Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). A principal finalidade da Rede é propor questões e iniciativas relativas à acessibilidade e à inclusão social da pessoa com deficiência e mobilidade reduzida, estimulando o debate e promovendo a mobilização social e governamental para propagar ações voltadas para a consciência de cidadania em relação à deficiência.

Um dos resultados da Rede de Acessibilidade foi a elaboração da

[48] *Acordo de Cooperação Técnica 26/2017*, de 14 de dezembro de 2017. https://www6g.senado.leg.br/transparencia/licitacoes-e-contratos/contratos/4333.

publicação "Como construir um ambiente acessível nas organizações públicas"[49], que tem como objetivo principal orientar gestores públicos de todas as esferas no planejamento das ações de acessibilidade em suas instituições. Partindo da premissa de que, por um lado, há muito a ser feito para tornar as instituições públicas acessíveis para pessoas com deficiência e, por outro, que existe uma limitação de recursos, a publicação apresenta recomendações, estabelecendo prioridades para o planejamento e execução das ações.

A publicação conta com cinco capítulos que apresentam as seguintes dimensões da acessibilidade: *i)* gestão da acessibilidade; *ii)* acessibilidade arquitetônica e urbanística; *iii)* acessibilidade comunicacional; *iv)* acessibilidade em serviços; e *v)* acessibilidade tecnológica. Em cada dimensão, há o tópico "recomendações", em que se sugere uma maneira de priorizar as ações no âmbito do planejamento institucional. As prioridades foram estabelecidas com base na legislação e nas experiências práticas de cada órgão que compõe a Rede. O anexo único da publicação é constituído pelo "Instrumento de Autoavaliação de Acessibilidade", que tem o objetivo de auxiliar o gestor público para que, antes de planejar, identifique de forma clara o que já foi realizado e o que ainda é necessário para que sua instituição atinja melhores níveis de acessibilidade. Além da publicação, a Rede promove eventos na área.

Considerando tanto o trabalho em rede quanto as ações internas, é notável que o compromisso com a acessibilidade, por meio da sua introdução nos instrumentos de estabelecimento de diretrizes e estratégias do Senado Federal, contribuiu para um avanço considerável dentro da instituição. No entanto, ainda há barreiras que precisam ser eliminadas para que seja possível a plena inclusão das pessoas com deficiência nas instituições públicas em geral.

As barreiras atitudinais, que se efetivam, por exemplo, por meio da discriminação, da falta de conhecimento sobre o assunto e do esquecimento, necessitam do engajamento de todo o corpo funcional. Para isso, faz-se necessário promover mais ações de educação e sensibilização, além de criar promover campanhas e utilizar os canais de comunicação para dar mais visibilidade para as questões da pessoa com deficiência.

Outro desafio é a produção de informação institucional acessível em Libras, tendo em vista a rapidez com que os conteúdos circulam, prin-

[49] A. Jannuzzi *et al*, *Como construir um ambiente acessível nas organizações públicas,* Brasília, 2019.

cipalmente, nos portais da instituição na Internet e Intranet. Esse fato inviabiliza, ou pelo menos torna bastante difícil que vídeos com tradutores humanos sejam gravados para toda informação produzida na instituição. A solução encontrada até o momento pelo Senado Federal e por outros órgãos da Administração Pública foi a disponibilização de tradução automática por meio de avatar. No entanto, como esse recurso ainda está em desenvolvimento, ele não proporciona acessibilidade plena para as pessoas surdas em língua de sinais. Além disso, a garantia da qualidade de serviços especializados, como a interpretação entre Português e Libras e a audiodescrição para eventos ao vivo, precisa de maior atenção. A falta de mecanismos eficazes de certificação de intérpretes de línguas de sinais no Brasil e a carência de regulamentação da profissão e de diretrizes para a formação de audiodescritores dificultam o estabelecimento de critérios objetivos para a contratação desses profissionais.

Uma demanda relativamente recente e diretamente ligada à transição para o modelo social diz respeito à avaliação da deficiência, que, de acordo com o §1º do art. 2º da Lei n. 13.146/2015, quando necessária, deve ser realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, com base em critérios biopsicossociais. Isso significa que os órgãos públicos não podem mais avaliar a deficiência, seja para fins de aposentadoria especial, horário reduzido para pessoa com deficiência, ou qualquer outra finalidade, apenas com base em critérios médicos. No entanto, apesar do prazo de até 2 (dois) anos, a partir da entrada em vigor da LBI – o que corresponde a janeiro de 2018 –, para a implantação desse tipo de avaliação, o dispositivo ainda não foi devidamente regulamentado pelo Governo Federal, não havendo definição formal sobre o instrumento a ser utilizado. O Decreto nº 11.487, de 10 de abril de 2023, institui um Grupo de Trabalho sobre a Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, a quem compete, entre outras, subsidiar a elaboração de proposta da Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência e seu instrumento correlato.

Em se tratando de questões de mobilidade, as dimensões do Complexo Arquitetônico do Senado Federal, por exemplo, tornam a garantia de condições para que a pessoa cega se movimente com autonomia um desafio. Por último, destaca-se a necessidade de ampliar a atuação em conjunto dos órgãos públicos para que os obstáculos sejam eliminados de maneira ampla. Pouco adianta promover ações para tornar a instituição acessível, se a PCD não tiver condições de chegar até o local, devido à falta de aces-

sibilidade em calçadas, a falta de transporte público acessível, entre outras barreiras enfrentadas cotidianamente pelas pessoas com deficiência.

Do exposto, muitos foram os ganhos de acessibilidade dentro do Senado Federal depois da publicação da Política de Acessibilidade, da vinculação direta do tema às diretrizes estratégicas da instituição e do estabelecimento do modelo de gestão originado no Plano de Acessibilidade. No entanto, ainda existem diversos desafios e barreiras que impedem a promoção da acessibilidade plena a todas as pessoas, em condições de igualdade.

5. *Breves considerações finais*

Ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como valor inerente aos direitos humanos, além de enfatizar a necessária garantia a toda pessoa com deficiência o exercício pleno, sem discriminação, de todos os seus direitos humanos e liberdades fundamentais, inaugura a Convenção um novo paradigma voltado à sua inclusão social. Como visto, em razão de marginalização, preconceito e ausência de políticas públicas, houve a necessidade de a ONU elaborar uma Convenção Internacional que viesse a proteger e promover os direitos da pessoa com deficiência, principalmente com a obrigação legal direcionada aos Estados. Além disso, ao conceituar a deficiência não vinculada a uma característica individual da pessoa, mas decorrente do seu meio social, pauta-se uma atenção maior às barreiras produzidas pela sociedade, que impedem a plena e efetiva participação da pessoa com deficiência na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Consagrada como direito humano, o direito à acessibilidade, com o reconhecimento da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e a informação e comunicação, e ao possibilitar a esse grupo o pleno gozo de todos os seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais, pode ser analisado sob a perspectiva de um direito humano inerente à execução de outros direitos humanos ou um direito por si só.

A normativa internacional constitui-se, portanto, em baliza para que os Estados adotem medidas legislativas e administrativas, políticas públicas e decisões judiciais que contemplem a acessibilidade como direito humano e fundamental, viabilizando a vida autônoma com a eliminação de toda e qualquer barreira ou obstáculo.

No Brasil, além de a Convenção ter sido introduzida em nosso

ordenamento jurídico com status de norma constitucional, a aprovação da LBI, em 2015, impulsionou ainda mais os seus direitos. Os tribunais superiores pátrios, em diversos julgados, interpretaram o direito à acessibilidade como direito fundamental, com intrínseca relação à efetividade da dignidade da pessoa humana. Ao reconhecer que o convívio com a diferença é essencial à sociedade livre, justa e plural, emerge a necessária atuação estatal, como tarefa-dever, seja por políticas afirmativas, ações administrativas ou normatização que impulsione à eliminação de toda e qualquer barreira, de modo a garantir e promover a acessibilidade.

No âmbito da atuação administrativa dos órgãos públicos, questionamos quais medidas poderiam ser tomadas para que houvesse a materialização do direito à acessibilidade. Considerando tanto o trabalho em rede quanto as ações internas do Senado Federal, e por ser um órgão com grande capilaridade no tocante à influência aos demais órgãos no País, constatamos que o compromisso com a acessibilidade, por meio dos instrumentos de gestão, com a adoção de uma política interna e com o estabelecimento de diretrizes e estratégias, contribuiu para um avanço considerável dentro da instituição. A formulação de um plano de acessibilidade, com metas, prazos e colaboração de servidores com deficiência, assim como as ações em rede, que viabilizam trocas de experiências, debates e realização de eventos sobre o tema, são essenciais para o alcance de uma boa gestão administrativa, com resultados para todos.

Certamente ainda há barreiras que precisam ser eliminadas para que seja possível a plena inclusão das pessoas com deficiência nas instituições públicas em geral. As barreiras atitudinais são aquelas que exigem tempo, informação e mudanças de comportamentos. No entanto, os ganhos para a sociedade, para os servidores e para as futuras gerações são ainda maiores.

Resumo

Este artigo tem por objetivo apresentar reflexões acerca da relação entre o direito humano à acessibilidade e o dever fundamental de o Poder Público assegurá-la, no contexto da atuação da Administração Pública. Com pesquisa bibliográfica e exploratória, analisamos o direito à acessibilidade como direito humano e sua vinculação aos Objetivos do

Desenvolvimento Sustentável da ONU e comprovamos que no sistema normativo brasileiro o Estado possui o dever de agir para promover a acessibilidade. Nesse contexto, são descritas as medidas adotadas pela gestão administrativa do Senado Federal. Entre os resultados da investigação, destaca-se a ação do Senado Federal com a implementação do Plano de Acessibilidade e a sua participação na criação da Rede de Acessibilidade, que demonstram a viabilidade de construção de instrumentos de gestão e colaborativos capazes de efetivar medidas voltadas à eliminação de obstáculos e de barreiras à acessibilidade.

Abstract

Questo articolo si propone di approfondire la relazione tra il diritto umano all'accessibilità ed il dovere fondamentale, gravante sul potere pubblico, di dare attuazione a questo diritto nell'ambito dell'attività della Pubblica Amministrazione. Nella trattazione il diritto all'accessibilità è dunque inquadrato come diritto umano ed è messo in risalto il suo legame con gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite, dimostrando l'esistenza, nel sistema normativo brasiliano, di un vero e proprio dovere in capo allo Stato di promuovere attivamente l'accessibilità. In tale contesto, poi, sono analizzati i provvedimenti adottati per la gestione amministrativa del Senato Federale e, tra i risultati dell'indagine, vengono messe particolarmente in evidenza le azioni del Senato Federale che hanno portato all'attuazione del Piano di accessibilità e il ruolo essenziale giocato nella creazione della Rete di accessibilità. Ciò, infatti, dimostra la fattibilità di strumenti di gestione e di collaborazione capaci di attuare misure in grado di eliminare gli ostacoli e barriere all'accessibilità.

The fundamental right to accessibility in Brazil: the administrative management of the Federal Senate for the promotion of the rights of people with disabilities

This article presents consideration about the link between the human right to accessibility a cnd the Public Power's fundamental duty to ensure

it, in the context of the Public Administration's actions. Based on bibliographic and exploratory research, the article analyzes the right to accessibility as a human right and its relation to the United Nations Sustainable Development Goals, and attest that, in the Brazilian normative system, the State has the duty to act to provide accessibility. In this context, the actions taken from the Brazilian Federal Senate are described. Among the results of the investigation, it will be highlighted the activities of the Federal Senate in order to promote accessibility through its administrative functions, with the implementations of the Accessibility Plan and its participation on the creation of the Accessibility Network, both demonstrating the viability on developing management tools capable of implementing measures to remove the obstacles and barriers to ensure accessibility.

La co-programmazione e la co-progettazione tra PA e enti del Terzo settore: dal ritrovarsi nel mezzo del cammin per una selva oscura, che la diritta via era smarrita … ai raggi del "nuovo" pianeta dei Contratti pubblici

di Vanessa Manzetti

Sommario: 1. Premessa – 2. L'avvento del Codice del Terzo settore e la "nuova vita" degli istituti di co-programmazione/co-progettazione – 3. Il "vai e vieni" tra Anac e Consiglio di Stato e la saga dei passi indietro – 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 e quell'insegnamento che potrebbe "cambiarci la vita" – 5. Verso più "modi di amministrare": il d.l. n. 76 del 2020, c.d. decreto semplificazioni – 5.1. segue: … il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 2021 e il ricorso all'art.55 del Codice del Terzo settore quale *opzione* – in primo luogo – *politica* – 5.2. segue: … il Parere del Consiglio di Stato n. 802 del giugno 2022 e le Linee guida Anac n. 17 del 2022 – 6. La co-programmazione e la co-progettazione nella "stagione" del PNRR – 6.1. L'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici tra il riconoscimento della via alternativa di modelli di *amministrazione condivisa* e la normativa codicistica per i servizi sociali – 7. Qualche considerazione sparsa "su un altro possibile modo di amministrare": la stagione del PNRR sarà la "volta buona"?

1. *Premessa*

Sembrano essere ormai lontani quei tempi in cui parlare di amministrazione condivisa[1] appariva come qualcosa di utopistico[2], di modelli non ordinari, di soluzioni poco trattate dalla dottrina pubblicistica e amministrativistica, in quanto residuali e marginali, al punto che la prima vera apparizione nel DPCM 2001[3] (attuativo della legge n. 328 del 2000)[4] di modelli di co-programmazione/co-progettazione tra soggetti del Terzo settore e enti territoriali era rimasta per lo più solo "sulla carta".

[1] Il riferimento è G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 117-118, 1997, 29-65.

[2] G. Arena, *L'amministrazione condivisa 18 anni dopo. Un'utopia realizzata*, in *www.labsus.it*, 24 febbraio 2015; G. Arena, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un Patto per l'Italia fra cittadini e istituzioni*, Milano, 2020.

[3] Recante "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328".

[4] Legge 8 novembre 2000, n. 328 "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali".

E questo anche se nessuno alle soglie del XXI secolo avrebbe mai messo in dubbio il ruolo svolto, fin da tempi risalenti – cioè molto prima della Costituzione del '48 e dell'affermarsi del nostro Stato come democrazia pluralista a forte valenza sociale [5]- , da quelle relazioni di solidarietà poste all'origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, avevano portato la creatività dei singoli ad esprimersi in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) volte ad intervenire per rispondere ai bisogni sociali, culturali ed economici del Paese, andando a garantire, assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della storia repubblicana, rimaneva escluso[6].

Tale affermazione non deve però condurre in errore, poiché se dubbi non sembrano esservi sul primario ruolo solidale-sociale svolto dalle entità della società civile, ancor prima che venissero alla luce i sistemi pubblici di *welfare* (in fondo la storia ne è la dimostrazione), questo non vuol significare che non vi siano stati – fino a tempi molto recenti – dubbi, incertezze e criticità sul rapporto tra questi enti (molti dei quali, in epoca moderna, verranno ricondotti entro il contenitore del "Terzo settore") e le pubbliche amministrazioni, quando questi vanno ad erogare servizi di interesse generale, ovvero quando tali soggetti entrano nello spazio dell'amministrazione, andando a definire un diverso rapporto fra amministrazione e società civile.

Il perché è evidente. Non si sta, infatti, parlando, in questo caso, di un mero riconoscimento dell'esistenza di un variegato mondo delle formazioni sociali o del Terzo settore, ma del rapporto tra queste formazioni e le dinamiche proprie dell'amministrazione, in una prospettiva di attuazione, o meglio, di reinterpretazione del principio del buon andamento, nel passaggio dal tradizionale modello di amministrazione bipolare, gerarchico ed unidirezionale a quello dell'amministrazione condivisa, orizzontale, multipolare, paritario e circolare[7].

---

[5] Il riconoscimento costituzionale delle formazioni sociali è stato più che altro il lascito del solidarismo cattolico. Fu La Pira a sostenere durante i lavori dell'Assemblea Costituente che i diritti della persona umana non vengono integralmente tutelati se non sono tutelati parimenti anche i diritti della comunità nelle quali la persona umana si espande, a partire dalla famiglia, la quale costituisce la prima e la più centrale espressione di comunità intermedia, e snodandosi poi man mano nelle varie comunità in cui si organizza il corpo sociale.

[6] Cfr. Sentenza Corte costituzionale n. 131 del 2020.

[7] Per approfondimenti sui modelli di amministrazione, ed in particolare per una scandita individuazione dei tre modelli di amministrazione tradizionale e del modello

La storia è ben nota, e in questo percorso dottrina e giurisprudenza hanno svolto un ruolo determinante facendosi anticipatrici di quei processi legislativi che per anni sono tardati ad arrivare[8], ovvero fino a che non è intervenuto nel 2017 il Codice del Terzo settore (d'ora in poi anche CTS) che, all'art.55, è andato a *ri-normare* la figura della co-programmazione/co-progettazione, in una prospettiva più evoluta di quella del 2001, in quanto ancorata ad una fase consolidata del principio di sussidiarietà orizzontale e delle sue ormai note manifestazioni attuative[9].

Questo significa, infatti, andare "oltre" al Codice dei contratti pubblici per l'affidamento dei servizi e interventi di interesse generale, tenendo però come punto fermo quel corollario di principi generali incardinati nell'art. 97 Cost., nell'art. 1 della legge n. 241/1990 e, guardando al livello europeo, nel principio di buona e sana amministrazione, in sostanza *tutti* quei principi enunciati espressamente dall'art. 55 CTS, quando elenca il principio di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare. Principi a cui deve aggiungersi, mutuando la denominazione dal Codice dei contratti pubblici, il *principio del risultato,* non a caso posto all'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici, quale segno di un cambio di paradigma a carattere generale, che porta con sé il passaggio "dalla logica meramente pro-concorrenziale della regolamentazione dei contratti pubblici … a una visione più ampia della committenza pubblica, che persegue l'obiettivo prioritario della realizzazione dell'opera, dell'approvvigionamento dell'amministrazione, dell'affidamento dei servizi pubblici"[10].

---

di amministrazione condivisa, si rinvia a V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli, Trento, 2022, in part. 22-25.

[8] Si vedano in generale i vari contributi sul tema presenti sul sito Labsus, come *ex multis* le sentenze Tar Emilia-Romagna, sez. I, 27 febbraio 2015, n. 51, e Tar Lombardia (Brescia) sez. II, 28 giugno 2016, n. 890; anche se in tema di amministrazione condivisa il contributo della dottrina ha avuto più voce.

[9] Il riferimento è, al di là delle esperienze di settore, in particolare ai patti di collaborazione, al baratto amministrativo, ai contratti di partenariato sociale. Si rinvia per approfondimenti a F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in i *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli, Trento, 2022, cit., 635-113, anche per l'ampia bibliografia (in part. 86-87).

[10] Così G. Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *www.astrid-online.it*, 2023.

Tant'è che proprio l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici, quando va ad introdurre tra i principi portanti anche i "Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore", rinviando dunque agli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore, il cui perno è proprio l'art. 55, va ad indicare espressamente che anche quando la pubblica amministrazione sceglie di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, questi devono sempre e comunque rispondere al principio del risultato[11], quale "*criterio prioritario* per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto"(art. 1, comma 4, nuovo Codice dei contratti pubblici)[12].

Novità di non poco conto, anche perché tra le disposizioni di cui al Titolo VII "Dei rapporti con gli enti pubblici" del CTS rientrano sia disposizioni ancorate al paradigma tradizionale, come sono gli artt. 56 e

[11]Così art. 6 del d.lgs. n. 36 del 2023 "Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore", secondo cui "In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e *in base al principio del risultato*. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017".

[12] Secondo il dettato dell'art. 1 "Principio del risultato" del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità trasparenza e concorrenza. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. Il principio del risultato costituisce *criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva".

57 del CTS, che l'art. 55 "Coinvolgimento degli enti del Terzo settore" rispondente al paradigma sussidiario[13], a dimostrazione della sussistenza nell'ambito del diritto amministrativo di entrambi i paradigmi[14].

All'art. 55 spetta, infatti, il merito di aver dato "nuova vita" alla figura della co-programmazione/co-progettazione, andando *ad invertire* la tendenza presente in tutte e due le precedenti versioni del Codice dei contratti pubblici – quelle del 2006 e 2016 – che, nonostante gli importanti progressi intervenuti a livello, prima europeo e poi nazionale, in tema di affidamento dei servizi di interesse generale, in particolare di quelli sociali, avevano "lasciato per strada" qualsiasi riferimento ai modelli individuati dagli artt. 1 e 7 del DPCM 2001[15].

---

[13] D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Bologna, 2013.

[14] G. Arena, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, in *Impresa Sociale*, n.3, 2020, 96 "Negli artt. 56 e 57 il rapporto fra amministrazioni ed enti del TS è fondato infatti su istituti tradizionali come la convenzione e l'affidamento, in cui è l'amministrazione stessa ad assumere l'iniziativa di sottoscrivere con enti del TS convenzioni per lo svolgimento di attività o servizi sociali (art. 56), oppure ad affidare in convenzione ad enti del TS i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza".

[15]In particolare si ricordano art. 1, commi 1-2 , e art. 7 del DPCM 30 marzo 2001. L'art. 1 va infatti a disciplinare il "Ruolo dei soggetti del terzo settore nella programmazione progettazione e gestione dei servizi alla persona" specificando che "Il presente provvedimento fornisce indirizzi per la regolazione dei rapporti tra comuni e loro forme associative con i soggetti del terzo settore ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla legge n. 328 del 2000, nonché per la valorizzazione del loro ruolo nella attività di programmazione e progettazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali. Le regioni, sulla base del presente provvedimento, adottano specifici indirizzi per: a) promuovere l'offerta, il miglioramento della qualità e l'innovazione dei servizi e degli interventi anche attraverso la definizione di specifici requisiti di qualità e il ruolo riconosciuto degli utenti e delle loro associazioni ed enti di tutela; b) favorire la pluralità di offerta dei servizi e delle prestazioni, nel rispetto dei principi di trasparenza e semplificazione amministrativa; c) favorire l'utilizzo di forme di aggiudicazione o negoziali che consentano la piena espressione della capacità progettuale ed organizzativa dei soggetti dei terzo settore; d) favorire forme di coprogettazione promosse dalle amministrazioni pubbliche interessate, che coinvolgano attivamente i soggetti del terzo settore per l'individuazione di progetti sperimentali ed innovativi al fine di affrontare specifiche problematiche sociali; e) definire adeguati processi di consultazione con i soggetti del terzo settore e con i loro organismi rappresentativi riconosciuti come parte sociale" (commi 1 e 2). Ed in tale ottica l'art.7 "Istruttorie pubbliche per la coprogettazione con i soggetti del terzo settore" dispone che "Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la coprogettazione

Ebbene il riferimento ai servizi di sociali è particolarmente significativo posto che questi rappresentano un "banco di prova" privilegiato per i rapporti tra enti del Terzo settore e pubbliche amministrazioni, posto che è *in re ipsa* nella loro specifica "missione" di coesione sociale la diatriba tra solidarietà e concorrenza[16], tanto che – seppur non senza difficoltà – a questi era stata riservata dal Codice dei contratti pubblici del 2016 una normativa *ad hoc*, in ragione della linea di sviluppo in materia di servizi sociali adottata nelle direttive del 2014, con cui si andava a superare[17] un approccio timido alla materia, per andare incontro a "meccanismi di attuazione cogenti e originali"[18].

In più è proprio in riferimento ai servizi sociali che la delibera Anac n. 32/2016 "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali" aveva riscoperto, poco prima dell'avvento del Codice del Terzo settore, gli istituti della co-programmazione/co-progettazione in tema di servizi sociali, andando per di più a delineare regole procedurali per la loro messa in atto "fuori" dal Codice dei contratti pubblici.

Così nella delibera n. 32 del 2016 l'Autorità affermava espressamente che le pubbliche amministrazioni devono procedere alla *programmazione* degli interventi e dei servizi sociali "in forma integrata", vale a dire secondo una logica di *governance* che vede il coinvolgimento degli attori della società civile, sottolineando che il piano di zona dei servizi sociali è adottato, di norma, attraverso un accordo di programma cui partecipano i Comuni associati e organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni ed enti di patronato, organizzazioni di volontariato, enti riconosciuti delle confessioni religiose che, attraverso l'accreditamento o specifiche forme di concertazione, concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsto nel piano",

di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indizione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per la individuazione delle forme di sostegno".

[16] A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015.

[17] G. Greco, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Dir. comm. intern.*, 2015, 822 ss.

[18] Cfr. F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, 2.

rectius secondo un modello di co-programmazione. Ciò significa quindi che le amministrazioni hanno *l'obbligo* di procedere a un'adeguata programmazione delle risorse e degli interventi sociali, da effettuarsi con il coinvolgimento attivo sia dei soggetti pubblici che dei soggetti privati a ciò deputati, al fine di addivenire, in via preventiva, alla corretta individuazione e quantificazione delle risorse disponibili, dei bisogni da soddisfare, degli interventi all'uopo necessari e delle modalità di realizzazione degli stessi[19]. Si ricorda infatti che in sede di programmazione, ogni Comune, ai sensi dell'art. 13 della l. 328/2000 e del d.p.r. 3 maggio 2001, *deve* adottare una "carta dei servizi sociali", in cui devono essere disciplinate tra le altre cose, il ricorso a risorse sia a carattere istituzionale che a carattere sociale, oltrechè le modalità di partecipazione dei cittadini, delineandosi dunque come una "carta per la cittadinanza sociale".

Nella stessa delibera l'Anac faceva riferimento anche alla co-progettazione, affermando che questa si sostanzia in un *accordo procedimentale di collaborazione* che ha per oggetto la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale e che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale.

Ed a pensar male questa volta probabilmente non si fa peccato, nel ritenere che forse l'Anac aveva adottato una tale impostazione "influenzata" dalla forte discussione che si muoveva intorno alla tanto attesa Riforma del Terzo settore, proprio nel mentre l'Autorità stava adottando la delibera n. 32. Infatti non è affatto casuale che nella *Premessa* della delibera sia la stessa Autorità a sottolineare che, nonostante il notevole impatto della spesa per i servizi sociali sulle finanze pubbliche, si registri ancora la mancanza di una specifica normativa di settore volta a disciplinare in maniera organica l'affidamento di contratti pubblici ai soggetti operanti nel Terzo settore, giungendo ad auspicare che l'occasione per rimediare a tale carenza possa essere quella rappresentata dall'approvazione del disegno di legge recante le Linee guida per una revisione organica della disciplina riguardante il Terzo settore[20].

[19] Secondo la logica della "programmazione partecipata" F. Trimarchi Banfi, *La sussidiarietà orizzontale,* in *Amministrare*, n. 2, 2018, 211-218, in part. 216-217; G. Pastori, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, vol. II, 1751-1762.

[20] Richiamando espressamente il d.d.l. n.1870 approvato alla Camera dei deputati il 9.4.2015.

Ecco perché nel presente lavoro di ricerca si è scelto di partire proprio dall'art. 55 del Codice del Terzo settore, andando ad esaminare il "vai e vieni" che ha interessato il riconoscimento della co-programmazione/co-progettazione dei servizi di interesse generale (in particolare di quelli sociali) quale possibile modello di amministrazione, evidenziando come questa norma abbia da subito accentrato su di sé non solo l'interesse della dottrina, ma quello di tutti gli attori istituzionali in gioco, chiamando in causa, a più riprese Anac, Consiglio di Stato, Corte Costituzionale, Ministero del lavoro, ed anche il legislatore nazionale (senza tener conto in questa seda del variegato assetto legislativo regionale)[21].

Il susseguirsi di tutti questi interventi sembra però aver portato ad una fase più compiuta della co-programmazione/co-progettazione, tanto che questa ha trovato nuovi spazi nella legislazione attuativa del PNRR, interessando sia il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (d. lgs. n. 201 del 2022)[22] che, come anticipato, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023)[23].

La stagione del PNRR con la sua logica *performance based,* caratterizzata dal nuovo principio del risultato, sembra dunque aprire nuovi spazi per gli istituti di co-programmazione/co-progettazione. Il condizionale però è d'obbligo, dato che molti sono ancora i nodi da sciogliere.

2. *L'avvento del Codice del Terzo settore e la "nuova vita" degli istituti di co-programmazione/co-progettazione*

Nel percorso verso l'effettività del principio di sussidiarietà orizzontale e l'affermazione di modelli di amministrazione condivisa[24], l'emanazione

[21] S. Pellizzari, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico,* a cur di S. Pellizzari, A. MagliarI, Napoli, 2019, 89 ss.

[22] L'art. 8 della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (legge 5 agosto 2022, n. 118) aveva delegato il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico.

[23] Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici".

[24] Cfr. V. Tondi Della Mura, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata:*

nel 2017 del Codice del Terzo settore rappresenta un nuovo avvio[25], considerato la volontà del legislatore di dare vita ad uno strumento unitario al fine di garantire la "coerenza giuridica, logica e sistematica" della materia[26], andando a trattare nei 12 Titoli e nei 104 articoli del CTS tutti gli aspetti concernenti *l'essere e l'agire* del Terzo settore[27].

Ed infatti il Codice del Terzo settore, oltre a rappresentare un'opera di riordino e revisione complessiva della disciplina (sia civilistica che fiscale), definendo per la prima volta in modo chiaro, omogeneo ed organico il perimetro del c.d. Terzo settore (vale a dire "quali" soggetti ne fanno

dalle linee guida dell'Anac al Codice del Terzo settore, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018.

[25] Il Codice del Terzo settore (CTS) è stato adottato con d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 ed è entrato in vigore il 3 agosto 2017, inserendosi in una riforma di più ampio respiro, che trova riferimento nella legge 6 giugno 2016, n. 106 "Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale".

[26] Secondo quanto individuato alla let.d) dell'art. 2 "Principi e criteri direttivi generali" della Legge delega n. 106 del 2016 "Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale". Nello specifico l'opera riformatrice è guidata da alcuni principi e criteri direttivi generali (art. 2) che devono costituire la chiave di lettura delle soluzioni da adottare ed il criterio di valutazione delle scelte operate dal legislatore delegato, quali: a) riconoscere, favorire e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli articoli 2, 3, 18 e 118 della Costituzione; b) riconoscere e favorire l'iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali; c) assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti; d) semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza giuridica, logica e sistematica.

[27] Nel dettaglio il Codice del Terzo settore va a disciplinare al Titolo I – Disposizioni generali (artt. 1-3), al Titolo II – Degli enti del Terzo settore in generale (artt. 4-16), al Titolo III – Del volontariato e dell'attività di volontariato (artt. 17-19), al Titolo IV – Delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore (artt. 20-31), al Titolo V – Di particolari categorie di enti del Terzo settore (artt. 32-44), al Titolo VI – Del registro unico nazionale del Terzo settore (artt. 45-54), *al Titolo VII – Dei rapporti con gli enti pubblici (artt. 55-57)*, al Titolo VIII – Della promozione e del sostegno degli enti del Terzo settore (artt. 58-76), al Titolo IX – Titoli di solidarietà degli enti del Terzo settore ed altre forme di finanza sociale (artt. 77-78), al Titolo X – Regime fiscale degli enti del Terzo settore (artt. 79-89), al Titolo XI – Dei controlli e del coordinamento (artt. 90-97), al Titolo XII – Disposizioni transitorie e finali (artt. 98-104).

parte), va ad estendere il "perimetro oggettivo" di operatività degli enti del Terzo settore a *tutte* le attività di interesse generale, superando quell'ambito assai restrittivo, individuato dalle legge n. 328/2000 e dal successivo atto di indirizzo e coordinamento del 2001, che appunto era circoscritto ai soli interventi e servizi sociali[28].

In tale quadro vanno lette, dunque, le nuove disposizioni rivolte alle pubbliche amministrazioni, quando si dedica un intero Titolo (Titolo VII) al rapporto tra enti del Terzo settore e gli enti pubblici (artt. 55, 56 e 57) [29]. E questa non rappresenta certo una scelta di impostazione secondaria.

Ciò significa, infatti, che il *coinvolgimento attivo* degli enti del Terzo settore (d'ora in poi anche Ets) da parte delle amministrazioni pubbliche nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione degli interventi e dei servizi di interesse generale rappresenta uno dei ruoli centrali assunti dagli enti del Terzo settore.

È evidente che questo approccio sottende una necessaria evoluzione del sistema di *welfare state*, entrato ormai da molto tempo in una fase di crisi profonda in ragione della sua non sostenibilità in capo ai soli soggetti pubblici, e del suo superamento grazie alla costruzione di un nuovo sistema di *welfare*, appellabile come *welfare sussidiario* (o anche *welfare mix* , *welfare community* o *welfare society*) , in quanto fondato su una *governance* sociale allargata alla partecipazione dei singoli, dei corpi intermedi, ed in particolare per vocazione naturale e struttura agli enti del Terzo settore[30].

Un percorso verso un nuovo modello di *welfare* sussidiario e generativo porta, infatti, con sé l'apertura a modelli di amministrazione condivisa, ed in questa prospettiva assumono particolare rilevanza gli strumenti della co-programmazione e della co-progettazione individuati all'art. 55 del Codice del Terzo settore, come sottolineato nel "Manifesto Verso un nuovo sistema di *welfare*" presentato il 15 marzo 2023 dal Forum del Terzo settore.

Tant'è che autorevole dottrina amministrativistica ha sottolineato come il Codice del Terzo settore, approvato con d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, rappresenti uno dei testi più importanti delle ultime legislature, e per questo

[28] Come specificato dalle "Schede di lettura" del Codice del Terzo settore elaborato dal Servizio Studi della Camera e del Senato, 2017, 90 ss.

[29] F. Giglioni, L*ezioni per il diritto amministrativo dalla riforma del terzo settore,* in *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, a cura di A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni, Napoli, 2020, 55 ss.

[30] A cura di G. Vittadini, L. Violini, *La sfida del cambiamento: verso un welfare sussidiario*, Milano, 2012.

meritevole di attenta riflessione, soprattutto dal punto di vista del diritto amministrativo, poiché il "Codice segna – o perlomeno accentua – una rivoluzione, un cambiamento di *paradigma*, tra pubblici poteri e società civile, che si spinge ben oltre il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, della Costituzione", dando infatti nuova linfa agli istituti della co-programmazione e co-progettazione fino ad allora "appena abbozzati sul piano legislativo e fattisi avanti, non senza incertezze, in via di prassi"[31].

Ed infatti, andando a ragionare sulle prospettive di interazione tra amministrazioni pubbliche ed Ets è possibile rilevare che, se da un punto di vista più generale queste sembrano "muoversi su tre versanti distinti: quello del sostegno (realizzabile mediante sovvenzioni, agevolazioni, utilizzo di spazi, ecc.), quello della collaborazione (nella programmazione, nella progettazione, nel controllo, ecc.), quello dell'affidamento"[32], da un punto di vista più specifico, qual è quello dell'emerge del nuovo paradigma sussidiario, solo il versante della co-programmazione/co-progettazione risulta essere di forte interesse, anche per la nuova veste assunta dalla figura con l'art. 55 del CTS.

Il riferimento all'art. 55 del CTS si rivela, dunque, determinante per segnare un vero passo avanti verso l'affermazione di modelli di amministrazione condivisa, alternativi al tradizionale modello bipolare, ovvero alla messa in pratica di soluzioni che vedono gli enti del Terzo settore e i soggetti pubblici mettere in condivisione risorse e responsabilità al fine del perseguimento di quel *maremagnum* di attività di interesse generale individuate all'art. 5 del CTS.

Modelli, dunque, che portano a condividere non l'esercizio del potere bensì della funzione amministrativa, al fine di dare una risoluzione pubblico-privata a problemi di interesse generale in costante divenire, partendo dall'assioma che la complessità delle moderne società porta sempre più frequentemente i soggetti pubblici e quelli privati ad affrontare i c.d. problemi di sistema come "le pandemie, i cambiamenti climatici, il riscaldamento globale del pianeta, la scarsità di acqua, le grandi migrazioni", problemi di fronte ai quali nessun soggetto singolo né pubblico né privato "è in grado, da solo e con le proprie risorse, di risolvere "[33].

---

[31] M. Clarich, B. Boschetti, *Il Codice del Terzo settore, un nuovo paradigma?*, in *Jus*, 2018, 28-44.

[32] P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2017, spec. 135.

[33] G. Arena, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli, cit., 9.

Se così è, è evidente che la risoluzione di questi problemi chiama in causa tutte le competenze e le *expertise* presenti nella società, andando a rafforzare quella concezione antropologica positiva che individua "tutti come portatori e portatrici non solo di bisogni ma anche di capacità di ogni genere"[34].

Come a dire che alla prova dei fatti è la modalità di svolgimento della funzione a essere condivisa, non tanto la funzione in sé.

Si tratta di una chiave di lettura dalle basi solide, trovando i propri ancoraggi giuridici nella lettura in combinato disposto dell'art. 3 e dell'art. 118, u.c., della Costituzione, per cui se con l'art. 3 si afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona, con l'art. 118 ultimo comma si afferma che la Repubblica deve altresì *favorire* le autonome iniziative dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale.

E la Repubblica, come enuncia l'art. 114 della Costituzione, è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato.

Così proseguendo nel ragionamento si arriva a riconoscere che "non esiste .. un solo modo di fare amministrazione" e che "con l'amministrazione condivisa il ventaglio dei modelli si arricchisce"[35]. In altre parole, l'amministrazione ha di fronte a sé sia il modello dei contratti pubblici, che si muove nel *prisma* della concorrenza ed al cui interno è prevista secondo un modello *genus/species* una serie di norme che disciplinano l'affidamento dei servizi sociali, sia il modello del Codice del Terzo settore, che si muove nel *prisma* della solidarietà-sussidiarietà, ed a cui fanno capo le figure della co-programmazione/co-progettazione.

È necessario dunque, per le considerazioni sin qui svolte, cercare di approfondire le implicazioni attuative di quanto disposto dall'art. 55 al fine di evidenziare i tratti distintivi di questo possibile modello di amministrare tracciato all'interno del Codice del Terzo settore.

L'art. 55, con i suoi 4 commi, si presenta, infatti, come una norma

[34] *Ibidem*, 11.

[35] F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli cit., 67, sottolinea che "Si conoscevano già l'amministrazione autoritativa e quella di prestazione, così come si è conosciuta più di recente l'amministrazione di regolazione della concorrenza; quella condivisa si aggiunge a tutte queste".

ricca di significati al punto che appare necessario riportarne di seguito il testo, andando a evidenziare *in corsivo* alcuni passaggi che, sotto il profilo interpretativo, si ritengono chiave.

Nella sua integralità l'art. 55, infatti, dispone che "1. In attuazione dei *principi* di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, *le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi *nei settori di attività di cui all'articolo 5*, assicurano il *coinvolgimento attivo* degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, *poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241*, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.

2. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili.

3. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla *realizzazione* di *specifici progetti* di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare *bisogni definiti*, *alla luce* degli strumenti di programmazione di cui comma 2.

4. Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene *anche* mediante forme di accreditamento nel rispetto dei *principi* di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, *previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente*, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso, nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner".

Così al comma 1 la norma va a richiamare tutta una serie di principi generali del diritto amministrativo entro i quali (ovviamente, e su questo non dovrebbero esservi dubbi) devono (necessariamente) muoversi le figure della co-programmazione/co-progettazione, avvalorando una lettura, che qui si sostiene, del carattere fondamentale e trasversale del principio di sussidiarietà, secondo la quale tutti gli altri principi devono, o quanto meno dovrebbero, essere letti nel *prisma del paradigma sussidiario*.

Se così è, assume una valenza anche il principio di buon andamento non soltanto nella declinazione classica dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, ma anche nella nuova declinazione finanziaria quale delineata dalla riforma costituzionale del 2012 del primo comma dell'art. 97 cost., che mette al primo posto il principio eurounitario di sana gestione nei termini di equilibrio dei bilanci pubblici e di sostenibilità del debito per tutto il settore pubblico allargato, ed al quale ben si collega il novero dei principi sul procedimento amministrativo, compresi quelli che disciplinano procedimenti specifici, come quelli relativi alla programmazione sociale di zona[36].

Tuttavia, come rilevato in dottrina, per quanto il richiamo al rispetto dei principi della legge sul procedimento sia importante, questo "non è sufficiente per regolare la complessità dei rapporti di collaborazione e di condivisione di responsabilità fra amministrazioni ed enti del TS che nascono dall'applicazione del principio di sussidiarietà. Ad entrare in gioco, infatti, è il riferimento, contenuto nel comma 1 dell'art. 55, ai principi di *autonomia organizzativa e regolamentare*, che consentono alle amministrazioni di disciplinare dettagliatamente tali rapporti mediante un regolamento deliberato dagli organi competenti, contenente gli indirizzi generali, i criteri ed i principi direttivi"[37].

Non solo, il comma 1 permette anche di tracciare il perimetro *soggettivo* e *oggettivo* degli istituti della co-programmazione e co-progettazione, ponendo in essere una disposizione dotata di una forte carica innovativa e rafforzativa del ricorso a tali modelli relazionali in cui "*tutti* i soggetti del Terzo settore hanno possibilità di collaborare con *tutte* le amministrazioni

[36]Si vedano G. Colombini, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art.97 cost.*, in AA.VV., *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Milano, 2019, 381 ss.; S. Cimini, *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, in *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, a cura di A. Balestrino, M. Bernasconi, S. Campostrini, G. Colombini, M. Degni, P. Ferro, P. Italia, V. Manzetti, Napoli, 2020, 495-527. Si ricorda che nella sentenza n. 247/2017, la Corte costituzionale ha chiarito la portata della norma nel senso che la nuova formulazione del primo comma dell'art. 97 cost., per la prima parte riguarda gli equilibri dei singoli enti, mentre nella seconda parte afferisce alla "doverosa contribuzione di questi ultimi al comune obiettivo macroeconomico di assicurare la sostenibilità del debito nazionale".

[37] G. Arena, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, cit. , 97, sottolinea anche " la scarsa propensione di molti Comuni a valorizzare la propria autonomia regolamentare in questo settore".

pubbliche per lo svolgimento di *tutte* le attività di interesse generale"[38].

Ed infatti per quanto riguarda il perimetro *soggettivo*, vale a dire quello volto ad individuare gli *enti* del Terzo settore che possono porre in essere modelli di co-programmazione/co-progettazione, l'art. 55, diversamente dalle altre due norme rientranti nel Titolo VII (artt. 56 e 57)[39], non si riferisce a specifiche tipologie di soggetti del Terzo settore, andando così ad aprire la porta al vasto *maremagnum* di enti del Terzo settore, che è bene sottolineare rappresenta una locuzione che non intende introdurre un *tertium genus*, ma semplicemente una qualifica giuridica.

La qual cosa implica che la norma apre a tutta la platea individuata dall'art. 4 del CTS che, come è noto, ha scelto di adottare una formula ampia per individuare "quali sono" gli enti che rientrano nel "contenitore enti del Terzo settore", individuati facendo riferimento a quattro aspetti qualificanti, di cui tre riguardano l'*essere* di tali soggetti, quali la presenza di c.d. "indici di meritevolezza costituzionale"[40], del c.d. profilo funzionale, e del sistema ad elencazione, ed uno, invece, espressione del *dover essere*, quale l'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore (Runts).

Così la presenza di c.d. indici di meritevolezza costituzionale si sostanzia nell'essere i soggetti del Terzo settore enti privati ad ordinamento interno democratico, che svolgono attività di interesse generale (secondo una determinata modalità di svolgimento)[41], in assenza di scopo di lucro.

A ciò si aggiunge l'individuazione di uno specifico profilo funzionale, oltre l'assenza di scopo di lucro, che riguarda il necessario perseguimento di finalità "civiche, solidaristiche e di utilità sociale".

Non solo. La norma pone in essere una vera e propria elencazione,

---

[38] V. Tondi Della Mura*, Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in *Non profit* , 2017, 47 ss.

[39] Secondo l'art. 55 il coinvolgimento nella programmazione e progettazione degli interventi di pubblico interesse può riguardare, in linea generale, qualunque tipologia di soggetto del Terzo settore, diversamente la disciplina delle convenzioni è riferita e limitata alle due tipologie di soggetti caratterizzati e accomunati dal fatto di avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontari.

[40] Si veda L. Gori, *Terzo settore e costituzione*, Torino, 2022, 100-161. Per esattezza secondo l'A. il perimetro degli indici di meritevolezza dovrebbe ricomprendere "tutti" gli elementi qualificanti.

[41] Il primo comma dell'art. 4 dispone infatti "mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale *in forma* di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi".

in parte nominativa, in quanto vede l'elencazione dei c.d. enti tipici (organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici, imprese sociali, incluse le cooperative sociali, reti associative, società di mutuo soccorso, associazioni, riconosciute o non riconosciute, fondazioni), oltreché una clausola di apertura a tutti gli *altri enti* di natura privata, quale categoria residuale di Ets, che può quindi andare a comprendere soggettività non categorizzate dalla legge. In questo senso, la locuzione *altri enti* risulta evidentemente flessibile e di fatto suscettibile di ricomprendere nuove forme giuridiche rispondenti all'evoluzioni dei bisogni dei territori.

Per quanto concerne l'iscrizione nel registro unico, questa si configura *ex lege* come costitutiva, poiché solo adempiendo a tale onere l'ente acquista la qualificazione giuridica di ente del Terzo settore, con tutto ciò che ne consegue.

Al riguardo preme ricordare che l'iscrizione al Runts è comunque una facoltà che dovrà essere valutata caso per caso da ciascun soggetto, anche perché accanto agli importanti vantaggi (in particolare di natura fiscale e sotto il profilo della trasparenza), questa può portare ad un aumento dei costi in capo all'ente del Terzo settore (legati ad es. all'adeguamento dello Statuto, alla redazione e al deposito del bilancio).

Oltre all'ampliamento soggettivo, il comma 1 dell'art. 55, dà atto anche di un ampliamento del *perimetro oggettivo* degli istituti della co-programmazione/co-progettazione, andando a specificare il riferimento non ai soli interventi nei servizi sociali, ma ad interventi e servizi nei settori di attività di cui all'art. 5 CTS.

Vale a dire quella ampia area di attività individuate dal Codice del Terzo settore all'art.5 "Attività di interesse generale", quali interventi e servizi sociali, sanitari, socio-sanitari, interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente, interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, formazione universitaria e post-universitaria, attività culturali, turistiche, alloggi sociali ecc.

Elenco già di per sé molto ampio, e che può essere aggiornato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, in ragione dell'evoluzione dinamica dei bisogni di interesse generale.

Si ha quindi, con l'art. 55 del CTS, l'ampliamento dell'ambito di applicazione degli istituti della co-programmazione/co-progettazione

oltre gli spazi originariamente individuati dalla legge n. 328 del 2000 e dal conseguente DPCM 2001, quale affermazione di un necessario coinvolgimento degli enti del Terzo settore per "qualunque tipologia di servizio o intervento di interesse generale", secondo un modello di vero e proprio *coinvolgimento attivo*. Espressione che se parte dalla dottrina ha ritenuto superflua e ridondante, atteso che non avrebbe alcun senso immaginare una forma di partecipazione meramente passiva (poiché si tratterebbe nei fatti della negazione stessa della suddetta idea di coinvolgimento)[42], è anche vero che l'aver posto l'accento sulla natura *attiva* del coinvolgimento appare rispondere a tutti quei casi – non pochi – in cui la partecipazione e il coinvolgimento degli enti del Terzo settore (come anche quello più generale della società civile) è stato più di forma che di sostanza, e questo anche per istituti più in voga, come quelli del dibattito pubblico o dei bilanci partecipativi.

In tale ottica l'inciso "attivo" sembra dunque voler essere un rafforzativo, una qualche forma di tutela (seppur sempre formale) per l'effettività di questi istituti, o più in generale quale rafforzativo e riconoscimento di quel cambio – non facile – di paradigma amministrativo sotteso a questi nuovi istituti.

Cambio di paradigma che, secondo il dettato del comma 1, interessa "tutte" le pubbliche amministrazioni, grazie al riferimento all'art.1, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001[43], e dunque ben al di là dall'art. 3, comma 5, del TUEL, secondo cui comuni e province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali[44].

---

[42] P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, cit., 140.

[43] Secondo cui "per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. (Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI)".

[44] Al riguardo si veda D. Donati, *Il paradigma sussidiario*, cit., 90-109. L'A. evidenzia, infatti, come le norme del TUEL siano tra le più significative espressioni del principio di sussidiarietà orizzontale.

Il comma 2 e il comma 3 dell'art. 55 meritano, invece, una lettura sia di interpretazione letterale-terminologica che di interpretazione logico-sistematica.

Volendo porre l'attenzione sul profilo terminologico questi due modelli di coinvolgimento degli enti del Terzo settore (quello della co-programmazione e quello della co-progettazione, rispettivamente comma 2 e comma 3) potrebbero, infatti, apparire come riguardanti due fasi distinte.

Quella della co-programmazione finalizzata all'individuazione dei bisogni da soddisfare, ed in rapporto a questi gli interventi necessari, le modalità di realizzazione e – non da ultimo – le risorse disponibili, e dunque sia quelle pubbliche che quelle private; riferimento quest'ultimo che ancora una volta chiama in causa la declinazione finanziaria del principio di sussidiarietà, espressa qui nel rapporto bisogni-risorse, quale presupposto di una appropriata co-programmazione[45].

E quella, espressa nel comma 3, della co-progettazione rivolta alla definizione ed eventualmente alla *realizzazione* di *specifici progetti* volti a soddisfare bisogni definiti, in cui il ricorso alla locuzione "progetti specifici" va a confermare il suddetto ampliamento del perimetro oggettivo, tale da comprendere ogni servizio o intervento di interesse generale, anche quelli di fatto sprovvisti del carattere della sperimentalità e innovatività[46].

Adottando però una interpretazione logica sistematica, volta a valorizzare quel coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, risulta assai difficile pensare all'esistenza di due fasi autonome e distinte, posto che occorre interrogarsi se sia possibile una *realizzazione* (che sia realmente *"attiva"*) di progetti specifici da parte dei soggetti del Terzo settore, senza che questi siano stati coinvolti (altrettanto "*attivamente"*) già nella fase di programmazione, secondo un processo "a valle – a monte"[47].

Ed in fondo anche una più attenta interpretazione letterale della norma sembrerebbe confermare l'inscindibilità delle due fasi, posto che al comma 3 viene espressamente specificato che la definizione ed eventualmente la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati

[45] L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, vol III, 2021.

[46] D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 2018, 11.

[47] L. Gili, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e app.*, 2018, 15 ss.

a soddisfare bisogni definiti è svolta *alla luce* degli strumenti di co-programmazione.

Se con la co-programmazione la pubblica amministrazione va a individuare *a monte* i bisogni da soddisfare, facendo seguito ad una definizione in termini ancora generali dei possibili interventi, delle modalità, e delle risorse disponibili, nella fase *a valle* della co-progettazione si scende sul piano concreto del progetto specifico volto a dare reale soddisfazione ai bisogni pre e co-individuati.

Scindere la co-programmazione dalla co-progettazione andrebbe infatti a limitare fortemente il valore dei due istituti, e dunque l'affermazione di modelli di amministrazione condivisa.

Il condizionale però è d'obbligo, sia perché nella prassi molti enti locali hanno dato vita ad esperienze di co-progettazione senza aver prima avviato un percorso di co-programmazione, sia perché è lo stesso legislatore a contribuire a questa situazione, andando, per esempio, ad adottare misure di *favor* rivolte a meri interventi di *attuazione, rectius* di co-progettazione, come quelle previste dall'art. 42 "Istituzione di un Fondo per le attività socio-educative a favore dei minori" del d.l. n. 48 del 2023, recante misure urgenti per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro[48].

Certo è che la programmazione, come più volte sottolineato anche dall'Anac, rappresenta uno strumento fondamentale per garantire la

[48] L'art. 42 del d.l. 4 maggio 2023 n. 48, convertito con modificazioni nella l. 3 luglio 2023 n. 85, prevede infatti che sia istituito "presso lo stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, per il successivo trasferimento al bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche della famiglia, un fondo con una dotazione pari a 60 milioni di euro per l'anno 2023, per le attività socio-educative a favore dei minori, destinato al finanziamento di *iniziative* dei Comuni, *da attuare, anche in collaborazione con enti pubblici e privati*, finalizzate al potenziamento dei centri estivi, dei servizi socio-educativi territoriali e dei centri con funzione educativa e ricreativa che svolgono *attività* a favore dei minori". Si veda ad esempio l'avviso pubblico "manifestazione di interesse a partecipare alla co-progettazione "risorse per crescere" – anno 2023 per la realizzazione di un catalogo comunale di attività finalizzate a favorire il benessere di minori attraverso iniziative di potenziamento dei servizi socioeducativi territoriali e dei centri con funzione educativa e ricreativa" pubblicato dal Comune di Bitonto (*https://bitonto-api.cloud.municipiumapp.it/s3/712/allegati/avviso-pubblico.pdf*), in cui "si invitano gli Enti del Terzo Settore a partecipare all'attività di co-progettazione ex art. 55, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017, finalizzata a realizzare un Catalogo Comunale di attività (che si svolgeranno nel periodo settembre – dicembre 2023) pensate per favorire il benessere, l'inclusione, l'integrazione e l'*empowerment* delle e dei minori della Comunità".

trasparenza dell'azione amministrativa, la concorrenza nel mercato e, per tali vie, prevenire la corruzione e garantire il corretto funzionamento della macchina amministrativa. Infatti, l'assenza di un'adeguata programmazione comporta la necessità di far fronte ai bisogni emersi ricorrendo a procedure di urgenza che, oltre a rivelarsi poco rispettose dei principi che governano l'azione amministrativa e a non garantire la qualità dei servizi resi, possono originare debiti fuori bilancio.

Pertanto un modello che pone al centro il principio di sussidiarietà quale espressione di un nuovo paradigma dell'amministrazione, dovrebbe poggiare su un rapporto di consequenzialità tra co-programmazione e co-progettazione, anche perché il comma 1 dell'art. 55 sembra aver dato vita ad una valorizzazione del ruolo degli enti del Terzo settore in senso forte ed omnicomprensivo, tale da sviluppare un percorso collaborativo tra amministrazione pubblica e *tutti* gli enti del TS, rivolto a *tutti* i servizi o agli interventi di interesse generale, operante a trecentosessanta gradi[49], ovvero dal momento programmatorio alla fase della costruzione di una proposta di servizio o intervento di interesse generale (non solo ad oggetto sociale).

Ed infatti, coerentemente, il comma 3 fa espresso riferimento ad un'attività di *realizzazione* di specifici progetti di interesse generale, vale a dire che con la co-progettazione non si guarda solo alla chiave ideativa, ma si scende sul terreno concreto del servizio o dell'intervento, andando inevitabilmente ad avvicinarsi "al mercato e alle sue ibridazioni con il Terzo settore"[50].

Questa chiave di lettura sembra essere confermata dalla "Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. n. 117/2017", laddove si afferma che il modello partecipativo si presenta come idoneo ad incidere sulle diverse fasi nelle quali si possono concretizzare forme relazionali tra la P.A. e gli enti del Terzo settore, dalla fase di programmazione, a quella di progettazione, per finire a quella di attuazione dell'intervento, anche perché il coinvolgimento degli enti del Terzo settore nelle diversi fasi deve rispondere alla duplice esigenza di favorire processi e strumenti di partecipazione che possano accrescere la qualità delle scelte finali, ferme restando le prerogative proprie dell'amministrazione procedente in ordine a tali scelte.

Ne consegue che *in toto* il Codice del Terzo settore, e in particolare

[49] M.V. Ferroni, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos* , 2018, 20 ss..

[50] L. Gili, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, cit., 18.

una lettura attenta dell'art. 55, sembra voler generare rapporti di natura collaborativa tra amministrazione ed enti del TS "*posti in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241"*, senza alcun richiamo – si sottolinea – al Codice dei contratti pubblici, ed anzi chiamando in causa implicitamente gli articoli 11 e 12 della legge n. 241/1990 ss. mm., concernenti gli "Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento" e i "Provvedimenti attributivi di vantaggi economici"[51].

Ciò presuppone però un salto giuridico-culturale importante, quale è quello dell'affermazione dell'amministrazione condivisa come modello alternativo al Codice dei contratti, secondo la logica del paradigma sussidiario[52].

Ebbene, se questa lettura sembrerebbe rappresentare, secondo la *ratio* di fondo del Codice del Terzo settore, la sola possibile sia letteralmente che logicamente, è anche vero che l'entrata in vigore del Codice ha, da subito, fatto sorgere alcuni dubbi interpretativi in merito alla disciplina applicabile per gli affidamenti di servizi sociali alla luce della regolamentazione prevista dal Codice dei contratti pubblici.

Il che ha posto in evidenza per lungo tempo (e più esattamente sino al d.lgs. n. 36 del 2023 – "nuovo" Codice dei contratti pubblici) la mancanza di comunicazione tra corpi normativi disciplinanti la medesima materia dei servizi di interesse generale, ed in particolare dei servizi sociali.

Mancanza di comunicazione a cui sono conseguiti effetti non neutri, tra cui in particolare quello di porre l'amministrazione di fronte al problema – non insolito – dell'incertezza del diritto, e dunque "a cascata" dell'incertezza nell'amministrare.

3. *Il "vai e vieni" tra Anac e Consiglio di Stato e la saga dei passi indietro*

L'avvento del Codice del Terzo settore ha, sin da subito, portato l'Anac ad investire il Consiglio di Stato, al fine di fare chiarezza sulle possibili criticità di coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici da un lato,

[51] Per un approfondimento generale sul ricorso delle pubbliche amministrazioni agli atti negoziali si rinvia a F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019.

[52] U. De Ambrogio, *Programmare, progettare, coprogettare: una strada di promozione innovativa*, in *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, a cura di U. De Ambrogio, C. Guidetti, Roma, 2017.

e il Codice del Terzo settore dall'altro, nonostante che nelle Linee guida n. 32 del 2016 antecedenti ad entrambi i codici, la stessa Autorità avesse riconosciuto le figure della co-programmazione e della co-progettazione secondo moduli collaborativi.

L'Autorità – facendo, in parte, anche un passo indietro – rilevava, infatti, numerosi dubbi interpretativi in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, ed il "conseguente" sorgere di "posizioni contrastanti" in merito a quale delle due discipline applicare[53].

Discipline, tra l'altro, che avevano visto la loro "ossatura" portante forgiarsi nel qual tempo, posto che non può certo essere trascurato il dato temporale che porta ad evidenziare come il sostanzioso correttivo al Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 56 del 2017, adottato esattamente un anno dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici del 2016 con valenza notevolmente innovativa[54], avesse preso luce proprio nel mentre stava prendendo forma il d.lgs. n. 117 del 2017 "Codice del Terzo settore", senza alcuna sorta di dialogo tra i Codici.

Tant'è che in conseguenza della "delicatezza della materia, che per alcune tipologie di attività sottende rilevanti interessi economici", l'Autorità ha ritenuto opportuno acquisire il parere del Consiglio di Stato prima di procedere ad un "intervento chiarificatore"[55].

Si tratta di un parere che, per complessità, merita di essere preso in esame sia per *step*, che per nuclei tematici, posto che il Consiglio di Stato nel Parere n. 2052 del 2018 va ad assumere ora una posizione di *carattere generale* in ordine a quale sia la normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, ovvero andando ad occuparsi del rapporto tra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore alla luce delle disposizioni del

[53] Tra le "posizioni contrastanti" che teorizzano l'esclusione dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici di ampi settori di attività affidati agli organismi del Terzo settore si rileva, per importanza, quella del Ministero del lavoro.

[54] C. Contessa, *Il primo correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *www.treccani.it*, 2018, evidenzia che "il decreto correttivo modifica in modo piuttosto significativo il testo del Codice (partendo dalla stessa *rubrica legis*), intervenendo su oltre la metà dei suoi duecentoventi articoli (il decreto correttivo ne contempla centotrentuno)".

[55] Intervento chiarificatore che l'Anac nella nota prot. n. 59638 del 6 luglio 2018 aveva rilevato l'intenzione di voler porre in essere in occasione dell'aggiornamento della delibera n. 32 del 2016, recante "Linee guida per l'affidamento di servizi ad enti del Terzo settore ed alle cooperative sociali" e che, per taluni profili, avrebbe potuto essere anticipato nell'ambito dell'approfondimento sul tema dell'immigrazione, nel più ampio contesto del Piano Nazionale Anticorruzione per l'anno 2018.

d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017 da un lato, e del d.lgs. n. 117 del 2017 dall'altro, ora a delineare un percorso *a sé* con riferimento all'art. 56 CTS, evidenziando come la peculiarità dell'istituto delle *convenzioni* ne suggerisca una trattazione separata e specifica.[56] Suddivisione che sembra, dunque, rafforzare la scelta di questo lavoro, di focalizzare l'attenzione sull'art. 55 del Codice del Terzo settore, e più specificatamente sugli istituti della co-programmazione e co-progettazione, quali modelli ordinari e generali di amministrazione condivisa.

Infatti il Consiglio di Stato delinea, in primo luogo, i tratti fondamentali della normativa di riferimento, evidenziando gli importanti cambiamenti che hanno interessato l'affidamento dei servizi sociali nella normativa nazionale di derivazione euro-unitaria.

Ed al riguardo a venire in rilievo è *in primis* la rilevante "distonia" in materia di affidamenti di servizi sociali esistente tra il Codice dei contratti pubblici del 2006 e quello del 2016: se nel primo veniva esplicitata l'esclusione dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, andando a dedicare agli affidamenti di servizi sociali (al pari di tutti i servizi inclusi nell'allegato II-B) solo le disposizioni afferenti alle specifiche tecniche ed agli avvisi circa l'esito della procedura di aggiudicazione, nel secondo, invece, si andavano a dettare plurime disposizioni sugli affidamenti di servizi sociali, andando così a ricondurre la sottoposizione di tali servizi alla normativa codicistica[57].

Il che ripropone a livello nazionale, l'orientamento europeo, che ha visto il passaggio dalle direttive del 2004 a quelle del 2014, vale a dire dal fenomeno dell'esclusione pressoché *in toto* dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, a quello dell'inclusione anche degli "appalti di servizi sociali", disvelando, così, la sottesa *mens legis* tesa ad un approfondimento ed avanzamento progressivo dei principi del mercato anche in un settore, quale quello *de quo*, prima lasciato ai decisori nazionali.

Il che significa essere passati dal regime di esclusione a quello di inclusione nell'ambito del Codice dei contratti, con tutte le conseguenze del caso.

Dopo queste precisazioni, il Consiglio di Stato passa alla lettura delle

[56] Consiglio di Stato, Parere n. 2052 del 26 luglio del 2018 "Normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117"

[57] Come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 1aprile 2016 relativo allo schema di decreto legislativo recante il Codice dei contratti pubblici 2016.

norme concernenti l'affidamento dei servizi sociali nell'ambito del Codice del Terzo settore, ovvero a quelle racchiuse nel Titolo VII "Dei rapporti con gli enti pubblici" (artt. 55, 56 e 57 CTS). Percorso ricostruttivo e di analisi che porta il Consiglio di Stato ad esaminare tali norme comma per comma, andando a rilevare come l'art. 55 CTS aveva significativamente ampliato – rispetto alla normativa del 2000 e del 2001 – le modalità con cui gli enti del Terzo settore possono instaurare rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione[58], dato che tale disposizione *non* indica più quale superiore principio conformativo delle procedure di affidamento di servizi sociali il necessario rispetto "delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione", né va, in termini più specifici, a limitare il ricorso alla co-progettazione ai soli interventi innovativi e sperimentali.

Il che significa che il Codice del Terzo settore, secondo questa chiave di lettura, porterebbe a qualificare l'istituto della co-progettazione quale strumento ordinario a regime, anche se ad avviso del Consiglio di Stato il Codice del Terzo settore "potrebbe forse considerare con più attenzione la necessità (imposta dal diritto europeo) di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato".

Su queste premesse il Consiglio di Stato è giunto così ad una interpretazione restrittiva degli istituti (ri)introdotti dal Codice del Terzo settore, sottolineando che "l'esegesi di tali disposizioni, per vero, non può limitarsi al mero riscontro del dato letterale (pur apparentemente univoco), ma deve tener conto del più ampio contesto sistematico in cui la normativa *de qua* si colloca e, in particolare, del principio della primazia del diritto euro-unitario".

In poche parole, il Consiglio di Stato manifesta molte riserve circa la possibilità che si possa procedere senza applicare il modello della gara, salvo peculiari e specifici casi. L'affidamento dei servizi sociali, sottolinea il Consiglio di Stato, deve, di regola, "rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea", potendo non trovare applicazione in tre soli casi, e precisamente *quando* la procedura non ha carattere selettivo, quando non tenda all'affidamento di un servizio sociale, oppure, quando, pur tendendo all'affidamento di un servizio, l'affidatario lo svolga

[58] Considerazioni che seppur concernente un discorso a sé sono riferibili anche all'art. 56 CTS.

a titolo "integralmente gratuito", ove "la effettiva gratuità" si risolva contenutisticamente in "non economicità del servizio"[59].

Un ragionamento del genere avrebbe portato alla possibilità di prendere in considerazione i modelli di amministrazione condivisa solo se riportati "al di fuori" del perimetro della normativa in materia di contratti pubblici, relegandola di fatto nelle ipotesi di affidamenti dei servizi sociali solo laddove fosse sussistito l'elemento della totale gratuità delle prestazioni. In sostanza il ragionamento del Consiglio di Stato, portato alla sua estrema conseguenza, avrebbe limitato fortemente la portata innovativa delle forme di co-programmazione e co-progettazione previste dall' art. 55 CTS, andando a definire la residualità degli istituti collaborativi in conseguenza dell'affermata supremazia del diritto euro-unitario a tutela della concorrenza, costituito – a livello interno – dal Codice dei contratti pubblici, in ragione della difficile compatibilità degli istituti *ex* art. 55 CTS. Si legge, infatti, nel parere che "in considerazione della *primazia* del diritto euro-unitario, … la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici *prevale* in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del Terzo settore", ed addirittura "ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario: troverà, in tali casi, applicazione il *meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il giudice sia per le amministrazioni*".

Certo è che la scelta di percorrere una tale linea interpretativa non appare del tutto convincente, esponendosi, al contrario, a critiche e a diverse interpretazioni in merito alla compatibilità degli istituti previste dal Codice del Terzo settore con la normativa vigente in tema di contratti pubblici, soprattutto in considerazione del fatto che l'art. 55 del CTS si pone quale norma di *pari rango* rispetto alle previsioni contenute nel d.lgs. n. 50/2016.

Peraltro, il parere n. 2052 del 2018 non ha solo posto in luce la primazia del diritto europeo, senza oltretutto affrontare anche le implicazioni in rapporto ai principi cardine della nostra Costituzione, ma ha adottato vieppiù una lettura rigida delle direttive in materia di appalti, senza valorizzare gli spazi di aperura che queste ultime hanno lasciato con riguardo alla materia dell'affidamento dei servizi sociali.

Ebbene anche questa volta un ruolo determinante a difesa del

[59] Ed in questo caso, precisa il Consiglio di Stato "Di conseguenza, esso non è reso dal mercato, anzi è fuori del mercato. Viceversa, la gratuità si risolverebbe, addirittura, in concorrenza sleale nei confronti degli imprenditori che in ipotesi dessero vita a un mercato di tali servizi".

diritto costituzionale e amministrativo del Terzo settore, e del paradigma dell'amministrazione condivisa, è stato assunto dalla dottrina, ed in particolare dal "Club degli amici dell'art. 55", nato a luglio 2018 proprio per promuovere una riflessione approfondita sugli artt. 55, 56 e 57 del CTS, ritenendo che il Codice nel suo insieme, e l'art. 55 in particolare, rappresentino la *legittimazione* anche sul piano legislativo dell'amministrazione condivisa, quale modello amministrativo fondato sulla collaborazione fra cittadini e fra cittadini e pubbliche amministrazioni[60].

A queste riflessioni va, dunque, il merito di aver ricordato e sottolineato come tra i principi basilari europei vi sia sì quello di concorrenza, ma anche quello solidaristico, *in re ipsa* in tutte le forme di amministrazione condivisa, oltre a quello di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico per tutte le amministrazioni pubbliche che proprio su questo versante potrebbe trovare dall'apporto degli enti del Terzo settore un forte alleato nel percorso verso una implementazione sostenibile dei servizi/interventi sociali.

In fin dei conti la collaborazione pubblico privato non è forse volta anche al conseguimento di risparmi di spesa, oltreché ad una maggiore qualità dei servizi e alla capacità di rispondere a bisogni mutevoli, secondo la logica che soggetti pubblici e enti del Terzo settore (come più in generale tutti i soggetti della sussidiarietà) perseguono obiettivi simili, per non dire coincidenti. Quello che si vuole evidenziare è, dunque, "il vizio di fondo: non c'è una gara fra contendenti, da una parte, e stazione appaltante, dall'altra, bensì l'attivazione di un partenariato collaborativo tra soggetti con obiettivi simili … e in cui tutti apportano proprie risorse. Nel rispetto, s'intende, di una o più attività di interesse generale, quindi non lucrative"[61].

Le ipotesi previste dall'art. 55 del CTS vanno, dunque, ad innescarsi nel perimetro entro cui si muovono gli enti del Terzo settore, che poi non è altro che quello dell'interesse generale, il cui confine con l'interesse pubblico è tanto labile quanto sfumato, e porta pertanto ad evidenziare

[60] Si veda Labsus Redazione, *Il diritto del Terzo Settore preso sul serio*, in *www.labsus.org*, 2019, in cui si specifica che il Club degli amici dell'art. 55 è un gruppo di studiosi a carattere interdisciplinare composto da giuristi, economisti, ricercatori ed esperti, nato al fine di sostenere e valorizzare l'art. 55 del CTS, ancor prima del contestato parere n. 2052 del 2018, a dimostrazione delle speranze riposte fin da subito nella Riforma sul Terzo settore, nonché della necessità di richiedere una correzione delle incongruenze espresse dalla giustizia amministrativa.

[61] *Ibidem.*

l'attitudine specifica di tali enti a collaborare con gli enti pubblici, secondo una logica paritaria e relazionale.

Questo è il senso dell'art. 118, u.c., Cost., che chiama in causa modelli innovati di intervento pubblico *promozionale* rivolti a *tutti* i cittadini singoli e associati pronti a svolgere attività di interesse generale, quale solido ancoraggio costituzionale degli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore, che li porta a muoversi in un terreno assai distante da quello del Codice dei contratti pubblici.

Tant'è che nell'articolata risposta informale al Consiglio di Stato, la dottrina non manca di ricordare tutte quelle iniziative, provenienti dai cittadini, singoli e associati, che in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, costituzionalmente previsto, non possono certo essere ricondotte ad appalti di servizio.

Il richiamo è in particolare alla miriade di Patti di collaborazione ormai presenti sul territorio nazionale[62], come anche alle molteplici esperienze di baratto amministrativo[63], quali espressioni concrete dell'insegnamento di gianniniana memoria di "trarre il sistema amministrativo dal reale", posto che in molti casi tali iniziative vanno a dare risposta ai nuovi bisogni, ovvero a quegli "specifici progetti di intervento" a cui si rivolge l'art. 55 del CTS. Il che apre alla possibilità che l'art. 55 CTS possa essere chiamato in causa quale modalità di intervento davanti all'insorgere di nuove povertà.

Certo è che una presa di posizione così netta, e così forte, da parte della dottrina non poteva che rappresentare un segnale tutt'altro che irrilevante.

Si tratta – senza mezzi termini – di una lezione in punto di diritto, ed in particolare di diritto costituzionale e amministrativo, al Consiglio di Stato, all'Anac e a tutti i molteplici *stakeholder* pubblici e anche privati interessati[64].

---

[62] G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 1439-1457, evidenzia come vi sia una "struttura molto simile" tra il modello partenariale di cui all'art. 55 CTS e la figura del patto di collaborazione, in ragione della *ratio* di fondo comune.

[63] Molte delle quali vanno a collocarsi fuori dal Codice dei contratti pubblici. Per approfondimenti sia consentito rinviare a V. Manzetti, *Baratto o Baratti amministrativi. Una questione da dirimere*, in *Amministrazione in Cammino*, 2018.

[64] Si veda Club degli amici dell'art. 55, *Il diritto del terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in *www.labsus.org*, 2018, in cui si sottolinea che "l'aggiornamento da parte dell'ANAC delle proprie Linee guida n. 32/2016 sugli affidamenti agli enti di Terzo settore rappresenta una prima occasione decisiva affinché

4. *La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 e quell'insegnamento che potrebbe "cambiarci la vita"*

A stravolgere lo scenario che aveva "preso piede" in seguito alla posizione del Consiglio di Stato, che, come si è visto, aveva dato una lettura fortemente limitante la portata innovativa dell'art. 55 CTS, è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 131 del 2020[65].

Una sentenza che, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, rappresenta uno di quegli insegnamenti che "cambiano la vita", o almeno, pare giusto aggiungere, potrebbero e dovrebbero portare a cambiarla[66], posto che la sentenza n. 131 del 2020 sembra contenere al suo interno "tutte le condizioni" per divenire "una pietra miliare nella storia del diritto italiano… una nuova conquista di civiltà giuridica dell'ordinamento democratico… una nuova cultura amministrativa che sappia distinguere con nettezza anche sul piano applicativo la co-progettazione dai rapporti patrimoniali"[67].

E non è certo scontato, né tantomeno usuale il veder riconoscere un tale valore ad una sentenza della Corte costituzionale, ma stavolta non potrebbe essere diverso.

Si tratta infatti di una sentenza ricca di insegnamenti sul principio di sussidiarietà orizzontale e sui soggetti della sussidiarietà orizzontale[68],

il diritto del terzo settore sia davvero preso sul serio".

[65] Sui commenti di questa sentenza si vedano *ex multis* Euricse, *La svolta della Corte costituzionale*, Trento, in *www.euricse.eu*, 2020; E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 224-233; G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del terzo settore*, cit., 1439 ss.; A. Gualdani, Il *rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *www.federalismi.it*, n. 21, 2021, 113; M. Galdi, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *www.federalismi.it*, n. 32, 2020, 88 ss.; L. Gori, *Co-progettazione, la sponda della Consulta,* in *http://www.vita.it/it/article/2020/06/26/co-progettazione-la-sponda-della-consulta/156023/*, 2020; Id., *Sentenza n. 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *Riv. imp. soc.*, 2020; E. Rossi, *Il cammino adesso è aperto a un'amministrazione condivisa*, in *Avvenire*, 2020; F. Giglioni, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in *www.Labsus.org*, 2020.

[66] Si ricorda la nuova serie di *podcast* della Corte costituzionale "Le sentenze che ci hanno cambiato la vita", ed in particolare tra questi G. Amato, *La rivoluzione del ruolo del Terzo settore nella sentenza 131/2020*, in *www.cortecostituzionale.it*, 4 gennaio 2022.

[67] Così F. Giglioni, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, cit.

[68] Espressione quella dei "soggetti della sussidiarietà orizzontale" che è ben diversa

in cui la Corte è andata a porre punti fermi sul complesso rapporto tra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore, e più in generale sui possibili "modelli" di amministrazione.

Ebbene il ragionamento della Corte poggia tutto sulla centralità del principio di sussidiarietà orizzontale quale cardine di quel modello di democrazia sociale e solidale da cui dipende la tenuta della nostra democrazia, in quanto dirompenti sono le implicazioni che questo può portare con sé per la tenuta dello Stato sociale.

L'art. 118, u.c, Cost., porta, infatti a "superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale", riconoscendo "che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una autonoma iniziativa dei cittadini che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese"[69].

In sostanza la Corte va a definire e riaffermare quegli spazi improntati su "relazioni di solidarietà"[70] quali espressione di quel principio solidaristico disciplinato non a caso tra i principi fondamentali della nostra Costituzione (art. 2), e che la Corte sottolinea essere salvaguardato anche dal diritto e dalla giurisprudenza europea[71].

---

da quella di enti del Terzo settore. Per approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a V. Manzetti, U*na declinazione del principio di sussidiarietà: le imprese di comunità*, in *www.federalismi.it*, n. 7, 2022, in part. 145-148.

[69] Sent. Corte cost., n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

[70] Sul riconoscimento costituzionale del paradigma sussidiario, più esattamente dell'Amministrazione condivisa, su cui oggi si fonda il nostro sistema amministrativo (accanto a quello tradizionale-bipolare) si veda *ex multis* F. Giglioni, *L'Amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, cit.; E. Rossi, *Il cammino adesso è aperto a un'amministrazione condivisa*, cit.

[71] Come ricorda la Corte Costituzionale al *Considerato in diritto* 2.1 "Del resto, lo stesso diritto dell'Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 Spezzino e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello

Il riferimento è, infatti, alla salvaguardia di quella diversità socioculturale di ciascuna esperienza nazionale, che il diritto dell'Unione europea garantisce.

In fondo "l'applicazione delle norme di diritto comunitario può (e deve) essere resa compatibile con il fine costituzionale di garanzia dei diritti sociali. Ciò è possibile se non si assume l'idea del *mercato come valore*, ma lo si utilizza invece *come regola*, come mezzo cioè per evitare distorsioni e opacità nei rapporti tra l'amministrazione e i privati"[72].

Vieppiù in questa sentenza la Corte non si esime dal richiamare un *set* di sentenze costituzionali[73], volte ad evidenziare lo stretto rapporto tra il principio dell'art. 2 Cost. e l'art. 118, u.c., Cost., quali principi che hanno rappresentato per la giurisprudenza costituzionale un fondamentale angolo di visuale, espressione di quegli "alti valori" che sono l'anima del nostro testo costituzionale[74].

Questo significa che l'organizzazione dell'amministrazione condivisa, e dunque le sue modalità attuativa, vanno considerate "come struttura rivolta

---

organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)".

[72] A. Albanese, *Diritto alll'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, 324. Al riguardo si ricordano *ex multis* Corte di giustizia Ue, sezione VIII, sentenza 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani, in *Curia.eu*, nonché Corte di giustizia Ue, 14 luglio 2022, in causa C-436/20, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio* (ASADE) contro *Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas*, laddove è stato riconosciuto che la normativa europea non osta "a una normativa nazionale che riserva agli enti privati senza scopo di lucro la facoltà di concludere, previa procedura di confronto concorrenziale delle loro offerte, accordi in forza dei quali tali enti forniscono servizi sociali di assistenza alla persona, a fronte del rimborso dei costi da essi sostenuti, indipendentemente dal valore stimato di tali servizi", ad una condizione però, ovvero "che il contesto normativo e convenzionale nel cui ambito si svolge l'attività di tali enti contribuisca *effettivamente al fine sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà e di efficienza di bilancio*".

[73] Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale nn. 75 del 1992, 300 del 2003, 228 del 2004, 309 del 2013, 185 del 2018.

[74] Per approfondimenti sullo stretto rapporto tra artt. 2 e 118, u.c., Cost., si veda D. De Pretis, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli, cit., spec. 39-40. L' A. evidenzia poi i forti collegamenti dell'art. 118, u.c., Cost., con altri articoli portanti della nostra Costituzione, individuando nell'art. 118, u.c, Cost. "l'approdo sicuro".

all'attuazione dell'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione, che connotano la dimensione giuridica della persona posta al centro dell'ordinamento costituzionale"[75].

Seguendo un tale ragionamento, la Corte giunge ad enfatizzare il valore dell'art. 55 CTS, affermando che questo "realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria", integrando "una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost."[76].

Ciò significa anche che la Corte costituzionale è andata – senza mezzi termini – ad individuare il modello dell'amministrazione condivisa "non più come modello puramente teorico dottrinale, ma come modello positivo" (e non è certo poca cosa)[77].

Così in un'ottica di più ampio respiro il ragionamento della Corte costituzionale è andato, neppure troppo implicitamente, a "mettere sotto accusa" la posizione espressa dal Consiglio di Stato, andando a dare la sua "superiore" lezione intorno al rapporto tra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici, addivenendo ad una lettura che ponendo al centro il valore costituzionale del principio di sussidiarietà quale cardine del modello democratico-solidaristico va a "ridimensionare" il dogma del Codice dei contratti pubblici, che vede quale cardine il principio della concorrenza per cui le amministrazioni per assegnare un servizio o la gestione di un bene devono ricorrere al modello della gara.

Esiste però, sottolinea la Corte, anche la possibilità di costruire un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico, ma che, poggiando sui principi costituzionali dell'art. 2 e dell'art. 118, u.c., porta a dare vita ad "un canale di amministrazione condivisa, *alternativo* a quello del profitto e del mercato", che in forza dell'art. 55 CTS, vede la co-programmazione, la co-progettazione e il partenariato (che può condurre anche a forme di accreditamento) quali "fasi" di un procedimento.

---

[75] M. Bombardelli, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli, cit., 146.

[76] Sent. Corte Cost. n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

[77] Così V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli cit., 24-25, in cui l'A. sottolinea che "anche se non era del tutto dovuto dalle esigenze della sentenza che doveva redigere, la Corte ha comunque preso l'occasione per dare questo contributo fondamentale".

E la ragione per la quale il modello dell'amministrazione condivisa non dia vita ad un rapporto di carattere sinallagmatico sta proprio nella stessa *ratio* di questo modello, in cui assai diversa è la posizione del terzo, che non è più quella "di colui che difende interessi propri, ma di colui che partecipa, collabora, nell'elaborazione, in concreto, dell'interesse generale", tanto che "il suo interesse (quello che rileva alla stregua dell'ordinamento) non è più, come nei modelli dell'amministrazione tradizionale (anzi, per definizione non è, e non può essere), solo un interesse di natura economico-patrimoniale o comunque di difesa legittima di posizioni individuali; ma in questo tipo di rapporti diventa un interesse che viene a coincidere con l'interesse, la cui cura concreta sarebbe per definizione di competenza dei pubblici poteri"[78].

La Corte costituzionale, dunque, poggia tutto il suo ragionamento sul riconoscimento che è in corso un cambiamento di paradigma assai significativo, andando ad affermare in modo chiaro che la c.d. amministrazione condivisa non rappresenta una eccezione, ma una soluzione ordinaria nella costruzione, o meglio co-costruzione, dei rapporti tra il pubblico ed il privato sociale, in quanto parte integrante della Costituzione italiana.

L'amministrazione condivisa "non" può dunque essere relegata, come individuato dal Consiglio di Stato a casi eccezionali, rappresentando invece un diverso e altrettanto legittimo modo di amministrare, che si basa sulla "convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico"[79], un "mondo", dunque, assai diverso e lontano da quello delle regole del profitto, del mercato, della gara.

Tale lettura sembra anche la sola rispettosa del principio di gerarchia delle fonti, il quale non ammette alcuna scala gerarchica tra due testi normativi espressione del medesimo rango sul piano delle fonti normative, come tra l'altro sono il Codice del Terzo settore e il Codice dei contratti pubblici. Lettura che va, dunque, a evidenziare la "forzatura" su cui poggiava il ragionamento del Consiglio di Stato.

L'aver poi inquadrato l'art. 55 del CTS nel solco della Costituzione,

[78] *Ibidem*

[79] Sent. Corte cost., n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1

e più esattamente dell'art. 118, u.c., Cost., oltre a dire molto riguardo al principio di sussidiarietà, al suo atteggiarsi, alle sue possibili declinazioni – giungendo ad individuare il principio quale uno dei capisaldi della Costituzione –, porta anche ad interrogarsi sul "se" all'art. 55 CTS, ed invero a tutto il Codice del Terzo settore, "non debba riconoscersi il rango di legge costituzionalmente necessaria"[80].

Restando nella visuale dell'amministrazione, la forza della co-programmazione e co-progettazione è, dunque, rilevante, posto che vale la pena di notare che in questo modo non si riforma solo l'ambito del rapporto tra amministrazioni e cittadini, ma "si riforma la stessa amministrazione", andando ad invertire quella tendenza che ha portato ad abbandonare quel modello di amministrazione passata che nei primi decenni del secolo Ventesimo poggiava su "un'amministrazione che sapeva fare direttamente le cose, sapeva fare strade e ponti, sapeva fare l'agricoltura, sapeva svolgere attività di interesse collettivo", addivenendo col passare degli anni "dall'amministrazione del fare… all'amministrazione del *far fare*, …all'amministrazione che adotta dei provvedimenti che consentono ad *altri* di fare, dallo stesso appalto, all'incentivo …quindi un'amministrazione che perde il contatto diretto col fare le cose". In altre parole, attraverso la co-programmazione e la co-progettazione si potrebbe tornare "all'amministrazione del fare", anche se nella complessità della società odierna, il riferimento è al fare "insieme", coinvolgendo i soggetti del Terzo settore che in quella complessità sono immersi. In questo modo si dovrebbe anche riuscire "a recuperare un personale pubblico che è immerso nelle cose che si fanno, e non nei preliminari e nei controlli, rispetto alle cose che si fanno"[81].

5. *Verso più "modi di amministrare": il d.l. n. 76 del 2020, c.d. decreto semplificazioni*

A rafforzare la portata innovativa della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale sono poi intervenuti tutta una serie di disposizione

[80] E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione*, in *Forum Quad. cost.*, 3, 2020, 57, a quel punto il Codice del Terzo settore si troverebbe (addirittura) in una posizione gerarchicamente superiore.

[81] Così G. Amato, *podcast* della Corte costituzionale – *La rivoluzione del ruolo del Terzo settore nella sentenza n. 131/2020*, cit., 4 gennaio 2022.

legislative e non, di cui è necessario dare conto, in quanto meritevoli di contribuire alla costruzione di "un nuovo modo di amministrare"[82].

Si tratta di una fitta rete di atti a carattere "chiarificatore", che a partire dalla sentenza n. 131 del 2020 sembrano dimostrare la consapevolezza della possibilità di percorsi alternativi di amministrazione.

Data la numerosità si è dunque scelto di seguire un percorso solo in parte cronologico, andando ad aprire una parentesi per quegli atti strettamente connessi alla stagione del PNRR, i quali meritano una analisi "a sé" data la centralità del PNRR quale programma di intervento pubblico europeo in economia dalla portata non paragonabile a tutte le precedenti esperienze di intervento pubblico susseguitesi a partire dalla Costituzione del '48.

A dare subito seguito alle indicazioni della Corte costituzionale è intervenuto il legislatore con il d.l. n. 76 del 2020, c.d. decreto semplificazioni, come modificato in sede di conversione dalla legge n. 120 del 2020, introducendo all'art. 8, comma 5, tutta una serie di misure di coordinamento fra il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del Terzo settore.

Il che significa che è dunque possibile individuare quale effetto immediato della sentenza della Corte costituzionale quello di condurre il legislatore ad apportare modifiche significative al Codice dei contratti pubblici del 2016, posto che per effetto di tali modifiche sono assoggettati alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici solo i servizi sociali non organizzati ai sensi degli artt. 55, 56 e 57 del Codice del Terzo settore, portando così al riconoscimento ex lege della pari dignità tra i due codici, addirittura nell'ambito dello stesso Codice dei contratti pubblici.

Ed infatti, le modifiche introdotte dal c.d. decreto semplificazioni del 2020 nel corpus del Codice dei contratti pubblici, vanno ad integrare, in tre norme, il riferimento espresso al titolo VII del Codice del Terzo settore, introducendo così un importante coordinamento fra le due normative.

Nello specifico ciò è avvenuto per effetto di tre modifiche che sono andate ad incidere specificamente sugli artt. 30, 59 e 140 del "vecchio" Codice dei contratti pubblici.

Così l'art. 30 "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni", al comma 8 specifica che "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di

[82] G. Arena, *Un nuovo modo di amministrare*, in *www.astrid-online.it.*, 2004.

affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

Ed ancora l'art. 59 "Scelta delle procedure e oggetto del contratto", va ad introdurre al comma 1 l'incipit "Fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano …".

Ed infine l'art. 140, concernente le "Norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali", va a specificare al comma 1 che "Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144, salvo quanto disposto nel presente articolo e fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117", andando a riconoscere proprio nell'ambito dei servizi sociali oltreché una normativa ad hoc interna al Codice dei contratti pubblici, anche la possibilità di un diverso, ma altrettanto legittimo, modo di amministrare disciplinato – invece – nell'ambito del Codice del Terzo settore.

Quel che preme rilevare di tale modifica legislativa è sia la insolita tempestività del legislatore, che in meno di 3 mesi è andato ad operare su una normativa così delicata come è il Codice dei contratti pubblici[83], sia la altrettanto insolita nitidezza con cui tale rilevante modifica è stata operata dal legislatore che, senza giri di parole, ha scelto di ricorrere ad un drafting legislativo che "è andato direttamente al cuore della problematica relativa al rapporto tra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici, attraverso una modifica mirata del testo di quest'ultimo che consente di eliminare ogni forma di relazione asimmetrica tra i due corpi normativi. In questo modo, l'idea di una prevalenza delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 su quelle del d.lgs. n. 117/2017 destinate ad assumere per tale motivo una valenza residuale è stata di fatto abbandonata a favore del diverso paradigma della complementarità disciplinare"[84].

[83] La sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale è stata depositata in Cancelleria il 26 giugno 2020, ed il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali», è stato convertito con modificazioni con la legge 11 settembre 2020, n. 120.

[84] Così E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, cit., 236.

Addirittura, vi è chi in dottrina è giunto ad invertire la posizione tra i due codici, sottolineando come alla luce della riforma operata per effetto del c.d. decreto semplificazioni del 2020, le disposizioni di cui al Titolo VII del Codice del Terzo settore "sembrano prevalere, in ragione della specialità della materia trattata, sulle disposizioni del Codice dei contratti, consentendo dunque per i servizi sociali forme peculiari di affidamento in favore di enti privati no profit"[85].

Anche se forse più che di prevalenza, è appropriato parlare di pari dignità e livello, in quanto la "scelta" tra strumenti basati sulla competizione (appalti) o strumenti basati sulla collaborazione (co-programmazione, co-progettazione) dovrebbe derivare da considerazione interne all'amministrazione che vanno ad investire la "causa" stessa del rapporto.

Ciò vale a dire che nei casi in cui l'amministrazione intende sic et simpliciter acquisire un servizio dovrebbe rivolgersi al Codice dei contratti pubblici, qualora invece il volere dell'amministrazione tendesse all'integrazione di risorse – non solo economiche – tra soggetti pubblici e privati tutti interessati alla realizzazione di un medesimo servizio di interesse generale dovrebbe fare riferimento al Codice del Terzo settore, e più precisamente alle figure incardinanti i modelli di coinvolgimento degli enti del Terzo settore[86].

5.1. segue: … il Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 2021 e il ricorso all'55 CTS quale opzione – in primo luogo – politica

Ulteriori specificazioni nel percorso verso il riconoscimento di più modi possibili di amministrare, tra cui anche quello dell'amministrazione condivisa mediante gli istituti della co-programmazione/co-progettazione, sono state date poi dal Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 72 del 2021 recante le Linee guida sul rapporto fra PA ed ETS, ai sensi degli articoli 55, 56, 57 del CTS.

Si tratta di un documento assai rilevante anche perché, come specificato

[85] R. Parisi, *Diritti sociali e servizi sociali nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, a cura di F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, Torino, 2021, 149 ss., spec. 173-174.

[86] G. Marocchi, *La sentenza n.131/2020 e il lungo cammino della collaborazione*, in *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale.*, a cura di S. Pellizzari, C. Borzaga, Trento, 2020, 9 ss.

in Premessa, è finalizzato "a supportare gli enti pubblici nella concreta applicazione degli articoli 55, 56 e 57 del CTS", secondo un percorso non certo facile dopo anni in cui il *diktat* era rappresentato dalle logiche del mercato e della concorrenza, e dato l'intricato complesso normativo e giurisprudenziale di riferimento in cui gli istituti di co-programmazione/co-progettazione si trovavano a muoversi.

Tant'è che lo stesso documento "denunciava" in Premessa l'intricato complesso normativo e giurisprudenziale di riferimento, oltreché la consapevolezza della dinamicità del tema, il cui essere in costante evoluzione porta a rendere ardua qualsiasi pretesa di definitività ed esaustività. E questo significa anche la necessità di un costante aggiornamento delle Linee guida a fronte di eventuali sopravvenienze normative e/o interpretative[87].

Per quanto concerne l'impianto legislativo entro cui vanno a muoversi le Linee guida, sono le stesse a specificare come questo sia fortemente segnato dall'intervento legislativo operato con il d.l. semplificazioni, il quale ha portato a rivelare all'interno della disciplina generale sugli affidamenti dei contratti pubblici che, in applicazione del *principio di specialità*, restano ferme le forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal Titolo VII del CTS.

Specificazione che porta, dunque, le Linee guida a delineare con chiarezza l'*iter* procedurale a cui fanno riferimento gli istituti della co-programmazione/co-progettazione.

Nello specifico le Linee guida vanno al di là degli istituti di co-programmazione/co-progettazione articolandosi in sei sessioni, nella prima e nella sesta trattando aspetti di carattere generale, volti a dare rispettivamente un inquadramento degli istituti e delle misure di pubblicità e trasparenza, nella seconda e nella terza scandagliando i procedimenti di co-programmazione/co-progettazione *ex* art. 55, mentre nella quarta

[87] Così Introduzione Linee guida, in cui è precisato espressamente come le Linee guida sono state elaborate "tenendo conto della disciplina vigente, delle Relazioni governative di illustrazione del CTS e del suo correttivo, adottato nel 2018, dei pareri resi dal Consiglio di Stato, nonché dei primi pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa e contabile, direttamente o indirettamente, inerenti il tema trattato, degli atti dell'ANAC e delle competenti Amministrazioni statali nonché, da ultimo, della sentenza n. 131 del 26 giugno 2020 della Corte costituzionale e della legge 11 settembre 2020, n.120 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2010, n. 76, recante Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali (cd. decreto semplificazioni)".

e nella quinta andando ad analizzare le convenzioni con le associazioni di promozione sociale (APS) e le organizzazioni di Volontariato (ODV) e le convenzioni per il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

Certo è che assai rilevanti sono le indicazioni che queste Linee guida forniscono in merito agli istituti delineati dall'art. 55 CTS quale procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria espressione di quel canale di amministrazione condivisa *alternativo* al tradizionale paradigma dell'evidenza pubblica imperniato sulla logica del profitto e del mercato.

Significative in tal senso sono alcune precisazioni affermate espressamente nelle Linee guida.

In primis al Punto 1 "Inquadramento generale degli istituti" le Linee guida vanno a evidenziare le *comunanze di interessi* tra ETS e PA, ovvero il labile confine esistente tra interessi generali e interessi pubblici.

Tale ragionamento sta alla base del Titolo VII del Codice del Terzo settore, il quale muovendo dalla considerazione che le finalità perseguite dagli ETS siano fra loro omogenee (finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) e che le loro attività siano *convergenti* con quelle svolte dalla P.A. (attività di interesse pubblico/generale), giunge ad avvalorare la necessità di prevedere modi di amministrare che tengano conto del carattere *genetico* degli ETS.

Ciò significa determinare la "non" automatica applicabilità di schemi rivolti a finalità e attività lucrative che prevedano la competizione e lo scambio sinallagmatico, *rectius* la "non" automatica applicabilità del Codice dei contratti pubblici.

Tale chiave di lettura porta a due conseguenze sul piano dei rapporti tra le fonti del diritto, "da un lato il diritto dell'Unione europea trova nel Codice del Terzo settore una sua più compiuta attuazione; dall'altro, sul versante nazionale, si perviene ad una chiara ripartizione degli ambiti di competenza fra il CTS ed il CCP, i quali – *armonicamente ed in forma complementare* – disciplinano le procedure di affidamento dei servizi pubblici, in relazione all'ambito nel quale ricadono ed al fine perseguito"[88].

[88] Così Linee guida, Punto 1 "Inquadramento generale degli istituti", in cui si sottolinea "Tale ricostruzione, già sostenuta in dottrina, ha trovato autorevole conferma nella sentenza n. 131 del 2020, nella quale il giudice costituzionale evidenzia come sia insito nel diritto euro-unitario il tentativo di «smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà», riconoscendo «in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre

Le Linee guida assumono quindi una posizione netta, ritenendo che il Titolo VII del CTS ha "riempito" uno spazio lasciato aperto dal Codice dei contratti pubblici, definendo le condizioni che consentono di escludere dalla sfera di interesse del mercato servizi pur potenzialmente economicamente rilevanti.

L'amministrazione pubblica si trova dunque di fronte alla possibilità "di scegliere" lo schema procedimentale preferibile in base alle concrete situazioni, assumendo come criterio-guida la necessità di assicurare il coinvolgimento attivo degli ETS, assicurando la piena applicazione dei principi che governano il procedimento amministrativo ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di un *corpus* di principi posti a presidio dell'imparzialità e del buon andamento della P.A.

Il punto è dunque distinguere fra l'attivazione di rapporti collaborativi con ETS e l'affidamento di appalti e concessioni di servizi, ma questa scelta non è affatto scontata andando ad interesse due profili: uno attinente alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, l'altro alla legittimità dell'azione amministrativa.

Profili, tra i quali, quello che attiene alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni sembra invero includere *in sé* anche quello della legittimità dell'azione amministrativa.

Le Linee guida, infatti, danno, al riguardo della *discrezionalità amministrativa,* la possibilità di scegliere se operare entro l'orbita del Codice dei contratti pubblici o entro quella del Codice del Terzo settore,secondo una lettura dal carattere estremamente chiarificatore, laddove sottolienano che "laddove siano utilizzabili entrambe le modalità per lo svolgimento di un servizio o la realizzazione di un'attività, la concreta scelta potrebbe essere la conseguenza di *un'opzione politica propria della P.A.*, tesa a valorizzare il *principio della tutela della concorrenza* degli operatori economici all'interno di un mercato pubblico regolato *o*, in alternativa, il *principio di sussidiarietà orizzontale*, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica, propria dei procedimenti amministrativi".

Per quanto riguarda invece il profilo che attiene alla legittimità dell'azione amministrativa il ragionamento non sembra contribuire in modo

---

che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)». Tale orientamento giurisprudenziale, dunque, guida l'interpretazione delle norme del CTS e conferisce loro uno spazio autonomo, non conflittuale, nella disciplina del CCP".

determinante a segnare un passo avanti nel percorso verso il nuovo modo di amministrare, ovvero quello dell'amministrazione condivisa, nel senso che questo pare volto solo ad accertare che il ricorso agli istituti previsti dal CTS non sia un modo per eludere i principi e le disposizioni europee ed interne in materia di tutela della concorrenza e aiuti di Stato. Ragionamento che se certo condivisibile appare, invero, solo esplicativo della *ratio* sottesa al riconoscimento di più possibili modi di amministrare, ovvero del profilo attinente alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni.

Ed a ben vedere è infatti questo il punto centrale di tutta la diatriba tra i due Codici, che chiama in causa la trasformazione anche terminologica dell'espressione Terzo settore, posto che se "in origine il termine Terzo Settore (TS) derivava da un'individuazione di carattere residuale, per cui Terzo Settore era tutto ciò che non apparteneva né allo Stato, né al mercato, oggi, grazie alla legge di riforma, la situazione si è ribaltata ed il Terzo Settore è definito non tanto per esclusione, bensì in positivo grazie al riferimento all'interesse generale che esso persegue (CTS, art. 1)"[89].

Seguendo tale chiave di lettura è possibile andare a rileggere i punti due e tre delle Linee guida, concernenti rispettivamente il procedimento di co-programmazione e quello di co-progettazione, sottolineando che – nella *ratio* dell'art. 55, terzo comma CTS –l'accreditamento è una modalità/declinazione della co-progettazione, in quanto gli ETS accreditati, prima di dare avvio alle proprie attività, co-progettano gli interventi o i servizi oggetto di accreditamento[90].

---

[89] G. Arena, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, cit., 96.

[90] La co-programmazione è un procedimento amministrativo che si articola nelle seguenti fasi: 1) iniziativa, che si sostanzia nell'atto con il quale si dà avvio al procedimento (eventualmente in accoglimento dell'istanza di parte); 2) nomina di un Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990 e della eventuale disciplina regionale in materia di procedimento amministrativo; 3) pubblicazione di un Avviso; 4) svolgimento dell'attività istruttoria; 5) conclusione del procedimento. Nel caso della co-progettazione le linee guida vanno a delineare le fasi di due possibili procedimenti, a seconda che la co-progettazione sia o meno attivato nella forma dell'accreditamento. Così le fasi del procedimento di co-progettazione si articolano in:1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su iniziativa degli ETS e a seguito dell'attività di co-programmazione; 2) pubblicazione dell'avviso e dei relativi allegati; 3) svolgimento delle sessioni di co-progettazione; 4) conclusione della procedura ad evidenza pubblica; 5) sottoscrizione della convenzione, o per co-progettazione nella forma di accreditamento in: 1) Avvio del procedimento con atto del dirigente della PA, anche su iniziativa degli ETS e a seguito dell'attività di co programmazione; 2) pubblicazione dell'avviso e dei

I punti 2 e 3 delle Linee Guida vanno infatti a normare fase per fase la procedimentalizzazione del paradigma sussidiario nelle due figure, seppur delineando procedimenti a carattere generale in ragione del riconoscimento in capo a ciascun ente del proprio margine di discrezionalità nella declinazione "in concreto" dell'istituto previsto dal Codice, *rectius* del principio di autonomia organizzativa e regolamentare di ciascun ente.

Giova precisare, al riguardo, che le Linee guida ribadendo la diversità dell'architettura normativa entro cui si muovono gli strumenti del Codice del Terzo settore dedicati al rapporto tra amministrazione ed enti del Terzo settore, ed imputandoli interamente alla legge sul procedimento amministrativo, vanno anche a specificare che la co-programmazione e la co-progettazione possono essere avviate sia su iniziativa delle pubbliche amministrazioni, sia su iniziativa degli enti del Terzo settore, analogamente a quanto avviene nei patti di collaborazione.

In sostanza, secondo le Linee guida la co-programmazione si sostanzia in "un'istruttoria partecipata e condivisa", che dovrebbe portare ad un arricchimento della lettura dei bisogni rispetto ai tradizionali ambiti di competenza amministrativa, e dunque un accrescimento del quadro di conoscenza e di rappresentazione delle possibili azioni da intraprendere, andando ad incidere sul clima di fiducia reciproco.

E la co-progettazione si presenta quale *metodologia di attività* collaborativa che, oltre ad essere un procedimento amministrativo orientato all'attivazione della collaborazione pubblico/privato, viene individuato dal legislatore come *strumento ordinario* di esercizio dell'azione amministrativa[91]. Questa dovrebbe anche avere natura "circolare", in quanto per dare una pronta risposta ai bisogni delle società ed alla loro connaturale mutevolezza dovrebbe essere riattivata allorquando si manifesti la necessità o, anche, l'opportunità di rivedere o implementare l'assetto raggiunto con la co-progettazione.

Considerazioni analoghe sulla natura "circolare" dovrebbe estendersi, anche se non specificato nelle Linee guida, alla fase di co-programmazione, dato che tra le specificità di tali figure vi è proprio quella di essere pensate per rispondere a bisogni e ad esigenze mutevoli, che sempre più spesso si trasformano in nuove povertà.

---

relativi allegati; 3) istituzione dell'Elenco/Albo degli ETS accreditati; 4) svolgimento delle sessioni di co-progettazione; 5) conclusione della procedura ad evidenza pubblica; 6) sottoscrizione del patto di accreditamento.

[91] Le Linee guida richiamano al punto 3 "Il procedimento di co-progettazione" la Relazione illustrativa del Governo sullo schema di CTS.

Le Linee guida pur dettando nello specifico due diversi procedimenti amministrativi in relazione ai due istituti, evidenziano come l'attivazione della co-progettazione dovrebbe essere la conseguenza dell'attivazione della co-programmazione, quale esito "naturale".

In ragione poi della peculiarità della co-progettazione, quale metodologia ordinaria per l'attivazione di rapporti di collaborazione con enti del TS, occorre prestare particolare attenzione alle risorse pubbliche messe a disposizione dei partecipanti.

Queste, infatti, possono essere di vario tipo, sia risorse economiche, proprie o di altro ente o soggetto, che beni mobili e/o immobili, che risorse umane, proprie dell'ente procedente o di cui esso si avvale a vario titolo (ad esempio per attività di stage o tirocinio o altro ancora).

Si tratta di una distinzione non neutra. Basti pensare a tutte le limitazioni di ordine urbanistico, edilizio o in ragione dell'eventuale disciplina di tutela (ad esempio, in quanto bene culturale vincolato) che possano interessare il vasto perimetro degli immobili pubblici, per i quali al fine di scongiurare ipotesi di danno erariale dovrebbe essere anche richiesta la stima del c.d. valore d'uso del bene.

Più in generale, in ragione della riconducibilità delle risorse riconosciute agli ETS ai c.d. provvedimenti attributivi di vantaggi economici *ex* art. 12 della legge n. 241/1990, è necessaria la rendicontazione delle spese che, sulla scorta degli orientamenti univoci della giurisprudenza amministrativa e contabile, dovrà essere analitica ed inerente alle attività svolte, posto che le amministrazioni pubbliche devono controllare il "corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali" (art. 93, comma 3, lett. e, CTS), ma anche degli eventuali beni pubblici messi a disposizione (art. 93, comma 4, CTS).

Gli atti del procedimento di co-progettazione, inoltre, potrebbero prevedere e disciplinare la valutazione dell'impatto sociale (VIS) generato dall'attività degli ETS, quale valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato[92].

Il riferimento è dunque ad un indicatore non economico che misuri la ricaduta in termini sociali di ciascun singolo progetto di servizio o

[92] In applicazione di quanto previsto dall'art.7, comma 3 della legge n.106/2016 e dal DM 23 luglio 2019 "Linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo Settore".

intervento, e questo significa sia porre all'attenzione delle amministrazioni il miglioramento delle condizioni sociali dei territori e delle comunità, sia comunicare, trasmettere e rendere conto a tutti i soggetti interessati del cambiamento sociale, culturale ed economico generato.

In definitiva il riferimento a queste Linee guida rappresenta un importante passo avanti per lo sviluppo dei modelli di co-programmazione/co-progettazione, dato che chiariscono molti passaggi fondamentali dei procedimenti concernenti questi istituti nel *prisma* dei principi della legge sul procedimento amministrativo e della disciplina in materia di trasparenza e di pubblicità, *integrando* il dettato legislativo *ex* art. 55 CTS.

Il che vuol dire anche sciogliere, in ultima analisi, tutte quelle riserve che sembravano spingere i modelli di co-programmazione/co-progettazione nell'orbita dei contratti pubblici in ragione della trasparenza, vieppiù chiamando in causa la portata generale del d. lgs. n. 33/2013[93], e, dunque, la sua applicabilità agli strumenti del CTS, oltreché dare conto anche della legge n. 124/2017 succ. mod. e int., c.d. legge annuale per il mercato e la concorrenza, che ha dato vita (addirittura) ad una disciplina che ha quali propri destinatari gli ETS sempre in materia di obblighi di trasparenza[94].

---

[93] Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33, recante "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni".

[94] Le Linee guida sottolineano, infatti, che "Da ultimo, occorre dare conto di una disciplina concorrente, sempre in materia di obblighi di trasparenza, che ha quali propri destinatari gli ETS; tuttavia, la stessa disciplina interferisce, per così dire, con le prerogative ed i compiti delle PA. … In particolare, l'art. 1, commi 125-129, stabilisce l'obbligo di dare pubblicità dei contributi, di importo annuale superiore ad euro 10.000, ricevuti dai soggetti contemplati dalla norma, sostanzialmente le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti indicati dall'art. 2- bis del d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm. Con riferimento agli ETS il riferimento è alla Circolare n. 2 dell'11 gennaio 2019 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. In sostanza, gli ETS devono pubblicare gli importi dei contributi ricevuti, da parte dei soggetti e dell'importo sopra richiamati, ad eccezione dei contributi "generali" e di quelli coincidenti con "prestazioni corrispettive" a fronte dello svolgimento di un'attività o della prestazione di un servizio. … Da ultimo, la normativa stabilisce un regime sanzionatorio graduato, che prevede, quale misura estrema, la restituzione dei contributi ricevuti. … In conclusione, l'attività di controllo e di monitoraggio delle P.A. previsto e disciplinato dal CTS, dovrà tener conto di quanto previsto dalla esaminata disciplina di settore, specificatamente dettata nei riguardi di una serie di soggetti (fra i quali gli ETS), che tuttavia determina una connessione fra norme, incidenti sullo svolgimento dei procedimenti di attribuzione di contributi, che hanno le PP.AA. come destinatarie".

5.2. segue: … il Parere del Consiglio di Stato n. 802 del giugno 2022 e le Linee guida Anac n. 17 del 2022

La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, il conseguente intervento del legislatore operato nel d.l. semplificazioni, oltre alle Linee guida del Ministero del lavoro non potevano certo lasciare indifferente – per non dire condizionare – il Consiglio di Stato.

Tant'è che in occasione della richiesta di un nuovo Parere da parte dell'Anac sempre in materia di affidamento di servizi sociali, data la necessità dell'Autorità di rivedere le proprie Linee guida in considerazione delle suddette novità normative, il Consiglio di Stato ha dato vita ad un singolare *revirement* con l'adozione del Parere n. 802 del giugno 2022.

Al riguardo l'Anac sottolineava che lo schema di Linee guida sottoposto al Consiglio di Stato era stato elaborato in applicazione dell'art. 213, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016, con la dichiarata finalità di promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, ed al fine di assicurare il coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo settore, tenuto conto delle modifiche introdotte dal d.l. semplificazioni, con le quali il legislatore aveva inteso "coordinare" i due codici, andando – in definitiva – a ridurre l'ambito di applicazione del D.lgs. n. 50/2016[95].

Al fine di comprendere la singolarità di questo parere pare utile partire a ritroso, evidenziando come, in conclusione di tale Parere, il Consiglio di Stato sospende la pronuncia nelle more di ulteriori approfondimenti istruttori.

Tale posizione mette in evidenza la struttura di questo Parere, da cui è, infatti, possibile trarre tutta una serie di indicazioni soprattutto in merito alle funzioni dell'Anac sugli affidamenti dei servizi sociali, e sullo spazio occupato in tale ambito dal Codice del Terzo settore.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato chiarisce che "l'intervento delle Linee guida non vincolanti – e il corrispondente potere dell'Anac in materia di appalti e concessioni – deve ammettersi con riferimento alle disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento dei contratti pubblici di

[95] ANAC, nota n. 0019608 del 16 marzo 2022, con cui è l'Autorità ha trasmesso il documento denominato "Indicazioni in materia di affidamenti servizi sociali" per acquisire il parere del Consiglio di Stato in considerazione della rilevanza e della novità delle questioni trattate e dell'impatto *erga omnes* delle linee guida.

lavori, servizi e forniture (ivi comprese le concessioni) o l'esecuzione degli stessi. Va escluso, invece, che, al di fuori del perimetro ora indicato, l'Anac abbia il potere di adottare Linee guida, seppur di tipo non vincolante"[96].

Da questo discende che le norme e gli istituti disciplinati dal Codice del Terzo settore *non* dovrebbero rientrare nel campo di operatività delle Linee guida non vincolanti adottate dall'Anac.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione del Titolo VII del Codice del Terzo settore, ed in particolare degli istituti della co-programmazione/co-progettazione, il Consiglio di Stato sottolinea l'importanza della sentenza n. 131 della Corte costituzionale, a cui spetta il merito di averne, come già detto, evidenziato l'ancoraggio costituzionale all'art. 118, u.c., Cost., affermando – senza alcuna sfumatura – che l' art. 55 CTS rappresenta "un canale di amministrazione condivisa*, alternativo* a quello del profitto e del mercato… espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico… secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico… si è identificato così un ambito di organizzazione delle libertà sociali non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle forme di solidarietà… espressive di una relazione di reciprocità… base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente"[97].

Inoltre, il Consiglio di Stato sottolinea come la sentenza n. 131 del 2020 "dissipi anche il dubbio sulla compatibilità con il diritto euro unitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali, previste dal Codice del Terzo settore, adombrato nel precedente parere n. 2052 del 2018", quando va ad evidenziare che è lo stesso diritto dell'Unione a mantenere in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà. Ed infatti, il Consiglio di Stato, richiamando i passaggi fondamentali della Sentenza n. 131 del 2020, cerca di dar conto delle ragioni che lo portano a distanza di soli tre anni a superare il suo precedente Parere[98]. E la ragione intorno alla quale ruota la

[96] Il Consiglio di Stato richiama quanto già affermato nel parere n. 2627 del 17 ottobre 2019.

[97] Sent. Corte cost., n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

[98] In questa cornice di riferimento si colloca anche la pronuncia del Consiglio di Stato sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208, in *www.giustiziaamministrativa.it*, nella quale il Consiglio di Stato non ha accolto il motivo di ricorso inerente la qualificazione giuridica

posizione assunta dal Consiglio di Stato è quella di ritenere necessario che i due codici dialoghino, in ragione di una piena coerenza tra ordinamento europeo e Costituzione Repubblicana, senza però sottovalutare sul piano contenutistico gli aspetti di complessità che un tale rapporto comporta in materia di affidamenti dei servizi sociali, quale riflesso della dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà[99].

Questo spiega anche perché il Consiglio di Stato evidenzi come sia lo stesso schema di Linee guida a sottolineare in Premessa di volersi "concentrare" sulle procedure di affidamento assoggettate alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, "rimandando" al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021 le indicazioni sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore, in considerazione della "riduzione" operata dal d.l. semplificazioni dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, escludendo da questo ambito quei servizi organizzati mediante il ricorso a forme di collaborazione, di convenzione o di accreditamento con gli ETS[100].

Ragionamento che, nel suo svolgersi, porta il Consiglio di Stato ad interrogarsi sull'opportunità e sull'effettiva utilità di una regolamentazione non vincolante, ma estremamente dettagliata, in una materia già

della co-progettazione come appalto di servizi, lasciando così aperta la questione della qualificazione della co-progettazione in termini di accordo collaborativo.

[99] Esemplificativi di tale complessità ricorda il Consiglio di Stato sono le vicissitudine che hanno interessato il rapporto tra i due Codice, e sottolinea il Consiglio di Stato che hanno visto, da un lato, le diverse opzioni ermeneutiche sposate da questa stessa Sezione a favore della primazia del Codice dei contratti, e, dall'altro, le pronunce della giurisprudenza unionale (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14) e della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131 citata) che invece hanno proceduto smorzando e componendo il conflitto tra la *ratio* che ispira la disciplina del Codice dei Contratti pubblici e quella che ispira il Codice del Terzo settore in materia di affidamenti dei servizi sociali, nonché da ultimo le modifiche al codice dei contratti pubblici, introdotte dal D.L. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, che hanno costituito lo spunto per l'adozione delle linee guida oggetto di parere.

[100] Al riguardo il Consiglio di Stato evidenzia come nonostante queste premesse parte dei dati utilizzati dall'Anac nel Parere richiesto risalgono al periodo 2016/2020, non contemplando proiezioni sulla nuova disciplina, pertanto sarebbe "opportuno quanto meno un aggiornamento dei predetti dati al fine di considerare l'impatto della nuova disciplina introdotta dal più volte citato D.L. n. 76/2020 che, secondo quanto dichiarato dalla stessa Autorità referente, è alla base dell'adozione delle presenti linee guida" (Punto 8. 1 del Parere n. 802 del 2022 del Consiglio di Stato).

ampiamente e dettagliatamente orientata (sia in sede di interpretazione giurisprudenziale sia a livello di fonti primarie e secondarie) nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione dal Codice dei contratti dell'ambito di disciplina concernente i rapporti tra enti del Terzo settore e pubbliche amministrazioni[101].

Non solo. Il Consiglio di Stato richiama quale ulteriore spunto di riflessione ai fini della scelta tra l'opzione dell'intervenire o non intervenire con Linee guida in materia di affidamento dei servizi sociale, l'avanzato *iter* del decreto legislativo volto a riordinare e semplificare le previsioni del D. Lgs. n. 50/2016, vale a dire del nuovo Codice dei contratti pubblici, rientrante nel quadro delle c.d. riforme *abilitanti* previste dal PNRR[102]. Anche perché l'adozione da parte dell'Anac di tali Linee guida sembrerebbe contraddire la filosofia sottesa al nuovo Codice di introdurre e mantenere livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive europee, al punto che secondo il Consiglio di Stato queste potrebbero confluire in mere FAQ.

Si tratta di un suggerimento di non poco conto, poiché chiama in causa il c.d. divieto di *gold plating*, ovvero quello di non introdurre e non mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee[103].

Ciononostante la scelta dell'Anac è stata quella di adottare le Linee guida n. 17, approvate con Delibera del Consiglio n. 382/2022, recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali", con cui l'Autorità ha inteso chiudere un ciclo iniziato sei anni prima con la delibera n. 32 del 20 gennaio 2016[104].

---

[101] Il Consiglio di Stato, nel parere giunge a "suggerire" espressamente all'Anac "una riflessione sulla necessità e/o opportunità di disposizioni, peraltro di carattere non vincolante" (Punto 10.4 del Parere n. 802 del 2022 del Consiglio di Stato).

[102] Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici".

[103] Si ricorda che già dal 2010 la Commissione Europea, *Smart regulation in the European Union*, COM(2010) 543 final, Bruxelles, 8 ottobre 2010, rilavava che gli Stati membri hanno un ampio potere discrezionale nell'attuazione delle direttive europee, posto che questi possono aumentare gli obblighi di segnalazione, aggiungere requisiti procedurali o applicare regimi sanzionatori più rigorosi, sottolineando al riguardo che se non è illegale, la *"gold plating"* viene solitamente presentata come una *cattiva pratica* perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati.

[104] Si ricorda che con la delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 erano state approvate le

Certo è che la storia di queste Linee guida è molto travagliata: quelle del 2016 furono infatti adottate a gennaio del 2016 pochi mesi prima dell'adozione del Codice dei contratti pubblici del 2016 che in qualche modo andò a travolgerne buona parte del contenuto proprio per una questione di disciplina anche sostanziale diversa dei servizi sociali, quelle del luglio 2022 ancora una volta adottate a ridosso del nuovo Codice dei contratti pubblici, nonostante il tentativo di bloccarle intervenuto da parte del Consiglio di Stato, e volutamente non recepite nel nuovo Codice[105].

Al di là della ridondanza e opportunità di queste Linee guida, c'è da chiedersi quale ne sia stata l'utilità atteso che di lì a poco sarebbe entrato in vigore il nuovo Codice dei contratti pubblici con i suoi allegati, risultando inficiate *ab origine* da un discrimine temporale, come poi disposto espressamente dagli artt. 229 e 225 del nuovo Codice[106].

Quel che preme rilevare è che, comunque, anche le Linee guida Anac n. 17 del 2022 si erano poste sulla stessa scia della sentenza della Corte costituzionale, e dei conseguenti interventi normativi di vario grado, andando a sottolineare – ancora una volta – pari dignità al modello della co-programmazione/co-progettazione previsto dal Codice del Terzo settore rispetto al modello del Codice dei contratti pubblici, confermando

prime "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali" in epoca antecedente all'approvazione del Codice del Terzo settore (d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

[105] Preme infatti sottolineare che in luogo delle Linee guida n. 17 recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali" non vi è alcun allegato al codice, ed anzi il Consiglio di Stato nella Relazione sullo schema del nuovo Codice ha affermato espressamente che "in materia, risultano da ultimo adottate le Linee guida ANAC n. 17 del 27 luglio 2022, *non recepite*", come a fugare qualsiasi dubbio sul fatto che potesse trattarsi di una mera dimenticanza, rappresentando evidentemente una precisa volontà. Anche se ciò non toglie che alcune specificazioni indicate dall'Anac nelle Linee guida n. 17 in merito alle condizioni di accessibilità, continuità, disponibilità, completezza, qualità dei servizi, coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti previste per l'affidamento dei servizi sociali *ex* art. 142, comma 5- ter, del codice del 2016, pressoché riproposto all'art. 128 del nuovo codice, possano comunque rappresentare un *riferimento interno ed informale* per le Stazioni appaltanti.

[106] Secondo il combinato disposto degli artt. 229 e 225 del nuovo codice, il nuovo Codice e gli allegati entrano in vigore il 1° aprile 2023 e acquistano efficacia dal 1° luglio 2023 (art. 229); a decorrere dal 1 luglio (data in cui il codice acquisisce efficacia), in luogo dei regolamenti e delle linee guida ANAC, adottati in attuazione del codice 2016, laddove non diversamente previsto si applicano le corrispondenti disposizioni del codice e dei suoi allegati (art. 225, comma 16).

che l'effetto che ne consegue è una *riduzione* dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici alle *sole fattispecie ivi espressamente previste* e ai soli casi in cui le stazioni appaltanti *non* ritengano di organizzare detti servizi ricorrendo alle forme previste dal Codice del Terzo settore[107].

6. *La co-programmazione e la co-progettazione nella "stagione" del PNRR*

Il lungo percorso che ha condotto alla progressiva affermazione delle figure della co-programmazione/co-progettazione va anche ad intersecarsi con l'attuale periodo storico-sociale contrassegnato dalla "stagione" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Piano che rappresenta a livello nazionale, il principale strumento di attuazione dello straordinario programma di intervento pubblico europeo senza precedenti che è il Next Generation EU, e che, come affermato espressamente dalla Presidente della Commissione europea Ursula von Der Layen, è volto "non solo a riparare e recuperare l'esistente", ma anche e soprattutto a "plasmare un modo migliore di vivere il mondo di domani".

Ed infatti, da questo deriveranno in gran parte – se non quasi per intero – i programmi politici dei governi fino al 2026 (ed anche oltre), poiché questo rappresenta in poche parole un vero e proprio patto con l'Europa, visto che il nostro Paese si è visto riconoscere circa 200 miliardi di euro (sotto la forma di prestiti e di risorse a fondo perduto), a condizione del rispetto delle regole e dei tempi nella realizzazione degli interventi e delle riforme previste nel Piano.

Vero è che nella sostanza l'assegnazione di tali risorse è sottoposta alla verifica – *step by step* – delle *milestone* e dei *target*, secondo la logica di un vero e proprio piano di *performance,* assai lontana da quella dei tradizionali piani di spesa.

---

[107] Il riferimento è dunque a quella parte delle Linee guida ANAC n. 17 del 27 luglio 2022 che andava a esplicitare quello che nel nuovo codice sono le condizione previste dall'art. 128 del nuovo Codice, e che prima erano stabilite nell'art. 142 del Codice del 2016, ovvero quella parte delle linee guida che andava a definire le condizioni di accessibilità, continuità, disponibilità, completezza, qualità dei servizi, coinvolgimento e responsabilizzazione degli utenti previste per l'affidamento dei servizi sociali, in linea con il Quadro europeo volontario per la qualità dei servizi sociali adottato dal Comitato per la protezione sociale del Consiglio europeo il 6 ottobre 2010, richiamato dal Considerando 114 della direttiva 2014/24/UE.

Dunque, questo rappresenta anche una cessione, sia pur parziale, di sovranità, e questo è spiegabile se si pensa che a livello europeo il Piano non è stato finanziato a costo zero, ma ricorrendo al c.d. debito comune, misura che oltre all'impatto economico, è carica di un forte valore istituzionale[108].

In questo quadro rilevanti sono gli "impegni" assunti nel PNRR, tra i quali centrale è quello che vede il nostro Paese impegnato a "modernizzare la sua pubblica amministrazione, rafforzare il suo sistema produttivo e intensificare gli sforzi nel contrasto alla povertà, all'esclusione sociale e alle disuguaglianze".

Affermazione che sembrerebbe, dunque, chiamare in causa proprio quel cambio di paradigma sotteso all'amministrazione condivisa, e alla sua procedimentalizzazione sussidiaria realizzata per la prima volta in termini generali *ex* art. 55 CTS.

Anche se, andando a ripercorrere il lungo *iter* che ha portato alla adozione del PNRR italiano, pare che questo rappresenti l'esito di un processo molto lungo e controverso, contrassegnato da uno scarso livello di partecipazione della società civile e delle sue rappresentanze[109], e quasi assente appare anche il ruolo rivestito dagli enti del Terzo settore (e più in generale dalla società civile) a livello di *governance* del Piano[110].

Non resta dunque che passare all'analisi del Piano presentato ed approvato al fine di andare a verificare cosa il PNRR dice in proposito.

Ed in realtà il PNRR poco dice espressamente su questo tema, non ricorrendo mai nel Piano l'espressione amministrazione condivisa, e

---

[108] Superando così la storica avversità dei c.d. paesi frugali rispetto alla creazione di debito comune. Si veda B. Laffan, A. De Feo, *EU Financing for Next Decade. Beyond the MMF 2021-2027 and the Next Generation EU*, Firenze, 2020; A. Majocchi, *Next Generation EU: verso una fiscalità federale*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 2020; A. Iozzo, A. Majocchi, *Oltre l'emergenza: verso gli Eurobond*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 2020.

[109] Per approfondimenti sul lungo processo di costruzione del PNRR Italia tra dimensione europea e dimensione nazionale sia consentito rinviare a V. Manzetti, *Dalle origini all'attuale PNRR: spunti e riflessioni*, in *Bilancio, Comunità, Persona,* vol II , 2021, 128-131.

[110] F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli, cit., 109, rileva che "si è ovviato in parte a questa esclusione attraverso la costituzione del Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, costituito con il Dpcm 14 ottobre 2021, che ha potere consultivo nei confronti della Cabina di regia, ma il raccordo appare ancora debole in questo senso".

riportando solo alcuni specifici riferimenti al Codice del Terzo settore e alla co-progettazione, e nessuno espressamente alla co-programmazione.

I riferimenti in tal senso si trovano soprattutto nella "Missione 5: Inclusione e Coesione", in cui si afferma espressamente che l'azione pubblica potrà avvalersi del contributo del Terzo settore, e che la pianificazione in coprogettazione di servizi sfruttando sinergie tra impresa sociale, volontariato e amministrazione, consente di operare una lettura più penetrante dei disagi e dei bisogni al fine di venire incontro alle nuove marginalità e fornire servizi più innovativi, secondo la logica del reciproco scambio di competenze ed esperienze tra PA e Terzo settore.

Ed in particolare alla valorizzazione di modelli di amministrazione condivisa sembra rivolgersi la Componente M5C2 "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore"[111], in cui si sottolinea che in coerenza con gli interventi del Piano, si prevede sia l'accelerazione dell'attuazione della riforma del Terzo settore, al cui completamento mancano ancora importanti decreti attuativi, sia la valutazione degli effetti della riforma su tutto il territorio nazionale.

Così nell'ambito di intervento "M5C2.2: rigenerazione urbana e housing sociale – Investimento 2.2. Piani Urbani Integrati" si fa riferimento ad una pianificazione urbanistica partecipata, con l'obiettivo di trasformare territori vulnerabili in città *smart* e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile, richiamando espressamente la possibilità di avvalersi anche di forme di *co-progettazione* degli interventi con il Terzo settore ai sensi dell'art. 55 CTS, posto che l'obiettivo primario è recuperare spazi urbani e aree già esistenti allo scopo di migliorare la qualità della vita promuovendo processi di partecipazione sociale e imprenditoriale.

Ulteriori riferimenti si possono individuare poi nella Missione "M5C3: interventi speciali per la coesione territoriale", all'Investimento 3 "Interventi socio-educativi strutturati per combattere la povertà educativa nel Mezzogiorno a sostegno del Terzo Settore", in cui si afferma che la misura intende attivare specifiche *progettualità* condotte da enti del Terzo Settore (fino a 2.000) finalizzate a coinvolgere minori che versano in situazione di disagio o a rischio devianza (fino a 50.000). Anche se sarebbe

[111] La missione 5 si esplicita in tre componenti che rispondono alle raccomandazioni della Commissione europea n. 2 per il 2019 e n. 2 per il 2020, e che saranno accompagnate da una serie di riforme che sostengono e completano l'attuazione degli investimenti. Nello specifico M5C1-Politiche per il lavoro; M5C2- Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore; M5C3 -Interventi speciali per la coesione territoriale.

stato più lineare utilizzare anche in questo caso il riferimento alla co-progettazione, dato che questo sembrerebbe essere l'intento del legislatore.

Riferimenti impliciti alle figure sia della co-programmazione che della co-progettazione si possono individuare nell'ambito della Missione 5 nel "*Focus* sulle dimensioni trasversali del piano", in cui si sottolinea che gli interventi previsti in questa missione avranno un forte impatto sulle tre dimensioni orizzontali previste nel Piano, ovvero divari di genere, giovani e Sud, dimensioni che sembrano muoversi sulla stessa linea delle attività di interesse generale[112].

Se è certo che la Missione 5 è quella che più delle altre palesa le forti possibilità per lo sviluppo dell'amministrazione condivisa, e più nello specifico ampio spazio per la figura della co-progettazione, più che per quella della co-programmazione, data la necessità del Piano di essere trasformato in tempi rapidi in progetti specifici e dato che i bisogni a carattere generale sono già individuati nel Piano approvato, allo stesso tempo è possibile individuare forti connessioni tra queste e tutte e sei le missioni del PNRR, anche perché, come è stato rilevato in dottrina, l'amministrazione condivisa può rappresentare una importante risorsa per uscire dal c.d. Stato delle crisi[113].

Ed in fondo il PNRR cosa è, se non un Piano per uscire dalla crisi sanitaria ed economica innescata dalla Pandemia Covid-19, con l'auspicio intessuto in tutto il Piano di un cambio di paradigma economico e sociale.

A confermare il sotteso *fil rouge* tra *ratio* del PNRR e figure dell'amministrazione condivisa è infatti il corollario di atti normativi di vario grado, nonché strumenti di *soft law* che stanno dando vita al Piano, e che poggiando sui molti elementi di elasticità in cerca di definizione ne stanno determinando la reale portata consacrandolo in concrete riforme e specifici progetti, consentendo di darne una lettura evolutiva.

Il riferimento è in particolare al decreto legislativo n. 201 del 2022 "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica" e al d.lgs. n. 36 del 2023 "Codice dei contratti pubblici".

Tutti passaggi che vanno a confermare l'apertura verso modelli di co-programmazione/co-progettazione, andando "passo dopo passo" a

[112] Al riguardo interessante è il riferimento nel *Focus* alla valorizzazione dei beni confiscati alle mafie con il contributo Terzo settore, quale contributo alla creazione di una nuova consapevolezza sociale sui temi del contrasto alla criminalità organizzata.

[113] M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, in *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, *I*a cura di Id., Trento, 2016, 1-37.

definire meglio lo spazio di questo diverso modo di amministrare quale paradigma culturale ed istituzionale.

Così nel contesto del decreto legislativo n. 201 del 2022 che dà atto alle *milestone* PNRR M1C2-6 "Entrata in vigore della legge annuale sulla concorrenza 2021" e M1C2-8 "Entrata in vigore di tutti gli strumenti attuativi per l'effettiva attuazione e applicazione delle misure derivanti dalla legge annuale sulla concorrenza 2021" è inserita la riformulazione della disciplina dei servizi pubblici locali nel quadro delle riforme PNRR.

Quel che è certo è che questo rappresenta un passaggio nevralgico per le forme di collaborazione tra PA e enti del Terzo settore (Ets), che vedono riconoscere, per la prima volta, la possibilità di coinvolgimento nella *realizzazione di specifici progetti* di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica (non a rete). Vale a dire anche in settori "lontani" da quelli tradizionalmente riferibili ai modelli di *welfare,* andando così a valorizzare l'attività dei soggetti del Terzo settore nel "governo della comunità", visto non più quale appannaggio esclusivo della struttura organizzativa dell'ente locale[114].

Il riferimento è in particolare al combinato disposto degli artt. 10 e 18 del d.lgs. n. 201 del 2022, quale valorizzazione effettiva del principio di sussidiarietà orizzontale. Così l'art. 10 mette in connessione il perimetro del servizio pubblico locale e il principio di sussidiarietà, al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, riportando pressoché interamente la formulazione dell'art. 118, u.c., Cost., all'interno del perimetro del servizio pubblico locale (al comma 2), specificando altresì il *favor* nel riconoscimento di apposite agevolazioni e semplificazioni.

Più nello specifico poi l'art. 18 "Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore" individua tra le possibili modalità di gestione dei servizi pubblici locali i rapporti collaborativi previsti dal Codice del Terzo settore, ponendo però l'accento sulla scelta posta in essere, disponendo un ben individuato obbligo di motivazione che, a ben vedere, potrebbe portare a rafforzare la fiducia verso un nuovo paradigma sussidiario. Ciò in quanto l'art. 18, specifica che la motivazione deve essere data nell'ambito della relazione di cui all'articolo 14, comma 3, in riferimento alla "Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale". Questo vuol dire che, nell'articolare la motivazione, gli enti locali dovrebbero tenere conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità

[114] *Ibidem.*

del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati, oltreché dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali.

Tale valutazione sembrerebbe, dunque, mettere tutte le possibili modalità di gestione sullo stesso piano, ponendo l'ente locale di fronte alla verifica della realtà.

Questo potrebbe portare ad una progressiva valorizzazione del ruolo pubblico degli Ets, anche se rivolta, in particolare, alla fase della progettazione, più che a quella della programmazione, posto che l'art. 18 fa rifirmento espresso alla "*realizzazione di specifici progetti di servizio* o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica, pressochè replicando dunque la dicitura utilizzata all'art. 55 comma 3 CTS per definire la co-progettazione. Al riguardo "si pensi… alla possibilità che gli enti locali prevedano percorsi di collaborazione con gli Ets in materia di comunità energetiche, di trasporto sociale, di gestione di piscine comunali, di economia circolare e di gestione dei rifiuti. I partenariati con gli enti *non profit* potranno dunque essere vagliati alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale, verificandone la "fattibilità" e la "sostenibilità" nei singoli ambiti territoriali, inserendo anche questa forma di gestione nelle linee guida e regolamenti che gli enti locali possono adottare per disciplinare in modo efficace, trasparente e adeguato i rapporti giuridici con gli Ets"[115].

Un limite a tale valorizzazione rischia, però, di intravedersi nello stesso comma 3 dell'art. 18, laddove prevede che non è possibile fare riferimento nell'ambito dei servizi pubblici locali alla figura della co-progettazione quando le risorse pubbliche da mettere a disposizione degli enti del Terzo settore risultino, complessivamente considerate, superiori al rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli previsti ai fini dell'esecuzione del rapporto di partenariato.

Anche se il Dossier del Servizio Studi del Senato "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica" sembra andare

[115] A. Santuari, *Decreto sui servizi pubblici locali: valorizzato il ruolo pubblico del Terzo settore*, in *www.welforum.it*, 24 gennaio 2023

incontro ad una interpretazione non letterale del comma 3, nel sottolineare implicitamente il confuso *drafting* legislativo adottato, ed orientando verso una lettura conforme a Costituzione, secondo cui "l'attività di interesse generale svolta senza fini di lucro da tali enti realizza anche una forma nuova e indiretta di concorso alla spesa pubblica (ciò che deriva dal necessario reinvestimento degli utili in attività orientate a una funzione sociale)" [116], evidenziando così la differenza tra gratuità, rimborsabilità e non lucratività[117].

Il che chiama in causa più in generale la costruzione di una nozione pubblicistica del concetto di gratuità, "finalizzata a determinare una delle linee distintive fra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore", che "merita di essere approfondito in futuro, per la costruzione di un linguaggio comune fra gli attori pubblici e del Terzo settore"[118], ed utilizzabile ogni qual volta siano realizzate forme di co-programmazione/co-progettazione sia nel campo dei servizi pubblici locali che in quello dei servizi sociali[119].

6.1. *L'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici tra il riconoscimento della via alternativa di modelli di amministrazione condivisa e la normativa codicistica per i servizi sociali*

Ad avvalorare il nuovo spazio per le figure di co-programmazione/co-progettazione nella stagione del PNRR è poi il nuovo Codice dei contratti,

---

[116] Così Sent. Corte Cost., n. 72 del 2022, *Considerato in diritto*, punto 5, richiamando l'architrave esistente tra art. 118, u.c., Cost. e l'art. 55 CTS.

[117] Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, *Dossier – Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica A.G. 3*, in *documenti.camera.it*, 22 novembre 2022, in cui si sottolinea che il comma 3 sembra ribadire quanto stabilito non tanto all'art. 55 CTS, quanto il disposto dell'art. 56 CTS, rivolto al diverso ambito della Convenzioni, che prevede "per le sole APS e ODV l'obbligatorietà che le convenzioni possano prevedere esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate (nelle quali è compreso il lavoro svolto dai componenti dell'ETS), dunque non assenza di corrispettivo a carico dell'amministrazione bensì assenza di profitto per le ODV e le APS affidatarie dei servizi. Si ricorda però che, rispetto ai rapporti collaborativi fra P.A. e Terzo settore, per il resto degli ETS, il CTS prevede la "non lucratività" (ai sensi dell'art. 8 del CTS "divieto di distribuzione, anche indiretta, di utili, nell'ambito dello svolgimento delle attività di interesse generale").

[118] L. Gori, *Il tema della gratuità nell'amministrazione condivisa*, in *Cantiereterzosettore.it*, 27 giugno 2023.

[119] Il tema della gratuità è uno dei punti focali su cui vertono le sentenze del Consiglio di Stato nn. 5217/2023 e 5218/2023.

ed in particolare il suo art. 6, quale passaggio legislativo determinante per l'individuazione di una "nuova stagione della co-programmazione/co-progettazione" nella "stagione del PNRR"[120].

Il riferimento alle figure previste dal Codice del Terzo settore nel nuovo Codice dei contratti sembra infatti assumere una valenza giuridica carica di una particolare forza, in quanto questo è individuabile sia all'art. 6 nella parte relativa ai principi, sia in una serie di norme specifiche concernenti gli affidamenti di specifici servizi a carattere sociale secondo le regole del Codice dei contratti.

Quel che è certo è che introdurre tra i principi del nuovo Codice dei contratti pubblici l'art. 6 "Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore" non è certo una cosa da poco, poiché in questa collocazione è possibile leggere davvero un forte cambio di prospettiva, quale è, in fondo, quello affermato dalla storica sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale.

Così all'art. 6 il nuovo Codice sancisce che "In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione *può* apprestare, in relazione ad attività *a spiccata valenza sociale*, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla *condivisione* della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017".

Un articolo che sembra consolidare la *summa* del lungo e travagliato percorso che ha interessato gli istituti della co-programmazione/co-progettazione, e che evidenzia altresì come la pronuncia della Corte n. 131 del 2020 abbia assunto una vera e propria valenza anticipatrice per l'individuazione del principio di sussidiarietà tra i principi portanti del nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'introduzione di un tale principio porta poi a porre l'accento sull'effetto

[120] Per l'espressione "nuova stagione" in correlazione ai fenomeni dell'amministrazione condivisa si veda F. Scalvini, *Una nuova stagione. Il Codice del Terzo Settore e le relazioni tra enti del Terzo Settore e le Pubbliche Amministrazioni*, in *Welfare Oggi – speciale "Verso l'Amministrazione collaborativa"*, 2, 2018, mentre per il riferimento al PNRR quale paradigma di una nuova stagione dell'intervento pubblico in economia a livello europeo e nazionale sia consentito rinviare a V. Manzetti, *Dalle origini all'attuale PNRR: spunti e riflessioni*, cit., 2021, 128 ss.

che ne consegue, ovvero quello della *riduzione* dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici alle sole fattispecie ivi espressamente previste e ai soli casi in cui le stazioni appaltanti non ritengano di organizzare detti servizi ricorrendo a forme di co-programmazione e/o co-progettazione, come anche alla stipula di convenzioni con le Organizzazioni di volontariato o le Associazioni di promozione sociale, o a forme di autorizzazione o accreditamento previste dalla legislazione regionale in materia.

È dunque lo stesso Codice dei contratti, nella sua aggiornata e recente versione, a porre fine al conflitto che lo aveva posto come antagonista del proliferare degli istituti collaborativi previsti dal Codice del Terzo settore, andando a riconoscere espressamente gli strumenti di co-programmazione/co-progettazione quali strumenti ordinari di esercizio dell'azione amministrativa, non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato, nel rispetto dei principi del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990.

In altri termini, la scelta della modalità di organizzazione e di affidamento di un servizio o attivazione di un intervento, nell'ambito delle attività di interesse generale, elencate dall'art. 5 CTS, è in primo luogo la scelta fra le diverse tipologie di relazioni fra PA ed ETS.

Certo l'art. 6 del Codice potrebbe essere migliorato, come quell'ambiguo riferimento ad "attività a spiccata valenza sociale" che potrebbe essere interpretato limitando l'applicazione alla sola tipologia dei servizi sociali, o andando ad interrogarsi sul riferimento esclusivo agli enti del Terzo settore e non ai soggetti della sussidiarietà orizzontale, formulazione che potrebbe ricomprendere anche soggetti al limite del Terzo settore, ma ormai sedimentati nei territori[121].

Senza dubbio però, per quanto riguarda il consolidamento del paradigma sussidiario già molto è stato fatto, ed in generale, al di là delle criticità presenti nel testo, non può non evidenziarsi come il nuovo Codice presenti "profili fortemente innovativi, tanto sul piano dell'impostazione che su quello dei contenuti, toccando questioni di straordinaria rilevanza, non soltanto in termini economici, per lo sviluppo e la crescita del Paese"[122].

[121] Bisogna ricordare che la formulazione definitiva dell'art. 6 è stata oggetto di una forte revisione, che ha in gran parte eliminato le criticità presenti nella prima stesura dell'articolo. Si veda per approfondimenti L. Gori, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore*, in *CantiereTerzosettore.it*, 12 gennaio 2023.

[122] M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo codice*, in *www.federalismi.it*, 2023.

Significative sono le delucidazioni della Relazione di accompagnamento al nuovo Codice dei contratti pubblici laddove, con riguardo all'art. 6, viene affermato che la disciplina del rapporto tra enti del TS e PA non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con quest'ultimo.

In altre parole, il Codice sembra aprire lo spazio ad un modello fondato su un'analisi economica e sociale della soluzione prescelta che evidenzi il *valore aggiunto* della stessa rispetto al ricorso agli ordinari strumenti dell'evidenza pubblica tramite affidamento competitivo, secondo la logica del principio del risultato.

Questo significa che la co-programmazione e la co-progettazione, unitamente alle convenzioni e agli altri istituti della sussidiarietà sono una scelta possibile, ma anche che questi non esauriscono i rapporti giuridici tra enti pubblici e soggetti *non profit* e mutualistici che potrebbero continuare a muoversi nel solco del codice appalti.

In questa prospettiva, il riferimento è in particolare a quelle disposizione del nuovo Codice dei contratti pubblici che, ratificando le Direttive europee n. 23 e 24 del 2014 in materia di concessioni e appalti, prendono in considerazione gli affidamenti dei servizi a carattere sociale, in considerazione della loro caratteristica "genetica" che vede i servizi sociali, e in particolare i servizi alla persona, distinguersi per lo loro valenza specifica di essere rivolti a un'utenza fragile[123].

L'amministrazione potrebbe dunque sempre scegliere di affidare i servizi sociali percorrendo la strada tradizionale del Codice dei contratti pubblici, e questo per i più svariati motivi.

Ed in tal caso il riferimento è all'art. 127 "Norme applicabili ai servizi sociali e assimilati" (*ex* art. 140 del Codice del 2016); all'art.128 "Servizi alla persona" (*ex* art.142 del Codice del 2016); all'art. 129 "Appalti riservati" (*ex* art. 143 del

[123] Si ricorsa che la legge delega n. 78/2022 in materia di contratti pubblici, segnatamente all'art. 1, secondo comma, lett. v), prevedeva la "revisione della disciplina relativa ai servizi sociali e della ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché a quelli di servizio ad alta intensità di manodopera, per i quali i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere la previsione di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

Codice del 2016) [124], salva la non applicazione del Codice per gli affidamenti di servizi sociali sotto la soglia di 750.000 euro[125].

Tutte norme che rappresentano l'altra via percorribile dalle amministrazioni, a cui spetta dunque l'ultima parola sulla scelta tra la strada tradizionale del Codice dei contratti pubblici o la strada delineata dal Codice del Terzo settore[126].

L'auspicio è dunque che nella stagione della ripresa e della resilienza questa possibilità porti a scegliere, sia nel caso degli ambiti concernenti la normativa sui contratti pubblici, come nel caso di quella sui servizi pubblici locali, il percorso migliore, anche quando questo sembra essere il più difficile, magari perché meno usuale, come nelle ipotesi del "coinvolgimento degli enti del Terzo settore"[127].

7. *Qualche considerazione sparsa "su un altro possibile modo di amministrare": la stagione del PNRR sarà la "volta buona"?*

Volere addivenire ad una qualche conclusione su di un tema dalla portata così innovativa, come è quello della co-programmazione co-progettazione delle attività di interesse generale, non è affatto semplice,

[124] Si tratta di norme riconducibili al c.d. regime alleggerito (art. 127 e 128), e al c.d. regime riservato (art. 129). Al riguardo preme rilevare l'*incipit* dell'articolo 127 sui servizi sociali e servizi assimilati (a cui si rifà anche il conseguente art. 128), che rinvia all'art. 6 del Codice che, come si è detto, va a portare *all'interno* del Codice dei Contratti pubblici il Principio di sussidiarietà, chiamando in causa le forme di Coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal CTS. Il perché di questa specificazione, che tra l'altro replica la formulazione già introdotta nel vecchio codice ad opera del d.l. semplificazioni, sembra trovare la sua ragion d'essere nella storia che ha contraddistinto il difficile rapporto tra i due Codici, innescato proprio dal cortocircuito in sede di definizione delle Linee guida Anac sugli affidamenti dei servizi sociali.

[125] Si veda la lett. d) del comma 1 dell'art. 14 del nuovo Codice dei contratti pubblici, secondo cui "Per *l'applicazione del codice* le soglie di rilevanza europea sono: … d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati elencati all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE".

[126] Si veda anche C. Mancini, *Nuovo codice appalti, spazio al partenariato sociale che attua il principio della sussidiarietà orizzontale*, in *Il Sole 24 ore*, 2023. L'A. sottolinea come questo ambito normativo sia contiguo a quello disciplinato dal Codice del Terzo settore con il quale dovrà essere coordinato.

[127] Il richiamo è all'insegnamento di Pitagora, secondo cui bisognerebbe sempre scegliere il cammino che sembra il migliore anche se sembra il più difficile, poiché in tal caso l'abitudine lo renderà presto piacevole.

posto che questo chiama in causa un cambio di paradigma, e che, come tutti i cambiamenti, questo necessita di un lungo percorso di sperimentazione e adattamento. Certo è possibile dire che il percorso che ha interessato l'art. 55 del Codice del Terzo settore è senz'altro sintomatico della difficoltà di individuare anche da parte del legislatore una linea chiara e diretta delle modalità di azione delle pubbliche amministrazioni.

Dalle considerazioni sin qui svolte quello che emerge con sufficiente nettezza è, infatti, la possibilità per l'amministrazione di scegliere tra diversi strumenti: quello innovativo della co-programmazione e della co-progettazione con il coinvolgimento *attivo* del Terzo settore e quello tradizionale e sperimentato del ricorso alle procedure del Codice dei contratti pubblici.

Perché se è vero che a livello giurisprudenziale e anche legislativo si è giunti, nella stagione del PNRR, ad affermare che a livello giuridico la scelta tra i vari possibili modi di amministrare è del tutto neutra, nel qual tempo si è in sostanza anche riconosciuta la presenza di due *sottosistemi* giuridici di *pari legittimità*, con punti di contatto, ma riferibile ciascuno ad un proprio ed *indipendente corpus* normativo.

Il che significa che quel che dunque preme evitare, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, è che la scelta tra l'una o l'altra modalità non sia una scelta "mascherata", come emerge dalle recenti sentenze del Consiglio di Stato n. 5217/2023 e n. 5218/2023, in cui quel che rileva è che "nel caso di specie, il documento di massima allegato all'avviso pubblico… prefigura nei *dettagli* i profili dei vari servizi, che pure dovrebbero scaturire dalla co-progettazione con il soggetto selezionato all'esito della procedura di evidenza pubblica. Il ruolo, la finalità partecipativa, la componente collaborativa e ideativa che la norma assegna alla fase della co-progettazione appaiono, quindi, del tutto assenti, rendendo incerta la qualificazione della fattispecie e illegittimo l'utilizzo di un modello derogatorio delle ordinarie procedure di affidamento di un appalto di servizi. ... In altri termini, la sostanziale assenza della fase di co-progettazione impedisce di configurare il modello di partenariato delineato dall'art. 55, commi 3 e 4, del codice TS, e induce a ricondurre la vicenda a un ordinario appalto di servizi sociali"[128].

È altresì vero che dall'angolo di visuale dell'amministrazione tra i vari modi di amministrare vi è assai differenza, in quanto il modello di amministrazione condivisa nella prassi di molte amministrazioni si

[128] Così Cons. Stato, Sez. V, Sent. del 26 maggio del 2023, n. 5217, punto 11.2.

presenta di difficile applicazione, posto che "la tradizionale impostazione del nostro diritto amministrativo (il potere, il procedimento, le forme vincolate dell'azione: insomma, autorità e libertà!) ha un peso fortissimo nel sentire comune degli operatori" [129].

Angolazione quella dell'amministrazione che sembra porla in contrasto con quella degli amministrati, della società civile, che in ragione della complessità della società, dell'emersione sempre più rapida di nuovi bisogni sociali in ragione dell'evolversi della società, porta verso un modello orientato alla convergenza di obiettivi pubblici e privati e all'aggregazione delle risorse pubbliche con quelle private, dove il riferimento non è solo e tanto alle risorse economiche, ma anche alle risorse frutto della conoscenza del territorio.

Il che sembra chiamare in causa il "problema amministrativo" sotteso all'affidamento dei servizi sociali, evidenziato implicitamente anche dall'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea siglata a Nizza nel 2000, e la correlata necessità di stabilire un equilibrio tra concorrenza e solidarietà.

Come anche la Comunicazione della Commissione europea recante la "strategia Europa 2020" che in più occasioni richiama la necessità di "un approccio di partenariato", in forza del quale è affermata la necessità di un ampio coinvolgimento delle parti sociali e dei rappresentanti della società civile tanto nell'elaborazione dei programmi nazionali di riforma (*rectius* co-programmazione), quanto nella loro attuazione (*rectius* co-progettazione), al fine di portare le priorità dell'Unione più vicine ai cittadini, rafforzando così la titolarità necessaria per il successo della strategia Europa 2020.

Un tale approccio sembra dunque allontanarsi da quel modello basato sulla rigidità procedurale, secondo la logica della prevalenza della "sostanza sulla forma", portando anche ad individuare nella flessibilità un "valore" da "prendere in seria considerazione", quale esigenza di "adattabilità alle peculiarità" dei nuovi bisogni[130].

Il futuro degli istituti della co-programmazione/co-progettazione sembra pertanto essere legato a "doppio filo" all'idea di un nuovo diritto amministrativo, fondato su modelli di flessibilità, su strumenti innovativi

[129] Così V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena, M. Bombardelli, *L'amministrazione condivisa*, cit., 28.

[130] G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *www.federalismi.it,* 2015, spec. 37-38, sottolinea come quei modelli incardinati sulla rigidità procedurale trovino la loro *ragion d'essere* anche in una sorta di "ondata moralizzatrice".

di interlocuzione tra pubblico/privato, secondo un modello di risorse pubbliche e private aggiuntive, non solo a carattere economico (personale, beni, finanze, conoscenze…)[131] .

Questo significa anche investigare in merito a nuovi profili procedurali e processuali, rispetto a quelli inerenti l'attuale regime della responsabilità amministrativa e, conseguentemente in merito a tutte le implicazioni di ordine contabile-finanziario che ne possono derivare, ben sapendo che questi aspetti risultano ad oggi tutti da esplorare[132] e che corrono il rischio di alimentare una "divaricazione tra progresso civile – economico – sociale e apparati pubblici" [133].

Del resto il riferimento alla disciplina degli accordi di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo, dovrebbe consentire "ai dipendenti pubblici di praticare strumenti ai quali sono più adusi. In questa maniera dovrebbe essere favorito un atteggiamento più disponibile da parte del personale della pubblica amministrazione, meno esposto a rischi relativi alla responsabilità patrimoniale", ed al tempo stesso un maggior ricorso alle modalità di amministrazione condivisa[134].

Diversamente, vorrebbe dire arrendersi di fronte alla risoluzione di importanti problemi, quali l'ormai nota asimmetria informativa tra amministrazione ed enti del TS, per di più riferita al decisore politico, ma invero riferibile su fronti diversi, vale a dire sia al lato pubblico che a quello privato, quali i ritardi – sempre più gravi – che stanno rischiando di far naufragare il PNRR[135].

Viene da chiedersi se il PNRR sia effettivamente l'occasione per la

---

[131] Così M. Clarich, *Relazione conclusiva*, nell'ambito del Convegno sul tema "Co-progettazione e co-programmazione: la gestione in sussidiarietà della funzione pubblica da parte degli enti del Terzo settore", Trieste 25 marzo 2021.

[132] S.S. Scoca, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Il Diritto dell'economia*, 2021, 83-112.

[133] S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, spec. 142.

[134] Così F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa* , a cura di G. Arena, M. Bombardelli, cit., 92.

[135] Si veda al riguardo la necessità di chiarimenti del Ministero del Lavoro sulla co-progettazione nell'ambito della Missione 5 "Inclusione e Coesione", Componente 2 "Infrastrutture sociali, Famiglie, Comunità e Terzo Settore", Sottocomponente 1 "Servizi sociali, Disabilità e Marginalità sociale", in risposta ad alcuni quesiti posti dagli Ambiti territoriali sociali (Ats) ammessi al finanziamento a valere sull'Avviso pubblico n. 1/2022 "Pnrr" – Ministero del Lavoro, Nota n. 46/1059 del 7 luglio 2023.

valorizzazione del modello di amministrazione condivisa e la risposta non può che essere ambigua. Infatti se da un lato si è dato vita ad un *corpus* di norme che hanno fortemente valorizzato il ricorso alla co-programmazione/co-progettazione (così la disciplina sul Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il nuovo Codice dei contratti pubblici), dall'altro si è fatto riferimento, per l'attuazione degli obiettivi del Piano, a modelli tradizionali, per la ragione che il "vincolo temporale" su cui si poggia tutta l'architettura del Piano non sembra lasciare molto spazio a processi di partecipazione sociale e imprenditoriale.

Tutt'al più il PNRR sembra indirizzare – con finanziamenti *ad hoc* – verso modelli di co-progettazione, avvalorando la diffusione di un modello co-progettuale non sorretto da quello della co-programmazione, con l'effetto di limitare nella sostanza il valore innovativo dell'art. 55 CTS che appunto vede le figure della co-programmazione e co-progettazione come l'una connessa all'altra.

Si tratta pertanto di ripensare il rapporto tra gli enti del Terzo settore e l'amministrazione nella prospettiva indicata dalla Corte costituzionale, secondo cui "gli enti del terzo settore, in quanto rappresentativi della *società solidale*, spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della *società del bisogno*"[136].

Se questo è il potenziale delle pratiche di amministrazione condivisa *ex* art. 55 CTS, dovremmo dunque muoverci nella stagione del PNRR sapendo che "non possiamo morire di diritto amministrativo" proprio nella stagione di un Piano di straordinaria consistenza in cui tutto gira intorno alla capacità di ripresa e resilienza di "tutte" le pubbliche amministrazione alle quali è richiesto un reale e non più procrastinabile cambio di paradigma[137].

---

[136] Sent. Corte Cost., n. 131 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

[137] Il riferimento è alla nota frase dell'ultimo capitolo del libro di C. Cottarelli, *La lista della spesa*, Milano, 2015.

Abstract

Il contributo è volto ad analizzare potenzialità e criticità dell'art. 55 del Codice del Terzo settore quale modello di amministrazione condivisa di attività di interesse generale alternativo alla normativa del Codice dei contratti pubblici. Alternatività che comunque deve tener conto, laddove siano utilizzabili entrambe le modalità per lo svolgimento di un determinato servizio, che la concreta scelta tra la valorizzazione del *principio di sussidiarietà orizzontale* o del *principio della tutela della concorrenza* rientra nella discrezionalità amministrativa delle pubbliche amministrazioni.

Co-programming and co-design of Public Administration and third sector entities: from gloomy wood, because the path which led aright was lost, to the stars of the "new" planet of public contracts

This contribution aims at assessing strengths and weaknesses of art. 55 of the Third Sector Code, as a model of shared administration of activities of general interest, used as an alternative to the Code of public contracts. Such use will have to take into account, when both codes can be applied for the same scope, issues of horizontal subsidiarity and protection of competition, as an exercise of administrative discretion of public administrations.

Il commissariamento della sanità regionale nella prospettiva del riequilibrio territoriale

di Giuseppe Andrea Primerano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le origini del commissariamento della sanità regionale e la "missione" salute per la riduzione delle diseguaglianze. – 3. Il rapporto tra potere commissariale e garanzia dei livelli essenziali di assistenza nell'ottica della giurisprudenza costituzionale. – 4. La differenziazione normativa come conseguenza del commissariamento sanitario: il "caso" Calabria. – 5. I limiti all'autonomia commissariale tra erogazione di prestazioni costituzionalmente necessitate e ponderazione degli interessi.

1. *Introduzione*

Nell'attuale momento storico di trasformazione del settore sanitario, pur a fronte dell'accresciuta connotazione regionalista del sistema istituzionale frutto delle riforme costituzionali intervenute a cavallo del 2000[1], l'effettiva programmazione e l'efficiente erogazione di talune prestazioni essenziali non può prescindere dall'unità ordinamentale, tanto più ove si consideri che l'autonomia è pensabile solo nella cornice dell'unità[2]. Tale impostazione è determinante per evitare riflessi negativi sulla copertura qualitativa e quantitativa dei servizi erogati[3] ed assicurare modelli di assi-

[1] Il riferimento è alla l. cost. 22 novembre 1999, n. 1, e alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

[2] Cfr. A. RUGGERI, *"Forme" e "tecniche" dell'unità, tra vecchio e nuovo regionalismo*, in G. ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati* (Atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Pontignano, Università degli Studi di Siena, 10-11 maggio 2002), Torino, 2003, 95 ss.; *amplius*, E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004; per un inquadramento del processo di revisione costituzionale in senso autonomista, cfr. i contributi in A. FERRARA (a cura di), *Le autonomie territoriali nella riforma costituzionale*, Milano, 2001, cui *adde* G. FALCON (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, Bologna, 1998. Sul «rilancio dell'autonomia e dell'autogoverno locale, che ha nell'istituzione delle Regioni la sua leva fondamentale», v. già F. BASSANINI, *Le Regioni fra Stato e comunità locali*, Bologna, 1976, 7. Per esaustivi approfondimenti, si segnala il recente studio di G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torino, 2022, spec. 391 ss.

[3] Come si legge nel Referto al Parlamento sulla gestione finanziaria dei Servizi Sani-

stenza e cura in grado di rimediare alle disparità tra persone e territori segnalate da più parti[4].

A fronte di notevoli oneri, anche in termini di "migrazioni" dalla propria regione[5], gravanti soprattutto sui cittadini del Centro-Sud[6], si assiste a un'incessante ricerca di meccanismi capaci di sostenere le ragioni dell'autonomia e della differenziazione[7], in molti casi, mortificate dal legislatore statale[8]. La prospettazione della c.d. autonomia differenziata, tuttavia,

---

tari Regionali (esercizi 2020-2021) elaborato dalla Sezione delle autonomie della Corte dei conti, deliberazione n. 19/SEZAUT/2022/FRG, 92.

[4] Nel discorso di fine anno 2022, consultabile sul sito *www.quirinale.it*, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ha lanciato un monito degno di nota: «Occorre operare affinché quel presidio insostituibile di unità del Paese rappresentato dal Servizio Sanitario Nazionale si rafforzi, ponendo sempre più al centro la persona e i suoi bisogni concreti, nel territorio in cui vive (…). Le differenze legate a fattori sociali, economici, organizzativi, sanitari tra i diversi territori del nostro Paese – tra Nord e Meridione, per le isole minori, per le zone interne – creano ingiustizie, feriscono il diritto all'uguaglianza. Ci guida ancora la Costituzione, laddove prescrive che la Repubblica deve rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che ledono i diritti delle persone, la loro piena realizzazione. Senza distinzioni. La Repubblica siamo tutti noi. Insieme».

[5] Cfr. il Report Osservatorio GIMBE 1/2023 *Il regionalismo differenziato in sanità* (Fondazione GIMBE: Bologna, febbraio 2023, disponibile sul sito *www.gimbe.org/regionalismo-differenziato-report*). Sul rapporto tra regionalismo differenziato e tutela della salute, per un inquadramento, F. Angelini, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in *www.federalismi.it*, 15, 2019; R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Riv. AIC*, 2, 2019; L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, 1, 2020.

[6] La mobilità sanitaria interregionale avvera spesso forme di "turismo" sanitario non sovrapponibili a quelle considerate dalla giurisprudenza amministrativa e, sul piano generale, non consentite anche in ragione di «intuibili esigenze di natura economico-finanziaria a tutela dell'erario e di parità di trattamento dei cittadini/utenti» (Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2014, n. 19; Id. 22 gennaio 2014, n. 296; Id. 11 marzo 2014, n. 1146; Id. 17 marzo 2014, n. 1320; Id. 21 luglio 2014, n. 3881), in considerazione della richiesta di autorizzazione a effettuare cure specialistiche all'estero, né con il consolidato principio di libera scelta del paziente che comprende la scelta della struttura, pubblica o privata, a cui rivolgersi.

[7] Cfr. il d.d.l. recante «disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione» (A.S. 615) presentato dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie dott. R. Calderoli, attualmente in corso di esame in commissione.

[8] È quanto rileva F.G. Scoca, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, 297, secondo cui «il legislatore statale, con l'avallo

non può superare l'imprescindibilità del coordinamento centrale per una reale promozione dello sviluppo economico, infrastrutturale e sociale dei territori più disagiati[9].

Il rispetto della dignità umana e dell'uguaglianza è un valore comune agli ordinamenti caratterizzati dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla giustizia e dalla solidarietà (art. 2 TUE). La riduzione del divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo di quelle meno favorite presuppone il rafforzamento delle politiche di coesione (art. 3 TUE e artt.

---

della Corte costituzionale, ha in molti modi tentato (spesso con successo) di mortificare le autonomie riconosciute dalla Costituzione, e in particolare le autonomie regionali, utilizzando in misura esageratamente ampia i poteri di indirizzo e coordinamento, ovvero servendosi del principio di "leale collaborazione" tra Stato e Regioni, o ancora interpretando in modo estensivo i limiti contenutistici della legislazione regionale».

[9] Cfr. L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, cit., 25, che, in tale prospettiva, richiama l'intervento straordinario svolto dalla Cassa per il Mezzogiorno istituita con l. 10 agosto 1950, n. 646. Al riguardo cfr. G. Mori (a cura di), *Autonomismo meridionale: ideologia, politica e istituzioni*, Bologna, 1981, spec. i contributi di E. Guaita, *Intervento straordinario e autonomie locali*, 95 ss., e M. Villari, *La Cassa per il mezzogiorno e il problema dell'autonomia regionale*, 149 ss. F. Manganaro, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, in *Nuove autonomie*, 2, 2022, 387 ss., spec. 392 ss., affronta il tema della coesione partendo dalla "questione meridionale" nel nostro Paese e ricorda come la riduzione del divario di cittadinanza sia una delle tre priorità trasversali alle sei Missioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Si vedano, in particolare, le lettere c) e d) dell'art. 3 del Regolamento 2021/241/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, dedicate all'esigenza di garantire una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva ed alla coesione economica, sociale e territoriale. Si veda, inoltre, il titolo I della parte III del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41. Anche G.P. Manzella, *Il "tempo" della politica di coesione*, in *www.federalismi.it*, 13, 2021, si sofferma sulla centralità politica dell'intervento di coesione: «una centralità di azione, in ragione della più completa attenzione ai temi della diseguaglianza e della inclusività, accanto a quelli più tradizionali della competitività (…); una centralità di metodo amministrativo, in ragione delle modalità di organizzazione e di funzionamento comuni ai diversi livelli di governo che è capace di suscitare (…); una centralità di rapporto tra istituzioni e cittadinanza, dato che nell'intervento di coesione ci sono ricadute dirette in termini di identità europea (…). Sono questi i motivi per cui la politica di coesione va "presa sul serio": da tutti i livelli istituzionali. Con una maggiore attenzione politica al tema; con un'azione di rafforzamento delle strutture amministrative coinvolte sia a livello statale, sia a livello regionale; con uno sforzo in più dal punto di vista della valutazione dei risultati e della loro comunicazione».

174 e 175 TFUE)[10], valore fondante il *Next Generation EU*[11] e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Il PNRR, per rafforzare l'equità degli investimenti programmati, ha previsto che almeno il 40% delle risorse territorializzabili siano destinate al Mezzogiorno, a dimostrazione della rilevanza del riequilibrio territoriale e dell'esigenza di implementare gli interventi di perequazione infrastrutturale tra aree geografiche già previsti, ma non attuati, dal processo di revisione costituzionale in senso federalista[12].

Il riferimento della Carta al principio di equità intergenerazionale (art. 9, comma 3, Cost.)[13], fondamento delle molteplici articolazioni dello sviluppo sostenibile[14], supporta un simile impianto che questo lavoro mira a indagare sotto il profilo della tutela della salute e, nello specifico, prestando particolare attenzione al commissariamento della sanità regionale.

Il contributo prende spunto dalle origini di tale forma di commissariamento e dalla finalità della materia sanitaria di contrastare le diseguaglianze, che denotano condizioni di povertà[15], per poi soffermarsi sull'affermazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) e sulla connotazione del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost. che offre copertura alle nomine commissariali volte all'attuazione dei programmi operativi di riorganizzazione, riqualificazione e potenziamento del servizio sanitario regionale, ridenominati piani di rientro. L'analisi è condotta senza trascurare l'apporto giurisprudenziale e gli effetti che il commissariamento della

[10] Anche la Carta di Nizza, che possiede il medesimo valore giuridico dei trattati (art. 6, par. 1, TUE), nel Capo IV dedicato alla "Solidarietà" si riferisce alla coesione sociale e territoriale dell'Unione (art. 36). Merita, inoltre, ricordare che l'art. 3 del progetto di Costituzione europea presentato nel 2003 dalla Convenzione sul futuro dell'Europa prevedeva tra gli obiettivi dell'Unione la promozione della coesione economica, sociale e territoriale, nonché la solidarietà tra gli Stati membri.

[11] Cfr. i considerando 2 e 3 del Regolamento 2021/241/UE.

[12] Cfr. B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002.

[13] Introdotto dalla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

[14] Cfr. i 17 obiettivi ("*Sustainable Development Goals*-SDGs") e i 169 target per raggiungerli entro il 2030 individuati dall'Agenda per lo Sviluppo Sostenibile sottoscritta nel 2015 dai Paesi membri dell'ONU. L'obiettivo 3, in particolare, consiste nell'assicurare la salute e il benessere per tutti e per tutte le età.

[15] Cfr. C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 48, sulla scia di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 232 ss., per cui la povertà è assunta nell'accezione «di privazione o di grave menomazione di diritti fondamentali».

sanità regionale, ove protratto, può determinare sui criteri di allocazione delle competenze. In tale prospettiva, infine, viene impostata una riflessione sui limiti riguardanti l'azione amministrativa commissariale per individuare i caratteri del relativo sindacato giurisdizionale.

2. *Le origini del commissariamento della sanità regionale e la "missione" salute per la riduzione delle diseguaglianze*

La propensione del settore sanitario al pluralismo e al decentramento non giustifica differenziazioni sostanziali nei livelli essenziali di godimento del diritto alla salute, la cui natura "fondamentale" si coordina con ulteriori prescrizioni, di rango costituzionale, idonee a bilanciare spinte regionali autonomiste[16]. I fattori unificanti delle politiche sanitarie sono direttamente desumibili, oltre che dall'art. 32 Cost.[17], dagli artt. 117, commi 2, lett. m), e 3, 118, comma 1, 119, comma 3, e 120, comma 2, da leggere alla luce degli artt. 2 e 3 Cost. sui principi fondamentali di solidarietà e di uguaglianza[18].

---

[16] Sulla regionalizzazione del governo del Servizio Sanitario Nazionale (SSN), istituito con l. 23 dicembre 1978, n. 833, in un momento coevo alla riforma del Titolo V della Costituzione ad opera della l. cost. n. 3/2001, si veda G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 90, il quale rileva che essa è avanzata anche per effetto delle misure sul federalismo fiscale di cui alla l. 13 maggio 1999, n. 133, e al d.lgs. 18 febbraio 2000, n. 56, nonché della l. 20 dicembre 2000, n. 405, di conversione del d.l. 18 settembre 2001, n. 347, recante «interventi urgenti in materia di spesa sanitaria», che ha ampliato la competenza in tema di assetto degli ospedali, sperimentazione gestionale e, più in generale, di organizzazione del servizio. Sulla potestà normativa dello Stato come garanzia di continuità, rispetto al periodo pre-riforma, in materia di tutela della salute cfr. M. Dugato, *Sussidiarietà e salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, 7.

[17] Cfr. N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2000, 377 ss.

[18] Cfr. V. Antonelli, E. Griglio, *Tutela della salute*, in L. Vandelli, F. Bassanini (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, 2012, 38. Sul valore dell'uguaglianza e, in particolare, sulla forza acquisita da quella sostanziale «e quindi dalla necessità di trattare in modo uguale gli uguali, ma in modo diseguale i diseguali», G. Amato, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, 196. Sul nesso fra tutela della salute e uguaglianza sostanziale, C. Bottari, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991, 49 ss. Sul rapporto fra art. 3 Cost., Stato sociale e fondamento dei diritti sociali, senza pretesa di esaustività, G. Corso, *I diritto sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 757; F.A. Roversi Monaco, *Compiti e servizi. Profili generali*, in *Diritto amministrativo*, cit., II, 7.

La finalità della materia sanitaria di contrastare le diseguaglianze ha giustificato l'affermazione dei livelli essenziali di assistenza in detto settore prima della riforma del Titolo V della Costituzione[19] e, al giorno d'oggi, non può che orientare le istanze di differenziazione fondate sull'art. 116, comma 3, Cost.[20]. Il tema non attiene semplicemente al riparto di compe-

[19] Cfr. R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 135. Sul collegamento fra i LEA attualmente richiamati dall'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. e gli artt. 2 e 3 Cost., L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, cit., 26. Cfr., inoltre, V. Molaschi, *Le diseguaglianze sostenibili nella sanità*, in F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 3 ss. La delimitazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza, quindi, deve conformarsi al «rispetto dei principi di dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché all'economicità nell'impiego delle risorse» (Corte cost. 27 marzo 2003, n. 88). Sulla necessità di assicurare a tutti gli aventi diritto, con carattere di generalità, determinati standard strutturali e qualitativi di prestazioni per il soddisfacimento di diritti civili e sociali, *ex multis*, Corte cost. 9 maggio 2014, n. 121.

[20] Ad avviso di V. Molaschi, *I livelli essenziali di assistenza sociale*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2022, 97, il regionalismo differenziato «sta riportando all'attenzione tanto il tema della determinazione dei "livelli essenziali" quanto quello della definizione dei costi e dei fabbisogni *standard*». La medesima A., a tale stregua, ipotizza che il regionalismo differenziato possa operare come una sorta di volano anche per l'individuazione organica dei "Liveas" (cfr., *amplius*, S.A. Frego Luppi, *I principi*, in E. Codini, A. Fossati, S.A. Frego Luppi, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019, 33 ss.; A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2020, 58 ss.), pur non nascondendosi come «tale operazione, con riferimento al settore dei servizi sociali, presenti maggiori difficoltà rispetto ad altre aree di attività, in considerazione delle profonde diversità regionali che lo connotano e del carattere individualizzato e complesso delle prestazioni, che coniugano una pluralità di interventi, elementi che rendono oltretutto non agevole l'identificazione dei costi e dei fabbisogni *standard*, cardine del sistema» (p. 98). N. Gullo, *Notazioni sul regionalismo differenziato tra aspirazioni autonomistiche e solidarietà economico-sociale*, in *Nuove autonomie*, 3, 2020, 818, pur osservando che l'art. 116, comma 3, Cost. «in termini del tutto inediti per la tradizione costituzionale italiana spalanca la prospettiva di una diversificazione del regime giuridico e dell'ambito di azione delle Regioni a statuto ordinario», conclude che «se il regionalismo italiano intende intraprendere la via dell'accentuata differenziazione del regime delle autonomie (…) questo cambiamento non può essere il risultato inconsapevole dell'accoglimento di istanze locali e di complesse mediazioni territoriali delle coalizioni politico-partitiche; al contrario, deve collegarsi a una strategia complessiva di riforma della macchina amministrativa, come sollecitano anche le istituzioni europee nel contesto del *Next Generation EU*» (p. 833). Sull'attenzione a fasi alterne riservata dalla dottrina all'art. 116, comma 3, Cost. e per una ricognizione dei principali passaggi del confronto istituzionale, A. Angiuli, *Centralismo autonomia secessione. Funzione amministrativa e regionalismo differenziato*, in *Diritto amministrativo e società civile*, vol. III, *Problemi e prospettive*, Bologna, 2020, 3 ss.; R. Caridà, *Il processo di differenziazione regionale* ex *art.*

tenze legislative e amministrative; si tratta di favorire processi di integrazione tra vari livelli che, pur valorizzando il ruolo regionale, non trascurino il carattere strategico della tutela della salute come diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Il potere sostitutivo dello Stato di cui all'art. 120, comma 2, Cost. non cristallizza un limite all'autonomia territoriale, ma è uno strumento per ripristinarla[21] qualora particolari situazioni critiche possano compromettere l'effettività dei diritti costituzionali o l'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero esporre l'istituzione statale a responsabilità europea o internazionale[22]. In altre parole, le previsioni dell'art. 120, comma 2, Cost. fanno «sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze assicurando comunque, nelle ipotesi patologiche, un intervento di organi centrali a tutela di interessi

116, terzo comma, della Costituzione: la natura delle funzioni e i vincoli costituzionali, in *Nuove autonomie*, 1, 2020, 139 ss.; F. Cortese, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 4, 2017, 689 ss.; G. Falcon, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, ivi, 625 ss.; C. Tubertini, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di rilettura alla luce dell'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 18, 2018; L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, in *Astrid Rassegna*, 11, 2018; Id., *Il regionalismo differenziato*, in *Riv. AIC*, 3, 2019, 574 ss., che colloca l'art. 116, comma 3, Cost. fra alcuni pilastri fondamentali del Titolo V della Costituzione: «da un lato, precisamente, il principio di differenziazione, che insieme a quello di adeguatezza e di sussidiarietà è sancito esplicitamente nella distribuzione delle funzioni (…); dall'altro, i valori unitari e gli strumenti per la loro tutela, i livelli essenziali, la perequazione e la solidarietà del sistema finanziario, i principi fondamentali nelle materie concorrenti, la leale collaborazione, eccetera» (p. 575); e, su tali basi, dopo aver osservato che «le Regioni colgono l'art. 116, comma 3, Cost. come occasione per richiedere l'eliminazione di vincoli che ritengono fortemente pregiudizievoli», invita a riflettere sui problemi del regionalismo italiano mediante una verifica puntuale dei problemi di funzionamento del sistema nel suo complesso. Tale prospettiva è stata valorizzata da M. Immordino, *L'autonomia regionale alla luce del regionalismo differenziato nel pensiero di Luciano Vandelli*, in *Ist. fed.*, 2019, 45 ss.

[21] Come rilevato da Corte cost. 23 luglio 2021, n. 168, con nota di A. Carosi, *Risanamento finanziario, garanzia dei livelli essenziali e poteri sostitutivi: riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 168 del 2021*, in *Bilancio com. persona*, 2, 2021, 50 ss., la crisi di una determinata autonomia territoriale non ne scalfisce «il valore potenziale in quanto non viene mutata, nell'esercizio del potere di cui all'art. 120, comma 2, Cost., la titolarità originaria delle competenze esercitate in via sostitutiva dall'autorità centrale».

[22] Che il riconoscimento del valore delle autonomie territoriali (e locali) non possa prescindere dalla prova concreta della realizzazione di determinati interessi essenziali è esplicitamente affermato da Corte cost. 27 gennaio 2004, n. 43, con nota di F. Merloni, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Le Regioni*, 4, 2004, 1074 ss.

unitari»[23] e rendono lo Stato garante di ultima istanza[24].

Ciò contribuisce a chiarire la connotazione costituzionale del potere in questione e introduce la disciplina dei piani di rientro dai deficit di bilancio in materia sanitaria e dell'eventuale successivo commissariamento della sanità regionale, in collegamento con l'esigenza di migliorare l'erogazione del servizio sociosanitario attraverso la razionalizzazione della spesa e la riduzione degli sprechi[25]. I programmi operativi di riorganizzazione,

[23] Corte cost. 14 ottobre 2005, n. 383; Id. 19 luglio 2004, n. 236; Id. 27 gennaio 2004, n. 44. Sul potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost. come competenza "di chiusura" del sistema e sulla relazione tra fissazione dei livelli essenziali e piena realizzazione del principio di uguaglianza, si veda A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 61.

[24] L'intervento del potere sostitutivo statale, che può spingersi fino a esautorare, nel rispetto del principio di leale collaborazione, gli organi democraticamente eletti, prefigura l'impossibilità che persino la legge regionale interferisca con lo svolgimento delle funzioni commissariali (cfr. Corte cost. 20 ottobre 2020, n. 217, e, da ultimo, Corte cost. 14 febbraio 2023, n. 20). In tale prospettiva, è stata dichiarata l'incostituzionalità di previsioni legislative regionali idonee a tradursi in una violazione immediata degli obblighi previsti nel piano di rientro e degli specifici poteri attribuiti al commissario *ad acta*, come quelle concernenti la proroga automatica e generalizzata dei direttori generali, sanitari e amministrativi in contrasto con l'attribuzione al commissario del potere di disporne la sospensione e la sostituzione (cfr. Corte cost. 14 gennaio 2010, n. 2). Più in generale, sui poteri di sostituzione alla luce dell'evoluzione del quadro organizzativo della pubblica amministrazione nello Stato plurale, M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004; sulla sussidiarietà "ascendente" anche della potestà legislativa, Corte cost. 1 ottobre 2003, n. 303, con note di A. Celotto, *La Corte rende flessibile la distribuzione delle competenze fra Stato e Regioni*, in *Riv. giur. edil.*, 1, I, 2004, 52 ss.; A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 5, 2003, 2776 ss.; R. Ferrara, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà*, in *Foro it.*, 4, I, 2004, 1018 ss.; F. Fracchia, *Dei problemi non (completamente) risolti dalla Corte Costituzionale: funzioni amministrative statali nelle materie di competenza regionale residuale, norme statali cedevoli e metodo dell'intesa*, ivi, 1014 ss.; A. Moscarini, *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corre costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 12, 2003.

[25] Le premesse sono per certi aspetti analoghe a quelle, incentivanti la regionalizzazione e l'aziendalizzazione della sanità, alla base della l. delega 23 ottobre 1992, n. 421, e del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come integrato dal d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517, e rivisitato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, e dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, di conversione del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, ma anche della riforma fiscale di cui alla l. 5 maggio 2009, n. 42, e dei successivi decreti attuativi, fra cui il d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68, sulla determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario, che hanno interamente ridisciplinato sul piano finanziario i vincoli unificanti posti dal d.lgs. n. 56/2000. Sulla razionalizzazione e la riduzione della spesa sanitaria, si veda ulteriormente il titolo III della l. 7 agosto 2012, n. 135, di conversione del d.l. 6 luglio 2012, n. 95. Sulle difficoltà applicative di tale riforma che, ricorrendo a indicatori comuni a tutte le regioni, avrebbero dovuto segnare l'abbandono del criterio della spesa storica calcolata

riqualificazione e potenziamento del servizio sanitario regionale, ridenominati piani di rientro[26], istituiti dalla legge finanziaria 2005[27] contengono sia le misure di riequilibrio del profilo di erogazione dei LEA, per renderli conformi con la programmazione nazionale e con il vigente d.P.C.M. riguardante la loro definizione[28], sia le misure per ottenere l'equilibrio di bilancio sanitario.

La disciplina dei piani di rientro introduce significative innovazioni nel rapporto tra unitarietà e differenziazione in materia sanitaria[29]. Le regioni sottoposte alla procedura di risanamento perdono parte della loro autonomia decisionale, fino alla nomina governativa di un commissario *ad acta* per l'attuazione del piano, essendo legate all'adozione di misure organizzative e provvedimenti condizionanti l'offerta assistenziale rivolta agli utenti del servizio.

---

utilizzando la quota capitaria ponderata, in passato, causa di sprechi e deresponsabilizzazione, a scopo sinottico, L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, cit., 27 ss.

[26] L'art. 1, comma 796, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), istitutiva un fondo per il triennio 2007-2009 da ripartirsi fra le regioni interessate da elevati disavanzi, ne ha subordinato l'accesso «alla sottoscrizione di apposito (…) piano di rientro dai disavanzi» puntualizzando il relativo contenuto.

[27] E resi effettivi con l'Intesa fra Stato e Regioni del 23 marzo 2005.

[28] Il d.P.C.M. 12 gennaio 2017 recante «definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza» di cui all'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 502/1992 ha sostituito il d.P.C.M. 29 novembre 2001. La "griglia LEA" si compone di 22 indicatori, in base ai quali viene elaborato un unico risultato che riassume la valutazione dei servizi erogati in ciascuna delle tre aree assistenziali (prevenzione collettiva e sanità pubblica, assistenza distrettuale e assistenza ospedaliera): sono adempienti le regioni che conseguono un risultato complessivo pari o superiore a 160. Diversamente da tale sistema valutativo, il monitoraggio fondato sul Nuovo Sistema di Garanzia (NSG), introdotto in via sperimentale con d.m. 19 marzo 2019 e operativo dal 1° gennaio 2020, è basato su 88 indicatori, dei quali 22 "*core*", ossia impiegati per valutare l'erogazione dei LEA in ciascuna delle suddette aree assistenziali, che sostituiscono la "griglia LEA" in vigore fino al 2019, e 66 "*no core*" che non concorrono alla formazione dei punteggi finali, bensì costituiscono una base informativa per la valutazione complessiva dei SSR e dei loro fabbisogni assistenziali. Il NSG attribuisce un punteggio ad ogni area assistenziale e considera adempiente la regione che totalizza un punteggio, per ciascuna area, pari almeno a 60 (con valore massimo di 100). L'ultima verifica adempimenti LEA disponibile si riferisce all'anno 2019. Per un confronto tra i risultati della Griglia LEA per il periodo 2015-2019 e il monitoraggio sperimentale per il 2019 in base al NSG, si veda la deliberazione n. 19/SEZAUT/2022/FRG della Corte dei conti, 74 ss.

[29] Cfr. V. Antonelli, E. Griglio, *Tutela della salute*, cit., 52 s.

Viene in rilievo un procedimento complesso, articolato su più livelli, in cui la Regione riscontra l'eventuale alterazione dell'equilibrio economico-finanziario e adotta i provvedimenti necessari per il contenimento della spesa ai sensi dell'art. 1, comma 174, della l. 30 dicembre 2004, n. 311. È poi previsto uno specifico accordo fra l'ente territoriale ed i Ministri della Salute e dell'Economia e delle Finanze contenente un programma operativo volto a riorganizzare e riqualificare il SSR onde perseguire il predetto equilibrio nel rispetto dei LEA e degli adempimenti dell'intesa (art. 1, comma 180, l. cit.).

Il piano di rientro mira ad assicurare l'effettività dei livelli essenziali di assistenza in contesti regionali ove l'equilibrio economico-contabile risulta compromesso, con la conseguenza che gli interventi previsti sono vincolanti per l'ente territoriale, tenuto a rimuovere eventuali ostacoli alla compiuta attuazione del piano[30]. In sostanza, non sono consentite attività regionali suscettibili di interferire con la cornice programmatoria e finanziaria imposta dai piani di rientro[31]. Ad essere compromesso, nelle regioni sottoposte a piano di rientro, è il buon andamento rafforzato, nella prospettiva della sana gestione finanziaria, dall'introduzione – ad opera della l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, che ha novellato gli artt. 81, 97 117 e 119 Cost.[32] – dell'obbligo di equilibrio di bilancio declinato in ambito sanitario.

Il problema è che a costi elevati per la finanza pubblica non sempre corrispondono prestazioni adeguate, donde ulteriori profili di inefficienza amministrativa che postulano interventi "straordinari" per il tramite

[30] Art. 2, comma 95, della l. 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010).

[31] Cfr. Corte cost. 1 giugno 2018, n. 117.

[32] In relazione al principio di "sana gestione finanziaria" come declinazione della buona amministrazione, si veda già G. della Cananea, *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2011, 44, cui *adde* Id., *La disciplina giuridica delle finanze dell'Unione e delle finanze nazionali*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 322 ss., con particolare riguardo ai profili istituzionali del divieto di disavanzi eccessivi e del Patto di stabilità. A seguito dell'introduzione ad opera della l. cost. n. 1/2012 dei principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico, inoltre, S. Cimini, *Equilibrio di bilancio e principio di buon andamento*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Napoli, 2019, 393 ss.; V. Manzetti, *Bilancio pubblico ed equità intergenerazionale*, in *Nuove autonomie*, 1, 2020, 163 ss.; A. Zito, *Diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio: le dinamiche di un rapporto "complicato" nel prisma delle decisioni giudiziali*, ivi, 2, 2020, 331 ss., che indaga le ripercussioni del vincolo dell'equilibrio di bilancio, idoneo ad alterare il rapporto fra Stato e Regioni, limitando l'autonomia di queste ultime, sull'effettività della tutela dei diritti sociali.

di appositi commissari[33]. Il commissariamento si giustifica proprio in ragione dell'omessa realizzazione degli obiettivi prefigurati nel piano di rientro dal disavanzo sanitario previamente concordato fra lo Stato e la Regione e, dunque, sopraggiunge all'esito di una persistente inerzia degli organi regionali che, in tal modo, si sottraggono a un'attività imposta sia da esigenze di finanza pubblica connesse alla necessità di assicurare la tutela dell'unità economica della Repubblica, sia dai livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto fondamentale alla salute[34]. Così, qualora dall'azione congiunta del Comitato paritetico permanente per la verifica dei livelli essenziali di assistenza[35] e del Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali[36] dovesse emergere un perdurante inadempimento regionale sotto il profilo economico-finanziario e di erogazione dei LEA, in base all'art. 120, comma 2, Cost. il Governo sarebbe nella condizione di nominare un commissario *ad acta* per l'intera durata del piano di rientro, definendo un mandato con diversi obiettivi valutati periodicamente dai competenti tavoli tecnici[37].

Le regioni attualmente sottoposte alla disciplina dei piani di rientro sono sette: Abruzzo, Calabria, Campania, Lazio, Molise, Puglia e Sicilia[38].

---

[33] Riecheggia qui il monito della dottrina secondo cui «il tema del commissario *ad acta*, o *ad actus*, si iscrive prevalentemente nel vasto panorama dell'inefficienza nell'esercizio di attività che rilevano anche – o soltanto – nell'interesse alieno ed in particolare di funzioni della pubblica amministrazione» (V. Caputi Jambrenghi, *Commissario* ad acta, in *Enc. dir.*, agg. VI, 2002, 285).

[34] Cfr., *ex multis*, Corte cost. 19 gennaio 2017, n. 14; Id. 22 novembre 2016, n. 266; Id. 11 novembre 2015, n. 227.

[35] Anche detto Tavolo monitoraggio LEA, operante presso il Ministero della Salute, istituito dall'art. 9 dell'Intesa fra Stato e Regioni del 23 marzo 2005. Il regolamento di funzionamento del Comitato è stato adottato dalla Conferenza Stato-Regioni in data 10 febbraio 2011 (n. 18/CSR).

[36] Il Tavolo di verifica degli adempimenti previsti dall'art. 1, commi 173 e 181, della l. n. 311/2004, coordinato dalla Ragioneria Generale dello Stato, è stato istituito dall'art. 12 dell'Intesa fra Stato e Regioni del 23 marzo 2005. Il regolamento di funzionamento del Tavolo in questione è stato adottato dalla Conferenza Stato-Regioni in data 27 luglio 2011 (n. 131/CSR).

[37] Sull'esigenza di garantire effettività al finanziamento dei LEA, in correlazione all'attività sinergica intrapresa dai tavoli tecnici richiamati, cfr. Corte cost. 21 novembre 2022, n. 233.

[38] Il primo piano di rientro è relativo alla Regione Lazio e si fonda sull'accordo tra Ministro della Salute, Ministro dell'Economia e delle Finanze e Presidente della Regione perfezionato in data 28 febbraio 2007. Di poco successivo il piano di risanamento del SSR abruzzese, stipulato nel mese marzo, coevo ai piani riguardanti il SSR campano, ligure e molisano. Nel mese di luglio dello stesso anno sono stati, inoltre, approvati i

La Liguria e la Sardegna hanno concluso i rispettivi piani di rientro al termine del primo triennio di vigenza, nel 2010, mentre il Piemonte nel 2017. Ad eccezione della Puglia, le altre sei regioni proseguono attraverso programmi operativi e in due casi, Molise e Calabria, l'ente è commissariato[39].

Alle origini del commissariamento della sanità regionale molisana[40] si pone l'accordo sul piano di rientro di individuazione degli interventi per il perseguimento dell'equilibrio economico stipulato tra il Ministro della Salute, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e il Presidente della Regione il 27 marzo 2007 recepito con DGR del 30 marzo 2007, n. 362. In Calabria l'accordo sul piano di rientro dal disavanzo è stato perfezionato il 17 dicembre 2009 e recepito con DGR n. 97 del 12 febbraio 2010. In quest'ultimo caso si era raggiunto un tale livello di inaffidabilità dell'intera contabilità regionale della sanità da dover addirittura ricorrere, per tentare di ricostruirla, alla procedura di "ascolto certificato" consistente in una dichiarazione dei direttori generali circa il livello dei debiti e crediti in capo a ciascuna azienda sanitaria[41].

---

piani di rientro dal disavanzo sanitario in Sardegna e Sicilia. A fine 2009 anche la Regione Calabria "entra" in piano di rientro, prima della Puglia e del Piemonte (luglio e novembre 2010).

[39] Le Regioni uscite dal commissariamento della sanità sono il Lazio, l'Abruzzo e la Campania. Nel Lazio, il primo commissario *ad acta* è stato il Presidente della Regione dott. P. Marrazzo (d.P.C.M. 11 luglio 2008), l'ultimo il Presidente dott. N. Zingaretti (d.P.C.M. 10 aprile 2018). Il d.P.C.M. 5 marzo 2020 e il successivo d.P.C.M. 6 aprile 2020 hanno disposto la cessazione del mandato commissariale e il conseguente rientro della Regione Lazio nell'esercizio delle proprie funzioni ordinarie. Il commissariamento in Abruzzo risale al d.P.C.M. 11 settembre 2008, che aveva individuato un soggetto esterno alla compagine politica regionale, cui seguono i d.P.C.M. di nomina dei successivi commissari – in entrambi i casi si è trattato del Presidente della Regione – del 12 dicembre 2009 e del 23 luglio 2014. La cessazione del mandato commissariale è avvenuta in data 30 settembre 2016 (d.P.C.M. 15 settembre 2016). La Campania viene commissariata nel mese di luglio 2009 – come il Molise (v. *infra*) – e, all'infuori di una parentesi di diciannove mesi (cfr. d.P.C.M. 11 dicembre 2015), il commissario *ad acta* è sempre stato il Presidente della Giunta. Il d.P.C.M. 5 dicembre 2019 ha disposto la cessazione del mandato commissariale e il conseguente rientro della Regione Campania nell'esercizio delle funzioni ordinarie.

[40] Il primo commissario *ad acta* ad essere nominato è il Presidente della Regione Molise dott. M. Iorio (d.P.C.M. 24 luglio 2009 e d.P.C.M. 20 gennaio 2012), mentre l'attuale commissario è il Presidente dott. D. Toma (d.P.C.M. 5 agosto 2021) che succede a due commissari estranei alla compagine politica regionale (cfr. d.P.C.M. 7 dicembre 2018 e 31 marzo 2021).

[41] Sulla procedura di ascolto certificato quale «emblema delle carenze endemiche della contabilità pubblica» si veda A. Carosi, *Risanamento finanziario, garanzia dei livelli*

La sostituzione statale volta a evitare il *vulnus* all'erogazione dei livelli essenziali di assistenza, causa di gravi conseguenze sotto l'aspetto della solidarietà e dell'uguaglianza, e al principio di equilibrio di bilancio non può, alla stregua di simili premesse, protrarsi in modo indefinito. Inoltre, se lo scopo ultimo della materia sanitaria è quello di contrastare le diseguaglianze, l'affermazione dei LEA appare inconciliabile con istanze autonomiste idonee ad accentuare ulteriori divaricazioni regionali[42].

L'ordinamento della sanità non può abdicare alla propria "missione" di garantire un'erogazione omogenea dei servizi sull'intero territorio nazionale, in ossequio al principio di universalità alla base dell'istituzione del SSN e alla natura fondamentale del diritto alla salute enunciata dall'art.

---

essenziali e poteri sostitutivi, cit., 79 ss. Criticità non dissimili, per gravità, del SSR calabrese sono ulteriormente riscontrabili – come rileva l'Avvocatura generale nelle memorie di costituzione nel giudizio da cui origina la sentenza n. 168/2021 della Consulta, riportando le conclusioni della riunione (8-9 ottobre 2020) del Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali e del Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei LEA – in relazione alle carenze concernenti i bilanci aziendali degli enti del SSR, le quali superano l'omessa adozione dei bilanci 2013-2017 dell'ASP di Reggio Calabria. Nel 2018 si riscontrano omissioni delle ASP di Cosenza e Reggio Calabria, nel 2019 è pienamente ottemperante la sola Azienda Ospedaliera di Cosenza. L'assenza di direttori generali in carica, inoltre, ha precluso sia l'applicazione delle procedure di verifica straordinaria di cui all'art. 2 del d.l. 30 aprile 2019, n. 35, convertito dalla l. 25 giugno 2019, n. 60, sia una programmazione delle attività con il necessario orizzonte temporale. Più in generale, l'Avvocatura dello Stato ha delineato l'allarmante quadro della sanità calabrese con riferimento «alla rete ospedaliera, alla rete perinatale, alla rete oncologica, all'assistenza territoriale, allo stato dei pagamenti delle aziende del SSR, alla gestione del personale, ai flussi informativi, alla contabilità analitica e al programma operativo per la gestione dell'emergenza da Covid-19». Riconosce una "opacità contabile" che da tempo affligge l'esposizione debitoria della Regione Calabria la sentenza della Corte cost. 11 novembre 2022, n. 228.

[42] Convergono su tale assunto anche R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., 15: «se con riferimento specifico alla materia sanitaria si è argomentato che la finalità precipua di un sistema nazionale di tutela della salute è di ridurre le diseguaglianze tra territori e tra persone, sicché la tenuta unitaria del sistema contro una sua decostruzione corrisponde a un interesse non derogabile dalla procedura di differenziazione *ex* art. 116, comma 3, Cost., l'esigenza di orientare il regionalismo differenziato alla valorizzazione delle migliori espressioni dell'autonomia a beneficio dell'intera collettività nazionale e non solo di quella locale interessata vale per tutti gli ambiti materiali coinvolti e impone di precludergli percorsi di sviluppo che possano condurre, già nel medio periodo, all'aggravamento delle disparità territoriali in una direzione opposta e contraria a quella della coesione economico-sociale che trova tutela anche presso i trattati eurounitari».

32 Cost., che non può subire interferenze da fattori condizionanti[43] come la residenza[44]. Di particolare interesse, in tale prospettiva, è la Missione 6 "Salute" del PNRR che, nelle sue componenti[45], presuppone il valore universale della salute, la sua natura di bene pubblico fondamentale e la rilevanza macro-economica dei servizi sanitari pubblici in ogni area del Paese[46].

La prima componente[47] mira a rafforzare le prestazioni erogate sul territorio attraverso l'attivazione e il potenziamento di strutture e presidi territoriali, come le case della comunità e gli ospedali di comunità, il potenziamento dell'assistenza domiciliare, lo sviluppo della telemedicina e una più efficace integrazione con tutti i servizi sociosanitari[48]. La seconda

---

[43] Cfr. B. Caravita di Toritto, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1, 1984, 32 ss.

[44] Per alcuni rilievi di ordine più generale, cfr. F. Manganaro, *Il concetto di cittadinanza alla luce dei livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, cit., 211.

[45] Queste componenti, sebbene distinte, appaiono fortemente correlate. In tal senso, si veda anche N. Posteraro, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *www.federalismi.it (osservatorio di diritto sanitario)*, 2021, 221 (nt. 135), che, ad esempio, evidenzia il nesso fra sviluppo della telemedicina e ammodernamento/rafforzamento dell'infrastruttura tecnologica delle strutture sanitarie, e viceversa, senza trascurare le potenzialità del fascicolo sanitario elettronico inteso dal PNRR quale «pietra angolare per l'erogazione dei servizi sanitari digitali e la valorizzazione dei dati clinici nazionali» (p. 17). Sul ruolo fondamentale di tale fascicolo, inoltre, M.A. Sandulli, *Sanità, misure abilitanti generali sulla semplificazione e giustizia nel PNRR*, in *www.federalismi.it (osservatorio di diritto sanitario)*, 2021, 10. Sulla transizione verso un modello di sanità "digitale" cfr. M. D'Arienzo, *La trasformazione digitale della sanità tra problemi organizzativi e profili di responsabilità professionale*, in *Dir. econ.*, 2, 2022, 135 ss., e, con particolare riguardo alla disciplina sul trattamento dei dati personali e al "divario digitale", P. Lombardi, *Sicurezza dei dati in ambito sanitario ed evoluzione tecnologica tra passato, presente e futuro*, ivi, 3, 2021, 49 ss.

[46] PNRR, p. 222.

[47] M6C1 «Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale».

[48] In tale prospettiva, merita ricordare che l'art. 1, comma 163, della l. 30 dicembre 2021, n. 234 (legge di bilancio 2022), fissa presso le case della comunità la sede operativa dei punti unici di accesso (PUA) ai servizi sociali e sociosanitari a beneficio di persone in condizioni di non autosufficienza che il SSN e gli ambiti territoriali sociali (ATS) di cui all'art. 8, comma 3, lett. a), della l. 8 novembre 2000, n. 328, sono tenuti a garantire mediante le risorse umane e strumentali di propria competenza. Detti ambiti, salvo quanto previsto dall'art. 23 del d.lgs. 15 settembre 2017, n. 147, recante «disposizioni per

componente[49] è volta a migliorare e ammodernare le strutture tecnologiche e digitali esistenti, a consolidare il fascicolo sanitario elettronico, a implementare l'erogazione e il monitoraggio dei LEA, anche per effetto del potenziamento dei flussi informativi sanitari, a contribuire al progresso della ricerca scientifica e delle competenze del personale alle dipenden-

---

l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà», in base alla suddetta legge di bilancio, costituiscono la sede necessaria presso cui programmare, coordinare, realizzare e gestire interventi, servizi e attività utili al raggiungimento dei livelli essenziali delle prestazioni sociali (LEPS) – «costituiti dagli interventi, dai servizi, dalle attività e dalle prestazioni integrate che la Repubblica assicura, sulla base di quanto previsto dall'art. 117, comma 2, lett. m, Cost. e in coerenza con i principi e i criteri indicati agli artt. 1 e 2 della l. n. 328/2000, con carattere di universalità su tutto il territorio nazionale per garantire qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione, prevenzione, eliminazione o riduzione delle condizioni disvantaggio e di vulnerabilità» (art. 1, comma 159, l. n. 234/2021) – anche nell'ottica di concorrere alla piena attuazione degli interventi previsti dal PNRR nell'ambito delle politiche per l'inclusione e la coesione sociale. Secondo G.M. Napolitano, *Finalmente i livelli essenziali delle prestazioni sociali? La legge di bilancio 2022 tra ambiguità e nuovi sviluppi*, in *Dir. regionali*, 1, 2023, 51 ss., nel processo di attuazione del federalismo fiscale e dell'autonomia differenziata, la vicenda dei LEPS offre il modello di riferimento per la sistemazione di ulteriori comparti, in quanto consente di evidenziare il nesso tra fiscalità territoriale, autonomia regionale, LEP e perequazione. L'esperienza maturata in relazione ai LEA può avere un notevole impatto sulla definizione dei LEPS, dato che l'intreccio fra servizi sociali e sanitari è in progressiva affermazione. In tema, diffusamente, C. Bottari (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014; L. Degani, R. Mozzanica, *L'integrazione sociosanitaria*, in *Manuale di diritto dei servizi sociali*, cit., 49 ss.; E. Rossi, *Il "sociosanitario": una scommessa incompiuta?*, in *Riv. AIC*, 2, 2018. Già l'art. 22 della l. n. 328/2000 aveva individuato LEPS erogabili sotto forma di beni e servizi secondo le caratteristiche ed i requisiti fissati dalla pianificazione nazionale, regionale e zonale. Spicca il Piano Nazionale degli Interventi e dei Servizi Sociali 2021-2023 composto da una cornice generale e piani settoriali, in cui compaiono le schede tecniche di alcuni LEPS, quali il Piano sociale nazionale, il Piano per gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà ed il Piano per la non autosufficienza, elaborati dalla Rete della protezione e dell'inclusione sociale istituita ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 147/2017 presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali per favorire una maggiore omogeneità territoriale nell'erogazione delle prestazioni e definire linee guida per gli interventi (sull'impostazione alla base di tali piani cfr. V. Molaschi, *I livelli essenziali di assistenza sociale*, cit., 96 s.). Il Piano Nazionale degli Interventi e dei Servizi Sociali individua come prioritari i seguenti LEPS: pronto intervento sociale, supervisione del personale dei servizi sociali, servizi sociali per le dimissioni protette, prevenzione dell'allontanamento familiare, servizi per la residenza fittizia, progetti per il dopo di noi e per la vita indipendente.

[49] M6C2 «Innovazione, ricerca e digitalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale».

ze del servizio sanitario.

Tutto ciò per rendere più efficace la risposta ai bisogni di cura delle persone, che la recente emergenza pandemica ha accentuato. Le criticità emerse durante la diffusione del Covid-19, infatti, riflettono carenze strutturali in larga misura riconducibili alla frammentazione del SSN.

La divaricazione regionale nell'erogazione dei servizi sanitari o l'inadeguatezza concernente la loro integrazione con ulteriori servizi territoriali e sociali, aggravate da evidenti insufficienze infrastrutturali, al pari degli elevati tempi di attesa per l'offerta di determinate prestazioni, non costituiscono novità. È interessante, piuttosto, la nuova metodologia di governo del PNRR che assegna valenza prioritaria agli indirizzi unitari elaborati a livello centrale e, in sede di programmazione delle politiche sociali e sanitarie, denota una significativa convergenza tra le missioni dedicate all'inclusione e alla coesione ed alla salute[50], entrambe finalizzate

[50] Sul necessario coordinamento tra Missione 5 «Inclusione e coesione» e Missione 6 «Salute» cfr. G. Razzano, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2022, 8 s., che si riferisce al «lungo cammino dalla centralità dell'ospedale a quella della persona da assistere». Con particolare riguardo agli interventi di assistenza domiciliare integrata alle persone fragili, si veda A. Pioggia, *Conclusioni*, in M.A. Sandulli (a cura di), *L'assistenza domiciliare integrata. Esperienze, problemi e prospettive* (Atti del webinar del 18 ottobre 2020), Napoli, 2021, 107 ss. Più in generale, sulla riconosciuta centralità della persona e dei doveri di protezione, è sempre attuale il pensiero di A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, agg. II, Milano, 1998, 966 ss. In tale ottica, appaiono degne di nota le previsioni dell'art. 1, comma 162, della l. n. 234/2021 – cui si rimanda per ulteriori specificazioni – in base alle quali, salvo quanto previsto dal d.P.C.M. 12 gennaio 2017, i servizi socio-assistenziali volti a promuovere la continuità e la qualità di vita a domicilio e nel contesto sociale di appartenenza delle persone anziane non autosufficienti, comprese le nuove forme di coabitazione solidale delle persone anziane, sono erogati dagli ATS nelle seguenti aree: a) assistenza domiciliare sociale e assistenza sociale integrata con i servizi sanitari; b) servizi sociali di sollievo per le persone anziane non autosufficienti e le loro famiglie; c) servizi sociali di supporto per le persone anziane non autosufficienti e le loro famiglie. Significativa, altresì, la definizione del progetto di assistenza individuale integrata (PAI) ad opera dell'equipe di cui all'art. 1, comma 163, della legge citata che, nel rispetto di quanto previsto dal richiamato decreto per la valutazione del complesso dei bisogni di natura clinica, funzionale e sociale delle persone, assicura la funzionalità delle unità di valutazione multidimensionale (UVM) della capacità bio-psico-sociale dell'individuo «anche al fine di delineare il carico assistenziale per consentire la permanenza della persona in condizioni di non autosufficienza nel proprio contesto di vita in condizioni di dignità, sicurezza e comfort, riducendo il rischio di isolamento sociale e il ricorso ad ospedalizzazioni non strettamente necessarie». Il PAI, fra l'altro, individua le responsabilità, i compiti e le modalità di svolgimento dell'attività degli operatori sanitari, sociali e assistenziali che intervengono nella presa in carico della persona, nonché l'apporto della famiglia e degli altri soggetti che collaborano alla sua realizzazione.

alla riduzione delle diseguaglianze fra i territori e le persone[51].

3. *Il rapporto tra potere commissariale e garanzia dei livelli essenziali di assistenza nell'ottica della giurisprudenza costituzionale*

Il riconoscimento di significativi spazi di intervento alle Regioni in relazione alle politiche sanitarie rinviene un limite indefettibile nell'esigenza di garantire in modo uniforme sull'intero territorio nazionale i LEA, ossia prestazioni necessarie per rispondere ai bisogni fondamentali di pro-

---

La programmazione degli interventi e la presa in carico si avvalgono del raccordo informativo, anche telematico, con l'INPS. Negli ambiti del sociale diversi dalla non autosufficienza, in relazione alle aree di intervento e ai servizi già individuati *ex* art. 22, commi 2 e 4, della l. n. 328/2000, l'art. 1, comma 169, della l. n. 234/2021 ha previsto la definizione ad opera del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, di LEPS che integrano quelli già definiti ai sensi degli artt. 5 e 23 del d.lgs. n. 147/2017, degli artt. 1 e 4 del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito con modificazioni dalla l. 28 marzo 2019, n. 26, e dell'art. 1, comma 797, della l. 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di bilancio 2021), in coerenza con gli obiettivi e le modalità di monitoraggio di cui al d.P.C.M. 1 luglio 2021 per la definizione del livello dei servizi offerti e l'utilizzo delle risorse da destinare al finanziamento e allo sviluppo dei servizi sociali. In sede di prima applicazione si definiscono i LEPS individuati come prioritari nell'ambito del Piano Nazionale degli Interventi e dei Servizi Sociali 2021-2023.

[51] Merita fin d'ora osservare che a parte le risorse complessivamente assegnate pari a 20,23 miliardi di euro – di cui 15,63 finanziati dal *Recovery and Resilience Facility* (RFF), 2,89 dal Fondo nazionale complementare e 1,71 dal *Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe* (React-EU) – per la Missione 6 "Salute", con l'obiettivo di ridurre i divari territoriali, la Commissione europea ha stanziato ulteriori fondi propri per l'importo di 625 milioni di euro finalizzati a finanziare il Programma nazionale "Equità nella Salute", volto a favorire l'accesso ai servizi sanitari e sociosanitari delle fasce della popolazione in condizioni di difficoltà, riservati a sette Regioni del Mezzogiorno classificate come "meno sviluppate" – tra quelle meridionali l'Abruzzo è l'unica Regione ricompresa fra quelle "in transizione" – dalla decisione di esecuzione (UE) 2021/1130 della Commissione del 5 luglio 2021. Il programma è articolato in quattro priorità di intervento: contrasto della povertà sanitaria, salute mentale, salute di genere e maggiore copertura degli *screening* oncologici. Con riferimento all'ammontare complessivo delle risorse volte a finanziare le sei Missioni del PNRR, per rafforzare il valore perequativo ed equitativo degli investimenti programmati, come anticipato, è previsto che almeno il 40% di quelle territorializzabili (pari a circa 82 miliardi) siano destinate al Mezzogiorno. Per ulteriori sviluppi, cfr. F. Manganaro, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, cit., 397 ss. Evidenzia la necessità di rileggere la "questione meridionale" come tema di rilevanza nazionale (e sovranazionale) anche A. Romeo, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, 807 ss.

mozione, mantenimento e recupero della tutela della salute[52], in coerenza con gli artt. 3, comma 2, e 117, comma 2, lett. m), Cost.[53], rispetto ai quali il tema della differenziazione si pone soprattutto in termini di efficiente erogazione del servizio. Le regole di cui all'odierno d.P.C.M. 12 gennaio 2017, tuttavia, non hanno trovato applicazione omogenea nelle diverse aree del Paese, con conseguente attivazione di interventi sostitutivi riconducibili all'art. 120, comma 2, Cost.

Il potere sostitutivo che detta norma riconosce al Governo mira a salvaguardare, al netto dei criteri di allocazione delle competenze[54], taluni interessi unitari che il sistema costituzionale affida alla responsabilità dello Stato[55] cui spetta, nel particolare ambito dei piani di rientro dai deficit di bilancio in materia sanitaria, il compito di «risolvere nel minor tempo possibile la crisi dissipativa di un certo ente autonomo, sì da rimetterlo in condizione di tornare a garantire i beni da questo, invece, al momento compromessi»[56]. La giurisprudenza costituzionale, in tal senso, consente di evidenziare l'inscindibile legame tra il conferimento di una determinata attribuzione e la previsione di un intervento sostitutivo volto ad assicurare che la finalità cui essa è preordinata non sacrifichi l'unità e la coerenza dell'ordinamento[57].

Nell'ambito in questione, quindi, la garanzia dei livelli essenziali di assistenza si intreccia con il fine di garantire la tenuta del quadro complessivo delle risorse pubbliche. Il panorama giurisprudenziale, del resto, restituisce da tempo all'interprete la massima per cui «il coordinamento finanziario può richiedere, per la sua stessa natura, anche l'esercizio di poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di

[52] Cfr. V. Antonelli, E. Griglio, *Tutela della salute*, cit., 46.

[53] Cfr. E. Pesaresi, *La "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" e la materia "tutela della salute": la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, 1733 ss. Rimarca il nesso tra i principi di unità, uniformità e uguaglianza anche D. D'Orsogna, *Principio di uguaglianza e differenziazioni possibili nella disciplina delle autonomie territoriali*, in F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, 8 e 22.

[54] Ai fini del ragionamento che si sta conducendo non è superfluo ricordare che, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., la tutela della salute e il coordinamento della finanza pubblica rappresentano materie di potestà legislativa concorrente.

[55] Cfr. Corte cost. n. 43/2004.

[56] Corte cost. n. 168/2021.

[57] In tal senso v. V. Antonelli, *Livelli essenziali, materie trasversali e altri fattori unificanti*, in *Il federalismo alla prova*, cit., 395.

dati e di controllo»[58].

Quando il controllo si traduce nell'esercizio di poteri sostitutivi assume un rilievo peculiare il rapporto fra distinti livelli istituzionali[59]. È significativo che in base al medesimo art. 120, comma 2, Cost. i poteri sostitutivi devono essere esercitati nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione[60], mentre l'art. 8, comma 5, della l. 5 giugno 2003, n. 131, vincola i provvedimenti sostitutivi al rispetto del principio di proporzionalità[61].

Il problema, per venire al cuore dell'indagine, è che le due regioni attualmente commissariate – Calabria e Molise – vivono una simile situazione di "straordinarietà" da oltre dieci anni e tale circostanza ha opacizzato i termini del loro rapporto con l'istituzione statale. Già la sentenza della Corte costituzionale n. 117/2018, relativa alla Regione Campania, aveva avuto modo di precisare che «il lungo protrarsi del commissariamento costituisce un sintomo negativo dell'andamento di tale processo,

---

[58] Così, *ex multis*, Corte cost. 15 maggio 2015, n. 86; Id. 22 dicembre 2010, n. 370; Id. 30 dicembre 2003, n. 376.

[59] Cfr. B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, cit., 32 ss., il quale, richiamata la «situazione di sostanziale equiordinazione dei soggetti componenti la Repubblica, fra loro ormai caratterizzati non già da una differenziazione gerarchica, bensì da una differenziazione funzionale» a norma del nuovo art. 114 Cost., indaga l'unità giuridica ed economica di cui all'art. 120, comma 2, Cost. ai fini dell'attivazione del potere di sostituzione «che fa riferimento all'esigenza (teorica e pratica) di unità, che la Costituzione non poteva obliterare e che si ricollega, fornendo uno strumento operativo, all'art. 5, così come all'art. 54 (la fedeltà alla Repubblica è fedeltà ad un soggetto composito, ma pur sempre unitario) e al 1° comma dell'art. 120». L'analisi induce l'A. ad osservare che per fondare tale potere «occorrerà motivare come e perché una certa misura (o omissione) regionale o locale» leda detta unità (p. 36).

[60] Cfr. M Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 296.

[61] La giurisprudenza costituzionale ha affermato a più riprese che il legislatore statale, pur essendo tenuto a rispettare i principi desumibili dall'art. 120 Cost. cui l'art. 8 della c.d. legge La Loggia sopra richiamata ha dato attuazione, rimane libero di articolarli in forme diverse (Corte cost. 13 marzo 2014, n. 44; Id. 9 luglio 2009, n. 209), fermo restando che i poteri sostitutivi: a) devono essere previsti e disciplinati dalla legge, che ne deve definire i presupposti sostanziali e procedurali, in ossequio al principio di legalità; b) vanno attivati solo in caso di accertata inerzia della Regione o dell'ente locale sostituito; c) devono riguardare solo atti o attività privi di discrezionalità nell'*an*; d) devono essere affidati ad organi di Governo; e) devono rispettare il principio di leale collaborazione all'interno di un procedimento nel quale l'ente sostituito possa far valere le proprie ragioni; f) devono conformarsi al principio di sussidiarietà (Corte cost. 16 luglio 2015, n. 171).

cosicché si accentua l'esigenza di soluzioni strutturali univoche ed efficaci e del rigoroso rispetto delle regole a tale scopo concepite»[62].

Ai fini del raggiungimento degli obiettivi previsti nei programmi operativi di prosecuzione del piano di rientro dai disavanzi del SSR e allo scopo di tutelare il rispetto dei LEA, il d.l. n. 35/2019, come convertito, ha dettato "misure emergenziali" per il servizio sanitario calabrese[63].

[62] È appena il caso di osservare che, quando interviene il giudizio della Corte, la Campania è caratterizzata da diversi esercizi dalla soggezione al piano di rientro dal disavanzo sanitario, cui si accompagna, fin dal 2009, la presenza di un commissario *ad acta*. Le questioni di legittimità costituzionale sottoposte dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri al vaglio della Consulta riguardavano alcune disposizioni della l. reg. Campania 31 marzo 2017, n. 10, recante «misure per l'efficientamento dell'azione amministrativa e l'attuazione degli obiettivi fissati dal DEFR 2017-Collegato alla stabilità regionale per il 2017», direttamente o indirettamente lesive della cornice programmatoria e finanziaria imposta dal piano di rientro. Si tratta, in particolare, di disposizioni che: i) nelle more dell'attivazione di un nuovo policlinico, al fine di incrementare i LEA, legittimano un'azienda sanitaria locale e un'università a stipulare una convenzione volta a consentire l'utilizzo di spazi ospedalieri per garantire prestazioni aggiuntive rispetto a quelle già erogate (art. 1, comma 10); ii) prevedono il prioritario assolvimento del fabbisogno della rete ospedaliera tramite le strutture private provvisoriamente accreditate (art. 1, comma 4, lett. a, b, c); iii) accordano all'ASL il potere di prorogare i termini per gli adempimenti intermedi previsti dai decreti commissariali, una volta acquisito il parere del commissario *ad acta* (art. 1, comma 8). Tali disposizioni, sotto diversi profili, interferiscono – quand'anche solo potenzialmente – con le prerogative del commissario, invadendo una sfera preclusa alla Regione. Secondo la Corte, tutte le disposizioni scrutinate «sono riconducibili a una malintesa concezione del ruolo della Regione nel periodo di vigenza del piano di rientro e della gestione commissariale. Tale ruolo non può consistere in una sovrapposizione legislativa e amministrativa alle funzioni commissariali, ma deve limitarsi a compiti di impulso e vigilanza per la garanzia dei LEA ed a una trasparente e corretta trasposizione delle entrate e degli oneri finanziari per la sanità nel bilancio regionale».

[63] Sul d.l. n. 35/2019, come convertito, S. Villamena, *Il Commissariamento della sanità regionale. Conflittualità ed approdi recenti anche con riferimento al c.d. decreto Calabria*, in *www.federalismi.it (osservatorio di diritto sanitario)*, 2019, 17 ss., il quale evidenzia che la direzione impressa da tale atto con forza di legge mira a «rompere la situazione di naturale condizionamento dei vertici politici regionali nei confronti dei vertici dell'amministrazione sanitaria regionale», in particolare, concentrando l'attenzione sull'art. 8 relativo al supporto tecnico e operativo dell'Agenzia per i servizi sanitari regionali (AGENAS) nei confronti del commissario *ad acta* e dei commissari straordinari. Trattasi di previsioni che recepiscono con alcuni necessari aggiustamenti pregresse determinazioni della struttura commissariale impugnate dinanzi al giudice amministrativo (Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2018, n. 1009), poi annullate (v. *infra*), che denotano la difficile coesistenza fra livelli di governo statale e regionale nel medesimo ambito territoriale.

Tali previsioni, applicabili per diciotto mesi (art. 15, comma 1), hanno preceduto le "disposizioni urgenti" per il rilancio del SSR di cui al d.l. 10 novembre 2020, n. 150, convertito con modificazioni dalla l. 30 dicembre 2020, n. 181[64].

L'esigenza di simili interventi normativi discende dal lungo periodo di commissariamento che denota persistenti inefficienze amministrative[65] aggravate, per un verso, dallo scioglimento per diciotto mesi dell'organo di direzione generale delle aziende sanitarie provinciali di Reggio Calabria[66]

[64] L'art. 2, comma 1, del d.l. n. 169/2022, come convertito, ha disposto la proroga delle misure per il SSR calabrese in questione – la cui applicazione era in origine di ventiquattro mesi – di sei mesi, ad eccezione delle previsioni degli artt. 2, comma 3 (secondo e terzo periodo), 5 e 6 del d.l. n. 150/2020. Un'ulteriore proroga, fino al 31 dicembre 2023, è stata disposta ad opera dell'art. 3 del d.l. 10 maggio 2023, n. 51, recante «disposizioni urgenti in materia di amministrazione di enti pubblici, di termini legislativi e di iniziative di solidarietà sociale», convertito con modificazioni dalla l. 3 luglio 2023, n. 87.

[65] Costituisce riprova di quanto si afferma il Rapporto 2021 sul Coordinamento della finanza pubblica elaborato dalle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti, nella parte sul monitoraggio dei LEA: «In base all'indicatore complessivo, che riassume in modo aggregato lo stato di adempienza nei vari livelli di assistenza, si collocano oltre la soglia minima (160) cinque regioni in Piano di rientro: al di sopra di 200 Abruzzo e Lazio, 193 la Puglia, stazionarie Campania (168) e Sicilia (173). In netto peggioramento la qualità dei servizi resi in Calabria e in Molise che, con un punteggio pari a 125 e 146 (162 e 180 nel 2018), risultano inadempienti secondo la Griglia LEA» (p. 268). La situazione, dunque, è in ulteriore e progressivo peggioramento rispetto a quanto evidenziato nell'omonimo Rapporto 2019: «Nell'ambito delle Regioni impegnate nei Piani di rientro, o nella loro prosecuzione in programmi operativi, la Calabria ha registrato il valore più basso di soddisfacimento dei livelli essenziali di assistenza: un punteggio complessivo pari a 136 secondo la Griglia LEA, al di sotto della soglia di adempienza (160) e in flessione rispetto alla precedente annualità (144 nel 2016 e 147 nel 2015). Le carenze sono ascrivibili in primo luogo alla qualità e alla sicurezza dell'assistenza ospedaliera (…). A questa situazione fa riscontro l'elevata mobilità passiva extraregionale (20,5% rispetto a una media nazionale dell'8,3%), che nel corso degli anni ha contribuito ad aumentare l'entità del disavanzo sanitario: complessivamente, infatti, la quota di valore delle prestazioni ospedaliere erogate a residenti da strutture ubicate in altre Regioni è in sostanziale crescita, attestandosi a oltre 318 milioni di euro. Si rilevano, inoltre, ritardi nella riorganizzazione della rete ospedaliera (…), nelle procedure di accreditamento e nei rapporti con gli erogatori privati, nella definizione dei nodi della rete riabilitativa e della lungodegenza. Gravi le carenze e/o criticità nella trasmissione dei report in materia di controlli delle cartelle cliniche e nella contabilità analitica riscontrate in tutte le aziende del SSR» (p. 220).

[66] D.P.R. 11 marzo 2019.

e di Catanzaro[67] ai sensi degli artt. 143 e 146 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, per altro verso dall'elevato grado di conflittualità istituzionale insorto fra Stato e Regione[68]. Non bisogna dimenticare che, in Calabria, per molti anni si è registrata una dissociazione fra Commissario *ad acta* e Presidente della Giunta[69], circostanza mal tollerata dal livello di governo regionale da cui originano giudizi incardinati dinanzi sia alla Corte costituzionale che al giudice amministrativo[70].

In particolare, la sentenza della Corte n. 168/2021 offre preziosi spunti per riflettere sul d.l. n. 150/2020. È bene premettere che tale giudizio in via principale ha sancito l'incostituzionalità parziale delle norme impugnate dalla Regione Calabria. Si tratta dell'art. 1, comma 2, nella parte

[67] D.P.R. 13 settembre 2019.

[68] La sentenza della Corte cost. n. 168/2021, per l'esattezza, sottolinea la "distruttiva conflittualità" tra gli organi regionali e quelli commissariali.

[69] A differenza di altre realtà regionali (v. *supra*), solo in Calabria la sostituzione del Presidente della Regione con un funzionario statale quale commissario *ad acta* si è protratta così a lungo: dal 2014, quando il Gen. dott. L. Pezzi, già *sub* commissario, subentra al Presidente della Regione dott. G. Scopelliti nominato con d.P.C.M. 30 luglio 2010 (d.P.C.M. 19 settembre 2014), al 2021 (delibera del C.d.M. 4 novembre 2021 di nomina del dott. R. Occhiuto quale Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del SSR secondo i programmi operativi di cui all'art. 2, comma 88, della l. n. 191/2009 che conferma i contenuti del mandato commissariale affidato con deliberazione del 27 novembre 2020 al dott. Longo, come integrata dalla delibera del C.d.M. del 23 dicembre 2021).

[70] Si pensi alla citata sentenza del Tar Calabria n. 1009/2018, quando il ricorso regionale avverso il provvedimento commissariale recante l'approvazione di uno schema di convenzione con l'AGENAS è stato accolto in ragione dell'impossibilità per quest'ultima di percepire un corrispettivo aggiuntivo per lo svolgimento di attività istituzionali già attribuite all'ente ausiliario in base all'art. 5 del d.lgs. 30 giugno 1993, n. 266, e all'art. 1, comma 579, della l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016). L'annullamento del DCA n. 46 del 6 maggio 2016 in questione, dunque, riguarda la parte in cui detto decreto prevede l'erogazione di una somma come controprestazione di attività affidate all'Agenzia: «nella articolata disciplina delineata dal legislatore istitutiva e regolatoria dell'Agenas, quelle funzioni che, nel caso in esame, sono state convenzionalmente disciplinate mediante il ricorso allo schema dello "scambio" tra prestazione e controprestazione, risultano già assegnate all'ente che svolge funzioni di supporto consulenziale anche a favore delle Regioni interessate dai dissesti finanziari del settore sanitario». È appena il caso di osservare che simili statuizioni non sconfessano l'assunto per cui le funzioni amministrative del commissario *ad acta*, fino all'esaurimento dei suoi compiti di attuazione del piano di rientro, vanno poste al riparo da ogni interferenza degli organi regionali.

in cui non prevedeva che al prevalente fabbisogno della struttura commissariale provvedesse direttamente lo Stato e nella parte in cui, nell'imporre alla Regione di mettere a disposizione del commissario *ad acta* un contingente di venticinque unità di personale, stabiliva che detta entità costituisse un "minimo" anziché un "massimo"; e dell'art. 6, comma 2, nella parte in cui non prevedeva, in alternativa alla presentazione e approvazione del programma operativo di prosecuzione del piano di rientro per il periodo 2022-2023, l'approvazione di nuovo piano presentato dalla Regione ai sensi dell'art. 2, comma 88, della l. n. 191/2009[71].

[71] Che ha attuato l'originaria Intesa del 3 dicembre 2009 (cfr. art. 13, comma 14, del c.d. Patto per la Salute 2010-2012) stipulata ai sensi dell'art. 8, comma 6, della l. n. 131/2003. In attuazione del principio costituzionale di leale collaborazione, a partire dal 2000, Stato, Regioni e Province autonome hanno stipulato con cadenza periodica simili patti, ai quali si aggiungono accordi e intese aventi carattere settoriale, con l'obiettivo di definire e migliorare la qualità del servizio (cfr. R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, cit., 136). Al riguardo è appena il caso di osservare che l'art. 4, comma 7-*bis*, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, come convertito dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, ha prorogato il Patto per la Salute 2019-2021 «fino all'adozione di un nuovo documento di programmazione sanitaria». La sentenza della Corte n. 168/2021 ha invece dichiarato inammissibili le q.l.c. degli artt. 1, comma 2, 2, commi 1 e 2, 3, comma 1, 6, comma 2, e 7, commi 1, 3 e 4, del d.l. n. 150/2020, come convertito, promosse in riferimento all'art. 136 Cost. e agli artt. 32, 81, 118 e 119 Cost., nonché dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 150/2020, come convertito, promosse in riferimento agli artt. 81, comma 3, 117, 119 e 121 Cost. A tale declaratoria di inammissibilità si aggiunge quella di infondatezza delle q.l.c. dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 150/2020, come convertito, promosse in riferimento al principio di leale collaborazione; degli artt. 2, commi 1 e 2, 3, comma 1, 6, comma 2, e 7, commi 1, 3 e 4, del d.l. n. 150/2020, come convertito, promosse in riferimento agli artt. 5, 117, commi 3 e 4, 120, comma 2, e 121 Cost., nonché al principio di leale collaborazione; dell'art. 2, commi 1 e 2, e 7, comma 4, del d.l. n. 150/2020, come convertito, promosse in riferimento agli artt. 5, 117, comma 3, 120 e 121 Cost. Le disposizioni censurate, infatti, rafforzano i poteri del commissario *ad acta* nella perdurante sussistenza di una situazione estremamente critica e sono funzionali all'erogazione dei LEA e al raggiungimento degli obiettivi economico-finanziari. È pertanto decisiva, ad avviso della Corte, la considerazione che le disposizioni in questione «risultano fisiologicamente ascrivibili al potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost., nonché alla competenza statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.) concernenti il diritto alla salute e ai principi fondamentali della materia del coordinamento della finanza pubblica (art. 117, comma 3, Cost.)». Non è ravvisabile neppure la lesione del principio di leale collaborazione, in quanto la disciplina dei piani di rientro dai disavanzi sanitari e dei relativi commissariamenti si connota per «un costante confronto collaborativo tra il livello statale e quello regionale, la cui sede di elezione è rappresentata dall'azione congiunta del Comitato paritetico permanente per la verifica

La Corte, pur non adombrando il valore costituzionale dell'autonomia dell'ente sottoposto a piano di rientro, è stata molto netta nel confermare l'intervento sostitutivo dello Stato in ambiti riguardati da situazioni gestionali complicate o, addirittura, estreme come quelle vissute in Calabria. In tal senso, la pronuncia è accostabile all'orientamento che ha incentrato il sindacato di costituzionalità sull'efficienza gestionale del servizio parametrandola alla sua qualità e sostenibilità (anche) finanziaria[72]. Il fulcro della motivazione, infatti, è rintracciabile nella combinazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., dell'equilibrio di bilancio e della copertura della spesa, *ex* artt. 81, 117 e 119 Cost., e della corretta attivazione del potere sostitutivo ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost.

In primo luogo, viene rilevata l'inadeguatezza dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 150/2020 date le origini dell'ultradecennale periodo di commissariamento della sanità calabrese che ha subìto negli anni, addirittura, un peggioramento in termini di costi e di qualità del servizio socio-sanitario. A dispetto della lieve flessione del disavanzo sanitario, dal 2010 a oggi, continua a registrarsi una situazione di eccezionale gravità così riassunta dalla Corte: «in dieci anni il disavanzo cristallizzato nel piano di rientro si è ridotto – in termini assoluti – di pochissimo, passando da 104,304 mln di euro iniziali a 98,013 mln a fine 2019, con la conseguenza che gli abitanti della Calabria stanno colmando una voragine finanziaria che cresce e si alimenta di anno in anno. A fronte di questi "sacrifici finanziari" i medesimi cittadini non godono però di servizi sanitari adeguati, perché i LEA ancora non sono garantiti secondo il livello ritenuto sufficiente (…) mentre la mobilità sanitaria dei cittadini calabresi ha ormai assunto dimensioni imponenti»[73].

---

dei Livelli essenziali di assistenza e del Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali (…) organismi la cui stessa composizione, improntata a una compenetrazione tra la componente statale e quella regionale, garantisce di per sé il pieno coinvolgimento della Regione in merito all'analisi dell'andamento del proprio piano di rientro» (Corte cost. 24 luglio 2019, n. 200).

[72] Cfr. A. Carosi, *Risanamento finanziario, garanzia dei livelli essenziali e poteri sostitutivi*, cit., 52, e, *amplius*, G. Colombini, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost.*, in *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria* (Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile), Milano, 2019, 381 ss.

[73] Come si legge nel citato Rapporto 2019 della Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, sul Coordinamento della finanza pubblica, in tal modo, si è realizzata

Non si comprende, in base a simili premesse, per quali ragioni debba essere la Regione a mettere a disposizione del commissario *ad acta* un contingente (minimo) di personale[74], giacchè si tratterebbe di legittimare, in sostanza riproducendone i difetti, un apparato amministrativo fortemente deficitario. La struttura della norma censurata in via d'azione, in tal senso, appare carente poiché non consente di raggiungere l'effetto utile impiegando mezzi appropriati, in ultima analisi, eludendo un aspetto cruciale dei processi in cui si esercita il potere sostitutivo nei confronti delle regioni attraverso il commissario *ad acta*: «quest'ultimo, infatti, agendo – nell'attuazione del concordato piano di rientro – in sostituzione del livello politico regionale, inevitabilmente, si confronta con una p.a. territoriale che risulta gravemente inadempiente sotto molteplici profili. In tale azione, pertanto, il commissario deve essere assistito da una struttura amministrativa all'altezza del delicatissimo compito che si trova a svolgere»; per contro, la norma censurata «ha in ultima analisi escluso la possibilità che il commissario *ad acta* sia fin dall'inizio assistito da un'adeguata ed efficace struttura di supporto extra regionale, in quanto ha preteso affidare il compito di fornirla alla stessa amministrazione regionale, quando sono proprio la grave inefficienza e il condizionamento ambientale di quest'ultima che hanno concorso a determinare le condizioni dell'attivazione del potere sostitutivo»[75].

L'ampiezza delle citazioni mira a evidenziare che, in situazioni estreme come quella in analisi, privare la struttura commissariale delle risorse necessarie a supportarne l'azione, in definitiva, significa privare di effettività il potere sostitutivo esercitato dal commissario *ad acta*. È su queste basi che la Consulta giunge a preconizzare l'intervento di personale esterno, altamente qualificato, fornito direttamente dallo Stato[76].

---

una situazione di "doppia negatività" fra costi e prestazioni, ossia tra «performance negativa nella qualità delle prestazioni» e «disavanzi privi di copertura» (p. 220).

[74] È meramente ancillare la previsione dell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 150/2020, entro i limiti ivi indicati, che consente al commissario *ad acta* di avvalersi di personale dell'AGENAS.

[75] Così sempre Corte cost. n. 168/2021.

[76] In ottemperanza alla sentenza della Corte costituzionale n. 168/2021, l'art. 16-*septies*, comma 2, lett. a), del d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, come convertito dalla l. 17 dicembre 2021, n. 215, ha previsto l'assegnazione da parte dell'AGENAS del personale assunto *ex* art. 1, comma 472, della l. 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio 2020), a supporto del commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi sanitari della Regione Calabria fino al 31 dicembre 2024. Tale personale, sulla base dei fabbi-

Tutto ciò fa, ulteriormente, emergere il contrasto della norma censurata con gli artt. 81, comma 3, 117, comma 4, e 119 Cost. Il difetto di proporzionalità poc'anzi rilevato, cioè, si accompagna alla prescrizione di oneri organizzativi e finanziari ingiustificati.

Corollario di tale declaratoria di incostituzionalità è la riconosciuta illegittimità, con riferimento agli artt. 3, 97 e 117, comma 3, Cost., dell'art. 6, comma 2, del d.l. n. 150/2020 nei termini già precisati. La rivendicazione regionale delle somme stanziate a titolo di "contributo di solidarietà" – pari a sessanta milioni di euro per ciascuno degli anni 2021, 2022 e 2023[77] – in costanza di nuovo piano di rientro presentato dalla Regione, in alternativa al programma operativo di prosecuzione del piano predisposto dal commissario *ad acta*[78], infatti, è ragionevole in quanto entrambi gli strumenti sono idonei a perseguire i fini indicati dalla norma impugnata, consistenti nell'erogazione dei LEA e nell'equilibrio di bilancio sanitario. Anche nell'ipotesi del piano di rientro, comunque, non recede la condizione dell'approvazione governativa per l'erogazione del contributo di solidarietà, sicché le motivazioni addotte dalla Corte non potrebbero ritenersi collimanti con argomentazioni finalizzate a delegittimare l'intervento dell'autorità centrale in nome di asserite ragioni autonomiste.

La più recente sentenza della Corte costituzionale n. 20/2023 si muove nel solco già tracciato dalla pronuncia riguardante la Regione Campania prima richiamata. Il giudizio di costituzionalità, questa volta, investe

---

sogni stimati dal commissario *ad acta*, può operare anche presso il Dipartimento Tutela della Salute e Servizi Socio-Sanitari della Regione Calabria, l'Azienda per il governo della sanità della Regione Calabria-Azienda Zero istituita con l. reg. Calabria 15 dicembre 2021, n. 32, nonché presso gli enti di cui all'art. 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, del SSR che assicurano le risorse strumentali necessarie.

[77] L'art. 16-*septies*, comma 2, lett. f), del d.l. n. 146/2021, come convertito, ha autorizzato, nell'ambito del finanziamento del SSN, un contributo di solidarietà in favore della Regione Calabria di sessanta milioni per ciascuno degli anni 2024 e 2025.

[78] Ai sensi dell'art. 2, commi 88 e 88-*bis*, della l. n. 191/2009, i programmi operativi costituiscono «prosecuzione e necessario aggiornamento degli interventi di riorganizzazione, riqualificazione e potenziamento del piano di rientro al fine di tenere conto del finanziamento del servizio sanitario programmato per il periodo di riferimento, dell'effettivo stato di avanzamento dell'attuazione del piano di rientro, nonché di ulteriori obblighi regionali derivanti da intese fra lo Stato, le regioni e le province autonome». Sulla configurazione dei programmi operativi come atti di esecuzione dei piani di rientro dal disavanzo della spesa sanitaria, fonte di attribuzione di potere e limite alle prerogative del commissario *ad acta*, S. Villamena, *Il Commissariamento della sanità regionale*, cit., 7.

l'intero articolato[79] della l. reg. Molise 23 giugno 2022, n. 11, in tema di riorganizzazione della rete ospedaliera e di emergenza.

La legge regionale impugnata indica, anche con riferimento ai rapporti con le strutture private accreditate, le funzioni e il ruolo dei presidi ospedalieri nell'ambito della rete assistenziale[80], stabilendo (art. 7) che le relative prescrizioni integrano il servizio minimo organizzato per i bisogni dei cittadini molisani, nonché la condivisione di ogni loro modifica con il Consiglio regionale. In ciò è riscontrabile un'interferenza diretta degli organi regionali nei confronti dell'attività commissariale[81], incompatibile sia con l'attivazione dei poteri sostitutivi *ex* art. 120, comma 2, Cost., sia con quanto stabilito dall'art. 2, commi 80 e 95, della l. n. 191/2009 che sanciscono il vincolo scaturente dalla sottoscrizione dei piani di rientro e, in base ai commi 88 e 88-*bis*, dei programmi operativi che ne costituiscono attuazione e aggiornamento[82]. Si tratta, infatti, di norme recanti principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica in materia sanitaria

[79] La giurisprudenza costituzionale reputa ammissibili le questioni promosse in via principale avverso interi atti legislativi, purché le leggi impugnate risultino «caratterizzate da normative omogenee e tutte coinvolte dalle censure» (Corte cost. 8 luglio 2020, n. 143; Id. 25 giugno 2020, n. 128; Id. 24 luglio 2019, n. 194; Id. 11 luglio 2018, n. 247).

[80] Nello specifico, gli artt. 1, 2 e 3 della l. reg. Molise n. 11/2022 individuano, rispettivamente, il presidio ospedaliero Cardarelli di Campobasso quale Dipartimento di emergenza-urgenza e accettazione (DEA) di II livello e centro Hub regionale con ripristino di tutte le unità operative soppresse o ridimensionate, i presidi ospedalieri di Isernia e Termoli quali centri di I livello (Spoke) e la struttura sanitaria di Agnone quale presidio ospedaliero di zona particolarmente disagiata. Il successivo art. 4 attribuisce allo stabilimento di Venafro, funzionalmente collegato al presidio ospedaliero di Isernia, le attività proprie della Casa della Salute, il primo soccorso H24, la medicina per lungodegenza e la riabilitazione ospedaliera. In senso analogo dispone l'art. 5 rispetto allo stabilimento di Larino, funzionalmente collegato al presidio ospedaliero di Termoli, con l'aggiunta della terapia iperbarica, mentre l'art. 6 prevede che nei presidi di Termoli e Isernia le strutture emodinamiche funzionino nell'arco completo delle ventiquattro ore per garantire parità di accesso sul territorio regionale alle procedure salvavita in caso di infarto del miocardio.

[81] Tanto è vero che il Presidente della Regione Molise, in qualità di commissario *ad acta*, aveva già intimato al Consiglio regionale di provvedere, entro il termine di sessanta giorni, all'abrogazione della l. reg. n. 11/2022. Giova, peraltro, precisare che la giurisprudenza costituzionale considera illegittime norme suscettibili di determinare interferenze anche solo "potenziali" rispetto ai poteri commissariali volti all'attuazione dei piani di rientro dai disavanzi sanitari, in quanto "indirettamente" idonee a ostacolare l'unitarietà dell'intervento sostitutivo (cfr., *ex multis*, Corte cost. 14 luglio 2017, n. 190; Id. 11 maggio 2017, n. 106).

[82] Cfr., *ex multis*, Corte cost. 1 dicembre 2014, n. 278.

ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost.

La necessaria temporaneità e cedevolezza del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost. è strettamente correlata alle specificità dei suddetti piani e programmi su cui si fondano i poteri commissariali. Fino all'esaurimento di tale funzione amministrativa, come osservato, strumentale a garantire esigenze di finanza pubblica connesse alla necessità di assicurare la tutela dell'unità economica della Repubblica e i livelli essenziali di assistenza, l'autonomia regionale, quand'anche consistente in azioni preordinate a tutelare il diritto fondamentale alla salute, non può scalfire quella del commissario di attuare il piano di rientro dal disavanzo sanitario previamente concordato che, in tale prospettiva, assurge a parametro di riferimento nello stesso sindacato di costituzionalità.

È questo piano, insieme ai connessi programmi operativi, a orientare le strategie regionali di spesa e di programmazione sanitaria[83], e tale circostanza non è sconfessabile neppure dal legislatore regionale tenuto a conformarsi a quanto ivi delineato. Una diversa soluzione rischierebbe di pregiudicare la tenuta del sistema fondato sull'art. 120, comma 2, Cost., costituendo un grave ostacolo non solo alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria regionale, ma anche al superamento dei divari territoriali nell'erogazione di prestazioni inerenti a diritti sociali[84] e, nello specifico, a un diritto (alla salute) fondamentale della persona umana, in scia all'art. 2 Cost., che si dispiega tanto nei rapporti fra i privati[85], quanto nelle relazioni giuridiche fra questi ultimi e la pubblica amministrazione[86].

---

[83] L'ultima delibera di nomina del Presidente della Regione Molise quale commissario *ad acta* per il piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario (cit. d.P.C.M. 5 agosto 2021), per tornare alla fattispecie scrutinata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 20/2023, ha difatti confermato l'inclusione della «programmazione ed attuazione del piano di riorganizzazione della rete ospedaliera, della rete di emergenza-urgenza e delle reti tempo dipendenti, in coerenza con il fabbisogno assistenziale e (…) con le indicazioni dei tavoli tecnici di monitoraggio», tra gli interventi prioritari assegnati alla struttura commissariale.

[84] Cfr. Corte cost. 26 novembre 2021, n. 220, la quale, nel solco già tracciato dalla sentenza n. 117/2018 (cui *adde* Corte cost. 24 luglio 2019, n. 197), sottolinea che i livelli essenziali delle prestazioni «costituiscono un elemento imprescindibile per uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari fra lo Stato e le autonomie territoriali».

[85] In scia all'impostazione dell'art. 32 Cost. che configura la tutela della salute come "interesse della collettività" da salvaguardare, oggi, anche alla luce degli artt. 9, comma 3, e 41, comma 2, Cost. (il primo introdotto e il secondo novellato dalla l. cost. n. 1/2022).

[86] Cfr. R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, cit., 62 ss. Si veda già R. Ferrara, *Salute (diritto*

Esiste, infatti, una "componente essenziale" ad assicurare l'effettività dei diritti sociali[87], ossia un "nucleo indefettibile" di garanzie[88] incomprimibile e intangibile che consente di precisare, ulteriormente, come «la dialettica tra Stato e Regioni sul finanziamento dei LEA dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale, nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale»[89]. Ciò per garantire una programmazione effettiva e la reale copertura finanziaria dei servizi sanitari che, in virtù della natura della situazione da tutelare, deve riguardare sia la quantità che la qualità di prestazioni costituzionalmente necessitate, in uno scenario improntato alla riduzione dei divari territoriali e all'equità.

Il commissariamento della sanità regionale, a tale stregua, rappresenta il mezzo attraverso cui ritornare all'efficiente erogazione dei LEA, al fine

alla), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, spec. 531: «mentre il diritto alla salute sembra conservare, tutto sommato, caratteri di assolutezza e di inviolabilità nei rapporti interpersonali fra privati, alla luce dell'art. 32 Cost. interpretato come norma precettiva, questo stesso principio costituzionale evapora e degrada al rango di mera disposizione programmatica allorchè si applichi alle relazioni intersoggettive fra i cittadini-utenti e la pubblica amministrazione». Sulla connotazione del diritto alla salute come "diritto finanziariamente condizionato" si veda F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985, 54. Spetta al legislatore svolgere un bilanciamento ragionevole che tenga conto dell'esigenza di equilibrio della finanza pubblica e, in tal senso, il diritto alle prestazioni sanitarie non può ritenersi illimitato e assoluto (cfr. N. Aicardi, *La sanità*, cit., 382), ma la ristrettezza dei mezzi e delle risorse non potrebbe, comunque, incidere su tale diritto sociale al punto di comprometterne il "nucleo essenziale" (Corte cost. 17 luglio 1998, n. 267). Per un approccio interdisciplinare che non trascura prospettive di riforma volte ad assicurare l'effettività, la sostenibilità e la resilienza del diritto sanitario e per una disamina del nesso fra diritto alla salute e dimensione finanziaria, nell'ottica della realizzazione dello Stato sociale e solidale nato nell'Assemblea costituente, A. Balestrino, M. Bernasconi, S. Campostrini, G. Colombini, M. Degni, P. Ferro, P.P. Italia, V. Manzetti (a cura di), *Dalla emergenza sanitaria alla stabilizzazione finanziaria della sanità pubblica* (Atti Convegno Nazionale di Contabilità Pubblica, Pisa 17-19 dicembre 2020), Napoli, 2022.

[87] Come espressamente riconosciuto da Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275, in relazione al diritto all'istruzione del disabile consacrato nell'art. 38 Cost. Per un inquadramento e ulteriori sviluppi, L. Degani, R. Mozzanica, M. Ubezio, *I disabili*, in *Manuale di diritto dei servizi sociali*, cit., 173 ss.; I. Genuessi, *Gli interventi e le prestazioni a sostegno dei disabili*, in *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 213 ss.; A. Zito, *Diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio*, cit., 340 ss.

[88] Cfr. Corte cost. 26 febbraio 2010, n. 80.

[89] Corte cost. 12 luglio 2017, n. 169.

di garantire l'uniformità delle prestazioni su tutto il territorio nazionale. Il risultato al quale l'attività commissariale deve tendere, pertanto, trascende il mero rapporto tra esigenze finanziarie e adeguate prestazioni sanitarie[90] e, come inferibile dalla giurisprudenza costituzionale esaminata, presuppone un assetto organizzativo capace di sostenere una funzione amministrativa di tale portata[91], elevando i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione[92] a fattori di unità fra i vari livelli di governo che, nel loro insieme, concorrono a formare la Repubblica.

4. *La differenziazione normativa come conseguenza del commissariamento sanitario: il "caso" Calabria*

La differenziazione regionale derivante dall'applicazione delle misure sui piani di rientro dai disavanzi sanitari[93] produce o, meglio, dovrebbe

[90] In tal senso v. anche S. Villamena, *Il Commissariamento della sanità regionale*, cit., 2.

[91] Sul rapporto tra organizzazione e risultato amministrativo, sia consentito rinviare all'omonimo contributo di M.R. Spasiano, *Organizzazione e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, 342 ss.

[92] Sulla portata di tale principio, con particolare riguardo ai profili organizzativi, F. Merloni, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2002, 827 ss. Sulla collaborazione interistituzionale come «risposta al miglioramento dell'efficacia dell'azione amministrativa e ad una razionalizzazione della spesa pubblica, nell'ottica della prevalente realizzazione di economie di scala», nonché come «laboratorio per la costruzione di un nuovo sistema di governo territoriale», M. De Donno, *Tra coordinamento e collaborazione: enti di area vasta ed unioni di comuni*, in L. Vandelli, G. Gardini, C. Tubertini (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 143. Sulla relazione tra principio di sussidiarietà e adeguatezza delle organizzazioni a divenire destinatarie di funzioni e compiti (G. Berti, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2, 2004, 171 ss.) e sull'adeguatezza dell'organizzazione dei servizi come affermazione del principio di uguaglianza, cfr. R. Cavallo Perin, *Intervento*, in *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, cit., 126 ss.

[93] In relazione alla quale cfr. G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013, 7, la quale osserva (nt. 13) che «le misure previste dai piani di rientro possono essere così sintetizzate: riorganizzazione della rete ospedaliera, con riduzione di posti letto ospedalieri e incentivazione dei processi di deospedalizzazione; introduzione della distribuzione diretta dei farmaci e meccanismi di rimborso dei prezzi correlati ai farmaci meno costosi; blocco delle assunzioni e del *turn-over*; determinazione dei *budgets* per gli erogatori privati, nonché adeguamento delle tariffe a quelle stabilite a livello nazionale».

produrre un "effetto garanzia"[94] in ordine alle istanze unitarie del diritto alla salute[95]. Tali piani, infatti, mirano ad assicurare l'effettività dei livelli essenziali di assistenza anche in contesti ove l'equilibrio economico-con-

[94] Così V. Antonelli, E. Griglio, *Tutela della salute*, cit., 53.

[95] Il condizionale è d'obbligo. Dal punto di vista degli utenti sono estremamente gravi i dati sulla mobilità sanitaria passiva extraregionale dovuta a carenze nell'offerta delle prestazioni, sia sotto il profilo organizzativo delle strutture presenti nel territorio che della qualità dei servizi. Ciò ha motivato gran parte dei flussi interregionali, per lo più dal Sud al Nord del Paese. Come precisato nel Rapporto 2021 della Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, sul Coordinamento della finanza pubblica, mentre nelle regioni non sottoposte a piano di rientro detta mobilità si è spesso accompagnata a un'elevata mobilità attiva (misurata in base al rapporto tra il numero delle dimissioni di pazienti non residenti nella regione e il totale dei ricoveri effettuati nella medesima regione), in quelle in piano il saldo resta negativo «con valori particolarmente elevati in Calabria, che evidenzia una mobilità passiva del 19,6% nel 2019, da correlare alla scarsa qualità delle erogazioni prestate; (…) al Nord si rileva una mobilità che riguarda principalmente le regioni di confine, fenomeno in gran parte fisiologico che si riscontra anche al Centro nelle regioni caratterizzate da un buon livello della qualità delle cure; mentre dal Sud i pazienti si dirigono verso il Lazio, Emilia-Romagna, Toscana e Lombardia» (p. 323). Una prima soluzione programmatica volta a ridurre la mobilità passiva sarebbe quella di dotare le strutture ospedaliere dei mezzi per garantire una determinata prestazione specialistica; anche una sola prestazione (es. cardiologica) per presidio ospedaliero, ferma restando l'erogazione delle altre prestazioni ordinarie. In assenza di professionalità adeguate, si potrebbe immaginare di contrattualizzare a tempo determinato uno specialista di chiara fama e, in via orientativa, due suoi collaboratori: non solo il costo sarà inferiore alle spese affrontate dal paziente che si cura fuori regione, in tal modo si attiva un circolo virtuoso che porterà i medici più giovani ad apprendere la tecnica del medico specialista di chiara fama. In via immediata si garantiscono prestazioni *in loco*, con risparmio di spesa; in prospettiva, benintesa la libertà dell'utente nella scelta della struttura sanitaria di sua fiducia, aumenta l'*appeal* del presidio in questione e si formano professionalità altamente qualificate a livello locale, donde una possibile inversione della curva di mobilità sanitaria interregionale, da passiva ad attiva. Si prenda il caso del Molise, commissariato come la Calabria, che, a fronte di una mobilità passiva pari al 28,6%, presenta una mobilità attiva del 29,7% (i dati sono tratti dal suddetto Rapporto sul Coordinamento della finanza pubblica) da porre in relazione alla presenza nel territorio di una delle strutture ospedaliere italiane di maggiore prestigio. In tale apparato concettuale merita ricordare le previsioni dell'art. 16-*septies*, comma 2, lett. e), del d.l. n. 146/2021, come convertito dalla l. n. 215/2021, secondo cui per l'anno 2022 non si dà luogo alla compensazione del saldo di mobilità extraregionale definita per la Regione Calabria nell'apposita matrice approvata dal Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome ed inserita nell'atto formale di individuazione del fabbisogno sanitario regionale standard e delle relative fonti di finanziamento dell'anno 2022 (le relative somme saranno recuperate da regioni e province autonome nell'arco di un quinquennio a partire dal 2026).

tabile risulta compromesso.

La nomina governativa di un commissario *ad acta* per l'attuazione del piano è sintomatica del fatto che a costi elevati per la finanza pubblica non corrispondono prestazioni adeguate. L'intervento sostitutivo previsto dall'art. 120, comma 2, Cost. intende realizzare, in coerenza con i principi di unità e indivisibilità della Repubblica enunciati dall'art. 5 Cost., la migliore versione del pluralismo istituzionale e della sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1, Cost.[96].

L'incapacità dell'amministrazione territoriale di raggiungere determinati standard meritevoli di tutela (anche) in ambito sanitario, pertanto, giustifica una temporanea surroga nell'esercizio di funzioni assegnate alla titolarità di enti sub-statali[97]. Titolarità che non muta in conseguenza dell'intervento dell'autorità centrale, ma che, in costanza di commissariamento, non legittima interferenze degli organi regionali suscettibili di compromettere l'azione commissariale.

In base a tali presupposti, si comprende come le irregolarità riscontrate nella gestione regionale della sanità, da cui discende l'esercizio del potere sostitutivo in questione, non rappresentino l'unica anomalia. Il commissariamento della sanità molisana e calabrese si protrae da oltre un decennio, senza che gli obiettivi fissati nel piano di rientro dai disavanzi del SSR siano stati raggiunti. Secondo un'impressione latente, simili esperienze amministrative avrebbero solo inciso negativamente sugli equilibri della forma di governo regionale.

L'avvicendamento dei commissari *ad acta* e dei sub-commissari ad essi affiancati, chiamati a operare in nome dello Stato, non è realmente riuscito ad arginare le privazioni e le diseguaglianze che ne hanno giustificato l'intervento. All'originaria incapacità dell'ente territoriale di fronteggiare l'esigenza di garantire il rispetto dei LEA e di assicurare il diritto fondamentale alla salute, in una cornice economico-finanziaria sostenibile, ha fatto seguito quella della struttura commissariale[98] di assolvere il proprio

[96] Cfr. A. D'Atena, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. II, Napoli, 2004, 735 ss.; A. Police, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi: la funzione amministrativa nello Stato plurale*, in A. Chieffi, G. Clemente Di San Luca (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Torino, 2004, 315 ss.

[97] Cfr. Tar Molise, sez. I, 15 febbraio 2013, n. 119, per cui la relazione intercorrente fra la struttura commissariale e la Regione è di tipo intersoggettivo e non interorganico.

[98] Cfr., ulteriormente, Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015, n. 1832, per la preci-

compito.

Il commissariamento mira a garantire l'attuazione di un piano concordato fra lo Stato e la Regione interessata, che condividono la necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario, e in tal senso rappresenta un'utile tecnica amministrativa per il raggiungimento di determinati obiettivi[99]. Nonostante l'ampiezza dei poteri commissariali in ordine all'amministrazione del SSR, tuttavia, nelle due regioni attualmente commissariate detti obiettivi non sono stati raggiunti, e di ciò non può ritenersi (unica) responsabile la Regione. Dalla nomina del commissario *ad acta*, infatti, discendono misure particolarmente stringenti[100] quali l'aumento delle aliquote fiscali *ex* art. 1, comma 174, della l. n. 311/2004 o il blocco del *turn over* del personale[101]

---

sazione della competenza in via esclusiva in capo al commissario *ad acta* ai fini della realizzazione del mandato conferito con la nomina sostitutiva *ex* art. 120, comma 2, Cost., nonché Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 marzo 2023, n. 435, dove viene preliminarmente osservato che il provvedimento commissariale oggetto di impugnazione non è imputabile alla Regione, sicché la stessa non è legittimata passivamente al ricorso, come tale, inammissibile nei suoi confronti. In dottrina v. G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., 113, la quale richiama Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 25 giugno 2013, n. 712, secondo cui il ricorso avverso i decreti assunti dal Presidente della Giunta in qualità di commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro non va notificato presso la Regione Calabria, bensì la competente Avvocatura dello Stato *ex* art. 1 della l. 25 marzo 1958, n. 260, richiamato per i giudizi amministrativi dall'art. 10, comma 3, della l. 3 aprile 1979, n. 103, trattandosi di atti riconducibili all'amministrazione statale. Si veda, ancora, Tar Molise n. 119/2013 per cui il commissario *ad acta* è l'unico soggetto titolare di legittimazione passiva, in quanto «centro di imputazione autonomo sia rispetto alla regione, i cui uffici operano a supporto organizzativo della struttura commissariale in relazione di mero avvalimento (cfr. Tar Molise, 23 dicembre 2010, n. 1565), sia rispetto alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (…) cui compete il solo procedimento di nomina e la prodromica attività istruttoria relativa all'accertamento della sussistenza dei presupposti normativi di cui all'art. 8 della legge n. 131 del 2001, di attuazione dell'art. 120 Cost., per disporre l'intervento sostitutivo». Sull'autonomia operativa e decisionale della struttura commissariale rispetto alla Presidenza del Consiglio dei Ministri cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5424.

[99] Cfr. A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 218.

[100] Si veda, in particolare, l'art. 2, comma 80, della l. n. 191/2009.

[101] Già prima della pandemia da Covid-19, invero, l'automatismo nel blocco del *turn over* aveva condotto alcune regioni in situazioni di estrema criticità rispetto alla provvista di personale medico e infermieristico, mettendo così a repentaglio la stessa erogazione dei LEA. Per le regioni in situazione di disavanzo strutturale, tale automatismo inserito dall'art. 2, comma 76, della l. n. 191/2009 nell'art. 1, comma 174, della l. n. 311/2004, pertanto, è stato eliminato ad opera dell'art. 11, comma 4-*ter*, del d.l. n. 35/2019 inserito

che, di fatto, non solo privano le regioni di autonomia gestionale in ambito sanitario, ma, come è agevole intuire, ove protratte nel tempo rischiano di accentuare la conflittualità fra gli organi regionali e quelli commissariali.

È quanto accaduto in Molise e, soprattutto, in Calabria. E la circostanza per cui, dal 2014 al 2021, al vertice della struttura commissariale fosse preposto un soggetto estraneo alla compagine politica regionale, lungi dall'assicurare maggiore imparzialità e canoni di buona amministrazione, ha finito per compromettere la fiducia degli amministrati verso un apparato gravemente deficitario. Non si può, infatti, trascurare che solo per quest'ultima Regione sono stati adottati, in rapida successione, due atti con forza di legge – i c.d. decreti Calabria nn. 35/2019 e 150/2020 – fondati su ragioni di straordinaria necessità e urgenza che, è bene ribadirlo, si estende da oltre un decennio[102].

Tale circostanza ha fatto sì che la strutturazione dei poteri e delle funzioni commissariali apparisse, alla fine, molto debole per gestire il rientro dal disavanzo della spesa sanitaria, a parte il coinvolgimento di autorità e organi come l'AIFA, l'AGENAS e la Conferenza Stato-Regioni[103] nei procedimenti di approvazione e di successiva attuazione del relativo piano, e l'esigenza di ricorrere a forme di ausilio esterno come quello assicurato dalla "unità di crisi speciale" istituita dall'art. 3, comma 6-*bis*, del d.l. n. 35/2019[104].

---

in sede di conversione dalla l. n. 60/2019.

[102] Con riferimento alla differenziazione normativa, l'esigenza di valutare fino a che punto il livello di "disuguaglianza sostenibile" «sia auspicabile e perseguibile e quando invece rischi di compromettere i valori su cui si fonda il sistema, divenendone fattore di instabilità e magari di disgregazione», viene sottolineata da V. Molaschi, *Le diseguaglianze sostenibili nella sanità*, cit., 4.

[103] Si vedano, in particolare, i commi 77 e 78 dell'art. 2 della l. n. 191/2009 sulla procedura di elaborazione e approvazione dei piani di rientro contenenti le misure di riequilibrio del profilo erogativo dei LEA e quelle volte a garantire l'equilibrio di bilancio sanitario in ciascuno degli anni compresi nel piano stesso.

[104] Tale comma, introdotto in sede di conversione ad opera della l. n. 60/2019, ha assegnato a detta "unità di crisi speciale" composta da «dirigenti del Ministero della salute, che operano nell'esercizio delle funzioni istituzionalmente assegnate, e da un numero massimo di cinque esperti nelle discipline chirurgiche, mediche, anatomopatologiche e dei servizi diagnostici» il compito di effettuare «visite ispettive straordinarie presso le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere e le aziende ospedaliere universitarie» strumentali alla redazione di «una relazione sullo stato dell'erogazione delle prestazioni cliniche, con particolare riferimento alla condizione dei servizi, delle dotazioni tecniche e tecnologiche e delle risorse umane [*volta a evidenziare*] gli eventuali scostamenti dagli

Anche il d.l. n. 150/2020, come convertito dalla l. n. 181/2020, ha rivelato significative criticità, in parte, censurate dalla Corte costituzionale che in sostanza ha riconosciuto come l'obiettivo del commissariamento sia quello di uscire, nel più breve tempo possibile, dal commissariamento medesimo. Non va sottovalutato come la gestione commissariale, stabilizzandosi, tenda a spogliare le pubbliche amministrazioni surrogate delle loro funzioni rischiando di determinare, in concreto, un'alterazione del sistema costituzionale di riparto delle competenze[105], specialmente in costanza di un assetto regolatorio come quello delineato dalle fonti poc'anzi richiamate.

Non si può negare che il d.l. n. 150/2020 abbia implementato i poteri del commissario *ad acta* nominato dal Governo. Lo dimostrano previsioni come l'art. 1, comma 2, in disparte i profili di illegittimità riscontrati dalla Consulta; l'art. 3, comma 1, sul relativo ruolo in riferimento alle procedure di affidamento di appalti sia sopra-soglia che sotto-soglia per gli enti del SSR[106]; l'art. 3, comma 2, che assegna a detto commissario il compito di adottare il programma operativo Covid di cui all'art. 18 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, come convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27; l'art. 3, comma 3, che demanda al commissario *ad acta* il compito di attuare, anche avvalendosi di Invitalia[107], previo parere dell'AGENAS, i progetti di edilizia sanitaria da finanziare ai sensi dell'art. 20 della l. 11

standard necessari a garantire i livelli essenziali di assistenza e gli interventi organizzativi necessari al loro ripristino».

[105] Cfr. A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 220.

[106] Per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture strumentali all'esercizio delle proprie funzioni, c.d. sopra-soglia, il commissario *ad acta* provvede in via esclusiva avvalendosi degli strumenti di acquisto e di negoziazione aventi ad oggetto beni, servizi e lavori di manutenzione messi a disposizione da Consip S.p.A. nell'ambito del Programma di razionalizzazione degli acquisti della p.a. ovvero, previa convenzione, dalla centrale di committenza regionale o di centrali di committenza delle regioni limitrofe, ferme restando le facoltà di avvalersi del Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per la Sicilia-Calabria e di delegare ai commissari straordinari degli enti del SSR le procedure in questione. Quanto agli affidamenti di appalti sotto-soglia, invece, provvedono i commissari straordinari, beninteso il potere di avocazione e di sostituzione che il commissario *ad acta* può esercitare in relazione al singolo affidamento.

[107] Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A.

marzo 1988, n. 67[108]; l'art. 5 che riconosce al commissario *ad acta*, nell'esercizio delle sue funzioni, il supporto e la collaborazione della Guardia di Finanza[109]; e, soprattutto, l'art. 2 sul rapporto fra il commissario *ad acta* e i commissari straordinari.

Merita precisare che quando entra in vigore il d.l. n. 150/2020 nessuna delle nove aziende sanitarie calabresi è gestita in modo ordinario. In due casi – ASP di Reggio Calabria e di Catanzaro – è in carica una commissione nominata *ex* art. 144 del d.lgs. n. 276/2000, negli altri casi al posto delle direzioni generali operano commissari straordinari nominati ai sensi degli artt. 2 e 3 del d.l. n. 35/2019[110].

Il d.l. n. 150/2020, quindi, interviene per disciplinare una situazione, sotto il profilo generale dell'organizzazione amministrativa degli enti del SSR, extra-ordinaria e, nel farlo, mette in risalto il ruolo della struttura commissariale di vertice. In primo luogo, riconoscendo al commissario *ad acta* il potere di nominare, previa intesa con la Regione[111], nonché con

[108] Qualunque sia il livello di progettazione raggiunto, inclusi gli interventi già inseriti nel piano triennale straordinario di edilizia sanitaria e di adeguamento tecnologico della rete di emergenza, della rete ospedaliera e della rete territoriale, comprensivo del programma di ammodernamento tecnologico *ex* art. 6, comma 5, del d.l. n. 35/2019, come convertito, e gli interventi inseriti negli accordi di programma già sottoscritti ai sensi dell'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 502/1992 e dell'art. 2, comma 203, della l. 23 dicembre 1996, n. 662, nonché gli altri programmi sottoscritti con il Ministero della Salute. Per l'attuazione degli adempimenti di cui all'art. 3, comma 3, del d.l. n. 150/2020, come convertito, il commissario *ad acta*, qualora lo richieda la complessità degli interventi, può nominare esperti individuati all'esito di selezione comparativa effettuata mediante avviso pubblico tra persone di comprovata esperienza ed elevata professionalità e, inoltre, può avvalersi delle aziende del SSR della Calabria, in qualità di soggetti attuatori, nonché del supporto di strutture regionali e di personale in servizio presso le medesime con oneri a carico di amministrazioni o enti di appartenenza (art. 3, comma 3-*bis*, d.l. cit.). Nei limiti dell'utilizzo delle risorse trasferite per la realizzazione dei progetti in questione, è autorizzata l'apertura di un'apposita contabilità speciale intestata al commissario *ad acta* (art. 3, comma 3-*ter*, d.l. cit.).

[109] Come precisato, la proroga disposta dall'art. 2, comma 1, del d.l. n. 169/2022, come convertito, non ha riguardato l'art. 5 del d.l. n. 150/2020. Resta, tuttavia, salva la facoltà del commissario *ad acta* di avvalersi della collaborazione dell'Agenzia delle Entrate, previa stipula di apposita convenzione fra Regione Calabria e Agenzia, ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, introdotto in sede di conversione dalla l. n. 181/2020.

[110] Cfr. S. Villamena, *Il Commissariamento della sanità regionale*, cit., 20 ss.

[111] In mancanza d'intesa con la Regione entro il termine perentorio di dieci giorni, ai sensi dell'art. 2, comma 1 (secondo periodo), del d.l. n. 150/2020, la nomina è effettuata con decreto del Ministro della Salute, su proposta del commissario *ad acta*, previa delibera del Consiglio dei Ministri, a cui è invitato a partecipare il Presidente della Giunta regionale con preavviso di almeno tre giorni. La circostanza per cui l'attuale Presidente della

il rettore nei casi di aziende ospedaliere universitarie, un commissario straordinario per ogni ente, o anche per più enti, del SSR[112]; in secondo luogo, subordinando all'approvazione del commissario *ad acta* gli atti aziendali di cui all'art. 3, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 502/1992[113] adottati dai commissari straordinari *ex* art. 2, comma 4, del d.l. n. 150/2020 e, in ipotesi di inerzia[114], assegnando al medesimo il potere di adottarli in loro vece[115]; in terzo luogo, attribuendo al commissario *ad acta* poteri di verifica periodica, di regola trimestrale, dell'operato dei commissari straordinari con contestuale riconoscimento di quello di procedere alla revoca dall'incarico, previo contraddittorio, in caso di loro valutazione negativa[116].

Giunta regionale svolge le funzioni commissariali consente di superare le aporie, con riguardo a profili partecipativi e cooperativi, sottese alla previsione di siffatto termine.

[112] Ai sensi dell'art. 2, comma 2 (terzo e quarto periodo), del d.l. n. 150/2020, la nomina a commissario straordinario costituisce causa legittima di recesso da ogni incarico presso gli enti del SSN ed ogni altro ente pubblico; detto commissario, se dipendente pubblico, ha diritto all'aspettativa non retribuita con conservazione dell'anzianità per tutta la durata dell'incarico. In base all'art. 2, comma 1, del d.l. n. 169/2022, come convertito, i commissari straordinari decadono ove non confermati entro sessanta giorni dall'entrata in vigore di tale decreto, salva la facoltà del commissario *ad acta* di nominare i direttori del SSR con le procedure di cui al d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171.

[113] In relazione ai quali cfr. R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, cit., 179.

[114] Circostanza implicante l'automatica decadenza dall'incarico di commissario straordinario, secondo quanto disposto dall'art. 2, comma 6, del d.l. n. 150/2020.

[115] In ipotesi di mancata adozione degli atti aziendali da parte del commissario *ad acta* nel termine di cui all'art. 2, comma 5, del d.l. n. 150/2020 è competente il Ministro della Salute.

[116] In base all'impostazione tradizionale, viene in rilievo un potere di controllo di merito (A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 1, Napoli, 1984, 239) a carattere sanzionatorio (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 311). Sulla contiguità fra poteri di controllo e poteri sostitutivi del Governo centrale, destinati ad assumere una funzione di "chiusura del sistema" laddove i controlli con finalità integrativa abbiano mancato il loro obiettivo, e sulla loro progressiva importanza «in relazione alla crescita delle prerogative di autonomia in capo agli apparati che compongono l'organizzazione amministrativa», si veda G. D'Auria, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., tomo II, 1337 s. Sui c.d. controlli di conformazione e quelli di integrazione (o "di sistema"), inoltre, S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 348, il quale osserva che quest'ultima tipologia di controlli dirige un "processo di aggiustamento" dell'attività amministrativa volto a garantire comportamenti «coerenti a determinate regole, ovvero ai risultati e agli obiettivi da realizzare», salvo poi associare al novero dei controlli sostitutivi l'esercizio dei poteri di cui all'art. 120, comma 2, Cost. ricostruendo il rapporto fra controllo e sostituzione in termini di causa-effetto (p. 349 s.). Sulla parametrazione

Spetta, invece, ai commissari straordinari il compito di verificare l'attività dei direttori amministrativi e sanitari ai sensi dell'art. 3, comma 1 (quinto periodo), del d.lgs. n. 171/2016[117].

In tale prospettiva, genera qualche dubbio il sistema delle nomine in questione. Il commissario straordinario, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.l. n. 150/2020 scelto "anche" nell'ambito dell'elenco nazionale di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 171/2016, conferisce gli incarichi di direttore amministrativo e sanitario in base a scelte "esclusivamente fiduciarie" alla stregua di quanto disposto dall'art. 15, comma 5, della l. reg. Calabria 19 marzo 2004, n. 11, s.m.i. La predetta fonte statale, dunque, adotta un elemento di "flessibilità" che precede e si aggiunge alla scelta discrezionale dei direttori amministrativi e sanitari: questi ultimi derivano dal commissario straordinario[118], a sua volta, individuato con ampi margini di scelta dal commissario *ad acta* nominato dall'esecutivo nazionale che, in concreto, finisce per orientare l'intero sistema delle nomine.

L'impressione è che si continui a disciplinare l'attività amministrativa in via emergenziale trascurando la precipua importanza degli aspetti orga-

---

della giuridicità del controllo all'oggetto del controllo medesimo, si veda R. Torrigiani, *Controlli amministrativi statali e regionali*, Milano, 1972, 19 s., sulla scia di S. Galeotti, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1963, 37 ss.

[117] Che si riferisce ai casi di manifesta violazione di leggi o regolamenti, ovvero dei principi di imparzialità e di buon andamento, allorquando il direttore generale (*i.e.* il commissario straordinario), previa contestazione e nel rispetto del contraddittorio, risolve il contratto dichiarando la decadenza del direttore amministrativo e del direttore sanitario: «qualora sia dichiarata la decadenza dei direttori amministrativi e sanitari, il Commissario straordinario li sostituisce attingendo dagli elenchi regionali di idonei [*e*] l'ente pubblica nel proprio sito internet istituzionale un avviso finalizzato ad acquisire la disponibilità ad assumere l'incarico. Qualora, trascorsi quindici giorni dalla pubblicazione, non sia pervenuta alcuna manifestazione di interesse, tale incarico può essere conferito anche a soggetti non iscritti negli elenchi regionali di idonei» di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 171/2016, purché in possesso dei requisiti di cui all'art. 1, comma 4, lett. a) e b), del medesimo decreto legislativo.

[118] La circostanza per cui la nomina di tali soggetti avvenga «attingendo obbligatoriamente agli elenchi regionali degli idonei» ai sensi dell'art. 15, comma 3-*quater*, della l. reg. Calabria n. 11/2004 rimanda a una "selezione" che non integra un concorso in senso tecnico, non prevedendosi lo svolgimento di prove selettive, né la formazione di una graduatoria con automatica individuazione del vincitore (cfr. Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6455). L'incarico, cioè, viene conferito a seguito di una scelta essenzialmente fiduciaria nell'ambito di una rosa di "idonei".

nizzativi e gestionali[119], nonché dei controlli nei confronti del commissario *ad acta*, al fine di rientrare dal disavanzo sanitario. Una maggiore considerazione di profili inerenti all'organizzazione, quale fattore immediatamente condizionante l'esercizio dell'attività amministrativa o, comunque, ad essa strettamente correlata[120], sarebbe stata quanto meno opportuna.

Detta impressione, sotto diverso benché connesso aspetto, trae conferma nell'art. 16-*septies*, comma 2, lett. g), del d.l. n. 146/2021, come convertito dalla l. n. 215/2021, che ha legato all'eccezionale crisi in cui versa l'organizzazione sanitaria calabrese una specifica misura provvisoria di improcedibilità esecutiva e di inefficacia dei pignoramenti. Il legislatore, infatti, ha ritenuto ragionevole disporre l'arresto delle iniziative individuali dei creditori, pur muniti di titolo esecutivo, in considerazione della predetta straordinarietà e nelle more del procedimento di circolarizzazione obbligatoria dei crediti e di programmazione delle operazioni di cassa.

È vero che la Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità della norma richiamata, per violazione degli artt. 24 e 111 Cost.[121], stante l'eccessiva compressione del diritto di azione dei creditori e un'ingiustificata alterazione delle parità delle parti durante la fase esecutiva. A seguito di tale declaratoria di incostituzionalità, tuttavia, il legislatore è tornato a normare la fattispecie *de qua* con l'art. 2, comma 3-*bis*, del d.l.

---

[119] Che l'aumento eccessivo di differenziazione comporti un rischio di "anarchia organizzativa" è evidenziato da D. D'Orsogna, *Principio di uguaglianza e differenziazioni possibili nella disciplina delle autonomie territoriali*, cit., 32 s. Sul nesso fra diritto e organizzazione creata allo scopo di soddisfarlo, caratterizzante tutti i diritti sociali che contengono la «*pretesa a un intervento dello Stato* ad una prestazione (scolastica, sanitaria, assistenziale, previdenziale)», v. G. Corso, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014, 31 ss. Cfr., inoltre, R. Marrama, *Principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, 415 ss.

[120] Così M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 86. Sulla costruzione di processi organizzativi "appropriati" anche per garantire la stabilità e la prevedibilità dell'azione, inoltre, si veda L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove autonomie*, 3, 2021, 564 ss., secondo cui, in tale dimensione, l'organizzazione «intesa nella sua duplice accezione riferita al profilo strutturale e a quello delle competenze, distinte e allocate in ragione della complessità del sistema, è il riflesso di un condizionamento sistemico (…) e si pone quale principale garante dello stesso superamento dei paradossi dei principi di libertà e uguaglianza, in quanto garante del pieno espletamento delle relative capacità inclusive».

[121] Corte cost. n. 228/2022.

8 novembre 2022, n. 169, introdotto in sede di conversione ad opera dalla l. 16 dicembre 2022, n. 196, che ha nuovamente sancito l'impossibilità di intraprendere o proseguire azioni esecutive nei confronti degli enti del SSR calabrese di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 118/2011, stabilendo che i pignoramenti e le prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalla Regione agli enti del proprio servizio sanitario effettuati prima della data di entrata in vigore della l. n. 215/2021 «non producono effetti dalla suddetta data e non vincolano gli enti del SSR e i tesorieri, i quali possono disporre, per il pagamento dei debiti, delle somme agli stessi trasferite a decorrere dalla medesima data». Il tutto con valenza precettiva, non riferibile ai crediti risarcitori da fatto illecito e retributivi da lavoro, fino al 31 dicembre 2023.

È arduo credere che simili disposizioni siano l'antidoto per sopperire alla crisi strutturale della finanza regionale in ambito sanitario o all'incapacità di assicurare l'erogazione dei LEA, in quanto non direttamente rapportabili alla prospettiva di un sicuro ritorno alla fisiologia gestionale del servizio sanitario regionale[122]. È questo il risultato da perseguire, oggi, anche attraverso interventi innovativi e l'ausilio dell'ingente mole di risorse stanziate da PNRR e PNC[123] alla stregua della ripartizione programmatica operata, in relazione alle due componenti della Missione 6 "Salute", dal decreto del Ministro della Salute del 20 gennaio 2022 che, con specifico riferimento alla Regione Calabria[124], riportano al Piano Operativo Regionale degli Investimenti predisposto dai competenti uffici del Dipartimento Tutela della Salute e Servizi Socio-Sanitari in conformità

[122] Cfr. Corte cost. n. 117/2018.

[123] Il piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR istituito per effetto del d.l. 6 maggio 2021, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 1 luglio 2021, n. 101.

[124] In tale apparato concettuale, merita richiamare il finanziamento regionale di € 38.955.194,34 resi disponibili con DGR n. 174 del 30 aprile 2022 per la realizzazione di ulteriori – rispetto a quanto richiesto dalla programmazione nazionale – n. 4 case di comunità, n. 2 centrali operative territoriali e n. 5 ospedali di comunità, anch'essi distribuiti sul territorio in base alla valutazione del fabbisogno sanitario e sociosanitario della popolazione di riferimento, della mobilità passiva extraregionale e intraregionale, dell'offerta di salute attuale, della constatazione della rete viaria, delle condizioni economiche locali, dell'assenza di strutture sanitarie e della valutazione dei tempi di percorrenza, che dovrebbero essere i più brevi possibili. L'individuazione dei siti, rinvenuti tra gli edifici pubblici di proprietà o, comunque, nella disponibilità delle aziende sanitarie provinciali, è avvenuta in base alle linee guida e alle schede di censimento di immobili e terreni predisposte dall'AGENAS.

allo schema approvato con d.m. 5 aprile 2022.

Tale Piano (POR-PNRR), che costituisce parte integrante del Contratto Istituzionale di Sviluppo (CIS), da sottoscrivere[125] per l'attuazione degli interventi strumentali al raggiungimento degli obiettivi previsti nel PNRR[126], è stato approvato con decreto n. 59 del 24 maggio 2022 del Presidente della Regione in qualità di commissario *ad acta*.

Sono undici le linee di investimento in cui si struttura il Piano Operativo Regionale[127], nello specifico, riguardanti: (i) la creazione e l'avvio di n. 61 case della comunità[128]; (ii) la realizzazione di n. 21 centrali operative territoriali[129], (iii) n. 5 interventi di interconnessione aziendale e (iv) n. 5

[125] Sottoscrizione avvenuta in data 30 maggio 2022 ad opera del Ministro della Salute e del Presidente della Regione Calabria commissario *ad acta* per il piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario.

[126] Le clausole del CIS mirano all'attuazione rafforzata degli interventi speciali e di quelli finanziati con risorse nazionali ed europee per lo sviluppo economico e la coesione territoriale. In particolare, definiscono la sinergia tra Ministero della Salute, Regione e aziende del SSR allo scopo di accelerare i tempi di realizzazione degli interventi; individuano le concrete modalità di attuazione, le connesse responsabilità, i criteri di valutazione e di monitoraggio e le sanzioni per le eventuali inadempienze, nonché l'attivazione e l'esercizio dei poteri sostitutivi ai sensi della normativa vigente; in definitiva, consentono alla Regione e alle aziende del SSR l'esercizio delle prerogative di soggetti attuatori, sottoponendole al coordinamento, alla vigilanza e al controllo ministeriale. I contratti istituzionali di sviluppo, introdotti dall'art. 6 del d.lgs. 31 maggio 2011, n. 88, già valorizzati dall'art. 7 del d.l. 20 giugno 2017, n. 91, recante «disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno», come convertito dalla l. 3 agosto 2017, n. 123, in relazione al PNRR vengono contemplati dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, come convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, s.m.i., e per quanto in questa sede è più d'interesse dall'art. 56, commi 2 e 2-*bis*.

[127] I dati riportati nelle seguenti note, aggiornati alla data del 31 marzo 2023, sintetizzano quelli illustrati nella *Relazione sullo stato di attuazione* degli interventi nella Regione Calabria redatta dall'Ing. P. Gidaro, Dirigente dell'U.O.A. Investimenti Sanitari del Dipartimento Tutela della Salute e Servizi Socio-Sanitari, Referente Unico Regionale (cfr. DCA n. 68 del 20 giugno 2022) ai sensi dell'art. 3 del CIS per l'attuazione del POR-PNRR M6 Salute, in collaborazione con l'Ing. G. Imbrogno.

[128] Il numero delle case di comunità da edificare sono cinque: n. 4 ASP Cosenza e n. 1 ASP Catanzaro; cinquantasei quelle da ristrutturare: n. 18 ASP Cosenza, n. 10 ASP Catanzaro, n. 6 ASP Crotone, n. 5 ASP Vibo Valentia, n. 17 ASP Reggio Calabria. Per tutte le opere è stata avviata almeno una gara, ma non necessariamente tutte.

[129] Così distribuite nel territorio regionale: n. 7 ASP Cosenza, n. 4 ASP Catanzaro, n. 2 ASP Crotone, n. 2 ASP Vibo Valentia, n. 6 ASP Reggio Calabria. Al 31 marzo 2023, ad eccezione dell'ASP di Reggio Calabria, tutte le aziende hanno raggiunto i traguardi

interventi di fornitura di *device* per le predette centrali[130]; (v) la realizzazione e l'avvio di n. 20 ospedali di comunità[131]; (vi) il potenziamento del livello di informatizzazione di n. 11 presidi ospedalieri (Hub e Spoke), sedi di DEA di I livello e di II livello, attraverso l'implementazione dei Centri Elaborazione Dati e l'acquisizione di tecnologie informatiche (*hardware* e/o *software*), tecnologie elettromedicali, tecnologie supplementari e lavori ausiliari occorrenti per realizzare l'informatizzazione di ciascun reparto ospedaliero[132]; (vii) n. 286 interventi per la fornitura e l'installazione di grandi apparecchiature[133]; n. 13 interventi di adeguamento/miglioramento sismico di presidi ospedalieri, di cui (viii) n. 6 finanziati con fondi PNRR e (ix) n. 7 finanziati con fondi PNC[134]; (x) n. 1 intervento di implementazione di quattro nuovi flussi informativi nazionali[135]; (xi) n. 1 intervento di organizzazione ed erogazione del corso di formazione in infezioni ospedaliere ai dipendenti del SSR[136].

---

consistenti nell'assegnazione dei progetti idonei per l'indizione della gara per l'implementazione delle centrali operative territoriali e nell'assegnazione dei codici CIG/provvedimento di convenzione per la realizzazione delle medesime centrali.

[130] Un intervento per ogni azienda sanitaria provinciale.

[131] Di cui uno solo da edificare – ASP di Catanzaro – e i restanti, da riconvertire, localizzati nel territorio delle ASP di Cosenza (n. 9), Crotone (n. 1), Catanzaro (n. 3), Vibo Valentia (n. 2) e Reggio Calabria (n. 4). Tutte le aziende hanno raggiunto i traguardi consistenti nell'approvazione dei progetti idonei per indire la gara per la realizzazione degli ospedali di comunità e nell'assegnazione dei codici CIG/provvedimento di convezione.

[132] Al riguardo è stata avanzata una specifica richiesta di rimodulazione degli interventi, da discutere in sede di Nucleo Tecnico Regione Calabria-Ministero della Salute, ai fini dell'autorizzazione a procedere.

[133] Le progettualità avviate per la fornitura e posa in opera di grandi apparecchiature, secondo la *Relazione sullo stato di attuazione* al 31 marzo 2023, si attestano al 73,43%.

[134] Nell'ambito della M6C2.1 Investimento 1.2 «Verso un ospedale sicuro e sostenibile».

[135] Per quanto, in particolare, attiene alla reingegnerizzazione del Nuovo Sistema Informativo Sanitario (NSIS) a livello locale – Completamento del patrimonio informativo (servizi applicativi), nella citata *Relazione sullo stato di attuazione* si menziona un'interlocuzione fra il Ministero della Salute e l'Ufficio dell'Autorità Garante per la Protezione dei dati personali per il previsto parere formale sui provvedimenti legislativi di istituzione dei primi due nuovi flussi (Consultori familiari e Riabilitazione territoriale), da cui consegue che la prevista adozione con atto regionale, inserita nei target CIS per il 31 marzo 2023, non è attuabile. Quanto ai flussi informativi relativi agli ospedali di comunità e ai servizi di assistenza primaria, i processi di sviluppo fanno riferimento all'anno 2025.

[136] La Regione Calabria, con DCA n. 104 del 3 aprile 2023, ha completato la pro-

I relativi importi sono dettagliati negli *action plans* di cui si compone il Piano, insieme ai cronoprogrammi che consentono di monitorare lo stato di attuazione delle linee di intervento[137]. Con riferimento all'ammodernamento del parco tecnologico e digitale ospedaliero si segnala l'approvazione, ad opera del DCA n. 70 del 23 febbraio 2023, di uno specifico piano dei fabbisogni per l'adesione ad accordo quadro Consip in ambito di sanità digitale con imputazione della spesa[138] su risorse del bilancio regionale, al fine di conseguire gli obiettivi programmati nel POR-PNRR[139] attraverso la realizzazione degli interventi di digitalizzazione dei DEA di I e II livello, nonché per lo svolgimento delle attività di supporto tecnico per la gestione delle centrali "118" e di comunicazione e integrazione con il servizio "112".

Dette linee di intervento confermano la coerenza fra missioni del PNRR e, in particolare, l'importanza di considerare in modo integrato i fattori dell'inclusione, della coesione e della salute. Per accelerare il processo di ripresa e rafforzare il potenziale di crescita a lungo termine, bisogna constatare che la relazione tra addendi restituisce più della loro semplice somma. Un sistema resiliente è tale solo se in grado di rispondere a sollecitazioni esterne con capacità positive di adattamento, il che non può prescindere da un riequilibrio territoriale incentrato sul superamento delle (persistenti) disuguaglianze riscontrabili anche in materia sanitaria.

5. *I limiti all'autonomia commissariale tra erogazione di prestazioni costituzionalmente necessitate e ponderazione degli interessi*

Il riconoscimento dei livelli essenziali di assistenza come elemento

cedura di selezione dei *providers* individuando le aziende sanitarie e ospedaliere in quanto già accreditate per l'Educazione Continua in Medicina (ECM).

[137] Ai fini dell'adempimento agli impegni previsti per l'attuazione degli interventi, con particolare riguardo a quanto disciplinato dall'art. 5 del CIS e, ulteriormente, precisato dal DCA n. 68/2022, la Regione Calabria ha previsto di delegare il ruolo di soggetti attuatori esterni agli enti del SSR: ASP di Catanzaro, ASP di Cosenza, ASP di Crotone, ASP di Reggio Calabria, ASP di Vibo Valentia, Azienda Ospedaliera "Pugliese-Ciaccio" di Catanzaro, Azienda Ospedaliero Universitaria *Mater Domini* di Catanzaro, Azienda Ospedaliera di Cosenza, Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi Melacrino Morelli" di Reggio Calabria.

[138] Valutata in complessivi € 3.274.469,24.

[139] M6C2.1 Investimento 1.1 «Ammodernamento del parco tecnologico e digitale ospedaliero».

centrale del sistema sanitario *ex* art. 117, comma 2, lett. m), Cost. fa sì che, una volta identificate, tali garanzie minime non possono essere condizionate in termini assoluti[140]. Dalla qualificazione *ex* art. 32 Cost. della tutela della salute come diritto fondamentale della persona e interesse della collettività consegue che le esigenze di equilibrio del bilancio non possono neutralizzare la doverosa erogazione di prestazioni costituzionalmente necessarie[141], in tal senso, sottratte all'opera di bilanciamento rimessa alla discrezionalità del legislatore. In tale prospettiva, a livello centrale si definiscono i LEA che il SSN è tenuto a garantire ai cittadini e l'ammontare complessivo delle risorse economiche per il loro finanziamento, a livello regionale avviene l'organizzazione del servizio e l'erogazione delle prestazioni.

La legge statale determina annualmente il fabbisogno sanitario nazionale standard, ossia il complesso delle risorse del SSN al cui finanziamento concorre lo Stato, in linea al quadro macroeconomico complessivo e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede europea, tramite intesa, in coerenza con il fabbisogno derivante dalla determinazione dei LEA erogati in condizioni di efficienza ed appropriatezza. A livello programmatico, sono distinte la quota destinata alle regioni a statuto ordinario, comprensiva delle risorse per la realizzazione degli obiettivi di carattere prioritario e di rilievo nazionale, e le quote destinate a enti diversi dalle regioni secondo quanto disposto dall'art. 26, comma 1, del d.lgs. n. 68/2011[142].

---

[140] Si veda, a scopo sinottico, Corte cost. 8 luglio 2021, n. 142: «la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali impongono una visione della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario». Tale arresto si pone in scia alla pronuncia della Corte cost. 10 aprile 2020, n. 62, secondo cui «mentre di regola la garanzia delle prestazioni sociali deve fare i conti con la disponibilità delle risorse pubbliche, dimensionando il livello della prestazione attraverso una ponderazione in termini di sostenibilità economica, tale ponderazione non può riguardare la dimensione finanziaria e attuativa dei LEA, la cui necessaria compatibilità con le risorse è già fissata attraverso la loro determinazione in sede normativa». La pronuncia da ultimo richiamata consente, altresì, di valorizzare la "tempistica" delle prestazioni costituzionalmente necessarie in argomento, la quale diviene *ex se* un fattore costituzionalmente tutelato.

[141] Cfr. Corte cost. n. 275/2016.

[142] Merita ricordare che il finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale è stato

Dal punto di vista procedurale, sulla base di un'apposita proposta formulata dal Ministro della Salute alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome riguardante il riparto del finanziamento[143], detti enti raggiungono un accordo politico e la Conferenza Stato-Regioni, mediante intesa, determina la ripartizione delle risorse[144]. L'assegnazione annuale alle regioni e alle province autonome delle quote del Fondo Sanitario Nazionale necessarie per l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza è demandata al CIPESS[145] che delibera ai sensi dell'art. 39, comma 1, del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446. Le Regioni, tenute a organizzare il servi-

disciplinato dal d.lgs. n. 56/2000 in base alla capacità fiscale regionale corretta da alcune misure perequative. Per alcuni spunti critici sul c.d. federalismo fiscale introdotto da tale normativa, cfr. R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, cit., 191 s.; nonché, con rilievi più generali, M. Cammelli, *Regioni e regionalismo 1948-2013*, Napoli, 2014, 18 e nt. 30, secondo cui «nelle lunghe e laboriose trattative centrali sul federalismo fiscale le regioni non hanno rappresentato i sistemi locali, che hanno agito in modo autonomo e per canali propri, ma per lo più sé stesse e in particolare il finanziamento della spesa sanitaria». Le modalità di erogazione del finanziamento del SSN da parte dello Stato sono stabilite dall'art. 77-*quater* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, e dall'art. 2, comma 68, lett. b), della l. n. 191/2009. Il sistema di finanziamento pubblico della sanità, in sostanza, si basa su risorse derivanti dalla fiscalità generale – quote di compartecipazione al gettito di imposte dirette, quali addizionale Irpef e Irap, e indirette relativamente alla compartecipazione al gettito Iva e accise sulla benzina – a cui si aggiungono le risorse derivanti dalle diverse forme di compartecipazione alla spesa sanitaria da parte degli assistiti (ticket e ricavi provenienti dall'attività intramoenia dei propri dipendenti) e le entrate proprie delle regioni, nonché, in via residuale, i trasferimenti per interventi specifici. Come si legge nella deliberazione della Corte dei conti n. 19/SEZAUT/2022/FRG, 92, l'assetto organizzativo in ambito sanitario continua a prevedere un'asimmetria fra i centri di responsabilità della spesa, in capo alle Regioni, e il prelievo coattivo delle risorse – attraverso la fiscalità generale – per il finanziamento della spesa in capo quasi integralmente allo Stato.

[143] Il finanziamento "indistinto" distribuito tra le Regioni serve ad assicurare l'erogazione dei LEA, quello "vincolato" riguarda risorse finalizzate a obiettivi sanitari prioritari individuati annualmente dal Ministero della Salute, interventi in materia sanitaria previsti da apposite norme nazionali ed attuati dalle regioni e altri enti.

[144] Anche ai fini della ripartizione delle quote concernenti la mobilità intraregionale. La quota parte dei rimborsi per la mobilità è accreditata o addebitata alle Regioni in corso di esercizio, come indicata in via provvisoria nel riparto del fabbisogno finanziario del SSN, operando i necessari conguagli in sede di determinazione definitiva dei saldi delle mobilità regionali.

[145] Dal 1° gennaio 2021 il Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) cambia denominazione e diviene Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS).

zio sanitario ed a garantire le prestazioni e i servizi inclusi nei LEA, a loro volta, assegnano in base a differenti parametri[146] le risorse finanziarie alle aziende sanitarie del proprio territorio[147].

[146] Come, ad esempio, la mobilità attiva e passiva. Le aziende, inoltre, sono finanziate dalla Regione sulla base delle prestazioni erogate in regime di ricovero (attraverso il costo previsto dai Raggruppamenti Omogenei di Diagnosi) ovvero negli ambulatori (attraverso il tariffario delle prestazioni specialistiche e diagnostiche).

[147] Sulla progressiva accentuazione del carattere autoritativo della programmazione sanitaria, si veda Cons. Stato, ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3. In particolare, ai sensi dell'art. 32, comma 8, della l. 27 dicembre 1997, n. 449, le regioni, in attuazione di tale programmazione e in coerenza con gli indici di cui all'art. 2, comma 5, della l. 28 dicembre 1995, n. 549, s.m.i., individuano preventivamente per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, compresi i presidi ospedalieri, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario e i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'art. 1, comma 32, della l. n. 662/1996. La giurisprudenza amministrativa ha considerato detta funzione programmatoria un dato ineludibile per assicurare una corretta gestione delle risorse disponibili, affermando, in linea di principio, la legittimità dei tetti di spesa nei confronti delle strutture private accreditate in ragione delle insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica: *ex multis*, Cons. Stato, sez. I, adunanza del 26 gennaio 2022, n. 1077/2022; Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 novembre 2022, n. 7423; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 31 ottobre 2022, n. 3053; Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 2 maggio 2022, n. 5401. Sulla ragionevolezza delle scelte operate in materia di tetti di spesa e ripartizione del *budget*, ulteriormente, Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2018, n. 3859, nonché Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017, n. 3617, secondo cui «chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve pur accettare i limiti in cui la stessa è costretta, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, persino in presenza di restrizioni finanziarie, beni costituzionali di superiore rango quali i livelli essenziali relativi al diritto alla salute». Le regioni, quindi, godono di un ampio potere discrezionale nell'esercizio della predetta funzione, dovendo individuare un punto di sintesi in esito alla comparazione di interessi quali il contenimento della spesa pubblica, il diritto alla fruizione di adeguate prestazioni sanitarie, le aspettative di operatori orientati dalla logica imprenditoriale e l'efficienza delle strutture sanitarie (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8161; Id. 4 novembre 2018, n. 6427; Id. 4 luglio 2017, n. 3274). Sotto un connesso aspetto rileva la più specifica questione della legittimità dei tetti di spesa fissati in corso di esercizio finanziario che ha richiesto un intervento dell'Adunanza Plenaria per dirimere un contrasto giurisprudenziale. Per un primo orientamento la fissazione di tetti di spesa in via retroattiva, soprattutto intervenendo in un periodo avanzato dell'anno, sarebbe illegittima poiché idonea a sottrarre a operatori del SSN la possibilità di programmare, con ragionevole anticipo e congrua ponderazione, la propria attività (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2004, n. 1667; Id. 31 gennaio 2003, n. 499). In base a un secondo indirizzo, già avallato da Cons. Stato, ad. plen., 2 maggio 2006, n. 8, la fissazione in corso d'anno di tetti che dispieghino i propri effetti anche sulle presta-

I diversi modelli di sanità che originano dal d.lgs. n. 502/1992 e, in modo più marcato, dal d.lgs. n. 229/1999 non hanno sempre saputo valorizzare l'autonomia accordata alle regioni, come si è visto, anche a causa di lacune concernenti profili organizzativi e gestionali che, nell'attuale momento di transizione (anche) sanitaria indotta dal PNRR, impongono una rilettura centrata su sistemi più strutturati in ambito territoriale, mediante lo sviluppo delle reti di prossimità[148], e resilienti per effetto di misure quali l'ammodernamento del parco tecnologico ospedaliero, l'incremento dei posti letto nelle terapie intensive e sub intensive, il consolidamento del fascicolo sanitario elettronico e la digitalizzazione dei servizi sanitari. Di certo, una tutela multilivello del diritto alla salute come quella tratteggiata non può prescindere da un'azione sinergica e collaborativa dei vari soggetti coinvolti nella sua attuazione, chiamati a raggiungere delicati punti di equilibrio tra la sostenibilità economico-finanziaria del sistema sanitario e la qualità del servizio erogato.

Fra tali soggetti si annovera il commissario *ad acta* per il piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario. Le regioni, infatti, partecipano all'opera di risanamento dei conti pubblici in materia attraverso detti piani la cui attuazione, perdurando l'inerzia degli organi regionali in ordine

---

zioni già erogate non potrebbe considerarsi, come tale, illegittima, rappresentando la conseguenza fisiologica dei tempi non comprimibili che permeano le diverse fasi procedimentali previste dalla legge rispetto alla definizione dei fondi utilizzabili (cfr. artt. 32, comma 8, l. n. 449/1997, 12, comma 3, d.lgs. n. 502/1992 e 39, comma 1, d.lgs. n. 446/1997 da leggere in combinato con l'art. 115 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112). Questo secondo indirizzo è stato confermato da Cons. Stato, ad. plen., n. 3/2012 con la precisazione che «la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli. Inoltre, la considerazione dell'interesse dell'operatore sanitario a non patire oltre misura la lesione della propria sfera economica anche con riguardo alle prestazioni già erogate fa sì che la latitudine della discrezionalità che compete alla regione in sede di programmazione conosca un ridimensionamento tanto maggiore quanto maggiore sia il ritardo nella fissazione dei tetti».

[148] In relazione allo sviluppo dell'assistenza territoriale e alla necessaria integrazione fra servizi ospedalieri e territoriali, cfr. il d.m. 23 maggio 2022, n. 77, adottato dal Ministro della Salute di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze ai sensi dell'art. 1, comma 274, della l. n. 234/2021, recante il regolamento sulla «definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale».

agli obiettivi prefigurati, è rimessa a figure legate all'ente da un rapporto intersoggettivo espressione del potere sostitutivo enunciato dall'art. 120, comma 2, Cost. La loro azione mira a perseguire, al contempo, il ripristino dell'autonomia finanziaria regionale e la riduzione dei divari territoriali in relazione al godimento di prestazioni inerenti a un diritto sociale avente natura fondamentale.

L'ampiezza di tali obiettivi appare direttamente proporzionale a quella dei poteri del commissario rispetto all'amministrazione del SSR che, come illustrato sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale e delle norme sul commissariamento della sanità regionale, non ammette interferenze "esterne" in grado di comprometterne l'azione perimetrata dal piano di rientro e dai connessi programmi operativi. Il sindacato di legittimità sull'attività commissariale, a tale stregua, assume come principale parametro di riferimento tali atti e si concentra, peculiarmente, sul risvolto patologico della discrezionalità, anzitutto derivante dalla lesione dei principi di imparzialità[149], proporzionalità e ragionevolezza[150], nonché di leale colla-

[149] Come evidenziato da G. Morbidelli, *Introduzione all'attività amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, cit., 528, «l'imparzialità viene intesa come obbligo di tener presente in una corretta valutazione comparativa tutti gli interessi legislativamente tutelati che sono investiti dall'agire amministrativo e di effettuare le conseguenti scelte in base ai criteri previsti dalla legge, nonché ai i criteri di ragionevolezza e di parità di trattamento. Il principio di imparzialità non viene perciò limitato alla accezione soggettiva, basata soprattutto sul divieto di disparità di trattamento, ma soprattutto come obbligo di ponderare tutti gli interessi coinvolti». Sul collegamento fra art. 97 Cost., che esige il rispetto dell'imparzialità, e art. 3 Cost., che vincola il legislatore al rispetto dell'uguaglianza giuridica, sulla scia di C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 Cost.*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 42, cfr. S. Lariccia, *Il principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, in *Queste istituzioni*, 2003, 129. Sull'inerenza dell'imparzialità alla discrezionalità, in quanto funzionale alla regolazione dell'attività amministrativa nella parte in cui la stessa non è direttamente disciplinata dalla legge, si veda già U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965. In quanto tale, essa rappresenta una componente della legalità: C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 23; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 10. Cfr., inoltre, S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; G. Sala, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 1984, 433 ss.; F. Satta, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989.

[150] Sulla proporzionalità come componente della ragionevolezza, a livello monografico, P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 82 ss.; cui *adde*, anche per ulteriori sviluppi, S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A.

borazione[151], che può essere fatta valere sia dall'ente pubblico sostituito che da ulteriori soggetti titolari di situazioni giuridicamente rilevanti incise dall'azione commissariale.

Può trattarsi tanto di cittadini che lamentano lesioni conseguenti alla riorganizzazione del SSR dettata da provvedimenti del commissario *ad acta*, come quello di chiusura di un ospedale[152], quanto di soggetti che contestano l'adeguatezza delle scelte in riferimento all'ambito delineato

---

Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008. Il principio di proporzionalità, che trae origine nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa tedesca e diviene principio generale del diritto europeo sin dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso grazie all'opera creatrice della Corte di Giustizia (così B. Marchetti, *Il principio di proporzionalità: uno, nessuno, centomila?*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli, a cura di, *La legge n. 241 del 1990 trent'anni dopo*, Torino, 2021, 23, la quale, ulteriormente, rileva che nel nostro ordinamento «le Corti talvolta distinguono tra ragionevolezza e proporzionalità, talaltra usano indistintamente razionalità, logicità, ragionevolezza e proporzionalità, in altri casi ancora fanno rientrare cumulativamente nello scrutinio di ragionevolezza le violazioni dei principi di imparzialità, buon andamento, proporzionalità, non discriminazione e così via»), anche in Italia si afferma a livello pretorio come corollario della ragionevolezza ed è inquadrabile fra i principi dell'ordinamento comunitario richiamati dall'art. 1, comma 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241. In tema cfr. M. D'Alberti, *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. proc. amm.*, 2017, 94 s. Rispetto alla ragionevolezza, che attiene alla ponderazione qualitativa degli interessi, la proporzionalità riguarda profili "quantitativi", ossia è il principio in base al quale l'amministrazione, nell'assunzione delle proprie decisioni, deve adottare la soluzione idonea e adeguata con il "minor sacrificio" per gli interessati. In tal senso, essa è rapportabile al nucleo essenziale della teorica risalente a G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1837.

[151] Il principio di leale collaborazione, che a seguito delle modifiche apportate alla l. n. 241/1990, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, di conversione con modificazioni del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni), rientra espressamente – con la buona fede – nel novero dei principi generali dell'attività amministrativa (art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990), è stato assunto dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9) come parametro di riferimento per il sindacato sull'eccesso di potere. Sul principio di collaborazione quale «espressione dinamica relazionale del buon andamento», si veda M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 123. Su detto principio, nella prospettiva della cooperazione istituzionale, F. Trimarchi Banfi, *Il regionalismo cooperativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, 123 ss.

[152] Cfr. Tar Molise, sez. I, 4 luglio 2017, n. 250.

dai piani di rientro e dai programmi operativi[153]. La ponderazione degli interessi coinvolti, infatti, deve sempre rispondere a criteri di logicità e le esigenze di contenimento della spesa, accentuate nelle regioni commissariate, non possono ritenersi assolutamente prevalenti.

La necessità di preservare le funzioni del commissario *ad acta* fino all'esaurimento dei suoi compiti connessi all'attuazione dei piani di rientro dai deficit di bilancio in materia sanitaria, in tale ottica, non preclude al giudice amministrativo il sindacato sul vizio della funzione[154] in base ai classici principi attinenti all'esercizio del potere discrezionale, da leggere in combinato con quelli costituzionali di uguaglianza, equilibrio di bilancio e corretta attivazione della sostituzione di cui all'art. 120, comma 2, Cost.

---

[153] Benintesa l'ampia discrezionalità che connota i provvedimenti commissariali e i limiti del sindacato giurisdizionale sugli stessi. Si prenda il caso esaminato dal Tar Calabria n. 435/2023 in materia di determinazione di tetti di spesa e ripartizione di risorse in ambito sanitario, cui si è già accennato, ove sono ravvisabili notevoli margini di discrezionalità, donde la sindacabilità dei provvedimenti per evidente illogicità, arbitrarietà, contraddittorietà o ingiustizia manifesta (cfr., *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. I, 5 giugno 2019, n. 3054) che, nel caso di specie, non è stata riscontrata. Infatti, un criterio – come quello in esame – di distribuzione delle risorse fondato sul valore medio della produzione effettuata dagli operatori in un certo periodo, quand'anche eccedente il *budget* annuale fissato dall'amministrazione, non può ritenersi palesemente illogico o irrazionale, poiché idoneo a rappresentare «uno dei possibili elementi che consentono di apprezzare l'efficienza dell'impresa stessa nel mercato di riferimento e, quindi, anche di non pregiudicare la concorrenzialità tra le singole strutture sanitarie». La considerazione delle prestazioni erogate *extra budget*, in tal senso, consente di apprezzare pienamente l'efficienza delle imprese sanitarie e, nella prospettiva per cui il perseguimento degli interessi pubblici coesistenti in materia non può sottostare agli interessi privati, cedevoli e recessivi rispetto ai primi (cfr. Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2020, n. 13884; Id. 31 ottobre 2019, n. 27997), si dimostra coerente con il fine ultimo di tutelare il diritto fondamentale alla salute. Quando una struttura decide di operare per conto del Servizio Sanitario, infatti, è tenuta a sottostare ai limiti di spesa assegnati e non ha il diritto di vedersi retribuite le eventuali prestazioni rese oltre tali limiti, ma ciò non implica l'impossibilità di erogarne ulteriori che, tuttavia, restano a carico della struttura, ossia essa non può pretenderne la remunerazione.

[154] La ricostruzione dell'eccesso di potere quale vizio della funzione, come noto, è stata elaborata da F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss. Sull'attività amministrativa – cfr. F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 75 ss. – come funzione, si veda S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1995, 116 ss. Sul concetto di funzione, inoltre, F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969; F. Benvenuti, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; G. Marongiu, *Funzione amministrativa*, ivi; M.A. Carnevale Venchi, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, 1969-1974; G. Miele, *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, VII, 1961, 686 ss.; S. Piraino, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990; F.S. Severi, *Funzione pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, 1991, 69 ss.

Ciò implica una doverosa valutazione dell'attività istruttoria strumentale alla decisione finale che prescinde dal merito amministrativo[155]. Il giudice amministrativo, cioè, valuta la congruità dell'approfondimento istruttorio[156] rispetto al potere discrezionale esercitato all'esito di una ragionevole ponderazione degli interessi in gioco che va oltre il dato letterale della legge. Anche la Corte costituzionale, quando ha dovuto modellare il proprio sindacato sul bilanciamento tra interessi e valori costituzionalmente protetti, come il diritto a un ambiente salubre e l'interesse al mantenimento dei livelli occupazionali, ha riconosciuto che il "punto di equilibrio", in quanto dinamico e non prefissato in anticipo, deve valutarsi secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza[157].

---

[155] Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 632; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 576. Sulla difficoltà di distinguere fra legittimità e merito, avvertita anche dalla giurisprudenza amministrativa tanto più ove si ricorra a formule elastiche o standard comportamentali (cfr. N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 371; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 168), C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 8 ss.; F. Ledda, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2000, 433 ss., ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 567 ss., spec. 577. Come rilevato da F. Saitta, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *Nuove autonomie*, 3, 2021, 625, si tratta di contemperare due contrapposte esigenze: da un lato quella di non invadere la sfera riservata all'amministrazione (cfr. D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996), dall'altro quella «di non lasciarsi sopraffare dall'ansia della separazione dal potere esecutivo, finendo per arretrare eccessivamente la soglia del sindacato», fermo restando che il giudice amministrativo deve «limitarsi ad accertare l'oggettiva ragionevolezza della decisione amministrativa, senza sostituirla con un'altra» (p. 627).

[156] Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2019, 321. Della necessità che l'amministrazione espleti un'istruttoria approfondita, anche avvalendosi del contributo derivante dalla partecipazione dei privati, al fine di ricercare «la soluzione non solo più *idonea* al perseguimento dell'interesse pubblico primario, ma anche lo strumento più mite fra quelli a sua disposizione, nell'ottica del criterio di *necessarietà* [*e*] di un'attività amministrativa *proporzionata*», si occupa anche D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 408. In tale prospettiva, inoltre, si veda B. Marchetti, *Il principio di proporzionalità*, cit., 22 ss., la quale, muovendo dalla tecnica di sindacato che il principio di proporzionalità, di matrice tedesca, dischiude, si sofferma sul controllo di legittimità della decisione ad opera del giudice attraverso i passaggi del test di proporzionalità consistenti nell'accertamento della idoneità, della necessità e dell'adeguatezza (c.d. proporzionalità in senso stretto).

[157] Cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85.

La vigenza di un canone generale di ragionevolezza[158], ossia la legittimazione del potere amministrativo in base al suo esercizio razionale[159], del resto, è da tempo affermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato[160], che attraverso il sindacato sull'eccesso di potere ha rivelato un obiettivo di adeguamento sostanziale dell'agire pubblico rispetto alla funzione esercitata[161]. Tale sindacato sulla "accettabilità" della scelta schiude significativi spazi al giudice amministrativo, e ciò costituisce la ragione della "forza intrinseca" del giudizio sull'eccesso di potere[162] che ha imposto una rilettura della teoria della validità provvedimentale con il passaggio dalla legittimità formale a quella sostanziale.

Il sindacato di legittimità diviene un giudizio di congruenza o di proporzionalità, ovvero di adeguatezza dell'azione amministrativa rispetto all'interesse pubblico concreto, che vede traslare il proprio baricentro dall'atto impugnato al risultato atteso[163]. È stata, infatti, evidenziata la

[158] Cfr. F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 514, e ancor prima, con riferimento al rapporto fra eccesso di potere e sindacato sul ragionevole perseguimento del fine, E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 78.

[159] Cfr. G. Marongiu, *Funzione amministrativa*, cit., 6.

[160] Cfr. A. Romano, *Art. 26 (t.u. Cons. St. r.d. 26 giugno 1924, n. 1054)*, in Id., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 266 (II ed., 2001, 195), il quale evidenzia l'emersione, nel panorama giurisprudenziale, del principio di ragionevolezza per le scelte discrezionali amministrative che «ben presto ha assunto tutta l'ampiezza che deve essergli riconosciuta: come limite non solo intrinseco, ma anche altrettanto generale della loro legittimità; e, in tal modo, il giudice amministrativo che lo ha elevato a tanta portata, lo ha formato come strumento mediante il quale poter operare un sindacato parimenti generale di quelle scelte discrezionali medesime, senza peraltro travalicare i limiti della propria giurisdizione detta, appunto, di (sola) *legittimità* (…). Il principio di ragionevolezza delle scelte discrezionali amministrative viene a porsi come l'angolo visuale più comprensivo dal quale poter valutare tutte le numerosissime ipotesi che si riconducono all'*eccesso di potere*, come vizio appunto generale della discrezionalità amministrativa». Sulla ragionevolezza come «elemento fondamentale del processo decisorio della pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale», si veda anche F. Astone, *Il principio di ragionevolezza*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 372.

[161] Cfr. G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 11, II, 1987, 3170.

[162] Cfr. A. Police, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 112.

[163] Tale giudizio, per riprendere le parole di M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 87, «rientra ancora pienamente in quel controllo di legittimità costituzionalmente definito, anzi ridà vigore attribuendo anche un significato nuovo a quest'ultimo, in una visione più ampia della legalità e del sindacato di legittimità che non si esaurisce nel mero riscontro

costruzione del sindacato sul corretto uso del potere e sulla ragionevolezza in riferimento alla consistenza e al peso delle situazioni di fatto e di diritto che il giudice amministrativo reputi meritevoli di tutela[164]. E quando il potere amministrativo incide su diritti fondamentali, il sindacato del giudice è più penetrante.

Il giudizio sull'azione commissariale, condotto in questi termini, non interferisce né appare limitato dall'ampiezza dei poteri inerenti all'amministrazione del servizio sanitario regionale. Un'argomentazione diversa risulterebbe inconciliabile con il fondamento della ragionevolezza, ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza una clausola generale dell'azione amministrativa[165], e con l'evoluzione concernente il sindacato sull'eccesso

---

norma-atto». Si veda, inoltre, L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1998, 299 ss., il quale sottolinea come sia stata la tensione al raggiungimento di risultati sostanziali a legittimare un sindacato sempre più intenso sull'eccesso di potere, donde l'esaltazione della funzione e l'accentuazione del valore sostanziale delle previsioni legislative rispetto a scopi concreti. La riconducibilità del concetto di "risultato" all'interno della funzione amministrativa consente di superare i profili di criticità illustrati da A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. I, Napoli, 2001, 813 ss., alle stregua della formula "amministrazione per risultati" delineata da M.S. Giannini negli anni Sessanta in contrapposizione alla c.d. amministrazione per atti: «la rilevanza (finalmente) attribuita (anche) al risultato (…) costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare (…) il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari amministrativi intendono la loro azione» (F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit., 101). Si veda, ancora, A. Romano Tassone, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 1: la formula "amministrazione per risultati" (e forse, meglio, "di risultato") «non ha (più) la veste originaria di espressione sinteticamente descrittiva di un processo di trasformazione dei caratteri dell'amministrazione contemporanea (…), ma esprime (si vuole che esprima) ormai un vero e proprio nucleo normativo, di valore propriamente costituzionale, alla cui stregua ci si propone di inquadrare e risolvere la disciplina positiva dell'intero diritto amministrativo italiano».

[164] Cfr. A. Police, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, cit., 113. Il convincimento che il sindacato sull'eccesso di potere si concretizzi in un controllo sulla razionalità dell'azione amministrativa è stato sviluppato, dal medesimo A., anche nei contributi *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 4, 2003, 755, e *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 55.

[165] Cfr., a scopo sinottico, F. Astone, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 371 e 376; A. Massera, *I principi generali*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo I, Milano, 2007, 329. F. de Leonardis, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 41 ss., riconosce la paternità di tutti gli altri i principi dell'amministrazione alla ragionevolezza

di potere, risolvendosi in un sostanziale rifiuto di tutela giurisdizionale.

Il rispetto dei livelli essenziali di assistenza promosso dai piani e programmi esaminati nel corso di questo lavoro, in un sistema istituzionale plurale come quello italiano, impone sia al legislatore che all'amministrazione la ricerca di soluzioni razionali che considerino quella "componente essenziale" o "nucleo indefettibile" di garanzie rapportabili alla natura del diritto alla salute e, come si è avuto modo di osservare, alla "missione" dell'ordinamento sanitario di assicurare un'effettiva e omogenea erogazione di prestazioni costituzionalmente necessitate senza discriminazioni, in coerenza con la teorica del risultato e con i principi di solidarietà e di uguaglianza nella prospettiva dell'inclusione e della coesione, da ultimo, incentivata dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

---

che, come tale, costituisce il fondamento della disciplina generale dei termini del procedimento amministrativo a partire dal modo in cui viene articolata l'istruttoria, giacchè «le diverse attività materiali di cui si compone l'istruttoria procedimentale sono funzionali in vista della ragionevolezza e completezza del provvedimento finale». A tale stregua, si potrebbe sostenere che tutte le figure di eccesso di potere costituiscono un'applicazione della ragionevolezza e, in quest'ottica, detto A. significativamente ricorda che proprio muovendo da tale principio la giurisprudenza amministrativa si è spinta a sindacare la discrezionalità tecnica. Per approfondimenti ulteriori sul punto, G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 200; *amplius*, D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; più di recente, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 118 ss. Si veda, inoltre, P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., spec. 86 ss., la quale, nel configurare la ragionevolezza come limite intrinseco di ogni attività amministrativa discrezionale, tanto da potersi affermare che in essa si sostanzia «quell'insieme di regole che formano il "dover essere" della discrezionalità e la distinguono dall'arbitrio» (p. 91), ne riconosce la natura aperta e flessibile, cioè «la ragionevolezza è un principio di sintesi e va apprezzata in concreto: la sintesi presuppone una giusta considerazione di tutte le componenti ed un contemperamento fra le stesse, in modo che l'azione amministrativa sia improntata a quanto, di ciascuna componente, sia consigliato dalle peculiarità del caso concreto» (p. 89).

Abstract

In un momento storico in cui l'autonomia e la differenziazione sono presentate da più parti come la via maestra da seguire, le esperienze dei piani di rientro dai deficit di bilancio in materia sanitaria e del commissariamento della sanità regionale sollecitano una riflessione sull'importanza di assicurare la tutela della salute in modo universale, equo e solidale. In un sistema caratterizzato da un esteso decentramento di funzioni, come quello delineato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, i fattori unificanti delle politiche sanitarie sono molteplici e riportano all'esigenza di garantire livelli essenziali di assistenza senza discriminazioni. Su tali basi, questo lavoro intende ricostruire le origini e i limiti del potere commissariale in ambito sanitario nella prospettiva del riequilibrio territoriale.

The commissioner of regional health
in the perspective of territorial rebalancing

In a historical moment in which autonomy and differentiation are presented by many as the main path to follow, the experiences of the recovery plans for budget deficits in the health sector and of the regional health commissioner call for reflection on the importance of ensuring health protection in a universal, equitable and supportive way. In a system characterised by an extensive decentralization of functions, such as that outlined by the reform of Title V of the Constitution, the unifying factors of health policies are multiple and refer to the need to guarantee essential levels of assistance without discrimination. On this basis, this work intends to reconstruct the origins and limits of commissioner power in the health sector in the perspective of territorial rebalancing.

La registrazione dei partiti politici nella disciplina portoghese e italiana. L'impatto del *soft law* sovranazionale come fattore di convergenza tra modelli di regolazione differenti[*]

di Isabella Maria Lo Presti

Sommario: 1. Fattori di convergenza delle discipline nazionali sui partiti politici. – 2. L'istituzione dei registri nazionali dei partiti politici. Linee guida sovranazionali. – 3. La costituzionalizzazione dei partiti politici in Portogallo. Breve analisi storico-politica. – 4. Lo sviluppo legislativo del regime costituzionale dei partiti politici portoghesi. La *Lei dos Partidos Políticos*. – 5. L'elasticità dell'articolo 49 della Costituzione italiana. Primi interventi del legislatore ordinario. – 6. Il registro nazionale dei partiti politici come strumento di regolazione dell'organizzazione infrapartitica. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Fattori di convergenza delle discipline nazionali sui partiti politici*

Il regime giuridico dei partiti politici è stato a lungo delineato principalmente da formanti di natura interna in quanto le modalità di regolamentazione di questi soggetti «non sono teleologicamente neutre»[1] ma presentano un alto indice di permeabilità al contesto «autoctono»[2] in cui operano. Tuttavia, uno sguardo agli ordinamenti europei che hanno scelto di adottare discipline pubblicistiche in materia di partiti politici mostra

[*] Il presente contributo costituisce l'approfondimento e lo sviluppo di un intervento presentato in occasione del Ciclo di seminari di Diritto pubblico comparato, organizzato presso l'Università di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza, dal 16 al 18 novembre 2022, e realizzato nell'ambito del progetto di ricerca «I+D+i La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global (PID2021-126875OB-I00R), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/- FEDER Una manera de hacer Europa».

[1] A. De Petris, C. Pinelli, *Introduzione*, in D. Nardella (a cura di), *La legislazione sui partiti politici in alcuni Paesi dell'Unione europea*, Firenze, 2008, 10.

[2] In tal senso, in I. Razzuoli, *Os partidos políticos na constituição da República italiana e portuguesa. Uma análise dos artigos constitucionais*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Curso de Doutoramento 2009/2010, 3, consultabile al seguente link: https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/652-970.pdf, si segnalano le difficoltà di una indagine comparativa sui partiti politici in ragione della pluridimensionalità della loro natura che presenta contemporaneamente profili politologici, sociologici e giuridici, strettamente connessi a elementi di matrice interna.

come esse presentino alcuni elementi di uniformità rispetto ai quali il presente contributo si propone di sviluppare una riflessione riguardo alla possibile influenza esercitata dalla produzione di atti di *soft law* sovranazionale. È, infatti, possibile evidenziare come alcune scelte operate dai legislatori statali, tra cui principalmente l'istituzione di registri nazionali dei partiti, hanno finito per circolare ed essere innestate in diverse realtà ordinamentali, condividendo la medesima finalità, ossia, garantire *standard* comuni di democrazia interna e al contempo migliorare la trasparenza del sistema dei partiti. Questa tendenza può spiegarsi alla luce di alcuni fattori. Un primo elemento che ha potuto influire sulla circolazione delle soluzioni di regolazione dei partiti politici può essere rintracciato nella profonda crisi dei sistemi politico- rappresentativi. In reazione alla loro progressiva destrutturazione e a fronte dell'indebolimento del legame tra partiti politici e società civile[3], si è tentato, attraverso la fonte legale, di rafforzare l'integrazione[4] dei partiti in seno al sistema costituzionale. Un secondo fattore che ha inciso sulla scelta del legislatore di intervenire in materia è costituito dalla profonda crisi che a partire dal 2008 ha scosso le economie statali dando avvio a una lunga stagione di riforme e di politiche di austerità. In numerosi Stati europei i tagli alla spesa pubblica hanno infatti interessato anche le voci di costo inerenti al finanziamento della politica e, come emerge dallo studio condotto dall'*International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (in avanti, IDEA)[5], gli interventi sulle

[3] In F. Molenaar, *The Development of European Standards on Political Parties and their Regulation*, *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, n. 4, 4 si sottolinea che «*Society thus experiences an increasing stimulus to regulate political parties. This stimulus is the result of the growing integration of parties within the state and the weakening ties between parties and civil society*». In merito alla crisi attraversata dai partiti tradizionali e più in generale dai sistemi rappresentativi si richiama, a titolo esemplificativo e non esaustivo, C. De Fiores, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post- democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Democrazia e diritto*, 1/2018, 7 ss.; denuncia una «autoreferenzialità» del sistema politico, causa ed effetto del distacco tra i partiti e la società, G. Azzariti, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Alternative per il socialismo: bimestrale di politica e cultura*, 24, 2012/2013, 71.

[4] Nella sistematizzazione elaborata da Triepel delle fasi che possono segnare la relazione tra i partiti politici e l'ordinamento nazionale, la loro incorporazione o integrazione a livello costituzionale costituisce il «quarto gradino», quello più alto, così in H. Triepel, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, in E. Gianfrancesco, G. Grasso (a cura di), *Heinrich Triepel. La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, Napoli, 2015, 6-7.

[5] Tra gli Stati membri dell'Unione europea, la Germania è stato il primo Paese ad

discipline statali dell'area europea oggetto di analisi sono stati accomunati dall'introduzione di misure volte a garantire condizioni minime di trasparenza e pubblicità dei dati inerenti proprio alla gestione dei finanziamenti pubblici e dei contributi privati ricevuti dai partiti. Infine, la tendenza che accomuna diversi Stati europei verso il progressivo sviluppo del regime legale dei partiti politici[6] può essere ricondotta ai numerosi atti adottati a livello sovranazionale che, promuovendo l'implementazione di un comune sistema di valori e principi democratici, hanno contribuito a generare un sostrato assiologico condiviso, entro cui si inserisce anche la disciplina dei partiti. In tal senso, nell'ambito del Consiglio d'Europa, rileva l'operato della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (nota come Commissione di Venezia, così come denominata in avanti) che ha senz'altro contribuito a costruire un *framework* comune in materia di disciplina dei partiti politici[7], attraverso l'elaborazione di linee guida e pareri congiunti che costituiscono un interessante parametro di analisi delle diverse soluzioni adottate dai legislatori statali.

Al fine di meglio definire l'oggetto della presente ricerca si è ritenuto opportuno circoscrivere il presente studio al profilo relativo alla disciplina dell'organizzazione interna dei partiti per verificare se, anche nel contesto di ordinamenti che hanno adottato un diverso modello di costituzionalizzazione di tali soggetti, l'influenza prodotta dagli atti di *soft law* sovranazionali ha inciso sullo sviluppo del loro regime giuridico, producendo una convergenza delle discipline nazionali verso comuni strumenti e procedure di regolazione. A tal fine sono stati individuati due *case-studies*, selezionati in quanto espressione di due diversi paradigmi costituzionali in materia di partiti politici, rappresentati dall'articolo 49 della Costituzione

adottare nel 1967 una disciplina legale dei partiti politici che ha costituito, negli anni successivi, il modello di riferimento al di fuori dei confini nazionali, così come evidenziato da W.C. Müller, U. Sieberer, *Party Law*, in S. R. Katz, W. Crotty (a cura di), *Handbook of Party Politics*, London, 2006, 437.

[6] Cfr. F. Scuto, *Democrazia rappresentativa e partiti politici: la rilevanza dell'organizzazione interna ed il suo impatto sulla rappresentanza politica*, in *federalismi.it*, numero speciale 1/2017, 6-7, nonché F. Di Mascio, D. R. Piccio, *La disciplina della politica. La regolazione dei partiti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 2/2015, 385 ss.

[7] La Commissione di Venezia ha svolto un ruolo cruciale nella tutela della libertà di associazione politica, anche attraverso l'elaborazione di pareri sui progetti di legge o sulle normative in vigore che disciplinano a livello nazionale i partiti, rappresentando in taluni contesti ordinamentali un «*beacon of hope for national parties that have come to fear for their existence*» come osservato da F. Molenaar, *The Development of European* cit., 2.

italiana e dalle diverse disposizioni che la Costituzione portoghese dedica alle formazioni partitiche, punto di partenza di una più articolata analisi diacronica degli interventi dei legislatori di entrambe le realtà ordinamentali in esame. Pur rinviando al paragrafo finale per le considerazioni conclusive alle quali si è giunti con la presente ricerca, è possibile anticipare che l'evoluzione delle due discipline costituzionali analizzate, ben diverse in ordine al riconoscimento e ai limiti che i partiti politici incontrano in ciascuno degli ordinamenti considerati, mostra alcuni profili di affinità che possono ricondursi all'influenza esercitata dalle fonti sovranazionali. In termini più ampi si è, infine, riflettuto sulla possibilità di sostenere che sia in atto una nuova stagione per il «diritto dei partiti»[8], caratterizzata dall'individuazione di meccanismi di regolazione, volti a consentire un equilibrio tra il principio di autonomia organizzativa dei partiti e il rispetto di *standard* di democrazia interna che sono loro richiesti, in ragione del ruolo che essi svolgono in seno al sistema politico-rappresentativo.

2. *L'istituzione dei registri nazionali dei partiti politici. Linee guida sovranazionali*

Circoscrivendo l'analisi alle democrazie stabilizzate dell'area europea[9], le soluzioni adottate in materia di disciplina dei partiti politici sono molteplici. I testi costituzionali entrati in vigore nel secolo scorso, pur

[8] In Casal-Bértoa, D. R., Piccio, E. Rashkova, *Party Law in Comparative Perspective*, in *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, n. 16/2012, 3, gli Autori adottano una definizione restrittiva della corrispondente espressione anglofona «*party law*» al fine di ridurne la congenita vaghezza, ricomprendendovi esclusivamente «*the legal regulation specifically directed at political parties as organizations, (…) as those laws which make a textual reference to political parties in their title (e.g. Law on Political Parties, Party Law)*». Lo stesso approccio si è scelto di adottare nella presente ricerca, estendendo, laddove necessario, l'oggetto di analisi anche a quelle fonti nelle quali il profilo della disciplina dello *status* giuridico e dell'organizzazione interna dei partiti è strettamente connesso alle regole di finanziamento della politica, come per il caso italiano, nel quale ambedue gli aspetti sono trattati congiuntamente e in maniera strumentale.

[9] In F. Di Mascio, D. R. Piccio, *La disciplina della politica* cit., 382 ss. gli Autori evidenziano una differenza in merito ai profili oggetto delle discipline nazionali sui partiti politici: rispetto alle democrazie "mature", nelle quali gli interventi più recenti del legislatore hanno riguardato l'organizzazione interna dei partiti secondo canoni di democraticità, negli ordinamenti ancora legati a periodi di regimi autoritari o interessati da attacchi e movimenti terroristici risulta, invece, prevalente l'aspetto esterno della loro azione.

consacrando la libertà di associazione politica, hanno aderito a modelli diversi di regolazione giuridica delle formazioni partitiche, riconducibili a due prototipi: il *free electoral market model* e l'*egalitarian-democratic model*[10]. Il primo modello richiamato, ispirato al paradigma del libero mercato, si fonda su un approccio che mira a salvaguardare l'autonomia privata dei partiti in considerazione della loro natura associativa, rimettendo alla libera determinazione degli affiliati la regolazione dell'assetto intrapartitico. Diversamente, l'*egalitarian-democratic model* prevede l'individuazione di comuni *standard* di democrazia interna ed esterna per i partiti politici, in considerazione del ruolo e delle funzioni che essi svolgono nei sistemi rappresentativi, non solamente nella fase elettorale ma più in generale ai fini dell'effettiva partecipazione popolare alla vita politica. Ci si confronta, dunque, con due diverse soluzioni giuridiche rispetto alla questione inerente alla congenita tensione tra due profili strutturali della libertà di associazione politica: da una parte, il principio di autonomia statutaria e organizzativa dei partiti politici, che risulta prevalente in quegli ordinamenti che riconoscono a tali formazioni la natura giuridica di associazioni di diritto privato; dall'altra, il rispetto di un insieme di valori fondanti l'ordinamento democratico anche per gli stessi partiti, attraverso la prescrizione di limiti organizzativi interni ma anche relativi all'azione esterna. La dicotomia segnalata è risolta in maniera diversa in ciascun ordinamento, sulla base, *in primis*, della cornice delineata dalla disciplina costituzionale. Tuttavia, l'analisi comparata in una prospettiva diacronica ha consentito agli studi della dottrina sul tema[11] di evidenziare l'emergere di un progressivo intervento del legislatore.

Questo fenomeno, come anticipato, può ricondursi alla configurazione di una comune cornice sviluppata a livello europeo attraverso l'adozione di atti di *soft law*, quali linee guida, pareri congiunti e raccomandazioni, che hanno promosso livelli comuni di democrazia anche rispetto al profilo dell'organizzazione interna dei partiti, sul quale si concentra la presente analisi. In quest'ambito, la Commissione di Venezia è dapprima intervenuta attraverso l'adozione del "*Code of good practice in the field of political parties*"[12],

[10] Sulla sistematizzazione delle discipline nazionali in materia di partiti politici secondo i modelli richiamati cfr. European Commission for Democracy through law (Venice Commission), Office for democratic institutions and human rights (OSCE/ODIHR), *Guidelines on political party regulation*, *Second edition*, CDL-AD (2020)032, 2020, 11.

[11] Cfr. tra gli altri S. Bonfiglio, *La disciplina giuridica dei partiti e la qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, in *Nomos- le attualità nel diritto*, 3/2015, 16-35.

[12] Venice Commission, *Code of good practice in the field of political parties*, 12-13 dicembre

con il quale sono state individuate alcune indicazioni valevoli sia per gli stessi partiti, sia per il legislatore. Nel Codice richiamato si sottolinea l'opportunità che i partiti indichino nel proprio statuto alcune informazioni fondamentali per decifrare l'assetto organizzativo interno, quali ad esempio i criteri di ammissione dei membri, la struttura organizzativa e le procedure decisionali, ovvero, i metodi di selezione delle candidature e le misure sanzionatorie eventualmente previste. Ciò al fine di garantire la trasparenza dei processi decisionali intrapartitici e l'effettiva partecipazione degli affiliati. Più specificamente, conformemente alle buone pratiche individuate dalla Commissione di Venezia, l'organizzazione intrapartitica deve ispirarsi ai principi di rappresentatività e ricettività verso gli affiliati, di responsabilità e *accountability* degli organi di partito, nonché di trasparenza verso gli elettori in merito alla disciplina statutaria e ai programmi politici[13].

Più recente è la pubblicazione delle "*Guidelines on political party regulation*"[14] con le quali la Commissione di Venezia, congiuntamente all'OSCE/*Office for Democratic Institutions and Human Rights* (in avanti, OSCE/ODIHR), ha sviluppato delle puntuali indicazioni per una disciplina dei partiti politici conforme ai principi e ai valori promossi dal Consiglio d'Europa. Nel documento in esame, i partiti politici sono definiti come «*critical institutions*», essenziali per la democrazia rappresentativa, e come tali riconosciuti da diversi testi costituzionali ma anche da fonti legislative che ne sviluppano il regime giuridico. Ed è proprio a proposito delle differenti normative nazionali che si sottolinea come, nonostante a livello positivo le soluzioni adottate differiscano tra gli ordinamenti in quanto espressione di sostrati storico-politici eterogenei, sia comunque possibile individuare alcune linee guida comuni che possano indirizzare l'intervento del legislatore[15].

2008, CDL-AD(2009)021. Come riportato in F. Molenaar, *The Development of European* cit., 19, l'adozione del Codice in esame da parte della Commissione di Venezia era stata prevista dalla Risoluzione 1546(2007) della Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, del 17 aprile 2007, consultabile al seguente link: https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17529.

[13] Venice Commission, *Code of good practice* cit., 9.

[14] European Commission for Democracy through law (Venice Commission), Office for democratic institutions and human rights (OSCE/ODIHR), *Guidelines on political party regulation*, *Second edition*, CDL-AD (2020)032, 2020. La prima edizione delle *Guidelines* in esame era stata pubblicata nel 2011 (CDL- AD (2010)024) ed è attualmente consultabile al seguente link: https://www.osce.org/files/f/documents/2/b/77812.pdf.

[15] Venice Commission, OSCE/ODIHR, *Guidelines on political* cit., 5.

In particolare, sulla base della rilevazione di un dato comune a diversi ordinamenti europei, ossia, la previsione di un registro nazionale dei partiti politici, nelle *Guidelines* in esame un'apposita sezione è dedicata ai requisiti che la sua disciplina deve assolvere in conformità all'articolo 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in avanti, CEDU)[16]. La procedura per la registrazione deve, infatti, essere funzionale e adeguata alla realizzazione degli obiettivi che il legislatore intende perseguire, come ad esempio regolare il riconoscimento della personalità giuridica di tali soggetti, selezionare l'accesso al regime di finanziamento adottato, ovvero, la partecipazione alle competizioni elettorali. Per la registrazione devono, inoltre, essere previste condizioni e procedure ragionevolmente proporzionate agli scopi per i quali è stata prevista l'iscrizione[17]. Per cui, l'istituzione di un registro ufficiale dei partiti politici rimette al legislatore nazionale la determinazione delle condizioni per potervi accedere, che in taluni casi possono riguardare elementi attinenti all'organizzazione interna dei partiti, sfera nella quale è, dunque, necessario bilanciare la libera autodeterminazione di tali soggetti con gli obiettivi perseguiti attraverso la loro disciplina. Come indicato dalle linee guida, la previsione, ad esempio, di indicazioni di contenuto rispetto agli statuti dei partiti, come precondizione per la loro registrazione, deve essere ben modulata, al fine di non trasformarsi in una forma di restrizione all'autonomia statutaria degli stessi, ma anche per non rischiare di creare partiti "in serie"[18]. Allo stesso modo,

[16] L'articolo 11 della CEDU costituisce il fondamento giuridico della libertà di associazione in partiti politici e stabilisce che essa «non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato».

[17] Può dedursi, pertanto, che anche in tale ambito la previsione di strumenti di regolazione dell'organizzazione intrapartitica risponda e debba superare il test di proporzionalità elaborato dalla Corte EDU, in qualità di supremo interprete della Convenzione; cfr. G. Sciacca, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, 3/2017, spec. 5 ss.

[18] La possibilità che si corra tale rischio è evidenziata da P. Marsocci, *La possibile disciplina (legislativa) dei partiti politici ed il suo collegamento con il loro finanziamento*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 85, che, con specifico riferimento alla disciplina italiana e, più precisamente, ad alcuni disegni di legge presentati durante la XVII legislatura, avverte

la prescrizione di un contenuto statutario minimo che consenta agli iscritti o anche agli elettori di conoscere i principali aspetti organizzativi del partito, come ad esempio i criteri di composizione degli organi direttivi, le modalità di selezione delle candidature o anche le regole procedurali per l'adozione delle decisioni assembleari, assolve ad un'ulteriore funzione: attraverso la registrazione si garantiscono *standard* di trasparenza e pubblicità comuni a tutti i partiti iscritti al registro, accrescendo potenzialmente il grado di qualità democratica del sistema partitico.

È, inoltre, frequente che il legislatore nazionale richieda ai fini della registrazione determinate informazioni che attengono al profilo identitario del partito, come l'indicazione della denominazione e della sigla, della sede legale, dei dati degli associati, nonché del simbolo usato[19]. Ed è proprio in relazione a questi aspetti identitari che le discipline statali hanno in alcuni casi introdotto specifici divieti circa l'uso di talune denominazioni o simboli. È evidente che l'intervento del legislatore in tale ambito, in maniera tra l'altro limitativa, coinvolge trasversalmente anche la libertà di espressione consacrata dalla CEDU e riconosciuta agli stessi partiti[20]. Tuttavia, come sottolineato dalla Commissione di Venezia e dall'OSCE/

---

delle conseguenze di una disciplina che imponga «l'obbligo di dotarsi di uno statuto già sostanzialmente precompilato in tutte le sue parti e di prescriverlo come precondizione per poter partecipare alle elezioni. Ci troveremmo semplicemente di fronte a *partiti fotocopia* ed avremmo eliminato uno degli elementi utili proprio per il controllo democratico da parte degli iscritti e degli elettori sull'organizzazione interna dei partiti e sul suo metodo»; corsivo dell'Autrice.

[19] Sul valore identitario dei simboli politici si veda G. Maestri, *Il contrassegno (politico-elettorale) tra diritto e mercato*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2/2012, 2 (https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/).

[20] La prima pronuncia nella quale la Corte EDU ha posto in relazione la libertà di associazione consacrata dall'articolo 11 della CEDU con la previsione di cui all'articolo 9 e 10 risale al 1981. Si tratta della sentenza emessa per il caso *Young, James and Webster v. Regno Unito*, del 13 agosto 1981, nella quale il Giudice sovranazionale ha riconosciuto un rapporto complementare tra la libertà di associazione e la libertà di opinione ed espressione, in quanto la protezione di queste ultime può essere effettivamente garantita solamente attraverso il riconoscimento della prima (cfr. spec. pr. 57). Con specifico riferimento ai partiti politici, la relazione di strumentalità riconosciuta a partire dalla sentenza richiamata è stata ribadita in diverse occasioni dalla Corte EDU che ha altresì argomentato che, in considerazione del ruolo svolto dai partiti politici nel garantire il pluralismo e il corretto funzionamento della democrazia, la tutela della libertà di opinione ed espressione per tali attori politici deve essere ancor più stringente; cfr. Corte EDU (Grande Camera), *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, 8 dicembre 1999, pr. 37.

ODIHR[21], il legislatore può fissare alcuni limiti alla libera determinazione degli elementi identitari del partito, potendo conseguentemente anche denegare l'iscrizione al registro in caso di violazione del divieto, ma il dettato normativo deve essere formulato con sufficiente precisione, in maniera da consentire al partito di individuare chiaramente ciò che è proibito. Diversamente, si produrrebbe una illegittima violazione della libertà di espressione dei partiti politici[22].

Nelle linee guida richiamate, particolare attenzione è stata dedicata all'ipotesi di denegazione della richiesta di registrazione, soprattutto per il caso in cui la disciplina nazionale subordini all'iscrizione al registro la possibilità del richiedente di essere riconosciuto dal punto di vista giuridico come partito politico. In tale ipotesi, infatti, un eventuale diniego della richiesta di registrazione sortisce un effetto giuridicamente assimilabile alla dissoluzione del partito stesso, non essendo possibile per quest'ultimo esercitare le funzioni che sono proprie di tali attori politici. Allo stesso modo, conseguenze altrettanto rilevanti si produrrebbero anche laddove la registrazione è prevista come requisito prodromico per la partecipazione dei partiti politici alle elezioni, ovvero, per l'accesso alle agevolazioni e ai finanziamenti pubblici[23]. Pertanto, grava sul legislatore l'onere di rendere chiare, e soprattutto certe, le cause di un eventuale rifiuto. Alle stesse finalità corrisponde una opportuna graduazione delle sanzioni per

[21] Venice Commission, OSCE/ODIHR, *Guidelines on political* cit., 27, pr. 89.

[22] Le medesime valutazioni sono state ribadite in OSCE/ODIHR, Commissione di Venezia, *Joint opinion on the draft law on political parties of Ukraine*, CDL-AD(2021)003, del 23 marzo 2021, spec. pr. 47, nel quale si sottolinea che «*banning parties that use certain symbols or insignia intended to justify or propagate totalitarian oppression may be reasonable if the respective legal provisions are formulated with sufficient precision and clearly identify the prohibited symbols, names and terms. Otherwise, the restriction would raise issues not only with respect to the party's freedom of association, but also as regards the freedom of expression enjoyed by the party and its members*». Nel parere in esame, il divieto per i partiti di promuovere, anche attraverso l'uso di simboli politici, il regime comunista e nazista, e la conseguente previsione di denegazione della registrazione, non sono stati considerati di per sé elementi contrari alla CEDU. Tuttavia, in considerazione della circostanza per cui l'eventuale violazione di tale divieto avrebbe comportato la mancata registrazione ovvero la cancellazione del partito dal registro, si è ritenuto che esso fosse formulato in termini eccessivamente generici.

[23] La previa iscrizione al registro nazionale costituisce un requisito per la partecipazione alle competizioni elettorali in Albania, Lettonia, Romania, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Ungheria, Portogallo Polonia, Montenegro e Repubblica ceca, mentre è requisito per poter accede al finanziamento pubblico, diretto ed indiretto, in Italia, ma anche ad esempio in Francia e nel Regno Unito.

le omissioni o gli inadempimenti commessi dal partito che voglia registrarsi. Consentendo, infatti, che nelle ipotesi di minore gravità, il partito richiedente possa porvi rimedio, il diniego della registrazione manterrà il carattere di *extrema ratio* che gli è riconosciuto. Sul punto, nelle linee guida in esame si ribadisce, infatti, quanto già affermato a suo tempo nella risoluzione adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in materia di restrizioni sui partiti politici, nella quale si invitavano gli Stati membri ad adottare discipline che prevedessero forme meno restrittive della dissoluzione, concepita come un rimedio di natura eccezionale e residuale[24].

Infine, le *Guidelines on political party regulation* offrono alcune indicazioni puntuali in merito alla individuazione e alla disciplina delle autorità alle quali il legislatore vorrà demandare il controllo delle procedure di registrazione e dei successivi adempimenti. In ragione della stretta correlazione che intercorre tra la determinazione di aspetti inerenti alla composizione di questi organi e l'effettività delle previsioni che regolano lo *status* dei partiti politici, si sottolinea la necessità, da una parte, che sia assicurata l'indipendenza di queste autorità, e dall'altra, che esse siano dotate di poteri idonei a svolgere il proprio mandato. In tal senso, si consiglia di organizzare la nomina dei componenti in maniera da slegarla dal momento elettorale e di prevedere un unico mandato, non rinnovabile, nel caso in cui tra le funzioni dell'autorità competente vi sia anche il controllo della gestione finanziaria dei fondi percepiti dal partito.

3. *La costituzionalizzazione dei partiti politici in Portogallo. Breve analisi storico-politica*

Prima di procedere all'analisi delle disposizioni che la Costituzione portoghese dedica ai partiti politici, è opportuno svolgere una breve ricostruzione delle vicende storico-politiche che hanno riguardato la fase di transizione dell'ordinamento portoghese verso l'assetto costituzionale attuale. Risulta, infatti, strumentale alla trattazione della tematica oggetto del presente contributo comprendere i fattori che incisero sulle scelte che i Costituenti adottarono in riferimento alla configurazione del regime dei

[24] Resolution 1308(2002), *Restrictions on political parties in the Council of Europe's member States*, consultabile al seguente link: https://pace.coe.int/en/files/9814.

partiti politici in seno alla Costituzione del 1976. La disciplina tracciata dai numerosi articoli dedicati a tali formazioni politiche è il prodotto della costante tensione tra le forze coinvolte nella stesura del testo costituzionale e possiede una genesi compromissoria, al pari di quanto si avrà modo di osservare per il contesto italiano[25]. Tuttavia, le Costituzioni oggetto di comparazione hanno delineato due diversi modelli che hanno costituito per il legislatore la base giuridica sulla quale sviluppare la disciplina dei partiti.

In seguito alla Rivoluzione dei Garofani iniziò per il Portogallo una nuova fase di transizione, durante la quale la partecipazione dei partiti politici alla creazione del futuro assetto costituzionale fu in un primo momento mediata dal potere militare, organizzato nel Movimento delle Forze Armate (in avanti, MFA). Emblematiche in tal senso sono le vicende legate all'adozione della *I Plataforma de Acordo Constitucional*[26] che i principali partiti del tempo firmarono insieme al MFA l'11 aprile 1975. Nonostante il patto fosse stato pensato come un documento politico transitorio, che avrebbe dovuto definire le regole giuridiche in vigore sino all'adozione della nuova Costituzione, nella pratica i principi e le previsioni pattuite in quell'occasione hanno prodotto una influenza diretta sulle scelte adottate nel periodo costituente. Più specificamente, l'accordo in questione prevedeva la convocazione di una Assemblea, eletta a suffragio universale, che avrebbe avuto il compito di redigere il nuovo testo costituzionale, dovendo però attenersi ad alcune indicazioni di contenuto. Tra queste, risulta interessante segnalare la previsione in base alla quale il MFA avrebbe dovuto essere riconosciuto dalla Costituzione[27], nonché la definizione del disegno istituzionale e la determinazione delle funzioni e della composizione dei principali organi costituzionali. Erano, inoltre,

[25] Sulla comune natura compromissoria dei testi costituzionali in esame cfr. M. M. Tavares Ribeiro, *La Costituzione portoghese e il modello italiano. Un'analisi comparata*, in *Quaderni del circolo Rosselli*, 15/1999, 75 ss.

[26] Il patto veniva firmato dai rappresentanti del *Partido Socialista*, del *Partido Comunista Português*, del *Partido Popular Democrático*, del *Centro Democrático Social*, del *Movimento Democrático Popular/Comissão Democrática Eleitoral* e del *Frente Socialista Popular*; diversamente, i partiti di estrema sinistra manifestarono la loro contrarietà all'accordo con le forze militari e decisero, pertanto, di non aderire al patto. Il testo è attualmente consultabile al seguente link: https://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituinte/med01100000j.html#conteudo.

[27] G. de Vergottini, *Le origini della seconda Repubblica portoghese. 1974- 1976*, Milano, 1977, 97.

individuati alcuni principi fondamentali che il futuro testo costituzionale avrebbe dovuto consacrare, coincidenti con quelli sui cui si basava il programma di azione del MFA[28]. Pertanto, questa prima fase della transizione politica fu caratterizzata dal prevalere di un rapporto gerarchico tra potere militare e potere politico, con i partiti posti in una posizione ancillare rispetto al primo; nonostante, dunque, i partiti avessero accettato di aderire alla *Plataforma de Acordo Constitucional*, quest'ultima «predeterminava a grandi linee lo spazio ideologico e programmatico in cui i partiti avrebbero potuto inserirsi, indicando le linee di azione compatibili soltanto con un ordinamento politico-istituzionale di tipo socialista»[29].

Anche dopo le elezioni dell'Assemblea costituente, celebratesi il 25 aprile 1975, i rapporti di forza tra i principali attori della transizione rimasero inizialmente inalterati[30]. Dovette, infatti, attendersi quasi un anno[31] per la riformulazione dell'iniziale accordo siglato tra il MFA e i partiti politici firmatari ma le profonde modifiche apportate ad esso poco prima della conclusione dei lavori della Assemblea costituente riuscirono comunque a produrre una ridefinizione del ruolo del potere militare e dei contenuti della nuova Costituzione[32].

---

[28] Si veda quanto stabilito tra le dichiarazioni introduttive dell'accordo dal punto IV in base al quale «*O MFA, representado pelo Conselho da Revolução, estabelece uma plataforma política pública com os partidos que estejam empenhados no cumprimento dos princípios do Programa do MFA e na consolidação e alargamento das conquistas democráticas já alcançadas*».

[29] Cfr. G. De Vergottini, *Le origini* cit., 43, Nello stesso senso, G. Moreno González, *El proceso constituyente portugués (1974-1976): hacia una Constitución viciada desde su origen*, in *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, n. 47, 2017, 117.

[30] Come osserva G. De Vergottini, *Le origini* cit., 110, «Nel periodo successivo alle elezioni dell'Assemblea Costituente e dopo la presentazione dei progetti predisposti dai gruppi parlamentari, gli organi militari continuarono ad interessarsi in modo costante agli sviluppi istituzionali, interferendo con l'attività di elaborazione del testo costituzionale». È a partire dalla firma del secondo patto costituzionale che viene siglato dal MFA e dai partiti politici firmatari che si registra una variazione anche della natura dell'accordo: come sottolineato dall'Autore esso passa da un atto unilaterale al quale i partiti aderirono a patto costituente; *ivi*, 210.

[31] Il nuovo accordo fu firmato il 26 febbraio 1976. Sulle vicende e le questioni che portarono alla ridefinizione delle decisioni prese con la *I plataforma* firmata dai partiti e dal MFA si veda B. Gómez Fortes, *De la revolución hacia la democracia representativa. El 2º Pacto MFA-Partidos Políticos*, in *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, n. 7, 2002, 249-266.

[32] Cfr. L. Marilotti, *Il Portogallo. Ragioni storiche dell'esigenza, per i partiti portoghesi, di creare la sanzione ex art. 160 della Costituzione*, in P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri

Il risultato è stata una disciplina costituzionale dettagliata e partitocentrica[33], nonostante la partecipazione dei partiti in alcuni momenti del processo costituente si sia limitata a una mera adesione a programmi politici già definiti dal potere militare. Come è stato osservato in dottrina, la Costituzione del 1976 si colloca «nel panorama delle Costituzioni europee come quella che maggiormente ha sviluppato i principi della democrazia rappresentativa fondata sul ruolo dei partiti politici»[34]. Tale centralità è riscontrabile nella formulazione della prima disposizione costituzionale dedicata ai partiti politici: in base al disposto di cui all'articolo 10, II comma della Costituzione portoghese, essi in prima persona «*concorrono* all'organizzazione e all'espressione della volontà popolare, nel rispetto dei principi di indipendenza nazionale, di unità dello Stato e di democrazia politica»[35]. La redazione della disposizione richiamata presenta evidenti

(eds), *Il divieto di mandato imperativo: un principio in discussione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 90 ss.

[33] Si riaffermava di tal modo il pluralismo politico, annichilito durante il regime di Salazar, anche se paradossalmente la Costituzione del 1933 fu la prima tra i testi costituzionali portoghesi a menzionare i partiti politici, seppur nel senso di disporre che i funzionari dovessero rimanere al servizio della collettività e non dei partiti o di altre organizzazioni rappresentative di interessi particolari; sul punto si veda J. Miranda, *Os partidos políticos no regime democrático*, in *Revista Populus*, n. 7/2019, 166.

[34] S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato imperativo al mandato di partito*, Firenze, 2004, 150, che aggiunge «Tale costituzione, infatti, non si limita a riconoscere il ruolo fondamentale svolto dai partiti politici quale strumento di partecipazione politica, ma va oltre, regolando la loro presenza nelle istituzioni rappresentative». È opportuno sottolineare che, nonostante l'assetto "partitocentrico" segnalato, la dimensione fortemente partecipativa della democrazia portoghese, così come delineata dalla Costituzione del 1976, e in particolar modo dall'articolo 2, affianca ai partiti ulteriori meccanismi di partecipazione politica che occupano una posizione altrettanto fondamentale per l'assetto rappresentativo; cfr. I. Razzuoli, *Os partidos políticos* cit., 20. Sulla singolarità del testo costituzionale portoghese in comparazione con le altre Costituzioni europee si veda N. Pettinari, *Gli strumenti di democrazia partecipativa nelle costituzioni e la partecipazione ai processi costituenti. Verso un nuovo sviluppo della qualità democratica?*, in *federalismi.it*, 15/2019, 32, che evidenzia come la scelta redazionale dei Costituenti in merito alla costituzionalizzazione della partecipazione sia stata quella di inserire tale riferimento tra le previsioni "di principio", «ricorrendo cioè all'utilizzo del riferimento per aggettivare l'ordinamento dello Stato interessato»; mentre, sull'attuazione concreta del modello di democrazia partecipativa nell'esperienza portoghese si rimanda a Y. Sintomer, G. Allegretti, *I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel nuovo continente*, Roma, 2009, 289 ss.

[35] Corsivo dell'Autrice. È emblematica la scelta di legare dal punto di vista sistema-

influenze da parte dei diversi testi costituzionali ai quali i Costituenti portoghesi poterono ispirarsi, tra cui quello italiano. Il verbo *concorrere* richiama, infatti, la formulazione dell'articolo 49 della Costituzione italiana, anche se è opportuno sottolineare che tra le due disposizioni costituzionali sussiste una differenza non solo sul piano redazionale: mentre la Costituzione portoghese colloca i partiti come i soggetti che, in prima persona, sono espressione del pluralismo politico, nella disposizione italiana sono invece i cittadini che, attraverso essi, partecipano alla vita politica del Paese. Una funzione, dunque, strumentale alla realizzazione del pluralismo politico, che fu posta alla base della visione condivisa dai Costituenti italiani[36].

In ordine sistematico, alla consacrazione dei partiti politici tra le disposizioni dedicate ai principi fondamentali dell'ordinamento fa seguito l'articolo 51 della Costituzione che mette in relazione il diritto di costituire un partito politico, o di parteciparvi, con la più ampia libertà di associazione, prevedendo che «*a liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos*». La disposizione richiamata pone sullo stesso piano le associazioni genericamente considerate e i partiti politici, attraverso i quali concorrere «democraticamente» alla formazione della volontà popolare e all'organizzazione del potere politico. Lo schema sotteso all'articolo 51 del testo portoghese sembra rispondere alla logica *genus-species*, al pari di quanto si vedrà a proposito della disciplina costituzionale italiana. Per i partiti politici la stessa disposizione articola, infatti, «*um estatuto privilegiado em relação ao direito geral de associação*»[37], sviluppando così il loro regime giuridico-costituzionale. Nonostante i partiti appartengano comunque al *genus* delle associazioni, a differenza di esse e in ragione del ruolo svolto, sono «sussunti entro un paradigma costituzionalmente indefettibile»[38], puntualmente sviluppato dalla Costituzione portoghese. Coerentemente con questa impostazione, la disciplina costituzionale dei partiti politici individua le direttrici fondamentali per l'esercizio della liber-

---

tico il riconoscimento dei partiti politici alla consacrazione del suffragio universale, di cui al I dell'articolo 10 Cost. Di tal modo si è evidenziato un rapporto di stretta funzionalità tra l'esercizio del diritto di voto e il ruolo che a tal fine svolgono i partiti politici che, tuttavia, non si esaurisce nel momento elettorale ma si riflette nella delineazione delle relazioni istituzionali tra i principali organi.

[36] Cfr. P. Marsocci, *La possibile disciplina (legislativa)* cit., 63 ss.

[37] G. Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, 1991, 452.

[38] F. Masci, *La democrazia nei partiti* de iure condito*: il caso portoghese*, in *DPCE online*, 1/2021, 529.

tà di associazione politica, stabilendo i limiti che ne tracciano la portata ma, allo stesso tempo, prevedendo prescrizioni positive per lo sviluppo della loro regolazione da parte di altre fonti e, più specificamente, di quella legale e infrapartitica[39]. Nei commi di cui si compone l'articolo 51 Cost., in senso limitativo si prevede il divieto di iscrizione a più di un partito[40], l'impossibilità per i partiti di scegliere denominazioni che contengano riferimenti diretti a movimenti religiosi o chiese, ovvero, di adottare segni che possano creare confusione con esse o con simboli nazionali[41], nonché il divieto di costituire partiti regionalisti[42]. Quanto al profilo dell'organizzazione infrapartitica, il V comma dell'articolo 51 Cost. sancisce i principi della trasparenza e della democrazia interna, anche in merito alla partecipazione degli affiliati, mentre riguardo al finanziamento della politica si prevede una riserva di legge a garanzia della pubblicità dei bilanci dei

[39] La materia dei partiti politici è coperta da riserva di legge assoluta, così come sancito dall'art. 164, lett. h) Cost. portoghese e il pluralismo politico rientra tra i valori che le revisioni costituzionali devono rispettare, *ex* art. 288, I comma, lett. I).

[40] Art. 51, II comma, Cost. portoghese.

[41] Art. 51, III comma, Cost. portoghese.

[42] Art. 51, IV comma, Cost. portoghese. Il peculiare divieto disposto dalla Costituzione portoghese in merito alla creazione di partiti che possiedono "un'indole regionalista", sia per ciò che concerne il loro ambito di azione sia per gli obiettivi perseguiti, si fonda su ragioni storico-politiche, legate alla fase immediatamente successiva alla Rivoluzione dei Garofani. Durante quel periodo le formazioni politiche contrarie al ruolo di direzione che il potere militare aveva assunto reclamavano l'indipendenza dei territori insulari, in contrasto con il progetto costituente di definire uno Stato a regionalismo differenziato, che riconoscesse loro specifiche forme di autonomia. Da qui l'introduzione del divieto richiamato che si inserisce nella più ampia previsione di cui all'articolo 10 della Costituzione che indica tra i principi che i partiti devono rispettare anche la «*unidade do Estado*». In merito al profilo segnalato la dottrina è circoscritta a pochi contributi mentre è più nutrita la produzione scientifica che affronta dal punto di vista diacronico la tematica del decentramento territoriale portoghese; tuttavia, sul punto può richiamarsi A. Di Chiara, *Mandato parlamentare e partiti politici nell'esperienza costituzionale portoghese,* in P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il divieto di mandato imperativo* cit., 137. L'Autore rintraccia le ragioni storico-politiche del divieto di costituire partiti regionalisti in una fase ancor più risalente rispetto a quella post-rivoluzionaria, richiamata poc'anzi, sostenendo che i Costituenti vollero evitare di tal modo che «si ripetessero quelle dinamiche di clientelismo locale, noto come *caciquismo,* che avevano contribuito alla instabilità del sistema politico portoghese tra il XIX e gli inizi del XX secolo, alimentando la sfiducia dei cittadini nei confronti della classe dirigente e, conseguentemente, spianato la strada all'avvento del regime salazariano».

partiti[43].

Le previsioni richiamate mostrano una chiara influenza del modello tedesco, delineato dalla disposizione di cui all'articolo 21 della Legge fondamentale di Bonn, anche se, la disciplina lusitana raggiunge un livello ancora più profondo di regolazione dei partiti politici rispetto al prototipo di riferimento[44]. Infatti, oltre alle disposizioni costituzionali sin qui esaminate, che consacrano il ruolo riconosciuto ai partiti in seno all'ordinamento e individuano il paradigma costituzionale della loro azione e organizzazione interna, ulteriori previsioni si rintracciano con riferimento ad alcuni dei più importanti aspetti dell'assetto rappresentativo portoghese. Tra le disposizioni della parte III della Costituzione, dedicata all'organizzazione del potere politico, l'articolo 114 riconosce ai partiti politici il diritto di partecipare agli organi costituzionali eletti a suffragio universale, in maniera proporzionale alla loro forza politica ma anche, a tutela delle minoranze, il diritto di opposizione democratica. Inoltre, si prevede espressamente che i partiti che non prendano parte alla compagine di governo debbano avere diritto ad essere informati dall'Esecutivo delle misure in programma sulle questioni di interesse pubblico, a tutela dei diritti della opposizione parlamentare e, più in generale, della funzione di controllo propria dell'Assemblea legislativa sull'operato del Governo.

È indubbio che la disposizione costituzionale portoghese che ha maggiormente interessato la dottrina costituzionalista, anche italiana, è quella di cui all'articolo 160 della Costituzione lusitana che prevede la decadenza dal mandato del deputato che si inscriva a un partito diverso rispetto a quello con cui ha partecipato alle elezioni. Nonostante esuli dalla tematica oggetto del presente contributo una disamina approfondita della questione, è comunque opportuno evidenziare come la disposizione richiamata si inserisce nella disciplina costituzionale dei partiti politici. La costituzionalizzazione della *anti-defection clause*[45] risulta, infatti, coerente

[43] Art. 51, VI comma, Cost. portoghese.

[44] Secondo S. Bonfiglio, *La disciplina giuridica dei partiti* cit., 23, la disciplina costituzionale portoghese raggiunge un livello ancora più profondo di regolamentazione dei partiti politici rispetto alla stessa Legge fondamentale di Bonn che ne ha rappresentato il prototipo di riferimento.

[45] La dottrina italiana sul tema è ampia e si vogliano qui richiamare, a titolo esemplificativo e non esaustivo, il contributo di R. Orrù, *Divieto di mandato imperativo e anti-defection laws: spunti di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2015, 1104, e anche L. Marilotti, *Il Portogallo. Ragioni* cit., 91-92.

con il ruolo che ai partiti politici è stato riconosciuto dai Costituenti che, consci delle degenerazioni che l'instabilità del sistema partitico avrebbe potuto produrre, ma allo stesso tempo determinati a riconoscere il contributo che tali attori stavano apportando alla transizione politica[46], hanno rintracciato in tale previsione un valido rimedio al transfughismo parlamentare. La disposizione richiamata è al centro di un annoso dibattito sul (mancato) riconoscimento nel sistema parlamentare portoghese del principio della libertà di mandato e sulla possibile circolazione dell'*anti-defection clause* in altri ordinamenti. In tal senso, è stato osservato che l'inserimento di una clausola "sanzionatoria" per l'ipotesi in cui un deputato cambi la propria affiliazione partitica successivamente alle elezioni consacrerebbe una «supremazia, per lo meno procedimentale, dei gruppi parlamentari sui deputati e, tendenzialmente, dei partiti sui gruppi parlamentari»[47], comunque in linea con il momento storico-costituzionale[48] nel quale si lavorò alla redazione della nuova Legge fondamentale portoghese. Inoltre, il vincolo che si istaura tra il parlamentare e il partito di origine nel momento elettorale è rafforzato dalla previsione del sistema proporzionale applicato su un'unica circoscrizione nazionale e dalla disposizione di cui all'articolo 151 Cost., in base alla quale solamente i partiti politici possono presentare liste elettorali, peraltro bloccate.

A garanzia delle numerose previsioni costituzionali che introducono specifici limiti all'esercizio della libertà politica e di quelle che prescrivono

[46] Sul ruolo dei partiti politici nelle diverse fasi della storia costituzionale del Portogallo si veda F. Masci, *La democrazia* cit., 524 ss. L'Autore ripercorre in chiave diacronica il passaggio dalla istaurazione del regime autocratico alla transizione politica, avendo cura di evidenziare la "complicità" e successivamente il contributo dei partiti politici nelle due forme di Stato che si sono succedute. In tal senso si sostiene che «è indiscutibile che i partiti politici, già "complici" del colpo di Stato ordito dal Generale Alfonso Costa, siano stati anche leva ideologica della Rivoluzione dei Garofani, trait d'union tra le diverse anime dell'MFA durante il regime transitorio che aveva preceduto l'entrata in vigore della Costituzione nonché protagonisti indiscussi dell'Assemblea Costituente»; *ivi*, 526.

[47] G. Damele, *Vincoli di mandato dei parlamentari e carattere democratico dei partiti. Spunti a partire dall'articolo 160 della Costituzione portoghese*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 maggio 2017, 8.

[48] Secondo L. Marilotti, *Il Portogallo. Ragioni* cit., 79, l'interpretazione storico-teleologica della clausola in esame evidenzierebbe la necessità di «scongiurare le frammentazioni che, con le degenerazioni della Prima Repubblica, avevano portato al colpo di stato militare e alla costituzione dell'«*Estado Novo*» di Salazar e all'annichilimento degli stessi partiti».

precisi adempimenti, è di competenza del *Tribunal constitucional* il controllo sulla conformità dell'azione e dell'organizzazione interna dei partiti a quanto stabilito dallo stesso testo costituzionale e dalla legge[49]. Ai giudici costituzionali spetta anche dichiarare l'eventuale scioglimento di un partito politico nei casi puntualmente individuati dal legislatore e a monte dalla stessa Costituzione[50], oltre che giudicare sui ricorsi presentati avverso le delibere adottate dagli organi di partito[51]. La scelta di affidare al giudice delle leggi tale funzione di controllo si pone in linea con una disciplina costituzionale alquanto dettagliata che lega lo *status* dei partiti politici al paradigma delineato dalla Costituzione, per cui l'esame dei principali profili del loro regime giuridico è sostanzialmente una sorta di "giudizio di costituzionalità" che solo il *Tribunal constitucional* potrebbe svolgere[52].

4. *Lo sviluppo legislativo del regime costituzionale dei partiti politici portoghesi. La Lei dos Partidos Políticos*

Dal punto di vista cronologico la prima fonte legale che si è occupata di dotare i partiti politici portoghesi di una base giuridica fu il decreto-legge n. 595 del 1974, approvato al fine di legalizzare, dopo la caduta del regime, la loro attività. All'articolo 1 il decreto-legge definiva i partiti politici come «organizzazioni di cittadini, di carattere permanente, costituite coll'obiettivo fondamentale di partecipare *democraticamente* alla vita politica del Paese e di concorrere in accordo con le leggi costituzionali e con i loro statuti e i loro programmi pubblicati, alla formazione ed espressione della volontà politica del popolo, intervenendo, in particolare nel procedimento elettorale mediante la presentazione di candidature o il sostegno dei candidati»[53]. La disposizione definitoria richiamata presentava già alcune delle caratteristiche che sarebbero state confermate per il regime costituzionale

[49] Cost. portoghese art. 223, II comma, lett e).

[50] Sul punto si rimanda all'approfondimento svolto nel paragrafo successivo.

[51] Cost. portoghese art. 223, II comma, lett h).

[52] Sulla coerenza della scelta di affidare al *Tribunal constitucional* le funzioni richiamate si veda M. Prata Roque, *O Controlo Jurisdicional da democraticidade interna dos partidos políticos. O Tribunal Constitucional entre o princípio da intervenção mínima e um contencioso de plena jurisdição*", in *35° Aniversário da Constituição de 1976*, vol. II. Coimbra, 2011. 290-291.

[53] Corsivo dell'Autrice. Testo riportato da G. De Vergottini, *Le origini della seconda Repubblica portoghese. 1974- 1976*, Milano, 1977, 42.

dei partiti politici, così come delineato dal testo del 1976.

Successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, invece, la disciplina dei partiti politici è stata sviluppata dal legislatore portoghese più di un ventennio dopo, con l'adozione della legge organica n. 2/2003, nota anche come *Lei dos Partidos Políticos*[54]. La normativa in esame ha mantenuto un sistema incentrato sulla registrazione[55] come meccanismo di riconoscimento dei partiti politici che, attraverso l'iscrizione, acquisiscono personalità giuridica[56]. La registrazione ha, dunque, una funzione costitutiva[57].

Quale precondizione per poter ottenere la registrazione il partito deve aver raccolto almeno 7500 firme a sostegno della sua iscrizione[58]. Tale requisito mira ad assicurare che il richiedente rappresenti interessi e istanze che siano espressione di una base elettorale minima, anche se la stessa previsione solleva alcune perplessità in ordine ai limiti materiali che da essa potrebbero discendere in merito alla costituzione di nuovi partiti, per i quali potrebbe essere più difficile raggiungere il numero di firme prescritto. La richiesta di registrazione deve essere accompagnata dal deposito dello statuto e del programma politico del partito, oltre che dall'indicazione di alcuni elementi identitari, come la denominazione, la sigla e il simbolo politico di riferimento[59]. Inoltre, si stabiliscono alcuni

[54] *Lei Orgânica n. 2/2003, de 22 de agosto*, così come modificata dalla *Lei Orgânica* n. 2/2008, *de 14 de maio* e dalla *Lei Orgânica n.1/2018, de 19 de abril*+++.

[55] La previsione di un registro dei partiti politici si rintracciava già nel decreto- legge n. 595/74 che ricollegava all'iscrizione il riconoscimento della personalità giuridica (art. 5).

[56] In base al disposto dell'articolo 14, I comma, della *Lei dos Partidos Políticos* «*O reconhecimento, com atribuição da personalidade jurídica, e o início das atividades dos partidos políticos dependem de inscrição no registo existente no Tribunal Constitucional*».

L'elenco dei partiti politici registrati, insieme all'indicazione del rispettivo simbolo e della sigla, è consultabile al seguente link: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/partidos.html. Al momento dell'ultima consultazione il numero dei partiti iscritti è pari a ventitré (dato aggiornato al 26.04.2023).

[57] M. Rebelo de Sousa, *Os partidos políticos no direito constitucional português*, Braga, 1983, 523.

[58] Coerentemente con questa previsione, dopo l'iscrizione, si stabilisce che ai fini del mantenimento della registrazione i partiti non possono scendere al di sotto dei 5.000 affiliati, pena la cancellazione dal registro (art. 18, I comma, lett. e, *Lei dos Partidos Políticos*).

[59] In merito alla scelta del simbolo, della sigla e della denominazione l'articolo 12 della *Lei dos Partidos Políticos* ribadisce in maniera pedissequa quanto già stabilito dalla disposizione costituzionale di cui all'articolo 51, III comma.

requisiti di contenuto per gli statuti, che si traducono nell'individuazione di *standard* comuni di democrazia interna. La *Lei dos Partidos Políticos* esige che il partito adotti uno schema organizzativo articolato in tre distinti organi. Si richiede, infatti, che i partiti siano strutturati in una assemblea rappresentativa degli affiliati, in un organo di direzione politica e in uno giurisdizionale[60], in modo da assicurare la separazione dei poteri anche a livello infrapartitico. È sempre il legislatore che fissa alcune regole sulla durata dei mandati di coloro che fanno parte degli organi partitici[61] e sulla loro destituzione[62], nonché sull'impugnabilità delle deliberazioni[63]. La *Lei dos Partidos Políticos* ribadisce, inoltre, i principi consacrati dal testo costituzionale, quali quello di democrazia e di partecipazione degli affiliati[64], nonché il principio di trasparenza, in relazione alle attività, ai programmi e all'identità dei titolari degli organi di partito[65] e reitera il divieto di costituire partiti che, per il programma politico perseguito ovvero per la loro composizione, abbiano una connotazione regionalista[66].

La scelta del legislatore, come precedentemente evidenziato, è stata quella di non istituire una autorità *ad hoc* per la gestione del registro dei partiti politici ma di affidare al *Tribunal constitucional* i compiti connessi alla disciplina in esame, primo fra tutti l'accettazione della richiesta di registrazione. Successivamente all'iscrizione, invece, i giudici costituzionali potranno dichiarare l'estinzione giudiziale del partito registrato, su istanza del pubblico ministero, nelle sole ipotesi previste dal legislatore, che richiama e sviluppa la disciplina costituzionale[67]. La *Lei dos Partidos Políticos* ha, infatti, stabilito che lo scioglimento giudiziale di un partito possa essere dichiarato per ragioni di diversa natura, riconducibili a tre profili principali: violazione dei divieti posti a salvaguardia dell'ordinamento democratico-costituzionale; mancato esercizio della funzione elettorale; mancato assolvimento degli oneri inerenti alla disciplina della organiz-

[60] Artt. 24, 25, 26, 27 *Lei dos Partidos Políticos.*

[61] In base a quanto disposto dall'articolo 29 della *Lei dos Partidos Políticos* le cariche partitiche non possono essere vitalizie, coerentemente al principio di partecipazione diretta e attiva alla vita del partito degli affiliati, consacrato dall'articolo 28.

[62] Art. 31 *Lei dos Partidos Políticos.*

[63] Art. 30 *Lei dos Partidos Políticos.*

[64] Art. 5, I comma, *Lei dos Partidos Políticos.*

[65] Art. 6, II comma, *Lei dos Partidos Políticos.*

[66] Art. 9 *Lei dos Partidos Políticos.*

[67] Cfr. art. 223, lett. e) Costituzione portoghese.

zazione e del finanziamento dei partiti. Al primo profilo è riconducibile l'ipotesi di scioglimento giudiziale per il caso in cui sia violato il divieto di fondare partiti armati, militarizzati o paramilitari, così come partiti razzisti o che professino l'ideologia fascista[68]. La seconda ipotesi di scioglimento giudiziale ricorre, invece, allorquando il mancato esercizio della funzione elettorale sia protratto nel tempo, circostanza che si verifica se il partito non ha presentato propri candidati, tanto alle elezioni di livello nazionale quanto per quelle europee e locali, per un periodo superiore a sei anni consecutivi[69]. Infine, al terzo profilo possono ricondursi le seguenti cause di scioglimento: mancato aggiornamento della lista dei membri degli organi nazionali di partito per un periodo superiore a sei anni[70]; mancato assolvimento dei doveri di rendicontazione per almeno tre anni consecutivi o cinque anni in un lasso di tempo pari a dieci anni[71]; ed infine, irreperibilità dei titolari delle cariche direttive degli organi di partito ai fini delle notifiche o citazioni ufficiali[72].

In linea generale, il *Tribunal constitucional* ha adottato un atteggiamento poco interventista in materia di partiti politici. Se, infatti, in un primo momento i giudici costituzionali hanno sostenuto che l'elencazione delle ipotesi previste dall'articolo 18 della *Lei dos Partidos Políticos* non fosse tassativa[73], in diverse occasioni è stato comunque ribadito che l'intervento giurisdizionale deve intendersi come una *extrema ratio*, a tutela di quei valori democratici a cui si è inteso ispirare il regime dei partiti e non come un controllo sistematico sulla loro attività, nel rispetto della libertà di asso-

[68] Art. 18, lett. a) *Lei dos Partidos Políticos*. Il divieto di costituire organizzazioni fasciste è sviluppato anche dalla *Lei n. 64/78* sulle *Organizações fascistas*. È sulla base di questa disciplina che il *Tribunal constitucional* ha adottato la sent. 17/1994 disponendo lo scioglimento del *Movimiento de Açcao Nacional* (MAN) in ragione del progetto politico perseguito da quest'ultimo di istaurare uno Stato nazionalista che avrebbe soppiantato per via rivoluzionaria l'assetto democratico-costituzionale vigente. Si poggia sulle stesse previsioni normative la sent. n. 231/2004 con la quale è stata sciolta giudizialmente la *Força de Unidad Popular* (FUP) in quanto perseguiva l'obiettivo di istaurare, attraverso una rivoluzione armata, un nuovo regime che avrebbe sovvertito il funzionamento delle istituzioni statali. Anch'essa è stata qualificata come organizzazione fascista contraria all'ordinamento democratico-costituzionale.

[69] Art. 18, lett. b) *Lei dos Partidos Políticos*.

[70] Art. 18, lett. c) *Lei dos Partidos Políticos*.

[71] Art. 18, lett. d) *Lei dos Partidos Políticos*.

[72] Art. 18, lett. e) *Lei dos Partidos Políticos*.

[73] Sent. *Tribunal Constitucional* n. 231/2004.

ciazione politica[74]. Pertanto, come ribadito dallo stesso *Tribunal Constitucional* «il modello di controllo così delineato è guidato dalla moderazione» e il ruolo riservato a tale Giudice è quello di «arbitro e garante ultimo della democrazia della vita di partito», secondo il principio del «minimo intervento»[75]. L'attuazione pratica del disposto normativo e della lettura giurisprudenziale richiamata mostra effettivamente un ricorso limitato e sporadico alla dichiarazione di scioglimento giudiziale per le ipotesi stabilite dal legislatore[76]. Da ultimo[77], il *Tribunal constitucional* è stato chiamato a pronunciarsi sulle modifiche statutarie realizzate dal partito Chega, dichiarando la parziale illegittimità delle stesse. Pur nel rispetto del principio del minimo intervento, nel caso di specie la particolare complessità dell'assetto intrapartitico e del regime sanzionatorio previsto dallo statuto, così come risultante dalle modifiche effettuate, nonché l'accentramento di numerose prerogative in capo al Presidente del partito, sono stati valutati dal *plenum* come contrari alla trasparenza e alla democrazia dell'organizzazione interna[78].

Infine, sempre in merito all'intervento del *Tribunal constitucional* rispet-

[74] Sent. *Tribunal Constitucional* n. 2/2011, ma anche sent. n. 85/2004, entrambe richiamate nella pronuncia n. 618/2012.

[75] Sent. *Tribunal Constitucional* n. 618/2012. Traduzione dell'Autrice.

[76] È sulla base di questa disciplina che il *Tribunal constitucional* ha adottato la sent. n. 17/1994 disponendo lo scioglimento del *Movimiento de Aççao Nacional* (MAN) in ragione del progetto politico perseguito da quest'ultimo di istaurare uno Stato nazionalista che avrebbe soppiantato, per via rivoluzionaria, l'assetto democratico-costituzionale vigente. Si fonda sulle stesse previsioni normative la sent. n. 231/2004 con la quale è stata sciolta giudizialmente la *Força de Unidad Popular* (FUP) in quanto perseguiva l'obiettivo di istaurare, attraverso una rivoluzione armata, un nuovo regime che avrebbe sovvertito il funzionamento delle istituzioni statali. Anch'essa è stata qualificata come organizzazione fascista contraria all'ordinamento democratico-costituzionale. I casi nei quali il *Tribunal Constitucional* ha provveduto a dichiarare la dissoluzione giudiziale di un partito politico, ovvero anche quelli in cui ha disposto la cancellazione dal registro sulla base delle deliberazioni di scioglimento adottate dagli stessi organi di partito, sono consultabili al seguente link: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/partidos2402.html.

[77] Sent. *Tribunal Constitucional* n. 751/2022.

[78] In cambio, sono state respinte le censure di illegittimità presentate avverso il partito Chega per il carattere fascista di tale organizzazione politica; sul punto i giudici costituzionali hanno dichiarato che «*apercebemo-nos que este partido político, do ponto de vista estatutário, não perfilha a ideologia fascista, não é racista, nem se destina a promover a violência ou a prosseguir fins contrários à lei, designadamente à penal*». Cfr. sent. *Tribunal Constitucional* n. 751/2022.

to ai partiti registrati, deve segnalarsi che per i profili della disciplina che attengono all'ambito del finanziamento della politica, esso è coadiuvato dalla *Entidade das Contas e Financiamentos Políticos* (in avanti, *Entidade*), istituita nel 2005[79]. Si è così scelto di affidare le verifiche inerenti alla gestione dei finanziamenti ricevuti dai partiti a un organo indipendente e collegiale, composto da membri eletti dal *Tribunal constitucional* ma selezionati sulla base di criteri di professionalità tecnica[80]. Le competenze della *Entidade* sono state, inoltre, ulteriormente rinforzate dalla legge organica n. 1/2018[81] che ha operato in suo favore un trasferimento di talune prerogative del *Tribunal constitucional,* dotandola di nuovi poteri ispettivi e soprattutto decisori. Con la riforma richiamata, infatti, è essa stessa ad adottare provvedimenti in merito alla rendicontazione dei partiti e delle campagne elettorali e a emettere decisioni su eventuali illeciti[82].

5. *L'elasticità dell'articolo 49 della Costituzione italiana. Primi interventi del legislatore ordinario*

Nell'ordinamento italiano i partiti politici sono stati riconosciuti per la prima volta[83] dalla Costituzione repubblicana del 1948. Anche in

[79] *Lei Orgânica n. 2/2005, de 10 de janeiro, Lei de Organização e Funcionamento da Entidade das Contas e Financiamentos Políticos).*

[80] La *Entidade das Contas e Financiamentos Políticos* è composta da tre membri, di cui almeno uno deve essere un dottore commercialista, così come previsto dall'articolo 5 della legge 2/2005. L'attuale composizione e le principali fonti normative che disciplinano il suo funzionamento sono consultabili al seguente link: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/contas.html.

[81] *Lei Orgânica n. 1/2018, de 19 de abril de 2018 – Oitava alteração à Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional), segunda alteração à Lei Orgânica n.º 2/2003, de 22 de agosto (Lei dos Partidos Políticos), sétima alteração à Lei n.º 19/2003, de 20 de junho (Lei do Financiamento dos Partidos Políticos e das Campanhas Eleitorais), e primeira alteração à Lei Orgânica n.º 2/2005, de 10 de janeiro (Lei de Organização e Funcionamento da Entidade das Contas e Financiamentos Políticos).*

[82] I dati esposti nello studio condotto dall'*International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA) e dal *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, a cura di E. Falguera, S. Jones, M. Ohman, *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, 2015, 243, dimostrano che dall'istituzione della *Entidade* i casi di illeciti relazionati a flussi di denaro indirizzati ai partiti politici sono paradossalmente aumentati, ciò in quanto attraverso l'attività di indagine condotta da questa autorità è stato possibile portare alla luce le condotte illegali che prima rimanevano impunite.

[83] Per una ricostruzione del ruolo dei partiti politici durante la vigenza dello Statuto

questo caso, per la corretta comprensione del regime giuridico dei partiti politici sarà necessario considerare il contesto storico-politico[84] nel quale furono redatte le disposizioni costituzionali dedicate a questi soggetti, con particolare attenzione ai dibattiti costituenti. La stessa scelta di dedicare una previsione costituzionale *ad hoc* ai partiti politici impegnò i lavori dell'Assemblea costituente: da una parte, si sosteneva la necessità di garantire la libertà di associazione politica attraverso la loro specifica consacrazione[85], dall'altra, si premeva per la sussunzione del loro riconoscimento nella libertà di associazione che sarebbe stata delineata all'interno del Titolo IV della Costituzione[86]. Come noto, la soluzione che prevalse portò alla redazione del vigente articolo 49, che riconosce il diritto dei cittadini di associarsi in partiti politici per «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». Si è dunque scelto di sviluppare quel rapporto *genus-species* che ricorre con la libertà di associazione[87], riconoscendo i cittadini come i soggetti della dispo-

albertino si veda S. Bonfiglio, *Sulla tardiva genesi costituzionale dei partiti politici*, in *Nomos- Le attualità nel diritto*, n. 3/2018, 11 ss.; sempre in chiave diacrónica cfr. anche M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2013, 41 ss.

[84] Sul protagonismo dei partiti politici nella fase pre-costituente cfr. G. Delledonne, *La resistenza in Assemblea costituente e nel testo costituzionale italiano del 1948*, in *Historia Constitucional*, n. 10/2009, 233 e ss.; l'Autore osserva che il dibattito resistenziale interessò principalmente la nozione stessa di "partito politico", influenzando, in maniera consequenziale, anche i successivi lavori della Costituente.

[85] Come osservato da V. Crisafulli, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, 111, «l'affermarsi dei partiti quali effettivi centri decisionali in ogni settore della vita pubblica nazionale precede lo stesso riconoscimento formale del diritto dei cittadini di associarsi in partiti», circostanza che non poteva non influenzare la posizione che è stata sostenuta in Assemblea costituente in favore della costituzionalizzazione di questi attori politici.

[86] Tesi sostenuta dagli onorevoli Lucifero, Condorelli e Cevolotto e richiamata in M. R. Magnotta, *Costituzione e diritto vivente dei partiti politici*, in *Nomos- Le attualità nel diritto*, 2/2019, 4.

[87] Cfr. in tal senso U. De Siervo, *Associazione (libertà di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, 491; C. Rossano, *Partiti politici*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, 1990, 3. Quale conseguenza del rapporto che intercorre tra le libertà disciplinate rispettivamente dall'articolo 18 e dall'articolo 49 della Costituzione, i limiti previsti per le associazioni sono considerati applicabili anche ai partiti politici. Il riferimento è diretto, più specificamente, al divieto di costituire associazioni segrete o «che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare». Ed è durante il dibattito sulla redazione della disposizione che avrebbe riconosciuto la libertà di associazione che per la prima volta fu avanzata la proposta di inserire

sizione in esame e conferendo ai partiti politici un ruolo strumentale[88] all'esercizio del diritto di libertà riconosciuto ai primi.

Centrale nei dibattiti costituenti del tempo, ma anche nella vasta e pregiata produzione dottrinale italiana, è la questione del metodo democratico interno all'organizzazione dei partiti, che continua a occupare una posizione rilevante nel dibattito politico e anche pubblico[89]. È proprio attorno alla specifica locuzione usata nella formulazione dell'articolo 49 della Costituzione che si rintracciano le diverse letture che emergono da un'analisi diacronica, ma soprattutto evolutiva, del disposto costituzionale, che ha permesso una progressiva legittimazione dell'intervento del legislatore italiano in tale ambito.

In una prima fase[90], successiva all'entrata in vigore della Costituzione, è di fatto prevalsa una interpretazione autentica della disposizione in esame, basata sulle posizioni maggioritarie sostenute durante i lavori

---

un esplicito divieto per le associazioni a carattere fascista che, nei successivi lavori della I Sottocommissione, fu poi ricondotto alla formulazione relativa ai partiti politici. Si deve, infatti, all'onorevole Dossetti, supportato dagli interventi di Togliatti e del relatore Basso, l'elaborazione della proposta sul divieto di riorganizzazione del partito fascista, approvata all'unanimità. Sarà l'intervento del Comitato di redazione a spostare la collocazione della previsione in questione tra le disposizioni finali e transitorie, scelta che l'Assemblea decise di non modificare. Per un approfondimento dei dibattiti costituenti sul divieto in esame cfr. B. Pezzini, *Attualità e attuazione della xii disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1379- 1402.

[88] In P. Ridola, *L'evoluzione storico costituzionale del partito politico*, in *Annuario AIC*, 2008, 15, si sottolinea come elementi quali la fine della dittatura, la polarizzazione del sistema partitico e, dunque, le caratteristiche del pluralismo politico del tempo hanno inciso sulla scelta costituente che privilegiò «nello statuto costituzionale dei partiti, la dimensione "associativa" su quella "istituzionale"». Sul rapporto tra l'articolo 18 e l'articolo 49 della Costituzione si veda anche A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 339 ss.

[89] In R. Orrù, *«Il "metodo democratico" nei partiti»: alcune considerazioni di contesto il tema della democrazia interna dei partiti*, in *DPCE Online*, 1/2021, 341, la questione della democraticità interna è indicata come «una sorta di Lazzaro giuridico che periodicamente "risorge" nel dibattito pubblico e scientifico, ma senza approdare ad esiti di regolazione normativa organici o soddisfacenti».

[90] Per un approfondimento della dottrina, anche coeva ai lavori costituenti, prodotta da sommi giuristi siciliani, si rimanda a F. Blando, *Il problema della regolazione dei partiti politici. Itinerari della scuola palermitana di diritto pubblico*, in *Rassegna parlamentare*, 2/2022, 353- 374.

dell'Assemblea costituente, oggetto di profondo confronto dialettico che consentì di adottare una soluzione di compromesso per consacrare in seno al nuovo testo costituzionale il riconoscimento del pluralismo politico e della libertà di associazione partitica. A tal proposito, sono particolarmente significativi i dibattiti della prima Sottocommissione, durante i quali le divergenze di cui si discorre furono emblematicamente rappresentate da due proposte presentate rispettivamente dagli onorevoli Mancini e Merlin, da una parte, e dall'onorevole Basso, dall'altra. In base alla prima formulazione, la disposizione dedicata ai partiti avrebbe riconosciuto nel metodo democratico la maniera in cui doveva organizzarsi l'assetto interno nonché l'azione dei partiti, nel rispetto della dignità umana, della libertà e dell'uguaglianza; sarebbe poi spettato al legislatore lo sviluppo di tale disciplina attraverso la previsione di una riserva di legge[91]. Per l'onorevole Basso, invece, la Costituzione avrebbe dovuto riconoscere ai cittadini il diritto di associarsi in partiti «liberamente e democraticamente», senza ulteriori specificazioni. Si proponeva però che in un articolo autonomo fossero specificate le funzioni di rilievo costituzionale che i partiti, con più ampio riconoscimento elettorale, erano chiamati a svolgere nell'ambito del nuovo sistema rappresentativo[92]. Tuttavia, il riconoscimento costituzionale di alcuni importanti compiti, tra cui la legittimazione a ricorrere dinanzi la Corte costituzionale o la presentazione di liste elettorali, si scontrò, tra le altre[93], con la tesi secondo cui una simile previsione avrebbe necessariamente comportato l'attribuzione ai partiti di personalità giuri-

[91] Il testo della proposta discussa nella seduta del 20 novembre 1946 era il seguente: «i cittadini hanno diritto di organizzarsi in partiti politici che si formino con metodo democratico e che rispettino la dignità e la personalità umana, secondo i principi di libertà e di uguaglianza. Le norme per tale organizzazione saranno dettate con legge particolare», in Atti della I Sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 20 novembre 1946*, consultabile al seguente link: http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/I_Sottocommissione/sed040/sed040nc.pdf.

[92] Il testo della proposta dell'onorevole Basso prevedeva che «ai partiti politici che nelle votazioni pubbliche abbiano raccolto non meno di cinquecentomila voti, sono riconosciute, fino a nuove votazioni, attribuzioni di carattere costituzionale a norma di questa Costituzione, dalle leggi elettorali e sulla stampa, e di altre leggi»; cfr. Atti della I Sottocommissione, *Resoconto sommario* cit., 409.

[93] Sulle argomentazioni contrarie alla proposta dell'on. Basso e sulle sue repliche si veda F. Bonini, *La democrazia dei (e nei) partiti: l'approccio dei costituenti*, in *DPCE Online*, 1/2021, 373 ss.

dica[94], circostanza che sollevava numerosi timori rispetto a una possibile erosione del margine di autonomia organizzativa che a tali soggetti volveva assicurarsi[95]. Al fine di superare le remore che la proposta in questione suscitava, al *plenum* dell'Assemblea costituente fu dunque presentato un testo di compromesso tra le due posizioni richiamate, nel quale mancava il riferimento alle funzioni che i partiti avrebbero svolto in seno all'ordinamento italiano.

La questione del "metodo democratico" ritornò ad animare i dibattiti costituenti durante i lavori del *plenum* e più specificamente con l'emendamento presentato dall'onorevole Mortati, d'intesa con Ruggiero, nel quale si prevedeva che i partiti politici dovessero uniformarsi «al metodo democratico *nell'organizzazione interna* e nell'azione diretta alla determinazione della politica nazionale»[96]. A sostegno di questa formulazione, Calamandrei affermava la necessità inserire un riferimento alla democrazia interna come condizione per riuscire ad assicurare che i partiti politici si muovessero nel sistema politico-rappresentativo italiano secondo i canoni e i valori democratici consacrati dal testo costituzionale[97]. Tuttavia, questa impostazione sollevava numerose perplessità in ordine al rischio che si legittimasse una ingerenza del legislatore nella sfera di autonomia che ai partiti politici intendeva essere riconosciuta, riducendola notevolmente. Pertanto, al fine di superare l'*empasse* che si era creata in Assemblea,

[94] Come ricorda M. R. Magnotta, *Costituzione e diritto vivente* cit., 3, l'onorevole Moro sollevò il vizio di competenza della I Sottocommissione in merito al riconoscimento della personalità giuridica dei partiti che avrebbe necessariamente presupposto l'attribuzione di funzioni costituzionali, così come proposto da Lelio Basso. Per cui si chiedeva alla II Sottocommissione una riunione congiunta che, tuttavia, non venne mai celebrata.

[95] In tal senso si pronunciava Togliatti che temeva per la rigidità che sarebbe derivata dal riconoscimento di funzioni costituzionali ai partiti a discapito della loro autonomia organizzativa, avvertendo del pericolo che di tal modo si sarebbe ridotta «l democrazia in forme prestabilite dopo la consultazione elettorale». In senso ancor più critico si pronunciava l'onorevole Cevolotto secondo il quale un simile riconoscimento in sede costituzionale avrebbe comportato una grave sostituzione dei partiti al ruolo che spettava al Parlamento, oltre a esulare la competenza della I Sottocommissione. Cfr. cfr. Atti della I Sottocommissione, *Resoconto sommario* cit., 410.

[96] Corsivo dell'Autrice.

[97] Come affermato da Calamandrei durante i dibatti costituenti del 4 marzo 1947 «l'organizzazione democratica dei partiti è un presupposto indispensabile perché si abbia anche fuori di essi vera democrazia».

l'emendamento fu ritirato[98]. La formulazione finale dell'articolo 49 della Costituzione italiana è così ad oggi simbolo di quella condivisa esigenza dei Costituenti di riconoscere ai partiti un ruolo strumentale alla costruzione di una nuova coscienza politica, che fosse in grado di unire una società profondamente frammentata.

Le vicende brevemente richiamate consentono di evidenziare quale sia stata la cellula generativa di matrice costituzionale del regime giuridico dei partiti: il loro riconoscimento come associazioni di diritto privato[99], prive di personalità giuridica, che ha nel tempo determinato la prevalenza del profilo della autonomia statutaria su quello della regolazione per via legislativa del loro assetto intrapartitico, sulla base di quel metodo democratico richiamato dall'articolo 49 della Costituzione. Di tal modo, i partiti hanno potuto beneficiare di uno *status* «privilegiato»[100] e la principale fonte in materia è stata costituita in una prima fase dalle disposizioni del Codice civile dettate per le associazioni non riconosciute.

Risale agli anni Settanta il primo intervento del legislatore in materia di partiti politici, anche se la legge n. 195/1974 si è strettamente occupata di disciplinare il profilo del finanziamento della politica[101], trattandolo come un compartimento stagno, slegato da altri aspetti della vita partitica[102]. La natura e le forme di contribuzione pubblica alle attività dei partiti

[98] Come riportatato da M. R. Magnotta, *Costituzione e diritto* cit., 4, l'emendamento fu poi formalmente presentato da Bellavista ma definitivamente respinto in sede di deliberazione assembleare.

[99] In tal senso E. Gianfrancesco, *I partiti politici e l'art. 49 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10/2017, 11, osserva «come sia stata la valorizzazione dell'autonomia degli associati, ai sensi dell'art. 36 c.c., l'architrave della configurazione giuridica dei partiti».

[100] P. Marsocci, *La possibile disciplina (legislativa)* cit., 64.

[101] Legge 2 maggio 1974, n. 195, "Contributo dello Stato al finanziamento dei partiti politici", pubblicata in G.U. n. 135 del 25 maggio 1974. In F. Bonini, *Una "istituzionalità cosiddetta esterna". Sui partiti nella storia costituzionale della Repubblica*, in G. Carapezza Figlia, G. Frezza, G. Rivosecchi (a cura di), *Partiti politici e sistema ordinamentale*, Napoli, 2018, 19, l'Autore sottolinea che l'approvazione della legge n. 195/1974 fu appoggiata da «un larghissimo consenso parlamentare dopo aver chiarito l'abbandono di qualsiasi velleità di disciplina per legge del profilo istituzionale (in particolare interno) dei partiti». Il profilo del finanziamento verrà trattato nel presente contributo solo laddove necessario a consentire una migliore trattazione dei profili che sono oggetto di analisi.

[102] È doveroso sottolineare che prima dell'entrata in vigore della legge 195/1974 non erano mancati i tentativi di introdurre una disciplina dei partiti politici, anche con specifico riferimento all'organizzazione interna degli stessi, come emerge dalla ricostru-

politici sono, infatti, rimaste a lungo il terreno entro cui si è accettata una "interferenza" della fonte legislativa e in alcuni periodi finanche un iper-interventismo del legislatore, come avvenuto durante gli anni Novanta, in occasione degli scandali che coinvolsero la politica italiana[103]. Questo accenno ai primi interventi del legislatore, seppur relativi a un profilo che esula dall'oggetto della presente analisi, appare comunque un passaggio fondamentale in quanto segna un cambio di approccio nella materia trattata: i partiti politici passano dall'essere sottoposti a una regolazione interamente privatistica, a essere oggetto anche di una fonte legale *ius*-pubblicistica. La loro disciplina, articolata in fonti di diritto privato e di diritto pubblico, risponde di tal modo alla stessa natura ibrida di tali soggetti[104].

È, invece, con la legge 6 luglio 2012, n. 96[105] che il legislatore ha introdotto alcune novità rispetto al profilo dell'organizzazione interna, recependo una tendenza che negli stessi anni stava accomunando diversi Stati europei[106]. L'intervento del legislatore italiano era stato fortemente caldeggiato dal *Group of States against corruption* (GRECO) del Consiglio d'Europa che, nel *Rapporto di valutazione dell'Italia sulla trasparenza del finanziamento dei partiti politici*[107], esprimeva la necessità che in Italia si risolves-

---

zione delle principali proposte di legge, presentate a partire dall'entrata in vigore della Costituzione, realizzata da F. Di Mascio, D. R. Piccio, *La disciplina della politica* cit., 401.

[103] Si tratta delle vicende note con il nome di "Tangentopoli" che hanno prodotto un impatto diretto sulla disciplina allora vigente del finanziamento della politica, a partire dalla celebrazione del referendum del 18 aprile 1993 con il quale gli elettori sono stati chiamati ad esprimersi sull'abrogazione di buona parte della disciplina allora in vigore sul sistema di finanziamento pubblico della politica. Per una ricostruzione in chiave diacronica degli interventi legislativi in materia di finanziamento della politica si rimanda a F. Biondi, *Il finanziamento dei partiti italiani: dall'introduzione del finanziamento pubblico alla sua "abolizione"*, in G. Tarli Barbieri, F. Bondi (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Napoli, 2016, 11 ss.

[104] M. R. Magnotta, *Costituzione e diritto vivente* cit., 19.

[105] Legge 6 luglio 2012, n. 96, "Norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici, nonché misure per garantire la trasparenza e i controlli dei rendiconti dei medesimi. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle leggi concernenti il finanziamento dei partiti e dei movimenti politici e per l'armonizzazione del regime relativo alle detrazioni fiscali".

[106] È quanto emerge dai risultati dello studio condotto dall'*International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA) e realizzato D. R. Piccio, *The state of political finance regulation in Western Europe*, *Discussion Paper* 13/2016, 4 ss.

[107] GRECO, *Rapporto di valutazione dell'Italia sulla trasparenza del finanziamento dei partiti politici*, Strasburgo, 20-23 marzo 2012, Greco Eval III Rep (2011) 7F, Theme II. La

sero le problematiche legate a un quadro normativo estremamente frammentato in materia di partiti politici e raccomandava a tal fine l'adozione di una disciplina organica che definisse lo *status* giuridico dei partiti, anche attraverso l'adozione di un testo unico. Tuttavia, il legislatore italiano non è riuscito a trasporre le indicazioni offerte dal GRECO nella legge n. 96/2012, anche se con essa si è per la prima volta condizionato- seppur solo formalmente- il profilo del finanziamento dei partiti a quello dell'organizzazione interna degli stessi. Nel testo si prevedeva, infatti, che per poter accedere ai contributi pubblici e ai rimborsi elettorali, i partiti avrebbero dovuto adottare uno statuto conforme ai «principi democratici nella vita interna, con particolare riguardo alla scelta dei candidati, al rispetto delle minoranze e ai diritti degli iscritti»[108]. Nessuna indicazione aggiuntiva veniva però offerta dal legislatore in merito alle condizioni che avrebbero dovuto essere assolte per l'effettiva aderenza dello statuto agli *standard* di democrazia applicabili all'organizzazione interna. La previsione richiamata risultava, dunque, eccessivamente vaga nel suo contenuto, pressoché privo di valore prescrittivo, anche in ragione dell'assenza di un sistema di controlli[109]. Un'ulteriore novità riguardava l'istituzione della Commissione per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti e dei movimenti politici[110] che, nonostante avesse competenze circoscritte al profilo del finanziamento dei partiti, ha costituito l'embrione della attuale autorità competente in materia, come si approfondirà nel paragrafo successivo.

Di fatto, le modifiche richiamate hanno sortito più un effetto innovatore *pro futuro*, che in termini sostanziali. Si decideva infatti di tornare a intervenire sulla materia con il decreto-legge 149/2013[111], successiva-

traduzione ufficiale del rapporto è consultabile al seguente link: https://www.camera.it/temiap/XVI_0426.pdf.

[108] Art. 5, Legge n. 96/2012, oggi abrogato dal decreto-legge 149/2013. Lo statuto doveva essere trasmesso ai Presidenti delle Camere.

[109] Cfr. F. Scuto, *Democrazia rappresentativa* cit., 10.

[110] Art. 9, III comma, Legge n. 96/2012.

[111] Decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149 recante "Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore", pubblicato in G.U. n. 303 del 28 dicembre 2013. Il ricorso in questa occasione allo strumento del decreto-legge è stato oggetto di alcune letture critiche, tra cui R. Dickmann, *La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista dal decreto-legge n. 149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità*, in *federalismi.it*, 5/2014, 1-30.

mente convertito con legge n. 13/2014[112]. La disciplina in esame dedica il Capo II alla "democrazia interna, trasparenza e controlli" dei partiti e sviluppa un sistema di registrazione basato su un vincolo di subordinazione tra l'iscrizione al registro nazionale e la possibilità di usufruire delle agevolazioni fiscali e dei finanziamenti pubblici indiretti previsti dalla legge. Si vedrà, dunque, in maniera più approfondita, come il legislatore italiano è riuscito a sviluppare il regime legale dei partiti, dedicando particolare attenzione al profilo della registrazione.

6. *Il registro nazionale dei partiti politici come strumento di regolazione dell'organizzazione infrapartitica*

La principale novità del decreto-legge n. 149/2013, così come modificato in sede di conversione, è stata l'istituzione del registro nazionale dei partiti politici. Prodromica all'iscrizione al registro è l'adozione di uno statuto, nella forma dell'atto pubblico, che rispetti i requisiti stabiliti dal legislatore che in taluni casi, come si osserverà, hanno introdotto *standard* minimi di democrazia interna a carico dei partiti richiedenti. Ai fini della registrazione si richiede, infatti, che il partito indichi *in primis* il simbolo e la denominazione che costituiscono «elemento essenziale di riconoscimento» e per il quali non sono previste limitazioni specifiche se non che essi siano distinguibili da quelli già usati da altri partiti (art. 3, I comma). Il legislatore ha inoltre previsto ulteriori elementi che lo statuto dovrà indicare. Tra questi, oltre alla sede legale, speciale attenzione è dedicata alle informazioni sull'assetto organizzativo del partito, rispetto al quale la disciplina in esame fornisce un chiaro modello di riferimento: al pari di quanto costatato a proposito della *Lei dos Partidos Políticos* portoghese, dalla previsione normativa si deduce la necessità che il partito adotti un modello articolato in tre distinti organi, con suddivisione dei compiti deliberativi, esecutivi e di controllo; e sempre in via deduttiva può ritenersi affermato il principio dell'elettività degli organi partitici e della tempora-

[112] Legge 21 febbraio 2014, n. 13, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, recante abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore", pubblicata in G.U. n. 47 del 26 febbraio 2014.

neità dei mandati[113].

Lo statuto deve, inoltre, indicare la cadenza dei congressi nazionali, in quanto importante momento di confronto tra gli affiliati e di partecipazione alle decisioni del partito, nonché, delle procedure decisionali e deliberative. Sempre a tutela degli affiliati sono previsti, inoltre, una serie di elementi che incidono sul contenuto minimo degli statuti per i partiti che intendano registrarsi, e più specificamente: i diritti e i doveri degli iscritti e gli organi di garanzia a tutela degli stessi; le modalità di partecipazione degli affiliati ma anche le misure di promozione delle minoranze e della parità di genere negli organismi collegiali e nelle cariche elettive; le misure disciplinari che possono essere irrogate e gli organi competenti ad adottarle, oltre all'indicazione delle procedure di ricorso e alla necessaria previsione della garanzia del diritto alla difesa e del principio del contraddittorio. Si richiede anche che lo statuto indichi le modalità che il partito seguirà per la selezione delle candidature per tutti i livelli di competizioni elettorali. Sempre nell'ottica della promozione della trasparenza dei processi decisionali intrapartitici, il legislatore richiede che sia fatta espressa menzione delle procedure per modificare lo statuto, ovvero, la denominazione e il simbolo del partito. Infine, dovrà indicarsi l'organo responsabile della gestione finanziaria e della approvazione del rendiconto di esercizio.

La valutazione complessiva degli elementi che delineano il contenuto minimo dello statuto, al quale i partiti che intendano registrarsi devono conformarsi, consente di anticipare alcune considerazioni finali. Nonostante a differenza della precedente legge n. 96/2012 la nuova formulazione non prescriva che lo statuto debba essere conforme ai principi democratici, ma più in generale debba rispettare la Costituzione e l'ordinamento dell'Unione europea, nella pratica gli elementi inerenti all'organizzazione interna che devono essere indicati dalla disciplina statutaria sembrano sortire un effetto equiparabile[114], in quanto assicurano pubblicità a taluni aspetti dell'assetto intrapartitico, producendo un effetto di rafforzamento della trasparenza dei processi decisionali. D'altronde, è lo stesso articolo

[113] In base a quanto disposto dall'art. 3, II comma, lett. a), così come modificato in sede di conversione, lo statuto deve indicare «il numero, la composizione e le attribuzioni degli organi deliberativi, esecutivi e di controllo, le modalità della loro elezione e la durata dei relativi incarichi, nonché l'organo o comunque il soggetto investito della rappresentanza legale».

[114] In questo senso anche M. R. Allegri, *Prime note sulle nuove norme in materia di democraticità, trasparenza e finanziamento dei partiti politici*, in *Rivista AIC*, marzo 2014, 9.

2 del decreto-legge n. 149/2013 che, oltre a definire i partiti politici come «libere associazioni attraverso le quali i cittadini concorrono con metodo democratico a determinare la politica nazionale», dichiara che «l'osservanza del metodo democratico, ai sensi dell'articolo 49 della Costituzione, è assicurata anche attraverso il rispetto delle disposizioni del presente decreto»[115]. La disposizione richiamata deve leggersi in combinato disposto con l'articolo 18 della stessa legge, che circoscrive il proprio ambito di applicazione ai partiti, ai movimenti politici e ai gruppi politici organizzati che abbiano partecipato alle elezioni per il rinnovo del Senato, della Camera dei deputati, dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, dei consigli regionali o dei consigli delle province autonome di Trento e Bolzano e abbiano ottenuto l'elezione di almeno un candidato sotto il proprio simbolo ovvero abbiano presentato, per le stesse consultazioni elettorali indicate, candidati in almeno tre circoscrizioni. La disciplina ricomprende anche i partiti e i movimenti politici che sono legati a un gruppo parlamentare, costituito in almeno una delle Camere, o a una componente politica del gruppo misto, nonché a quelli che abbiano partecipato congiuntamente ad altri a una competizione elettorale tra quelle precedentemente indicate conseguendo l'elezione di almeno un candidato. La delimitazione della portata soggettiva della disciplina in esame persegue una finalità ben precisa, ovvero quella di circoscrivere il regime legale da essa previsto ai partiti che assolvono il «requisito della rappresentatività effettiva» in quanto «solo la partecipazione attiva alla competizione elettorale, essendo una funzione di interesse pubblico, giustifica una disciplina pubblicistica in ordine al finanziamento»[116]. In maniera solo in parte similare, si è già osservato come anche la legge portoghese, prevedendo per la registrazione che la richiesta del partito sia supportata da un numero minimo di firme, abbia voluto assicurare che il richiedente goda già di un sostegno elettorale minimo, optando però per il criterio, diverso, della

[115] Anche nella relazione del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 149/2013 emerge con chiarezza che la ratio alla base della disciplina è quella di «legare in modo strutturale il nuovo modello di finanziamento della politica ad un sistema di regole che garantisca la democrazia interna dei partiti politici e la trasparenza del proprio funzionamento e dei propri bilanci, individuando un punto di equilibrio fra il principio di libertà di associazione politica (che costituisce un fondamento di ogni democrazia) e le altrettanto rilevanti esigenze di legalità che devono assistere ogni intervento pubblico di sostegno».

[116] M. R. Allegri, *Prime note sulle nuove* cit., 7.

rappresentatività "potenziale" del partito.

Il registro è consultabile da qualsiasi utente, direttamente *on line*, nell'apposita sezione della pagina web del Parlamento italiano. Esso si divide in due parti distinte: nella prima sono indicati i partiti che hanno adottato uno statuto giudicato conforme ai requisiti previsti dall'articolo 3 del decreto-legge n. 149/2013; nella seconda parte sono elencati i partiti che hanno assolto anche gli obblighi inerenti all'accesso alle forme di finanziamento indiretto che la legge prevede. Sul sito del registro sono pubblicate per ciascun partito le delibere della Commissione, inerenti all'iscrizione e alle eventuali modifiche della disciplina statutaria, nonché lo statuto[117].

La scelta operata dal legislatore italiano ha previsto il mantenimento dell'autorità istituita già con la legge 96/2012[118], adesso denominata "Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici". Si tratta di un organo collegiale, composto da cinque membri, di cui uno designato dal Primo presidente della Corte di Cassazione, uno designato dal Presidente del Consiglio di Stato e tre designati dal Presidente della Corte dei Conti, scelti tra magistrati delle rispettive giurisdizioni, con qualifica non inferiore a quella di consigliere di cassazione o equiparata[119]. È doveroso segnalare che tra la Commissione e

[117] La pubblicità dei principali aspetti organizzativi dei partiti registrati è altresì assicurata dalla disposizione di cui all'articolo 5 del decreto-legge n. 149/2013 in base alla quale i partiti devono provvedere alla realizzazione di un proprio sito internet nel quale indicare le informazioni relative alla propria organizzazione statutaria e al bilancio, insieme alla rendicontazione annuale, assicurando che tali dati siano riportati nel rispetto dei «principi di elevata accessibilità, anche da parte delle persone disabili, di completezza di informazione, di chiarezza di linguaggio, di affidabilità, di semplicità di consultazione, di qualità, di omogeneità e di interoperabilità». Si condivide in merito alla disposizione in oggetto la critica mossa in dottrina circa la duplicazione, considerata ridondante, delle informazioni a cui il legislatore ha voluto assicurare pubblicazione; cfr. M. R. Allegri, *Prime note sulle nuove* cit., 12.

[118] Eppure, già in Assemblea costituente si era sostenuta l'opportunità di affidare a una sezione della Corte costituzionale il controllo sulla democrazia dei partiti politici, sulla base dell'assunto per cui di tal modo sarebbero state apprestate «garanzie molto più sicure per poter impedire ai partiti antidemocratici di risorgere ed ai partiti democratici di non essere soppressi e perseguitati da soprusi ed arbitrî di polizia». La soluzione richiamata è stata sostenuta da Calamandrei; cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente*, XLIX, 4 marzo 1947, 1753.

[119] Art. 9, III comma, Legge n. 96/2012. La Commissione è nominata con atto congiunto dei Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, pubblicato

il Parlamento sussiste un legame organico[120], in quanto essa ha sede presso la Camera dei deputati che, insieme al Senato, contribuisce alla dotazione di personale di segreteria per coadiuvare il lavoro svolto dai commissari[121]. In occasione della formulazione delle relazioni annuali che la Commissione è tenuta a redigere e a comunicare ai presidenti delle Camere[122] è stata, inoltre, più volte lamentata una carenza di personale per far fronte alle diverse attività che essa è chiamata a svolgere; questione che, seppur segnalata sin dalla sua istituzione e aggravata dall'ampliamento dei soggetti che in seguito alle modifiche intervenute nel tempo sono sottoposti al controllo della Commissione, ad oggi non è stata ancora risolta[123].

La Commissione svolge, infatti, diverse attività di controllo legate sia al profilo della conformità degli statuti alle prescrizioni di legge, sia alla regolarità degli obblighi di rendicontazione finanziaria. In merito al primo tipo di attività, che rientra nell'ambito di analisi del presente contributo, nella fase precedente alla registrazione lo statuto presentato dal partito richiedente dovrà essere valutato dalla Commissione che, laddove riscontrasse la carenza di uno dei requisiti previsti per la registrazione, lungi dal denegare l'iscrizione, è tenuta ad assegnare un termine per l'integrazione degli elementi carenti[124]. Solamente se il partito non provvede ad apportare le modifiche segnalate o non interviene nel termine assegnato dalla

in Gazzetta Ufficiale. Il mandato dei commissari è quadriennale e può essere rinnovato una sola volta, al fine di combinare le esigenze di imparzialità con quelle della continuità del mandato. Ai componenti della Commissione non è corrisposto alcun compenso o indennità per l'attività svolta ma per la durata dell'incarico, sono collocati fuori ruolo dalle amministrazioni di appartenenza.

[120] In tal senso, F. Di Mascio, D. R. Piccio, *La disciplina della politica* cit., 406, gli Autori lamentano un *deficit* di autonomia della Commissione.

[121] L'articolo 9, III comma, della legge n. 96/2012 prevede, altresì che «Per lo svolgimento dei compiti ad essa affidati dalla legge la Commissione può altresì avvalersi di cinque unità di personale, dipendenti della Corte dei conti, addette alle attività di revisione, e di due unità di personale, dipendenti da altre amministrazioni pubbliche, esperte nell'attività di controllo contabile».

[122] Art. 9, V comma, Legge n. 96/2012.

[123] Le relazioni sono consultabili on line al seguente link: https://www.camera.it/leg18/1234.

[124] Art. 4, III comma, decreto-legge n. 149/2013, così come modificato. È la stessa disposizione che stabilisce che il termine assegnato per l'eventuale integrazione dei requisiti statutari non possa essere inferiore ai trenta giorni né superiore a sessanta. È anche prevista la possibilità per la Commissione di prevedere l'audizione del legale rappresentante del partito.

Commissione, quest'ultima potrà denegare la richiesta di registrazione. A tutela del diritto di difesa dei partiti, è previsto però che il provvedimento di diniego sia motivato e che avverso lo stesso sia possibile ricorrere dinanzi al giudice amministrativo[125]. Deve inoltre segnalarsi che, pur in assenza di una esplicita previsione normativa, al fine di agevolare le operazioni di registrazione e coadiuvare i partiti durante questa fase, la Commissione ha adottato linee guida sulla redazione e la presentazione degli statuti dei partiti, nelle quali oltre a specificare in alcuni casi la *ratio* alla base della previsione di taluni requisiti, rimarca la necessità che le indicazioni richieste siano riportate dalla disciplina statutaria in maniera chiara e certa[126]. La disciplina risulta, quindi, in questo senso pienamente in linea con le indicazioni fornite a livello sovranazionale dagli atti di *soft law* richiamati inizialmente nei quali si sottolinea che le condizioni previste per la registrazione devono essere improntate ai criteri di ragionevolezza e devono consentire al partito di comprendere con certezza quanto gli è richiesto[127]; a tal fine, le linee guida della Commissione implementano la tutela che ai partiti deve essere garantita dalla disciplina sulla registrazione.

In dottrina sono stati sollevati alcuni dubbi circa l'effettività dei controlli operati dalla Commissione, principalmente per il carattere formale[128] e "cartolare" di queste verifiche che si limiterebbero a un esame astratto delle discipline statutarie dei partiti richiedenti l'iscrizione. Tuttavia, è opportuno considerare che l'intervento della Commissione non può risolversi un una autorizzazione previa, giacché nel nostro ordinamento, sulla base di quanto disposto dall'articolo 18 della Costituzione, in materia di libertà di associazione è esclusa la previsione di interventi autorizzativi.

In definitiva, la previsione di un registro nazionale dei partiti politici non ha comportato un cambio di prospettiva circa la natura che a

[125] Art. 4, III-*bis* comma, decreto-legge n. 149/2013.

[126] Si tratta delle linee guida adottate con delibera n. 1 del 12 febbraio 2018 e consultabili al seguente link: https://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/repository/commissione_trasparenza_partiti/deliberazioni/2018_-_Deliberazione_1_del_12_febbraio_2018_Linee_Guida.pdf. Successivamente, la Commissione era nuovamente intervenuta sulla materia, adottando con deliberazione n. 2 del 22 gennaio 2020 delle nuove linee guida; la deliberazione è stata, tuttavia, annullata con sentenza del T.A.R. del Lazio n. 6500/2021.

[127] European Commission for Democracy through law (Venice Commission), OSCE office for democratic institutions and human rights (OSCE/ODIHR), *Guidelines on political party regulation*, *Second edition*, CDL-AD (2020)032, 2020, 27.

[128] In tal senso F. Di Mascio, D. R. Piccio, *La disciplina della politica* cit., 407.

tali soggetti è riconosciuta[129], né costituisce *condicio sine qua non* per poter agire in qualità di partito politico, a differenza di quanto osservato per il regime giuridico dei partiti portoghesi. Di fatto, la disciplina vigente ha solo introdotto un sistema sinallagmatico in base al quale, a fronte della registrazione, sono riconosciuti ai partiti alcuni vantaggi di natura finanziaria, prescrivendo al contempo l'adempimento di taluni obblighi, anche di natura organizzativa. Tale scelta, seppur criticata in quanto fondata su un'adesione facoltativa al regime positivizzato dal legislatore, che denoterebbe tra l'altro «una visione parziale e, in buona sostanza, marginale del tema»[130], può comunque essere apprezzata per aver nella pratica spinto il sistema dei partiti verso una prima regolazione. Dall'analisi del registro, anche alla luce dell'ultima tornata elettore, risulta come l'incentivo dell'accesso al regime del finanziamento attualmente vigente, ha spinto anche le formazioni politiche più restie all'iscrizione a procedere alla registrazione.

7. *Considerazioni conclusive*

La progressiva regolamentazione dei partiti politici da parte dei legislatori statali ha seguito soluzioni diversificate in ragione della connaturale permeabilità di queste discipline agli elementi autoctoni di ciascun ordinamento, che incidono principalmente sull'individuazione del punto di equilibrio tra la libera determinazione dei partiti in merito alla propria dimensione organizzativa e il rispetto dei valori e dei principi sanciti dai testi costituzionali. In questo senso, la costituzionalizzazione dei partiti politici nelle due esperienze ordinamentali esaminate, avendo assolto ad esigenze specifiche di ciascun contesto, è stata realizzata secondo due paradigmi diversi. In Italia, il riconoscimento costituzionale di tali attori politici è il risultato di un difficoltoso compromesso tra le diverse posizioni emerse in Assemblea costituente che sono risultate, infine, convergenti verso la più ampia garanzia del profilo privatistico dell'autonomia partitica[131]; soluzione considerata necessaria per consentire loro di svolgere quel

[129] Cfr. M. R. Allegri, *Prime note sulle nuove* cit., 5.

[130] S. Curreri, *La democrazia nei partiti politici: nuovi spunti per un tema vecchio*, in *DPCE Online*, 1/2021, 403.

[131] Come sottolineato in G. Maestri, *Il tempo variabile della democrazia nei partiti: considerazioni diacroniche tra Italia e Spagna*, in *DPCE Online*, 1/2021, 477, «Il testo finale fu però frutto di un compromesso tra chi non aveva voluto rinunciare in toto a una futura, pos-

compito di composizione delle fratture che la società del tempo presentava. L'interpretazione autentica del dettato costituzionale ha di tal modo influenzato la prima fase del riconoscimento giuridico dei partiti italiani, nella quale, nel bilanciamento tra la loro autonomia statutaria e le esigenze di democrazia che la loro organizzazione interna avrebbe dovuto assolvere, è prevalso il primo profilo. Questo assetto è stato progressivamente superato da un approccio interpretativo evolutivo del dato costituzionale, che ha consentito di inquadrare gli interventi del legislatore nell'ambito di un rinnovato regime giuridico dei partiti politici. L'articolo 49 della Costituzione ha, pertanto, manifestato il suo carattere intrinsecamente elastico[132] di cui già in sede costituente si erano intuite le potenzialità[133].

In Portogallo, invece, l'articolazione dettagliata del loro *status* giuridico da parte della Costituzione del 1976 è stata fortemente voluta al fine di salvaguardare un adeguato spazio di azione per i partiti che, nella fase della transizione politica e degli stessi lavori costituenti, riuscirono a ottenere una progressiva riduzione del ruolo direttivo del potere militare. Le scelte costituenti sono state, in questo caso, il prodotto del compromesso raggiunto tra il MFA, da una parte, e il potere politico rappresentato dai partiti, dall'altra. È in questa fase della storia costituzionale lusitana che si rintracciano i fattori generativi dell'attuale disciplina dei partiti politici. Come sottolineato nel presente contributo, la volontà di reagire al passa-

---

sibile regolazione con legge dell'organizzazione dei partiti (con relativi controlli pubblici) e chi – a partire da elette ed eletti del Partito comunista italiano – aveva espressamente escluso riferimenti a ogni tipo di controllo sull'ordinamento interno dei partiti». Sul "compromesso costituzionale" raggiunto per la definizione del ruolo dei partiti politici si veda anche P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti*, Bologna, 1991, 191 ss.

[132] Sul punto è stata fondamentale la lettura di G. Amato, *L'elasticità delle Costituzioni rigide*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, 2017, 29 ss.

[133] P. Marsocci, *Sulla funzione costituzionale* cit., p. 117, ricorda le parole pronunciate da Merlin nella seduta del 22 maggio 1947: «non preoccupiamoci di scrivere nella Costituzione tutto quello che su ciascun argomento può essere detto. Qui affermiamo il principio del riconoscimento dei partiti. Venire poi all'applicazione di questo riconoscimento e vedere l'ampiezza che avrà, sarà compito importante del legislatore futuro». Recentemente, tra le proposte elaborate dalla dottrina, sostiene l'opportunità di una revisione dell'articolo 49 Cost. in senso più dettagliato F. Clementi, *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, in *federalismi.it,* n. 6/2015, 7, secondo cui una simile modifica doterebbe i partiti italiani di «una base costituzionalmente più forte» che consenta allo stesso tempo una più regolamentazione più profonda del loro regime.

to dittatoriale, di cui l'*Estado Novo* aveva costituito la forma giuridica, ha mosso i Costituenti portoghesi verso il modello tracciato dall'articolo 21 della Legge fondamentale di Bonn, che, tuttavia, ha costituito solamente l'embrione di una disciplina ben più articolata. I partiti politici si configurano in questa prospettiva come fulcro del sistema politico-rappresentativo portoghese. Di conseguenza, la *Lei dos Partidos Políticos* ha introdotto una disciplina che, pur nel rispetto del margine di autonomia statutaria e organizzativa che è conforme alla natura privatistica dei partiti portoghesi, detta *standard* di trasparenza e democrazia[134], in linea con il paradigma costituzionale.

Lo strumento di un registro unico e nazionale, nonché l'individuazione di una autorità incaricata di assolvere a quella funzione di controllo collegata alle previsioni delle rispettive discipline in esame, sono elementi che, in entrambe le esperienze, hanno contribuito, seppur in misura diversa, a implementare la trasparenza e la pubblicità del sistema partitico. A tal proposito, le differenze segnalate circa i tempi di intervento del legislatore e il grado di incidenza delle discipline esaminate sugli aspetti interni dell'assetto intrapartitico, conseguenza dei due diversi paradigmi costituzionali tracciati dal testo italiano e da quello portoghese, ci restituiscono ad oggi alcuni elementi di affinità. Potrebbe dunque sostenersi che, soprattutto in merito all'esperienza italiana, l'influenza esercitata a livello sovranazionale dalle linee guida e dai pareri richiamati ha contribuito a produrre una convergenza tra le discipline statali, di cui il ricorso al registro risulta essere un profilo comune. Se dunque le disposizioni costituzionali che hanno consacrato i partiti politici a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale hanno avviato «un processo di legittimazione costituente che arriva fino all'Unione Europea»[135], è adesso possibile rilevare un movimento legittimante che segue una direzione opposta, dal piano sovranazionale al piano interno. Si può altresì rilevare un cambio di prospettiva nella *ratio* che soggiace all'intervento del legislatore in materia, non più pensato solamente in «chiave difensiva»[136], a protezione dell'ordinamento da organizzazioni partitiche antisistema, ma quale rafforzamento della partecipazione politica dei cittadini.

[134] In M. Prata Roque, *O Controlo Jurisdicional* cit, 293, l'Autore definisce questo assetto come un «*modelo jurisdicionado misto*», basato su un controllo interno, affidato alla autonomia intrapartitica, ed eteronomo, affidato al *Tribunal constitucional*.

[135] F. Bonini, *La democrazia dei* cit., 372.

[136] S. Bonfiglio, *La disciplina giuridica dei partiti* cit., 17.

In conclusione, pur osservando come la disciplina dei partiti politici rimanga in parte condizionata da elementi autoctoni di ciascun ordinamento, in base ai quali è richiesta una particolare cautela per eventuali operazioni di innesto giuridico[137], la rilevazione di un comune *framework* di procedure e strumenti inerenti al profilo dell'organizzazione interna dei partiti consente di riflettere sul possibile superamento di quel confine invisibile- ma a lungo operante per l'intervento del legislatore- tra la democrazia "nei" partiti e "dei" partiti. Si può osservare, infatti, una maggiore consapevolezza riguardo all'influenza che la previsione di comuni requisiti organizzativi per i partiti, che tutelino la partecipazione degli affiliati ma anche la trasparenza dei processi decisionali, può esercitare anche al di fuori della sfera prettamente intrapartitica, migliorando la «qualità stessa della rappresentanza politica»[138].

Abstract

Uno sguardo agli ordinamenti europei che hanno scelto di adottare discipline pubblicistiche in materia di partiti politici mostra come esse presentino alcuni elementi di uniformità rispetto ai quali il presente contributo si propone di sviluppare una riflessione riguardo alla possibile influenza esercitata dalla produzione di atti di *soft law* sovranazionale. È infatti possibile evidenziare come alcune scelte operate dai legislatori statali, tra cui principalmente l'istituzione di registri nazionali dei partiti, hanno finito per circolare ed essere innestate in diverse realtà ordinamentali, condividendo la medesima finalità, ossia, garantire *standard* comuni di democrazia interna e al contempo migliorare la trasparenza del sistema dei partiti. Al fine di meglio definire l'oggetto della presente ricerca si è ritenuto opportuno circoscrivere l'analisi al profilo relativo alla disciplina dell'organizzazione interna dei partiti per verificare se, anche nel contesto di ordinamenti che hanno adottato un diverso modello di costituzionalizzazione dei partiti, l'influenza prodotta dagli atti di *soft law* sovranazionali ha prodotto una convergenza delle discipline nazionali verso comuni strumenti e procedure di regolazione. A tal fine sono stati individuati due

[137] R. Orrù, *Il "metodo democratico"* cit., 350.

[138] F. Scuto, *Democrazia rappresentativa* cit., 3.

case-studies, espressione di due diversi paradigmi costituzionali in materia di partiti politici, rappresentati dall'articolo 49 della Costituzione italiana e dalle diverse disposizioni che la Costituzione portoghese dedica alle formazioni partitiche, punto di partenza di una più articolata analisi diacronica degli interventi dei legislatori di entrambe le realtà ordinamentali in esame.

The registration of political parties in Portuguese and Italian law. The impact of supranational soft law as a convergence factor between different regulatory models

The European legal systems that have chosen to adopt laws on political parties show certain elements of uniformity. So, this article aims to develop a reflection on the possible influence of the supranational soft law acts. It is possible to show how certain choices made by internal legislators, including principally the setting up of national party registers, have ended up circulating and being grafted on in different legal systems, sharing the same purpose, as to guarantee common standards of internal democracy and at the same time improve the transparency of the party system. In order to better define the object of this research, it was considered appropriate to restrict the analysis to the profile relating to the regulation of the internal organization of parties to verify whether, even in the context of legal systems that have adopted a different model of party constitutional regulation, the influence produced by supranational soft law acts has led to a convergence of national disciplines towards common regulatory instruments and procedures. To this end, two case studies have been identified, represented by article 49 of the Italian Constitution and by the different provisions that the Portuguese Constitution dedicates to party formations. That is the starting point for a more articulated diachronic analysis of the interventions of the legislators of both legal systems under examination.

L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni

di Bianca Nicla Romano

Sommario: 1. Il principio della fiducia tra profili innovativi e di discontinuità del nuovo Codice dei contratti rispetto al precedente. – 2. Il principio di buona fede nella Legge sul procedimento amministrativo e nel Codice dei contratti. – 3. "Luci" e "ombre" sul nuovo principio della fiducia. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Il principio della fiducia tra profili innovativi e di discontinuità del nuovo Codice dei contratti rispetto al precedente*

Il 31 marzo 2023 è stato pubblicato il Decreto Legislativo n. 36, contenente il nuovo Codice dei contratti pubblici[1], entrato in vigore il 1° aprile e destinato a trovare applicazione agli affidamenti pubblici di lavori, servizi e forniture a partire dal 1° luglio 2023.

Si tratta di un *corpus* normativo che appare innovativo rispetto a quello precedente – Decreto Legislativo 50/2016[2] – non perché "rivoluzioni" il settore dei contratti pubblici, bensì perché – nel rispetto delle indicazioni contenute all'interno del PNRR[3] – persegue l'obiettivo di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente, costituita da norme stratificate e, a volte, troppo rigide e dettagliate che, sebbene opportune al fine di porre rimedio e prevenire fenomeni corruttivi, hanno, tuttavia, determinato il risultato di rendere incerto e poco concreto l'operato dei pubblici funzionari, a discapito della tempestività e dell'efficienza della Pubblica

[1] "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici"; esso è stato pubblicato sul supplemento Ordinario n. 12 alla Gazzetta Ufficiale n. 77. Al pari del Codice precedente esso è volto ad attuare le direttive europee del 2014 in materia di appalti e concessioni, e cioè le direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

[2] Il Decreto Legislativo 50/2016 resterà ancora in vigore fino al 31 dicembre 2023.

[3] La modifica della disciplina dei contratti pubblici è conseguenza della necessità di semplificazione rientrante tra gli obiettivi del PNRR, la quale è stata perseguita attraverso l'adozione di misure urgenti (ad es. decreto legge 76/2020) e misure cd. a regime. Tra queste ultime rientra, appunto, la riforma complessiva del Codice dei contratti pubblici.

Amministrazione[4]. Il Consiglio di Stato che ne ha redatto il progetto[5] ha, pertanto, precisato, nella relazione illustrativa al testo predisposto, che l'intenzione perseguita è stata quella «*di scrivere un codice che racconti la storia delle procedure di gara, quale strumento che vuole guidare le amministrazioni e gli operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione, sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto*»[6]. Dunque, coerentemente anche con la recente normativa emergenziale, si è voluta introdurre una disciplina più flessibile – grazie a regole più generali, quali criteri guida – che, contrariamente alla precedente, consenta di aumentare la discrezionalità delle amministrazioni, lasciando più spazio ai funzionari pubblici i

[4] La disciplina italiana dei contratti pubblici, come evidenziato in dottrina, è sorta, fin dal compiersi dell'unità nazionale, e si è sviluppata «*nella direzione della moltiplicazione – e frequente modificazione – di un reticolo minuzioso di regole (…) Si è spesso trattato di disposizioni dirette ad una minuziosa, se non maniacale, disciplina del dettaglio, diretto, primariamente, ad assicurare l'imparzialità dell'amministrazione ed il controllo della spesa*». Il risultato che ne è derivato è stato che la rigida disciplina dettata al fine di conseguire la massima imparzialità ha, invece, condotto alla «*protrazione di termini, alla rigidità di progetti e regole contrattuali, (…), con fatale effetto sui prezzi finali*», destinati inevitabilmente ad aumentare. cfr. L. R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio,* su *Urbanistica e appalti,* 1/2023, 7.

[5] Molte previsioni del nuovo Codice hanno suscitato polemiche giornalistiche ed interpretazioni, alimentate anche da dichiarazioni critiche che hanno trovato ampia risonanza mediatica. Innanzitutto è stata discussa la sua autoesecutività attraverso il meccanismo di delegificazione, su cui si tornerà più avanti; ma si è obiettato anche che lo schema è incompleto e pieno di vistose contraddizioni, e questo dato sarebbe la conseguenza inevitabile dell'attività di un giudice amministrativo che «*aspira a divenire legislatore*» e che finisce con l'indicare esso stesso le norme e le violazioni che ritiene siano, rispettivamente, da seguire e sanzionare determinando, in tal modo, la violazione del principio di divisione dei poteri. Tali critiche sono evidenziate ma non condivise da S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici,* in *lamministrativista.it,* gennaio 2023, che le considera «*infondate e ingiuste*», rilevando che vi è una profonda differenza fra il giudice amministrativo che decide una controversia e il giudice amministrativo che elabora uno schema normativo, quale quello del Codice in esame. Quest'ultimo, come rappresentato da altra dottrina, presenta, in realtà, profili fortemente innovativi, sia sul piano dell'impostazione che su quello dei contenuti e tocca questioni rilevanti non solo in termini economici, ma anche per lo sviluppo e la crescita del Paese; cfr. M. A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice,* in *www.federalismi.it*, n. 8/2023.

[6] Cfr. Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19, XIX Legislatura, "Schema di decreto legislativo recante Codice dei contratti pubblici (Parere ai sensi dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78) trasmesso il 5.1.23 e reperibile su www.senato.it.

quali, in tal modo, possono individuare la regola specifica più opportuna per il caso concreto e vedere, al contempo, valorizzato il proprio operato.

In risposta a tale esigenza il nuovo Codice denota profili di innovatività e di discontinuità rispetto al precedente che appaiono evidenti sin da subito, in quanto, nella Parte I del Libro I, sono codificati dodici articoli dedicati specificamente ai principi[7], ma non a quelli più generali e che sono già desumibili dalla Costituzione e dalla Legge n. 241/1990, quanto, piuttosto, ad alcuni principi "precettivi", dotati di immediata valenza operativa, grazie ai quali soppiantare la struttura normativa rigida, dettagliata (e a volte contraddittoria) attraverso cui essi hanno finora trovato spazio nel tessuto normativo[8] e che, in tale rinnovato contesto, sembrano, invece, delineare la materia dei contratti come un autonomo settore – con una propria specificità e dei propri valori – e non solo quale branca del diritto amministrativo[9].

---

[7] Sul tema, si rinvia, tra gli altri, a G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, giugno 2023; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *diritto e processo amministrativo,* 8 giugno 2023; A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ*., 2023; A. Cioffi, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *www.apertacontrada.it*, 16 gennaio 2023; C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023.

[8] Come espresso, dal Consiglio di Stato, a pag. 11 della Relazione allo Schema di decreto la codificazione dei principi mira a realizzare, in particolare, fra gli altri, i seguenti obiettivi: a) ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2); b) accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (cfr. art. 2, comma 2).

[9] Più nel dettaglio, la codificazione dei principi si articola in due titoli distinti: il Titolo I, dedicato ai principi generali veri e propri (risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro); e il Titolo II che, invece, codifica principi comuni a tutti i Libri del Codice relativamente al campo di applicazione, al responsabile unico dell'intervento e alle fasi della procedura di affidamento. Si veda F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *diritto e processo amministrativo,* cit. in cui l'A. evidenzia che nell'ambito della contrattualistica pubblica i principi, rimanendo immutati pur al verificarsi di un eccesso di normazione, hanno svolto molteplici ruoli, tra cui la funzione stabilizzatrice che, grazie alla loro «*forza*

Le riflessioni del presente scritto verteranno principalmente su uno di tali principi, quello della fiducia – introdotto dall'art. 2, mai codificato esplicitamente finora e, a sua volta, strettamente connesso con quello del risultato – soffermandosi, in particolare, sulla nuova prospettiva che il Legislatore sembra voler concretizzare attraverso la creazione di un legame tra questo ed un principio che, invece, era già codificato all'interno del nostro ordinamento, quale quello della buona fede.

Preliminarmente si deve evidenziare che il principio della fiducia introdotto dal nuovo Codice non è stato considerato unanimemente "nuovo" in dottrina[10]. Del resto, la fiducia rappresenta uno stato emotivo, che preesiste e prescinde dalla norma, appartiene alla sfera intima dell'individuo e può connotare, in misura maggiore o minore, innanzitutto i suoi rapporti interpersonali e poi anche quelli con le istituzioni.

Tanto premesso, seppure sia condivisibile che la fiducia non possa essere imposta dall'esterno[11], a chi scrive appare, tuttavia, innovativa

---

espansiva» ha, innanzitutto, contribuito a far sì che «*l'ordinamento sovranazionale, pur in mancanza di disposizioni specificamente rivolte al diritto dei contratti pubblici nei Trattati, avesse una forte incidenza sulla materia, "europeizzandola" intensamente*».

[10] F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici,* cit. e A. M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, cit., 155, evidenziano che esso era già declinato nell'art. 1, comma 2-*bis*, della legge n. 241 del 1990, che menziona la buona fede quale principio cui devono essere improntati i rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione; M. L. L. Morra e R. Murino, *Appalti: nuove regole del gioco con la carta imprevisti non si passa dal via,* in *www.federalismi.it,* cit., nell'evidenziare che l'art. 2 è una norma che, più di ogni altra, segna una svolta rispetto alla disciplina previgente, la ritengono «*la disposizione più "politica" del nuovo articolato, con la quale si è voluto codificare un principio di civiltà giuridica ed imprimere – nero su bianco – un cambiamento culturale al Paese*». Con essa si è, in buona sostanza, positivizzato un dogma morale, prima ancora che giuridico, non tanto per innovare l'ordinamento, ma, piuttosto, per porre un freno a quegli atteggiamenti di diffidenza e di sospetto nei confronti degli amministratori pubblici, «*sovente tacciati di curare interessi personali piuttosto che quelli della collettività*; R. Spagnuolo vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti Pubblici,* in *www.federalismi.it,* 17/2023, 274, ritiene che «*la disposizione in commento non si distingue quanto a portata innovativa*» in quanto la fiducia è precondizione di ogni forma di collaborazione e ad essa devono ritenersi ispirate anche altre disposizioni già esistenti. Al contrario, A. Cioffi, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, cit., § 1, ritiene che il principio della fiducia sia «*nuovo*».

[11] Cfr. C. Volpe, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato,* in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2023, in cui l'A. critica l'introduzione del principio in quanto sostiene che la fiducia non possa essere imposta ma vada, invece, «*conquistata sul campo*». Nello stesso

la scelta di averla codificata puntualmente quale principio giuridico cui improntare l'azione dei pubblici funzionari – che, specie nel delicato e complesso settore dei contratti pubblici, si dimostra, spesso, rallentata e poco efficiente – a vantaggio anche di un miglioramento del rapporto tra pubblico e privato, funzionale alla rinascita economica del Paese. Spetta, infatti, ai pubblici funzionari agire per conto dell'amministrazione a cui appartengono e porre in essere l'azione amministrativa che consenta la soddisfazione dell'interesse pubblico prioritario alla realizzazione di un'opera, all'esecuzione di un servizio o al conseguimento di una fornitura ed è, dunque, innanzitutto a costoro che la fiducia deve appartenere affinché, conseguenzialmente, possa esserne connotato anche il rapporto con i consociati. In pratica, la fiducia dovrebbe essere reciproca «*tra le azioni dei governanti e quelle dei governati*» e potersi sostanziare nel principio di affidamento che l'ordinamento garantisce[12]. Infatti, se la si riuscisse a recuperare in maniera reciproca[13] ne conseguirebbe che lo stesso ordinamento verrebbe ad essere riconosciuto come giusto ed efficiente, e quanto maggiore si dimostri tale riconoscimento, tanto più si potrebbe continuare ad alimentare la fiducia, in maniera quasi circolare, a vantaggio anche di un recupero di discrezionalità in capo al funzionario agente[14].

Codificata, come è stata, in un principio e non in una regola, la fiducia può rappresentare, dunque, un criterio ispiratore dell'azione ammi-

senso anche G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., § 2.

[12] T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto,* Editori Laterza, 2021. L'A. sostiene che dove la fiducia manca entra in gioco la sanzione, la coercizione o, peggio ancora, l'ingabbiamento dell'attività in regole asfittiche e sovrabbondanti; essa deve consistere però nella comune e spontanea accettazione delle regole. Pertanto, «*quanto più le norme corrispondono a standard di ragionevolezza, tanto più ci si può aspettare che i cittadini le seguano e le attuino nei loro rapporti reciproci*». Al contrario, di fronte all'imprevedibilità dei comportamenti normativi si indebolisce la stessa consistenza e credibilità della legge, pp. 82-83.

[13] La reciprocità della fiducia comporta che ad una amministrazione trasparente e corretta debba corrispondere un cittadino/operatore economico altrettanto trasparente e corretto. Si veda, al riguardo, F. Saitta, *op. cit*.

[14] In merito al citato lavoro di T. Greco, si veda F. J. Ansuátegui Roig, *Sulla complessa relazione tra diritto e fiducia,* in *Etica & Politica*, XXV, 2023, 1, pp. 84-97, che evidenzia la rilevanza che T. Greco attribuisce alla fiducia nell'organizzazione politica (e giuridica) ottimale, in cui si stabilisce un collegamento diretto con la questione della legittimità e della sua capacità di generare fiducia nelle istituzioni, in quanto «*la legittimità implica la fiducia e, allo stesso tempo, la genera*».

nistrativa e non un'imposizione cui bisogna necessariamente aderire[15], e siccome la sua assenza può compromettere la stessa effettività delle regole, è importante che sia recuperata e rivalutata perché possa, da un lato, caratterizzare la vita sociale e, dall'altro, al contempo, essere componente essenziale della vita giuridica.

Attraverso la codificazione di tale principio il Legislatore sembra, insomma, voler ripristinare un valore che dovrebbe già di per sé connotare il concetto stesso di amministrare[16] ed essere ravvisabile non solo nelle relazioni interpersonali, ma anche con riferimento alle istituzioni, superando quel senso di sfiducia che ha finora prevalentemente caratterizzato l'attività dei pubblici funzionari, specie nella materia dei contratti pubblici. Sotto tale aspetto, vale a dire quello della contrapposizione alla sfiducia, la fiducia, come si vedrà di seguito, può, dunque, rappresentare un segno di svolta rispetto al passato nello stretto legame che il legislatore ha voluto evidenziare con la buona fede.

Se, però, il fine per cui la fiducia è stata codificata è quello di creare le condizioni perché l'azione amministrativa sia esercitata più "fluidamente", ci si chiede se non possa costituire un primo ostacolo ad esso innanzitutto il meccanismo innovativo attraverso cui il nuovo Codice è entrato in vigore, ovvero quello della sua autoesecutività[17]. Infatti, il Legislatore ha previsto l'emanazione di regolamenti ministeriali da adottarsi attraverso

[15] T. Greco, *op.cit.*, 104. Richiamando G. Zagrebelsky (in *Diritto allo specchio,* Einaudi, 2018, p. 233) l'A. afferma che «*alle regole si ubbidisce*» mentre «*ai principi si aderisce*». Si veda, al riguardo, anche A. Taurelli, *Recensione a T. Greco, La legge della fiducia. Alle radici del diritto,* Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-192, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022, che si sofferma sulla distinzione fatta da T. Greco circa il funzionamento di regole – che immettono un grado minimo di fiducia nel sistema giuridico – e principi, che comportano un maggiore grado di discrezionalità e, quindi, di fiducia.

[16] Idem. Come evidenziato da C. Del Bò, *Diritto e fiducia. Discutendo la proposta di Tommaso Greco,* in *Etica & Politica*, XXV, 2023, 1, pp. 98-104, T. Greco conferisce alla fiducia un ruolo essenziale, ponendola alla base dell'esperienza giuridica.

[17] Il nuovo Codice è entrato in vigore già (quasi) completo e corredato della disciplina applicativa, normalmente lasciata alla normazione di livello secondario. Esso, come precisato a pag. 9 della Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, contiene 35 allegati (molti consistono in poche pagine). Si precisa che essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del Codice del 2006).

un originale meccanismo di "delegificazione"[18] che si sostituisce al rinvio ad ulteriori provvedimenti attuativi che era stato, invece, previsto per il Codice del 2016, sì da potere avere una immediata conoscenza dell'intera disciplina da attuare, conservando, di quella precedente, le norme che hanno avuto un impatto ed una applicazione positivi in sede di attuazione[19].

In altri termini, attraverso quello che è stato definito un «*meccanismo di delegificazione speciale*», costruito sulla base di «*quella straordinaria* best practice *mondiale costituita dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988*»[20], si è inteso risolvere una delle maggiori criticità del D. Lgs. 50/2016, e cioè la lunghezza di molti articoli – spesso, tra l'altro, difficilmente comprensibili – senza rinviare ad una normativa secondaria o a linee guida da approvare successivamente, conseguendo il duplice risultato di superare il precedente sistema delle linee guida ANAC quale fonte normativa e di ridurre le norme vincolanti delle stesse, adeguate e trasfuse nel testo normativo del Codice o negli allegati[21]. In tal modo si è voluto ottenere non solo l'effetto

[18] Gli allegati sono richiamati dagli articoli del Codice, per cui vanno considerati quando, nella disposizione di interesse, si rinvia ad essi, con la sola eccezione dell'allegato 1 al libro I che, recando le definizioni "dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti", è da consultarsi prima di accingersi ad applicare il Codice, quale sua chiave di lettura. Essi sono stati denominati con un numero romano, che indica il libro del Codice, e con un numero arabo progressivo, per quelli riguardanti lo stesso libro. Cfr. E. Follieri, *La completezza del documento normativo del codice dei contratti pubblici,* in *www.ntplusdiritto.ilsole24ore.com.*

[19] Segnatamente, come esplicitato nel Dossier sul Codice dei contratti pubblici A.G. 19, del 16 gennaio 2023, 11, attraverso l'adozione della "tecnica degli allegati", ciascuna disposizione che richieda di essere integrata da norme di dettaglio rinvia ad uno o più specifici allegati al Codice (aventi, dunque, un iniziale valore di legge); in sede di prima applicazione, l'allegato in questione è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento ministeriale. È, inoltre precisato che, essendo autorizzata l'abrogazione e la sostituzione integrale degli allegati a decorrere dall'entrata in vigore dei corrispondenti regolamenti ministeriali, è da escludersi che tali regolamenti si limitino ad intervenire esclusivamente su singole parti dei contenuti degli allegati comportandone una delegificazione solo parziale (la quale darebbe vita ad atti in cui convivrebbero norme di valore legislativo e norme di rango regolamentare).

[20] L. Carbone, *La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro,* in *giustizia-amministrativa.it*, gennaio 2023, p. 8. L'A. evidenzia che tale scelta è stata fatta *con temerarietà,* per ovviare all'assenza di una norma che autorizzasse espressamente l'esercizio del potere regolamentare.

[21] Le indicazioni delle linee guida non vincolanti – spesso scambiate per ulteriori atti

di una consultazione più completa e semplificata delle norme, ma anche l'eliminazione della diversità delle fonti normative di integrazione e di attuazione: infatti, gli allegati al Codice che hanno sostituito regolamenti e linee guida precedenti hanno la forza propria del decreto legislativo[22].

Nonostante debba considerarsi positiva l'eliminazione delle tante fonti secondarie attraverso cui si era data attuazione al D.Lgs. n. 50/2016, tuttavia, tale meccanismo è stato oggetto di critiche in quanto è apparso piuttosto complesso ed anche problematico innanzitutto perché sono state inserite negli allegati al Codice disposizioni previste in atti di rango diverso (regolamenti, decreti ministeriali, linee guida), per cui ciò che è attualmente disciplinato dalla legge potrebbe risultare disciplinato da un regolamento ministeriale[23] a seguito della abrogazione che ne deriverebbe a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento stesso[24]. A ciò deve aggiungersi che la fonte regolamentare, seppure più agile di quella legislativa, è, però, anche più facilmente modificabile[25] e tale circostanza, ad avviso di chi scrive, potrebbe determinare l'effetto che, a seguito di

---

normativi – sono state collocate nella relazione illustrativa, non concepita come la solita "versione in prosa" dell'articolato, ma come un vero *Gesetzmaterial,* un "materiale della legge", un manuale per l'applicazione pratica, una *guideline*; IDEM, p. 23. Ciascuno di tali allegati, escluso il primo che contiene le definizioni con valore legislativo, potrà essere delegificato e sostituito da un regolamento governativo che, dopo che sarà stato adottato, sostituirà l'allegato legislativo e acquisirà valore regolamentare, divenendo allegato al Codice. Cfr. anche M. L. L. MORRA e R. MURINO, *Appalti: nuove regole del gioco con la carta imprevisti non si passa dal via,* in *www.federalismi.it,* n. 12/2023, p. 82.

[22] E. FOLLIERI, *La completezza del documento normativo del codice dei contratti pubblici,* cit. L'A. valuta positivamente l'eliminazione delle tante fonti secondarie attraverso cui si era data attuazione al D.Lgs. n. 50/2016 le quali, con il nuovo Codice, sono state ridotte, per lo più, al regolamento di cui all'art. 17, comma 3, della Legge 400/1988.

[23] Tale regolamento rimane allegato al Codice ma con forza e regime diversi.

[24] In dottrina si è, a tal proposito, obiettato che dal meccanismo in questione potrebbe derivare «*la disintegrazione asincrona della natura giuridica del codice, che da legge diviene un misto di legge e regolamenti ministeriali, che saranno necessariamente adottati in tempi differenti e man mano, con diverse decorrenze, si inseriranno nello stesso ma con una natura diversa. Si va verso un* corpus *normativo misto, composto da legge + regolamenti* de futuro». Cfr. C. VOLPE, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato,* cit.

[25] La scelta di avvalersi della fonte regolamentare ha, tuttavia, il «*pregio di valere comunque solo per il futuro e superare la confusione derivante dall'incertezza dell'inquadramento e della natura delle linee guida ANAC*», cfr. M. A. SANDULLI, *Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *www.lamministrativista.it,* febbraio 2023.

eventuali e, magari, frequenti modifiche, la disciplina possa trasformarsi in una regola che crea incertezza al momento dell'applicazione da parte del funzionario pubblico, a discapito della fiducia nel sistema con cui, invece, lo si invita ad agire.

Inoltre va evidenziato che il Codice non è del tutto *self-executing* come precisato nella Relazione, in quanto è comunque prevista l'emanazione di successivi provvedimenti per la definizione di alcuni aspetti di dettaglio (a testimonianza di una certa minuziosità anche nel nuovo Codice). Ad esempio, infatti, l'AgID deve definire le regole tecniche per la digitalizzazione ed i requisiti tecnici delle piattaforme di approvvigionamento digitale; l'ANAC deve attivarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto per definire alcuni aspetti specifici in materia di pubblicità e trasparenza, individuando, con apposito provvedimento, le tipologie di dati concernenti la partecipazione alle procedure di affidamento da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico[26]; saranno, inoltre, affidate ad un regolamento del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero[27].

L'emanazione di tali nuove regole potrebbe rappresentare un'altra difficoltà per i funzionari che, per applicarle efficacemente, necessiterebbero di una formazione specifica che non appare consentita dai tempi stretti (tre mesi) che devono intercorrere tra l'entrata in vigore e l'efficacia del Codice[28]. Ci sarebbe, allora, da chiedersi se non ci sia il rischio che anche tale ultima circostanza si ripercuota sulla fiducia e, di conseguenza, sull'efficienza dell'azione amministrativa.

---

[26] Il Fascicolo virtuale dell'Operatore Economico (FVOE) nel nuovo Codice (D. Lgs. 36/2023) è disciplinato dall'art. 24; si tratta di un servizio che fa capo alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC e che, in base a quanto previsto dalla norma transitoria dell'art. 225, comma 2 dello stesso D. Lgs. 36/2023, sarà interoperabile con le banche dati delle amministrazioni certificanti a decorrere dal primo gennaio 2024.

[27] Tale regolamento sarà adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentita l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

[28] C. Volpe, *op. ult.* cit., parla di un possibile «*shock regolatorio*» che potrebbe verificarsi nei primi mesi di applicazione; inoltre, l'A. evidenzia l'ulteriore criticità relativa alla disciplina transitoria: infatti, sono state previste due date differenti, una per l'entrata in vigore del Codice (al 1° aprile 2023) ed un'altra per l'inizio della sua efficacia (dal 1° luglio 2023) che, per alcune (quali, ad es. quelle sulla digitalizzazione) sarà solo dal 1° gennaio 2024. Ciò significa che, in via transitoria, fino al 31 dicembre 2023, continueranno ad applicarsi alcune norme del D.Lgs. n. 50/2016, con tutte le prevedibili conseguenze in termini di applicazione della disciplina.

Appare evidente che solo la piena entrata a regime del Codice potrà smentire tali perplessità e consentire di verificare se attraverso il meccanismo in questione saranno effettivamente perseguibili gli obiettivi previsti di semplificazione e razionalizzazione della materia senza che sia, da un lato, inficiato l'auspicato recupero della fiducia da parte del funzionario e, dall'altro, intaccato l'obbligo di risultato cui l'amministrazione è tenuta ai sensi dell'art. 1[29].

Tale ultima norma, infatti, rappresenta un'altra delle novità del Codice, perché in essa il Legislatore codifica il principio del risultato connettendolo all'affidamento del contratto relativo alla realizzazione dell'opera pubblica, ovvero all'espletamento del servizio e al conseguimento della fornitura e della sua esecuzione da parte delle stazioni appaltanti, le quali devono conseguirlo con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo[30].

Come è noto, quello del risultato è un tema che ha molto interessato la dottrina in particolare tra la seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso e i primi anni del nuovo millennio[31], quando, rilevandosi la scarsa

---

[29] In dottrina si è sostenuto che il principio di risultato «*proietta*» su quello della concorrenza «*la sua ombra*» piegandolo *«all'esigenza di conseguire un esito rappresentato da un risultato ottimale»*; quest'ultima è finalizzata a conseguire tale risultato attraverso il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, da un lato, e la tempestività dall'altro. Cfr. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici,* cit. Ma sul principio di risultato nel nuovo Codice dei contratti si veda anche F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici,* su *www.giustizia-amministrativa.it,* maggio 2023, che definisce l'introduzione di tale principio «*una delle più significative novità*» del nuovo Codice dei contratti pubblici, testimoniata anche dalla sua centrale collocazione all'articolo 1.

[30] Si ritiene che la nozione di risultato amministrativo abbia natura relazionale; essa «*muta con il modificarsi del termine di riferimento e dell'*iter *dal quale esso scaturisce, di cui lo stesso costituisce, appunto risultato*». Cfr. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici,* cit.; ma si veda anche M. R. Spasiano, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, 4845 ss.

[31] *Ex multis,* L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; Id., *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni,* in *Dir. amm.*, I, 1999, 57 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato,* Torino, 2003. Ma si rinvengono anche altri contributi, pubblicati in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino – A. Police , Torino, 2004, , tra cui si citano, *ex multis,* M. Immordino, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, 15 ss.; F. Merusi, *La certezza del risultato nell'ammi-*

efficienza dell'azione amministrativa, si è ritenuto di attribuire al risultato, forte dell'ormai piena consapevolezza del carattere precettivo del principio costituzionale di buon andamento, una nuova importanza grazie alla quale esso potesse e dovesse divenire, al contempo, parametro idoneo a misurare la responsabilità dei funzionari e strumento per la valutazione della legittimità dell'atto amministrativo, armonizzando, in tal modo, il principio di legalità con quello di buon andamento[32].

Nell'ambito del nuovo Codice il Legislatore ha tenuto conto di tale impostazione individuando il risultato quale «*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*» e per «*l'individuazione, da parte delle stesse stazioni appaltanti, della regola del caso concreto*»; ma, soprattutto, considerandolo necessario per «*valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti*» ed anche per «*attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva*»[33]. L'esigenza di raggiungere il risultato, insomma, può fungere da ulteriore stimolo per la Pubblica Amministrazione ad un esercizio più proficuo della propria azione nella realizzazione di un'opera o nel conseguimento di un bene o servizio in quanto consente di elevare «*ad un ruolo di primazia il principio del perseguimento e della attuazione dell'inte-*

---

nistrazione del mercato, 36 ss.; S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, 39 ss.; G. Corso, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa,* 96 ss.; A. Police, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, 101 ss.; F. De Leonardis, *Responsabilità dell'amministrazione e risultati*, 166 ss.; M.A. Sandulli, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, 230 ss.; A. Contieri, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato,* 279 ss.; L. Giani, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*, 307 ss.; N. Paolantonio, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*, 378 ss.

[32] Come sostenuto da M. R. Spasiano, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico. Report annuale – 2011- Italia,* in www.ius-publicum.com, Aprile 2011, 33, il risultato è una nozione di buona amministrazione «*che è qualcosa di ben diverso dal perseguimento "a tutti i costi" di un risultato celere ed economicamente vantaggioso, che ha invece piuttosto a che fare con il grado di soddisfazione del cittadino-utente (o come si suole ormai affermare con una terminologia diversa ma equivalente con la "qualità della prestazione"), stante la prioritaria e insopprimibile esigenza dell'amministrazione di tutela di diritti, di situazioni giuridiche soggettive – a cominciare dalle più deboli – di concreti beni della vita, di imparzialità e di trasparenza*».

[33] La codificazione di tale principio consente di enucleare, come evidenziato in dottrina, un «*sistema di regole*» grazie alle quali si conferma che il principio del risultato, nelle intenzioni del Legislatore, costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale. Cfr. L. R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio,* su *Urbanistica e appalti,* 1/2023.

resse pubblico all'esecuzione del contratto»[34]. In ragione di ciò, il principio *de quo* appare destinato ad operare sia come criterio di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia come criterio interpretativo delle singole disposizioni, insieme con quello della "fiducia nell'azione amministrativa", sancito all'art. 2 e introdotto dal Legislatore al fine di favorire l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, conferendo ad esse un nuovo valore.

Affinché possa effettivamente rispondere a tale fine e rappresentare un segno di svolta rispetto al passato, come detto, è, però, necessario che la fiducia sia recuperata in maniera reciproca. Solo in tal modo, infatti, essa può essere contrapposta in maniera decisa alla logica fondata sulla "sfiducia" (se non addirittura sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari che si è sviluppata negli ultimi anni anche a causa di una normazione di estremo dettaglio che, soventemente, ha finito con il mortificare l'esercizio della discrezionalità, ostacolando, spesso, la stessa efficienza dell'attività amministrativa.

La sfiducia cui si fa riferimento e da doversi superare è, difatti, "bilaterale", in quanto connota sia il rapporto tra cittadini e Pubblica Amministrazione, sia quello tra Pubblica Amministrazione e soggetti controllori (in particolare Magistratura e Corte dei conti). Nel primo rapporto i cittadini nutrono sfiducia nei confronti dell'operato dell'amministrazione perché troppo spesso si sono trovati di fronte alla cd. "burocrazia difensiva" adottata da parte dei funzionari e che, di fatto, ha impedito la soddisfazione dell'interesse pubblico cui la loro azione dovrebbe essere indirizzata; nel secondo rapporto, invece, la sfiducia è quella dei pubblici funzionari nei confronti dei controllori, perché, altrettanto spesso, sono state automaticamente avviate, da parte di questi ultimi nei loro confronti, procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali, a volte anche prive di effettivo fondamento, che hanno sostanzialmente paralizzato la loro azione generando la cd. "paura della firma"[35].

---

[34] S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici,* cit., 9.

[35] La "paura della firma" cui si fa riferimento altro non è che la conseguenza della elevata complessità del dato normativo, che ha reso, spesso, difficile non soltanto il coordinamento tra le norme e la possibilità di una loro lettura sistematica, ma anche la stessa individuazione dell'articolo o del comma pertinente alla soluzione del caso concreto, con la conseguenza di giungere a preferire *una scelta di tipo "etico*", grazie alla quale il funzionario, per proteggersi dalle varie forme di responsabilità, specie contabile e penale,

Sotto questo aspetto si dovrebbe, dunque, considerare necessaria, se non addirittura inevitabile, l'introduzione di un principio che agisca per "sbloccare" i funzionari pubblici, con una funzione quasi energizzante che li alleggerisca dal peso del timore delle conseguenze che possano derivare dal loro operato, pure se agiscono, in buona fede, nell'interesse della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, al contempo, non si può non osservare che la consapevolezza della necessità di tale principio denota, purtroppo, una patologia insita nell'agire amministrativo e che è venuta prepotentemente in evidenza quando si è dovuto dare attuazione alle azioni previste dal PNRR, in quanto di fronte ad esse i pubblici funzionari sono apparsi rallentati fino quasi alla paralisi, in particolare proprio nel settore dei contratti pubblici, perché costretti a districarsi tra troppe normative di dettaglio, ulteriori rispetto alla legge generale (si pensi alle tante linee guida dell'Anac e ai pareri del MIT) e spesso anche difficili da adattare ai singoli casi concreti.

La formula con cui esordisce l'art. 2, pertanto, dà risalto, molto efficacemente, a qualcosa che, evidentemente, non era affatto scontato, e cioè che «*l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici*[36]». Il Legislatore, insomma, ha voluto "spronare" ad agire tutti i soggetti coinvolti nel settore dei contratti pubblici sul presupposto che si debba avere fiducia nella legittimità della loro azione; in considerazione di tale presupposto l'iniziativa e la possibilità di assumere decisioni in autonomia – in particolare da parte del funzionario – devono essere funzionali «*al risultato*» da conseguirsi e da realizzarsi in concreto attraverso l'esercizio di una discrezionalità rinnovata proprio dal ripristino del «*clima di fiducia del sistema*»[37].

Così posta, a modesto avviso di chi scrive, la fiducia rappresenta "l'evoluzione" della buona fede[38], la quale, a sua volta, la completa, intro-

---

che avrebbero potuto incombere sulle sue scelte, si allontanava dall'obiettivo dell'affidamento e della efficace attuazione del contratto pubblico. Cfr. F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici,* cit. 4.

[36] Art. 2, comma 1.

[37] Cfr. F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici,* cit., 5.

[38] A. M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, cit., 157 ss. ritiene che tra il principio della fiducia e i principi di buona fede e tutela dell'affidamento si instauri un rapporto di *genus* a *species*, «*in cui il primo è origine e categoria più generale e ampia rispetto ai secondi*».

ducendo, di fatto, delle limitazioni alla tutela dell'affidamento, che deve essere necessariamente incolpevole[39].

Dal legame tra tali due principi può derivare e definirsi, dunque, un "nuovo patto collaborativo", una alleanza fondata sulla correttezza e sulla buona fede tra la Pubblica Amministrazione e l'operatore economico, il quale deve sentirsi anch'egli invogliato ad interagire con l'amministrazione, non rappresentando un semplice privato cittadino, bensì un soggetto dotato di professionalità spesso anche più elevate di quelle dell'amministrazione pubblica con cui si rapporta[40].

Tuttavia, se da un lato è auspicabile un rinnovato patto collaborativo, dall'altro non si possono nascondere timori rispetto ai possibili nuovi scenari che la disciplina in questione può aprire e che, per certi aspetti, possono palesarsi, forse, più preoccupanti della paralisi dalla quale si vuole uscire, perché determinati proprio dalla rinnovata discrezionalità conferita ai funzionari nell'esercizio dei loro poteri e che, se non adeguatamente bilanciata, potrebbe sconfinare in azioni che vanno oltre i limiti previsti dalla Costituzione.

Tale bilanciamento può e deve derivare, ad avviso di chi scrive, proprio dal principio della buona fede – che pure è contenuto tra i dodici inseriti nel nuovo Codice – oltre che da quelli dell'imparzialità e della responsabilità.

2. *Il principio di buona fede nella Legge sul procedimento amministrativo e nel Codice dei contratti*

Il Legislatore ha ritenuto di introdurre espressamente nel nuovo Codice anche il principio della buona fede, per cui esso è disciplinato, insieme con la tutela dell'affidamento, all'art. 5; ma, com'è noto, la sua presenza, nel nostro ordinamento, era già consolidata.

---

[39] Come evidenziato in dottrina, «*l'affidamento designa la situazione di chi ripone ragionevolmente fiducia in un certo stato di cose, atteggiando la sua condotta conseguenza*; *nella disciplina dei rapporti fra privati questa situazione assume rilevanza in contesti assai variegati, sicché le tecniche di tutela sono anch'esse differenziate*»; in particolare, l'affidamento sull'altrui comportamento si correla all'obbligo di buona fede, con la conseguenza della tutela risarcitoria in caso di lesione. Cfr. L. R. Perfetti, *La diafora della buona fede: Aggiornamenti dal diritto dell'economia,* in P.A. Persona e Amministrazione, n. 2/2022, 227-282.

[40] G. M. Racca, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici,* in *PA persona e amministrazione,* Vol. XI, Fascicolo 2, 2022, 201-226.

Infatti, esso è codificato nell'art. 1375 del codice civile ed è stato di recente inserito anche nella legge sul procedimento amministrativo, all'art. 1, a cui è stato aggiunto, dal Decreto Semplificazioni[41], il comma 2 *bis,* norma che prevede che "*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede*" e che è stata, evidentemente, codificata per la necessità, ancora più avvertita a seguito dell'esperienza pandemica, di un rinnovato rapporto di fiducia e di collaborazione reciproca tra amministrazione e privati, basato, a sua volta, su obblighi di cooperazione e buona fede[42].

Se si guarda al codice civile, la qualificazione del principio di buona fede (non sempre facile) appare innanzitutto quale regola di condotta nelle trattative precontrattuali, ma è ravvisabile anche nell'ignoranza di ledere il diritto altrui, così come nell'obbligo di interpretazione del contratto (secondo buona fede)[43].

Pur nella difficoltà di fornirne una nozione unitaria, all'interno del procedimento amministrativo essa può, invece, essere intesa come una clausola generale che impedisce la formazione di lacune nell'ordinamento,

---

[41] Art. 12, comma 1, lett. a), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

[42] Sul principio di buona fede dopo l'introduzione dell'art. 1, comma 2 *bis,* L. 241/1990, si rinvia, tra gli altri, a M. C. Cavallaro, *La buona fede e legittimità de provvedimento amministrativo,* in *PA persona e amministrazione,* Vol. XI, Fascicolo 2, 2022, 131-150; S. Cimini, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, a cura di G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde, Napoli, 2022; G. M. Racca, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici,* cit.; S. Torricelli, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel Rapporto procedimentale,* in *PA persona e amministrazione,* Vol. XI, Fascicolo 2, 2022, 29-58.

[43] La letteratura civilistica in materia di buona fede nei contratti è, ovviamente, vastissima; essa rappresenta il «*principio cui devono ispirarsi le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (1337 c.c.)*» e rileva come «*regola di condotta, e cioè come buona fede in senso oggettivo*», cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto,* vol. 3, Milano, Giuffrè, 1987, 166. Sul tema, in maniera assolutamente non esaustiva, si citano, *ex multis,* A. Verga, *Errore e responsabilità nei contratti,* Padova, Cedam, 1943; A. Ravazzoni, *La formazione del contratto,* I, Milano, Giuffrè, 1966; M. Bessone, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1972*,* 962*;* Id., *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, in *Giurisprudenza italiana,* 1978; G. Alpa, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede (Nota a Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, Badiani c. Gheri*), in *Giur. it*., 1977, I, 1, 698; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto, in* R. Sacco (diretto da)*, Trattato di Diritto Civile*, Torino, Utet, 2004*;* V. Bellomia, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa,* Milano, Giuffrè, 2012.

integrando e colmando quelle eventualmente formatesi e concorrendo, di tal guisa, a garantire l'efficienza e la flessibilità del sistema.

In realtà, si faceva ricorso alla natura integrativa della buona fede come clausola generale nei riguardi dell'agire amministrativo anche prima che venisse codificata nella legge sul procedimento, in particolare nella sua accezione di buona fede oggettiva[44], cioè di regola di condotta che si traduce in un dovere di "comportamento secondo correttezza" ai sensi dell'art. 1175 c.c. Infatti, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno sempre riconosciuto la prevalenza dell'impostazione che riconduce il principio del legittimo affidamento (situazione soggettiva di colui il quale confidi nell'altrui comportamento secondo buona fede[45]) al principio di buona fede oggettiva[46]: in particolare, la giurisprudenza ha ancorato tale

[44] La buona fede oggettiva si distingue dalla buona fede soggettiva per la condizione psicologica che caratterizza quest'ultima e non appartiene, invece, alla prima. Sulla distinzione tra buona fede oggettiva e soggettiva si vedano, *ex aliis,* M. G. Pulvirenti, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione,* in *Il diritto dell'economia,* 1/2023, 107 ss.; M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica Amministrazione,* in *P.A. Persona e Amministrazione,* – Vol. XI, Fascicolo 2, 2022*,* 60 ss.

[45] Il parametro della buona fede è divenuto applicabile anche al diritto amministrativo come canone da considerarsi parte integrante dello statuto giuridico dell'agire amministrativo. Fondamentali punti di riferimento sul tema, F. Merusi, *L'affidamento del cittadino,* Giuffrè, 1970; ma anche Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001. Ancora, si vedano F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche,* Napoli, 1995; M. Macchia, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva,* in *Giorn. Dir. Amm.,* 2004, 4, 403 ss.; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato,* Napoli, 2005; M. T. P. Caputi Jambrenghi, *Il principio del legittimo affidamento,* in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012 e, più di recente, M. Antonioli, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, Torino, 2022, in cui l'A. si occupa della interdisciplinarietà o multidisciplinarietà della responsabilità civile della P.A., tema che coniuga il diritto privato con il diritto amministrativo che non sempre riescono a comunicare tra loro, seguendo regole e principi che, spesso, si pongono in una posizione di alterità.

[46] In particolare, si evidenzia che F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, cit., 28, ritiene che il principio della tutela dell'affidamento non sia figura autonoma, ma solo una delle figure dell'applicazione del principio della buona fede oggettiva e che nulla vieti che il principio di buona fede venga applicato ad ipotesi che esulano dalla tutela dell'affidamento. Considera, inoltre, riduttiva ed impropria la ricerca del fondamento costituzionale della buona fede in quanto quest'ultima è «*un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti […] uno dei principi cardine del pensiero giuridico occidentale, creazione del diritto romano […]*», (8). Al contrario, F.

impostazione a «*ragioni eminentemente pratiche poiché in tal modo è più agevole collegare la tutela del relativo principio a precise disposizioni, tra cui, le più importanti, sono rappresentate dagli artt. 1337 e 1338 c.c.*»[47].

Nel corso dell'intero arco delle trattative negoziali, l'amministrazione deve, dunque, orientare il proprio comportamento ai precetti della buona fede oggettiva potendo, altrimenti, incorrere in responsabilità precontrattuale[48] dalla quale, però, non deriva necessariamente l'illegittimità del

---

Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche,* cit., 113, individua il suddetto fondamento della buona fede nella «*solidarietà politica, economica e sociale*» di cui all'art. 2 Cost. Secondo tale Autore, la buona fede è un principio generale dell'attività amministrativa che opera non solo in funzione di tutela dell'affidamento generato nel cittadino da un precedente provvedimento dell'amministrazione, ma anche come regola sulla formazione della decisione (64). In questa veste la buona fede consente al giudice di controllare le scelte compiute dall'amministrazione, in particolare sotto il profilo della completa acquisizione degli interessi coinvolti nella decisione, a fronte della (supposta) insufficienza del riferimento ai principi costituzionali e della legge quali parametri del sindacato sulla discrezionalità (169). Infine, L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., soffermandosi sull'applicabilità del principio di buona fede al diritto amministrativo e quindi nei rapporti con la p.a., avvicina la buona fede al comportamento (122) e la distingue dalla tutela dell'affidamento che riferisce, invece, all'aspettativa di ottenere un determinato risultato. Nella valutazione della sussistenza di un affidamento ritiene che si debbano considerare sia gli elementi oggettivi (come il comportamento della p.a.) sia quelli soggettivi (come il patrimonio conoscitivo del soggetto che lamenta una lesione del proprio affidamento), 187 s. e *passim.*

[47] Cfr. S. Villamena, *Legittimo affidamento e contratti pubblici. Osservazioni su* serietà *e* pigrizia *amministrativa,* in *Gazzetta amministrativa,* n. 1/2013, 75. L'A. evidenzia che, in merito al riconoscimento positivo del principio del legittimo affidamento all'interno della L. 241/1990, molte speranze furono riposte nel processo di riforma che, nel 2005, interessò la stessa legge in quanto si ipotizzò di introdurlo in via espressa fra i "principi generali" dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 1 della legge citata. Ma, nonostante le intenzioni, non si giunse, poi, ad una specifica previsione in tal senso, preferendosi, invece, modificare l'art. 1 tramite l'aggiunta di un generico richiamo ai *principi comunitari.*

[48] Sulla responsabilità precontrattuale si rinvia, *ex multis*, a F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963; G. M Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza,* Jovene, Napoli, 2000; Id, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, n. 2/2002, 199 ss.; F. Caringella, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2007; ma anche a M. Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione a) Profili sostanziali,* in *Enc. Dir.,* Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 800 ss.; F. trimarchi Banfi, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione,* in *Dir. Proc. Amm.,* 2015, I, 1 ss.

provvedimento[49], presupponendosi, invece, la legittimità di esso, giacché si attua sul piano delle regole di condotta e non su quello delle regole di validità[50].

In altri termini, la buona fede, in quanto regola di condotta dell'amministrazione, non opera quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa ma, semmai, come fonte di responsabilità della stessa amministrazione nei confronti del privato e si lega al principio della tutela dell'affidamento del cittadino/operatore economico nei riguardi della Pubblica Amministrazione[51].

Così correlati, tali due principi costituiscono un limite all'esercizio del potere amministrativo, in particolare nell'ambito dei contratti pubblici, relativamente al quale è necessario accertare che la parte pubblica, più che un corretto amministratore, sia un corretto contraente[52], che esercita il suo potere certamente secondo correttezza, ma, prima ancora, nel rispetto del principio del "giusto procedimento", che rappresenta la forma obbligata di tale esercizio, così come richiesto dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.[53].

---

[49] Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 79. In dottrina, però, è stato evidenziato come la giurisprudenza abbia, talvolta, affermato l'invocabilità della responsabilità precontrattuale anche a fronte di provvedimenti illegittimi; essa si configurerebbe nei casi in cui, oltre ad essere illegittimo, il comportamento della P.A. sia anche contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita, cfr. E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici,* Bologna, University Press, 2022, 214.

[50] Nei casi di responsabilità precontrattuale, infatti, i danni sono da comportamento illecito e non da provvedimento illegittimo, «*nel qual caso si disquisirebbe invece della responsabilità precontrattuale "spuria" o anche responsabilità da lesione di interessi legittimi solo ambientalmente connessa alle trattative precontrattuali*», cfr. E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici,* cit., nota 79, 214.

[51] Già a partire dagli anni Sessanta il principio della tutela dell'affidamento è stato ravvisato quale limite all'esercizio del potere che impone all'amministrazione l'obbligo di bilanciare l'interesse da perseguire attraverso l'adozione del provvedimento finale con l'affidamento del destinatario dell'atto. Sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità per violazione della buona fede si rinvia alla efficace ricostruzione di M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica Amministrazione,* cit., 80-81.

[52] La Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 12 luglio 1963, n. 1142 in *Foro it.,* 1963, I, 1699), infatti, ha sostenuto che il compito del giudice non fosse quello di valutare se la parte pubblica fosse stata un corretto amministratore, ma un corretto contraente. Cfr. anche R. Sacco, *Trattativa,* in *D. Disc. Priv., sez. civ., Agg.,* 2012, 1087 e ss.

[53] Infatti, «*le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti,*

Pertanto, grazie anche a consolidati orientamenti giurisprudenziali[54], oggi si può sostenere che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi e che può inerire anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere[55]. In considerazione di ciò[56], l'art. 5 del nuovo Codice prevede che, nelle procedure di gara, le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici devono comportarsi reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento e che, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede[57]. Pertanto, se nelle trattative precontrattuali ci si trova di fronte ad un recesso ingiustificato, l'effetto che ne consegue non è quello di un recesso

---

uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte», Cons. St. Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21.

[54] In particolare si veda Ad. Plen. del Cons. Stato n. 5 del 4 maggio 2018, in cui si afferma che «*il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all'amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva*» e che «*tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara*».

[55] «*Nello svolgimento dell'attività autoritativa, la p.a. è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto che incide sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali*». Cfr. Cons. St. sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2265. Nello stesso senso Cons. St., V, 10 agosto 2018, n. 4912; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 15 aprile 2019, n. 236.

[56] L'art. 5 recepisce, inoltre, i princìpi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 5 del 2018 e – soprattutto – nn. 19 e 20 del 2021. Cfr. G. Tulumello, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato,* in *www.giustizia amministrativa.it,* giugno 2023, § 4.

[57] Si è evidenziato che, sul piano sostanziale, quello contenuto nell'art. 5 non è un principio, ma una regola, o un insieme di regole, in quanto il principale profilo di interesse contenuto in tale norma consiste «*non già nell'avere semplicemente esteso la generale previsione della tutela della buona fede e del principio di affidamento – contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo dopo la riforma dell'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241 […] – dal diritto amministrativo generale alla materia della contrattualistica pubblica, ma nell'avere riempito di contenuti tale specifica disciplina*». Cfr. Idem, § 2.

invalido, inidoneo a liberare la parte dal vincolo contrattuale, bensì quello di esporre il suo autore alla responsabilità precontrattuale e, dunque, in applicazione del principio della buona fede in senso oggettivo quale regola di condotta, la tutela dell'affidamento del privato viene realizzata attraverso la corresponsione di un equivalente pecuniario.

Sulla scorta di quanto fin qui detto, così come nei rapporti di diritto comune la buona fede, intesa come regola di condotta, costituisce un limite all'autonomia privata, analogamente, nei rapporti con l'amministrazione, quest'ultima, nell'esercizio del suo potere, incontra il limite dell'affidamento del privato. Ciò significa che anche nel diritto amministrativo la violazione del principio di buona fede non implica necessariamente l'invalidità dell'atto adottato e, di conseguenza, l'inidoneità dello stesso alla produzione dell'effetto giuridico; e proprio in conseguenza degli effetti prodotti dall'atto lesivo del principio della buona fede (a tutela dell'affidamento del suo destinatario) scaturisce l'obbligo del ristoro economico del pregiudizio eventualmente sofferto[58].

Va, però, evidenziato che la responsabilità dell'amministrazione che nasce dalla lesione dell'affidamento del privato ha natura relazionale e deve essere qualificata come responsabilità "da contatto sociale" perché origina dal rapporto procedimentale tra il privato e la Pubblica Amministrazione[59]: in pratica, «*il contatto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta l'art. 1175 c.c. (correttezza), art. 1176 c.c. (diligenza) e art. 137 c.c.(buona fede)*»[60].

[58] Sez. Un. Cass. civ. 3 marzo 2011, n. 6594 (una delle tre ordinanze cd. gemelle, le altre due sono le nn. 6595/2011 e 6596/2011) ritiene che, laddove si accerti che il privato aveva confidato nella legittimità dell'originario provvedimento, l'amministrazione resta esposta ad una responsabilità risarcitoria per violazione del principio di affidamento. Nel caso in cui essa revochi il provvedimento ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, invece, si esclude la necessità del ricorso alla clausola generale della (violazione dell'obbligo di) buona fede, in funzione integrativa della fattispecie in quanto la stessa norma ammette la corresponsione di un indennizzo a ristoro del pregiudizio patito dal privato e, dunque, una forma di responsabilità dell'amministrazione da atto lecito. Sulle tre ordinanze cd. gemelle delle Sezioni Unite della Cassazione si vedano, in particolare, M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit., 89 ss.; M. Antonioli, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, cit., 76 e ss.

[59] Cass. sez. un. civ., 15 gennaio 2021, n. 615.

[60] Cass. civ. sez. un., 28/04/2020, n. 8236.

In altri termini, il principio di buona fede introduce uno specifico vincolo non tanto o, meglio, non solo, per l'amministrazione – che già deve rispettare le regole di condotta tipizzate nel procedimento ed il cui esercizio del potere è limitato dalla necessità di tutelare l'affidamento[61] – quanto, piuttosto, per il privato che deve comportarsi secondo buona fede nei rapporti con essa[62]. Al riguardo, infatti, il Consiglio di Stato[63] ha sostenuto che il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha «*una portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata*» e si rivolge non solo all'amministrazione ma anche ai soggetti che intervengono nel procedimento (e cioè i privati/operatori economici) traducendosi non in veri e propri obblighi di prestazione, ma in obblighi comportamentali o di protezione[64].

---

[61] A proposito delle regole di condotta, S. Dettori, *Doveri amministrativi di risultato e doveri amministrativi di comportamento (a proposito di un recente saggio di Massimo Monteduro)*, in *P.A. Persona e Amministrazione* – Vol. VIII, Fascicolo 1, 2021 449-469 ha evidenziato che la doverosità comportamentale è «*consustanziale al dovere d'ufficio del funzionario pubblico*» e, quindi, presupposto necessitato nell'ambito di qualsiasi manifestazione dell'agire amministrativo, assumendo una posizione prioritaria rispetto alla doverosità di risultato; essa costituisce garanzia del buon andamento amministrativo e, dunque, di una buona amministrazione. Sulla componente di doverosità che connota l'agire amministrativo, lo stesso Autore si è soffermato precedentemente anche in *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione,* in *dir. amm.* 4/2017, nel quale puntualizza che, accanto alla componente di doverosità del comportamento del funzionario, presupposto di ogni obbligo o dovere, si ritrova anche una componente etica. Ciò che viene in considerazione, dunque, è il *modus operandi* del funzionario che nell'esercizio del dovere spende la propria razionalità e che, al fine di adottare la migliore decisione possibile, dovrà tenere conto di tutte le variabili o invarianti che possono rilevare nella fattispecie; si vedano 892-893 e *passim*.

[62] Recentemente Corte Cost. 27 gennaio 2023, n. 8 ha confermato che la buona fede e l'affidamento sono principi fondamentali anche nel diritto pubblico, precisando il rilievo della tutela dell'affidamento e della buona fede nella condotta della Pubblica Amministrazione sulla scia di reiterate sentenze della Corte EDU. Sul punto, G. Vettori, *La buona fede nella 'nuova' legalità plurale,* in *P.A. Persona e Amministrazione* – Vol. XI, Fascicolo 2, 2022, 7 e s.

[63] Il giudice amministrativo è fermo sulla tesi della natura extracontrattuale. Sulla posizione di tale giudice nelle sentenze Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 6/2005, 5/2018 e 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021 (queste ultime in dichiarato contrasto con l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, sent. 28 aprile 2020, n. 8236) si vedano N. Paolantonio, *Buona fede e affidamento delle parti,* in *P.A. Persona e Amministrazione* – Vol. XI, Fascicolo 2, 2022; G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica,* in *www.giustizia-amministrativa*.it, n. 5/2022 e M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit., 100.

[64] Ad. Plen. 29 novembre 2021, n. 21, cit.

I privati/operatori economici, partecipando ad affidamenti e a gare pubbliche assumono, pertanto, un peculiare obbligo di "collaborazione e buona fede" e la loro mancata collaborazione (magari nel non seguire le indicazioni delle procedure attuate su piattaforme digitali, o nel presentare offerte anomale, occultando costi obbligatori) sarà considerata scorretta, con conseguente condanna al risarcimento del danno precontrattuale[65].

Ad avviso di chi scrive, tale collaborazione da parte del privato è ravvisabile (anche) nel comma 3 dell'art. 5, il quale disciplina le "condizioni" di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato: infatti, il Legislatore esclude che sussista un affidamento incolpevole da parte di costui laddove avrebbe potuto rilevare il profilo di illegittimità del provvedimento in base alla diligenza professionale che gli è richiesta in qualità di concorrente[66]. Questo significa che la collaborazione, in tali casi, si manifesta nell'attuare un comportamento corretto perché diligente e se, ciononostante, si verifica ugualmente un danno (che deve essere effettivo e provato) il risarcimento sarà correlato alle conseguenze negative che la scorrettezza della Pubblica Amministrazione abbia avuto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico; il *quantum* dipenderà dall'interesse negativo, ossia dai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. *chance* contrattuale alternativa.

L'ultimo comma dell'art. 5, infine, conferisce un fondamento normativo all'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita[67], nei casi in cui l'amministrazione stessa sia stata condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso dalla procedura di gara: in tali casi resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che abbia conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito. La norma trova giustifi-

[65] La giurisdizione resta, anche in tali casi, incardinata nel giudice amministrativo poiché segue la connessione con l'esercizio del potere, oltre alla giurisdizione esclusiva e per il principio della concentrazione delle tutele (*ex* art. 1, comma 1, D. Lgs. 104/2010). Cfr. G. M. Racca, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici,* cit.

[66] La seconda parte del terzo comma dell'art. 5 è una norma sulla quantificazione del danno. Sul punto si rinvia a G. Tulumello, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato,* cit. § 4.

[67] Il comma 4 dell'art. 5, così come la prima parte del comma 3, vuole delimitare l'efficacia causale delle condotte che hanno concorso a produrre il danno. Id., cit., *§ 5.*

cazione anche in criteri di giustizia sostanziale, specie se si considera che, in materia di appalti, la responsabilità della Pubblica Amministrazione è oggettiva e, talvolta, prescinde anche dall'originaria adozione di un provvedimento illegittimo: da qui la necessità di esplicitare un rimedio – quale, appunto, l'azione di rivalsa – che consenta di ritrasferire, almeno in parte, il danno risarcito dall'amministrazione sull'impresa che ha illegittimamente ottenuto l'aggiudicazione e che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto.

Il principio della buona fede così delineato e, dunque, incombente sia sulla Pubblica Amministrazione che sul privato/operatore economico è richiamato, ovviamente, in varie norme del Codice ed applicato attraverso diversi istituti giuridici.

Si pensi, ad esempio, al "soccorso istruttorio"[68], disciplinato dall'art. 101 del nuovo Codice[69]; tale norma riprende la disciplina previgente, semplificandone e chiarendone i profili che hanno dato luogo a difficoltà applicative, tendendo ad evitare, nei limiti del possibile e nel rispetto del principio della *par condicio*, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo da cui possa derivare pregiudizio sia alla qualità dell'offerta che al pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara. Chiave interpretativa della norma è, pertanto, la leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla "fiducia" nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo il principio di buona fede e nel rispetto di quello della *par condicio*[70].

---

[68] Le regole procedimentali del soccorso istruttorio previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990 possono essere considerate espressioni o implicazioni della buona fede. Cfr. F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche,* cit., 147 ss.

[69] Nel vecchio Codice l'istituto era disciplinato dall'art. 83. Su tale istituto si rinvia, tra gli altri, a E. Frediani, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016; Id., *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra* fairness *contrattuale e logica del risultato economico,* in *Dir. amm.,* 2018, 660 ss.*;* F. AperioBella, S. Caldarelli, E.M. Santoro, S. Tranquilli, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 1468 e ss.; F. Saitta*, Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, in *Dir. amm.,* 2019, I, p. 29 e ss.; e, più di recente, S. Vaccari, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principî e interessi protetti,* in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 1° marzo 2023, pag. 183 ss.

[70] Si evidenzia che Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2022, n. 5825; Id., 19 maggio

La stazione appaltante ha l'obbligo di attivare il soccorso istruttorio per integrare la documentazione trasmessa, ma pure per sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità[71]: se l'operatore economico non adempie alle sue richieste viene escluso dalla gara, ma tale sanzione non dipende dal fatto che questi sia stato inadempiente, quanto, piuttosto, dal fatto che non è stata superata l'inidoneità dell'offerta presentata[72]. La richiesta di integrazione, infatti, non costituisce una facoltà che il responsabile del procedimento esercita discrezionalmente, in quanto non è prevista una scelta sul se intervenire o meno in forma collaborativa; si tratta, invece, di "prendere in carico" l'interesse dell'operatore economico in attuazione del principio di buona fede. Quest'ultimo, dal canto suo, non è sollevato dai suoi oneri istruttori e, di fronte alla segnalazione di carenze che possano portare al rigetto dell'istanza, deve attivarsi per documentare fatti che aveva omesso di documentare o che aveva mal documentato.

Sembra ragionevole, allora, concludere, in tale contesto, che il dovere collaborativo, o, come definito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, gli "*oneri minimi di cooperazione*"[73], connotati da un profilo di fiducia reciproca tra le parti, siano espressione di un principio di autoresponsabilità che investe l'istruttoria, imponendo al privato un onere di allegazione e prova dei fatti il cui mancato assolvimento importa l'impossibilità della valutazione dell'offerta[74].

2022, n. 5801 ha inteso l'istituto del soccorso istruttorio procedimentale e la corretta comunicazione del preavviso di rigetto come applicazioni dei principi di buona fede e collaborazione nell'ambito dell'attività autoritativa dell'amministrazione. Cfr. sul punto M. G. Pulvirenti, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione,* in *Il diritto dell'economia,* cit., 117.

[71] Eliminando la distinzione – foriera di dubbi – tra irregolarità essenziali e non essenziali.

[72] Tale norma, recependo indicazioni provenienti dalla giurisprudenza euro-unitaria, prevede, al comma 3, che la stazione appaltante possa sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta, a condizione che gli stessi non portino a modificare il contenuto dell'offerta tecnica ed economica. Mentre, al comma 4, prevede, per la prima volta, che l'operatore economico possa emendare un proprio errore materiale in cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta. La rettifica va chiesta in busta chiusa (con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica) e va aperta insieme all'offerta.

[73] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014 n. 9.

[74] Anche relativamente alla disciplina della reputazione dell'impresa (art. 109) la buona fede deve essere rispettata; tale norma prevede, infatti, che, nell'ambito del siste-

La buona fede è richiesta anche con riguardo al principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale sancito dall'art. 9, per cui eventuali circostanze sopravvenute ed imprevedibili – verificatesi nel corso dell'esecuzione del contratto[75], estranee alla normale alea e tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale[76] – vanno gestite in maniera tale che la parte svantaggiata e che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio abbia diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. A tale diritto corrisponde un obbligo della controparte grazie al quale ripristinare l'originario equilibrio del contratto senza che, per questo, vengano eluse le regole della procedura ad evidenza pubblica.

Nell'ambito della disciplina delle fasi delle procedure di affidamento dei contratti pubblici[77] il richiamo alla buona fede è presente, inoltre, laddove si evidenzia che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini specifici[78] e che il superamento di tali termini costituisce silenzio inadempimento che rileva al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso[79]. Tale dovere sarebbe violato, con le relative conseguenze in tema di responsabilità per lesione dell'affidamento, nei casi in cui la stazione appaltante superi il termine previsto, consentendo la formazione di un silenzio inadempimento che legittima gli operatori economici ad incardinare, in sede giudiziaria, la relativa azione.

Costituisce, poi, violazione del dovere di buona fede, anche in pen-

---

ma digitale di monitoraggio, essa sia bilanciata, insieme al principio del risultato, «*con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori*».

[75] Nell'esecuzione del contratto, Corte Cass. n. 7543 del 2002 ha ritenuto che la buona fede sia un «*dovere di solidarietà, a prescindere dagli obblighi contrattualmente previsti, in ossequio al principio del* neminem laedere. *La buona fede è violata non solo se la parte agisce in danno dell'altra (con il proposito, cioè, di recare pregiudizio), ma è sufficiente che il comportamento tenuto sia oggettivamente contrario a buona fede e correttezza*», cfr. sul punto, tra gli altri, M. G. Pulvirenti, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione,* cit., p. 111.

[76] Gli effetti della eventuale alterazione nell'equilibrio contrattuale sono stati resi, di recente, ancora più evidenti dalla congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina.

[77] Art. 17.

[78] Indicati nell'allegato I.3.

[79] Comma 3 dell'art. 17.

denza di contenzioso[80], la mancata o tardiva stipula del contratto (art. 18). Tale violazione non si verifica in due casi, e cioè quando la stipula stessa non avvenga entro i termini per fatto che possa attribuirsi alla stazione appaltante o all'ente concedente, mettendo, dunque, l'aggiudicatario nella condizione di farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, di sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato, senza che gli spetti alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali[81]; ed anche quando la mancata stipula del contratto nel termine fissato per fatto dell'aggiudicatario costituisca motivo di revoca dell'aggiudicazione[82].

Ovviamente la buona fede viene richiamata anche in tema di offerte anormalmente basse, nell'ambito del quale è particolarmente evidente il legame tra il principio della buona fede e quelli della fiducia e del risultato: infatti, l'art. 110 (che semplifica la materia *de qua* rispetto a quella contenuta nel Codice del 2016), responsabilizzando le stazioni appaltanti nella scelta del sistema di anomalia e nella sua applicazione e tenendo in considerazione l'eterogeneità delle situazioni concrete, restituisce alle stazioni appaltanti la propria discrezionalità amministrativa e tecnica, attraverso il conferimento ad esse del potere e del dovere di compiere le scelte amministrative di loro pertinenza, in coerenza con i principi del risultato, della fiducia e di buona fede e affidamento[83].

La buona fede è, da ultimo, rinvenibile nella norma che reca modifiche al Codice del processo amministrativo, e cioè l'art. 209[84] che introduce, al comma 1 dell'art. 124, l'estensione della cognizione del giudice anche alle azioni risarcitorie e all'azione di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico il quale, violando i doveri di buona fede e correttezza, abbia concorso a determinare un esito della gara illegittimo. L'innovazione punta a rafforzare la tutela risarcitoria sia del terzo pretermesso che della stazione appaltante: il primo, nel caso in cui sia stato leso dall'aggiudicazione illegittima, può agire direttamente nei confronti non solo della stazione appaltante ma anche dell'operatore economico che, contravvenendo ai doveri di buona fede, abbia conseguito una aggiudicazione illegittima; la seconda, invece, può agire in rivalsa nei

[80] Art. 18, comma 7.

[81] Art. 18, comma 5.

[82] Art. 18, comma 6.

[83] Rispettivamente artt. 1, 2 e 5 del nuovo Codice.

[84] Tale norma modifica gli artt. 120, 121, 123 e 124 del Codice del processo amministrativo.

confronti del terzo pretermesso o dell'eventuale terzo concorrente che abbia concorso, con la sua condotta scorretta, a determinare un esito della gara illegittimo.

La rapida disamina condotta su tali norme ha lo scopo di evidenziare il legame che Legislatore ha inteso determinare tra la buona fede e la fiducia: se la prima è un presupposto che deve necessariamente sussistere sin dalla pubblicazione del bando (e non solo dopo l'aggiudicazione del contratto) e che si riferisce, insieme con la tutela dell'affidamento, alle stazioni appaltanti, agli enti concedenti e, in particolare, agli operatori economici, la seconda, che si riferisce all'amministrazione, agli operatori economici e, in particolare, ai suoi funzionari, deve essere presente sicuramente nella fase dell'esecuzione del contratto, ma anche in quella dell'affidamento[85]. Dunque, la buona fede deve connotare l'operato delle parti in modo che tra di esse possa rilevarsi la "reciproca fiducia" per cui, da un lato, si pone il rapporto tra amministrazione e privato, ispirato alla buona fede reciproca, dall'altro si pone la fiducia del sistema attribuita al funzionario il cui operato viene "alleggerito" dalla delimitazione della colpa grave per contrastare la c.d. "paura della firma".

3. *"Luci" e "ombre" sul nuovo principio della fiducia*

Alla luce di quanto fin qui detto, il legame tra il principio della buona fede e quello della fiducia è finalizzato a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici «*con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*»[86], obiettivo primario, quest'ultimo, dell'attività della Pubblica Amministrazione.

In tale ottica, la scelta di introdurre la fiducia come principio precettivo nell'ambito della disciplina dei contratti, seppure, come detto, non del tutto condivisa in dottrina[87], appare, invece, a chi scrive, condivisibile,

[85] Infatti, l'affidamento rappresenta il momento genetico del rapporto contrattuale tra la pubblica amministrazione e l'operatore economico, nella quale essa è chiamata ad assicurare la sussistenza dell'elemento fiduciario necessario nella successiva fase contrattuale. Cfr. A. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, cit. 156.

[86] Art. 2, comma 2.

[87] G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., § 2.

ancorché quasi necessaria; essa deve essere generata e costruita attraverso un rapporto di leale collaborazione «*tra persone prima che tra uffici*»[88] e promossa in maniera incisiva nei confronti dell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, e orientato a tale fine deve essere letto anche il quarto e ultimo comma dell'articolo 2 in questione che introduce proprio una sorta di chiosa finale, funzionale a dare ulteriore forza a tutto quanto previsto nei tre commi precedenti. Infatti, chiarito cosa debba intendersi per fiducia, quale ne sia il fine e specificato in quali casi effettivamente si possa incorrere in ipotesi di responsabilità per colpa grave (sebbene, come si evidenzierà di seguito, la norma non chiarisca quando esista la responsabilità per colpa), il Legislatore ha voluto mettere a disposizione del funzionario due ulteriori incentivi affinché questi possa svolgere la propria attività "serenamente", e cioè quello della valorizzazione delle sue capacità e competenze[89] da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, e quello del supporto di una copertura assicurativa dei rischi per eventuali e possibili errori (tematica, quest'ultima, molto sensibile e avvertita soprattutto nel settore pubblico).

In tal modo la fiducia potrebbe costituire un importante (ed anche innovativo) presupposto che si rifletta in maniera positiva sull'azione amministrativa complessivamente intesa; in tale veste essa è rinvenibile anche in altre norme del Codice quali, ad esempio, quella sul conflitto di interessi e quella sul processo di digitalizzazione.

In particolare, infatti, nella norma che definisce il conflitto di interessi[90] si richiama espressamente la fiducia laddove si richiede che, in coeren-

[88] N. Paolantonio, *Buona fede e affidamento delle parti,* cit. 129.

[89] A questo riguardo un ruolo fondamentale giocano la formazione e i relativi piani che stazioni appaltanti ed enti concedenti saranno tenuti ad adottare ai sensi dell'art. 15 comma 7 dello stesso Codice.

[90] La norma che disciplina il conflitto di interessi nel nuovo Codice è l'art. 16. Tale condizione si verifica quando un qualsiasi soggetto, anche non formalmente lavoratore dipendente della stazione appaltante o dell'ente concedente, intervenga nella procedura di aggiudicazione e di esecuzione «*avendo direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale*» che possa essere percepito come una «*minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione*» influenzandone il risultato, gli esiti e la gestione. Data la notevole rilevanza che situazioni di tal genere assumono nei confronti del soggetto pubblico a causa delle gravi conseguenze giuridiche che derivano dalla omissione della dichiarazione di esse, non se ne può accettare una definizione generica e indeterminata che non renda possibile inquadrare precisamente l'oggetto della omissione, considerando le ricadute disciplinari, ma soprattutto penali – ai

za con essa e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati debba provare la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza relativamente ad interessi effettivi, i quali possono essere soddisfatti solo subordinando un interesse all'altro[91]. La *ratio* della disposizione è, evidentemente, quella di non volere ingenerare allarmismi che avrebbero come unico effetto quello di paralizzare o, comunque, di rendere impossibile la prosecuzione dell'attività procedimentale. È evidentemente richiesto proprio a tale fine, dunque, che il personale che versa in tali ipotesi ne dia comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e che, conseguenzialmente, si astenga dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione; dal canto loro, le stazioni appaltanti devono adottare misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni, vigilando affinché siano rispettati tutti gli adempimenti relativi alle comunicazioni da farsi.

Ma la rinnovata fiducia verso l'azione amministrativa è contemplata anche tra i principi e i diritti digitali disciplinati dall'art. 19, ed in tale settore essa assume una rilevanza ancora maggiore in quanto rappresenta l'obiettivo posto alla base del processo di digitalizzazione che deve essere conseguito attraverso la neutralità tecnologica e la trasparenza, assolutamente centrali, in materia di contratti, per preservare le scelte consapevoli degli operatori economici (che si coniugano con le garanzie di certezza) e, al contempo, assicurare una piena conoscibilità dei processi decisionali. Il filo conduttore che lega la trama dei principi richiamati è rappresentato dalla considerazione che l'utilizzo della tecnologia assume sempre un ruolo servente al fine di accrescere l'efficacia e l'efficienza dei processi decisionali, senza potere, dunque, implicare un arretramento né delle garanzie o dei diritti degli operatori economici né, tantomeno, dei doveri gravanti sulle pubbliche amministrazioni, e gli strumenti tecnologici che il nuovo Codice prende in considerazione potranno essere correttamente utilizzati solo se si abbia fiducia in essi e nella loro possibile intrinseca autonomia[92].

---

sensi dell'art. 323 c.p. – che possono determinarsi. Tale ultima norma, in particolare, è una sorta di norma penale in bianco, completata dal richiamo alle varie ipotesi di astensione contemplate dalle leggi speciali, e indipendentemente dall'avverarsi del fatto dannoso. Cfr., *ex multis,* Cass. Pen. Sez. 6, 15 marzo 2013, n.14457, 19 ottobre 2004, n. 7992.

[91] Art. 16, co. 2.

[92] Al riguardo, cfr. D. Diaco, *Fidarsi è bene, non fidarsi è…? L'Intelligenza Artificiale entra*

Quelle fin qui evidenziate possono definirsi le "luci" della fiducia la quale, grazie ad esse, rappresenta un indubbio nuovo stimolo all'esercizio discrezionale dell'attività dei pubblici funzionari; tuttavia, non si può non osservare – e, a questo punto, si viene alle "ombre" – che la sua applicazione potrebbe incontrare alcune problematiche, anche a causa della poca chiarezza di alcune previsioni contenute nell'unico comma dell'art. 2 finora non ancora trattato, e cioè il comma 3.

Segnatamente, infatti, tale norma stabilisce in quali casi è configurabile la responsabilità amministrativa per colpa grave in capo al funzionario nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti: in pratica, si incorre in essa quando vi sia la «*violazione delle norme "di diritto" e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa*» ma solo «*in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto*». La stessa norma, poi, contiene una clausola di esonero, in quanto esclude che costituisca colpa grave «*la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti*».

Preliminarmente, in tema di responsabilità va evidenziato che, fino al 30 giugno 2023, l'art. 21 del d.l. 76/2020[93], come prorogato dal PNRR, ha limitato la responsabilità erariale dei funzionari pubblici ai casi di dolo, limitando, altresì, quella per colpa grave ai casi di condotte omissive. All'interno del nuovo Codice scompare, quindi, il riferimento alle forme di responsabilità erariale e disciplinare[94] (contenuto, invece, nell'art. 32 nel D.Lgs. n. 50/2016): gli unici riferimenti alla responsabilità del soggetto agente per danno erariale sono quelli contenuti nell'art. 215, il cui comma 3 prevede che l'inosservanza dei pareri e delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico «*è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi*

nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in *www.federalismi.it,* 17/2023.

[93] Si tratta della norma che modifica l'art. 1, co. 1, della L 14 gennaio 1994, n. 20 e che reca "Responsabilità erariale".

[94] Del resto, il citato art. 17 dispone semplicemente che il superamento dei termini della procedura di affidamento «*costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso*», e analogamente dispone il comma 7 dell'art. 18 nel caso di mancata o tardiva stipula del contratto.

contrattuali»[95]. Invece, non si rileva alcuna disposizione relativa alla responsabilità disciplinare[96].

Il comma 3 dell'art. 2 potrebbe essere inteso come una sorta di temperamento del principio della fiducia, in quanto, pur dettando la regola del "caso concreto" che deve sempre guidare ogni valutazione del comportamento tenuto dai pubblici funzionari, al contempo vuole creare un clima di maggiore "serenità" specie per quelli che, operando in realtà meno strutturate, si trovano spesso a dovere assumere decisioni che esulano dalle loro specifiche competenze. Tuttavia, la formula utilizzata nella norma *de qua* potrebbe dar luogo a difficoltà applicative legate alla sua interpretazione: infatti, non appare chiaro a quale tipo di norma si contrappongano *le norme "di diritto"* (se, cioè, ad una norma tecnica o, invece, ad una norma di rango secondario); inoltre, non è chiaro a quali *"auto-vincoli"* si faccia riferimento, se a quelli contenuti nei bandi di gara o ad altri che, però, non sono meglio precisati. Forse il Legislatore avrebbe dovuto specificare che la norma la cui violazione darebbe luogo a responsabilità è solo la norma giuridica, dalla quale deriva un precetto sanzionabile chiaro e a cui si potrebbero contrapporre le norme interne e le linee guida, contenenti i relativi autolimiti dell'amministrazione, di natura non normativa, evitando, dunque, il riferimento – contenuto nel testo – ad "auto-vincoli" dell'amministrazione.

Non solo. Si rileva che anche rispetto alla clausola di esonero potrebbero, in realtà, configurarsi delle criticità, in quanto non è sempre semplice né determinabile a priori quale sia "l'indirizzo giurisprudenziale prevalente", soprattutto nella fase iniziale di attuazione delle nuove norme, tenuto anche conto del fatto che le posizioni della magistratura non restano immutate, ma possono cambiare nel corso del tempo; così come non è agevole neppure individuare quali siano le "autorità competenti" a rilasciare pareri, e non è detto che questi ultimi, se espressi, possano effettivamente costituire un freno all'azione amministrativa[97].

Evidentemente, allora, bisognerà lasciare alla giurisprudenza il tem-

[95] Lo stesso art. 215 prevede, però, che tale responsabilità viene ad essere esclusa nel caso in cui siano osservate le determinazioni del suddetto collegio «*salva l'ipotesi di condotta dolosa*».

[96] M. A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *www.lamministrativista,* Dicembre 2022.

[97] Cfr. P. Conio *Codice dei contratti pubblici: i nuovi principi del Procurement* in https://www.forumpa.it/riforma-pa/codice-dei-contratti-pubblici-i-nuovi-principidelprocurement.

peramento tra la celerità – che porterebbe a ridurre le "cautele, verifiche ed informazioni preventive" – e la violazione delle regole di "prudenza, perizia e diligenza" – che richiederebbero, invece, una attività istruttoria più complessa.

4. *Considerazioni conclusive*

Le riflessioni fin qui svolte sulla base dell'analisi del dato normativo in merito al principio della fiducia evidenziano che, per quanto si auspichi che tale codificazione possa contribuire ad un rinnovato esercizio dell'azione amministrativa, tuttavia non può bastare una previsione normativa a modificare un *modus agendi* fatto, oltre che di azioni, anche di stati emotivi; a ciò si aggiunga che potrebbe non essere semplice trovare il giusto equilibrio tra rapidità, da un lato, e correttezza e qualità, dall'altro.

La fiducia, come detto, è innanzitutto uno stato emotivo che, inevitabilmente, influenza l'approccio del funzionario alle situazioni da gestire, orientandolo in una direzione piuttosto che in un'altra. Tale stato è il punto di partenza dell'operato che costui pone in essere per conto della Pubblica Amministrazione alla quale appartiene sulla base di un rapporto che, pertanto, non può certo definirsi spersonalizzato. Ci si chiede, allora se avere trasformato in principio uno stato emotivo non possa costituire un *incipit* nella revisione del rapporto tra funzionario e Pubblica Amministrazione, attribuendo, nell'ottica della buona amministrazione, un peso diverso agli stati emozionali dei funzionari, primo fra tutti la c.d. paura della firma[98].

Certo, come precisato dal Consiglio di Stato, la *ratio* sottesa a tale principio non vuole essere quella di «*regalare la fiducia a funzionari che non la meritano, né tanto meno di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale*». Al contrario, la fiducia è necessaria a chiarire che ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare che deve svolgere sicuramente nel rispetto della

[98] N. Paolantonio, *Buona fede e affidamento delle parti,* cit., 126 ss. auspica una revisione della teoria della immedesimazione organica, la quale, invece, tende proprio a spersonalizzare l'apparato e a non tenere conto dei processi volitivi ed emozionali che influenzano il pubblico funzionario il quale, oltre che amministratore, è, a sua volta, un amministrato. A tal fine sostiene che […] «*perseverare diabolicamente nella spersonalizzazione dell'apparato (ignorando i processi non solo volitivi ma, prima e necessariamente, quelli emozionali) può risultare assai nocivo per sorreggere le tesi di quanti guardano ad un'amministrazione effettivamente paritaria*».

legalità formale, ma anche tenendo presente che le gare sono funzionali a realizzare un'opera pubblica o ad acquisire servizi e forniture rispondendo quanto più possibile agli interessi della collettività[99].

Per ottenere tale risultato è necessario superare ogni forma di inerzia e consentire alla Pubblica Amministrazione l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui dispone; e se, fino ad ora, quest'ultima è stata sostanzialmente limitata dai tanti fattori evidenziati, sarebbe, invece, auspicabile restituire la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dall'amministrazione affinché questa possa esercitare il potere che le viene conferito (specie se di natura discrezionale). Esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico «*promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale*»[100], ed in tale direzione dovrebbe agire, in particolare, il comma 3 dell'art. 2, norma che crea un nuovo confine al concetto di "colpa grave".

Il segnale di cambiamento che il nuovo Codice vuole dare sin dalle sue disposizioni di principio appare, dunque, oltre che evidente, anche positivo, perché ha lo scopo precipuo di valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una sorta di rinnovata "protezione" rispetto all'alto rischio che accompagna il loro operato. I nuovi scenari che esso apre, inoltre, vorrebbero creare una discontinuità significativa rispetto al precedente quadro sistemico-normativo, soprattutto sul piano culturale: da troppo tempo, infatti, si era diffusa una presunzione di illiceità dell'operato delle pubbliche amministrazioni che necessitava di un cambiamento di rotta grazie al quale rilanciare il settore dei contratti pubblici, in un'ottica di ripresa economico-sociale e morale dell'intero Paese.

Ma, forse, tutto questo potrebbe non essere sufficiente. Le criticità e le perplessità evidenziate non sono poche, così come gli interrogativi che ne derivano, primo fra tutti se l'avere esplicitato la fiducia a livello normativo possa effettivamente contribuire all'obiettivo principale sotteso alla emanazione di un nuovo Codice, vale a dire il rilancio economico del Paese.

Perché non sia vano il lavoro fatto dal Legislatore appare, allora,

[99] Cfr. III – Relazione agli articoli e agli allegati del Consiglio di Stato allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, p. 15.

[100] Idem.

necessario un contributo sinergico da parte di tutti gli attori (Legislatore, Pubblica Amministrazione, Magistratura), orientato a garantire l'effettività dei nuovi ambiziosi obiettivi e traguardi delineati, nella consapevolezza che avere configurato come "super-principio" l'autonomia amministrativa di risultato è una scelta che necessita di un adeguato bilanciamento con gli altri principi, in particolare con quelli di imparzialità e di responsabilità dell'amministrazione, nel rispetto dei cui limiti deve sempre essere esercitato il potere amministrativo se si vogliono evitare conseguenze legate ad un (possibile) uso distorto ed eccessivo della discrezionalità che finirebbero con il vanificare la *ratio* positiva sottesa a quello di risultato.

In altri termini, l'amministrazione si troverà spesso di fronte alla scelta tra risultato ed imparzialità e, dunque, tra un principio sancito dal Codice dei contratti ed un principio costituzionale (art. 97 Cost.). Ma, a ben vedere, poiché il principio del risultato è proiettato verso il buon andamento, fine preminente dell'attività amministrativa, il Codice, in definitiva, anche attraverso una nuova scrittura della responsabilità, finisce col tracciare proprio la direzione verso un'auspicata ricerca di armonizzazione e di sintesi tra imparzialità e buon andamento[101].

[101] Imparzialità e buon andamento sono due valori intesi come facenti parte di un unico principio all'interno del quale veniva dedicato al principio di imparzialità attenzione maggiore rispetto al buon andamento. Per un'attenta disamina sul punto si rinvia a R. Marrama, *L'esercizio della funzione di organizzazione pubblica,* in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Milano 1993, pp. 391 ss.

Abstract

Lo scritto si propone di analizzare i principi della buona fede e della fiducia nel contesto del nuovo Codice dei contratti pubblici, come disciplinati dal Decreto Legislativo 36/2023. Attraverso un'indagine giuridica che ne ricostruisce la *ratio* ed i contenuti, verranno esplorate le implicazioni di tali principi nella sfera dei contratti pubblici, con particolare attenzione alle conseguenze per le amministrazioni pubbliche e per i privati che con essa interagiscono.

The unexpected evolution of good faith: the "trust" in the new Code of Contracts. First reflections

The paper aims to analyse the principles of good faith and trust in the context of the new Code of public contracts, as regulated by Legislative Decree 36/2023. Through a legal investigation that reconstructs their ratio and content, the implications of these principles in the field of public contracts will be explored, with a particular focus on the consequences for public administrations and private individuals interacting with such contracts.

La adecuación de los mecanismos de la CDFUE para hacer frente al escenario de incertidumbre que el desarrollo de la IA plantea para los derechos fundamentales

de Pablo Sánchez Molina*

Sommario: 1. Introducción – 2. La propuesta de Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial – 3. Nuevos derechos y mayor protección en el ámbito de la Unión Europea – 4. Conclusiones.

1. *Introducción*

«La Inteligencia Artificial (IA) es un campo de estudio y desarrollo tecnológico que busca crear sistemas y programas capaces de imitar, replicar o mejorar las capacidades cognitivas y de aprendizaje humanas. La IA se centra en el diseño y desarrollo de algoritmos y modelos que permiten a las máquinas procesar información, aprender de ella, tomar decisiones y realizar tareas de manera similar a los seres humanos.

La IA abarca una amplia gama de enfoques y técnicas, que van desde sistemas de IA que siguen reglas predefinidas hasta sistemas basados en el aprendizaje automático (machine learning) y el procesamiento del lenguaje natural. Los sistemas de IA pueden clasificarse en sistemas débiles, que están diseñados para realizar tareas específicas con eficacia, y sistemas fuertes, que se acercan o superan las capacidades cognitivas humanas en una amplia variedad de tareas.

El desarrollo de la IA ha sido impulsado por el aumento de la capacidad de procesamiento, el acceso a grandes volúmenes de datos y los avances en algoritmos y modelos. El aprendizaje automático, una rama de

* Profesor Ayudante Doctor en la Universidad de Málaga. El presente trabajo se integra en el Proyecto de investigación «La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (iusgénesis)», financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación/ Proyecto PID2021-126875OB-I00 y por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía (ProyExcel_00457). Agradezco a los miembros del proyecto, en particular a los profesores Ángel Rodríguez y Rafael Naranjo de la Cruz, la ayuda prestada para su realización.

la IA, se ha convertido en un área clave de investigación y aplicación. Los algoritmos de aprendizaje automático permiten a las máquinas aprender de los datos y mejorar su rendimiento a medida que se les proporciona más información. Esto ha dado lugar a avances significativos en áreas como el reconocimiento de voz, la visión por computadora, la traducción automática y las recomendaciones personalizadas.

En el ámbito del procesamiento del lenguaje natural, la IA ha demostrado habilidades impresionantes en la comprensión y generación de texto. Los sistemas de IA pueden analizar grandes volúmenes de texto, extraer información relevante, responder preguntas y generar contenido original.

La IA tiene una amplia gama de aplicaciones en diversas industrias y sectores. En el campo de la medicina, los sistemas de IA pueden ayudar en el diagnóstico de enfermedades, la planificación de tratamientos y la interpretación de imágenes médicas. En el ámbito de los vehículos autónomos, la IA juega un papel fundamental en el reconocimiento de objetos, la toma de decisiones y la navegación segura. Además, la IA ha encontrado aplicaciones en la seguridad, la ciberseguridad, el comercio electrónico, la gestión de la cadena de suministro, el análisis de datos, la atención al cliente y muchos otros campos.

Sin embargo, el desarrollo de la IA también plantea desafíos y consideraciones éticas. Se discuten temas como la privacidad de los datos, la responsabilidad de las decisiones automatizadas, la transparencia de los algoritmos y el impacto en el empleo. Es importante que los desarrolladores y usuarios de la IA aborden estos aspectos para garantizar que la tecnología se utilice de manera responsable y beneficiosa para la sociedad en general.

En resumen, la Inteligencia Artificial es un campo multidisciplinar que busca crear sistemas capaces de realizar tareas que requerirían inteligencia humana. A través del aprendizaje automático y el procesamiento del lenguaje natural, la IA ha demostrado un gran potencial en diversas aplicaciones. Sin embargo, es fundamental abordar los desafíos éticos y sociales asociados con la IA para garantizar su desarrollo.

El avance de la Inteligencia IA plantea diversos desafíos y consideraciones éticas que podrían requerir la implementación de nuevos derechos y regulaciones. A medida que la IA se vuelve más omnipresente en nuestra sociedad, es importante abordar estos desafíos para garantizar su desarrollo y aplicación responsable.

A continuación, se presentan algunas áreas en las que se podrían considerar nuevos derechos para regular el avance de la IA:

Privacidad de los datos: El uso de IA implica recopilación y procesamiento masivo de datos personales. Es crucial garantizar la protección y privacidad de estos datos. La implementación de nuevos derechos relacionados con el control, la portabilidad y la eliminación de datos podría ser necesario para empoderar a los individuos en el entorno de la IA.

Transparencia y explicabilidad: A medida que la IA se vuelve más compleja, es importante que los sistemas de IA sean transparentes y comprensibles para los usuarios. El derecho a la explicación de las decisiones tomadas por los sistemas de IA puede ayudar a evitar la opacidad y la discriminación algorítmica.

Derechos laborales: El avance de la IA plantea interrogantes sobre el impacto en el empleo humano. Se podrían considerar nuevos derechos relacionados con la protección de los trabajadores afectados por la automatización y la IA, como la capacitación y la recolocación laboral.

Responsabilidad y rendición de cuentas: A medida que la IA toma decisiones autónomas, surge la cuestión de quién es responsable en caso de daños o perjuicios causados por un sistema de IA. Es posible que sea necesario establecer nuevos derechos relacionados con la responsabilidad legal y la rendición de cuentas de los desarrolladores y los sistemas de IA.

Derechos de no discriminación: La IA puede estar sujeta a sesgos y discriminación si no se diseña y se implementa de manera adecuada. La protección contra la discriminación algorítmica podría requerir nuevos derechos para garantizar la equidad y la imparcialidad en las decisiones tomadas por sistemas de IA.

Participación ciudadana: Dado que la IA puede tener un impacto significativo en la sociedad, es importante garantizar la participación ciudadana en las decisiones relacionadas con su desarrollo y uso. Se podrían considerar nuevos derechos que promuevan la inclusión y la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones sobre políticas y regulaciones de IA.

Es fundamental abordar estos temas y considerar la implementación de nuevos derechos que protejan los intereses y derechos de los individuos en el contexto de la IA. Sin embargo, es importante que cualquier regulación propuesta encuentre un equilibrio entre la protección de los derechos y la promoción de la innovación y el progreso tecnológico. Se

requiere un enfoque colaborativo y multidisciplinario para abordar estos desafíos y diseñar un marco legal adecuado que guíe el desarrollo ético y responsable de la IA».

Todo lo escrito hasta aquí ha sido realizado por una IA, concretamente por ChatGPT[1]. Nuestra idea era mostrar la importancia de esta herramienta cada vez más presentes en nuestro día a día[2]. La utilización de esta tecnología, que trasciende esta concreta aplicación, avanza a ritmos agigantados y plantea una problemática muy diversa.

El objeto de este estudio es vincular la propuesta de Reglamento sobre IA en la UE con la necesidad y posibilidad de adecuar los derechos en el ámbito de la Unión. Para desarrollar esta idea, en el primer epígrafe nos centraremos en la propuesta de Reglamento sobre IA[3]. La propuesta de Reglamento trata de establecer un marco legal para la utilización y desarrollo de la IA en el ámbito de la Unión. En concreto, la futura regulación fijará cuatro categorías de riesgo y medidas a tomar para garantizar el respeto de los valores de la UE. La propuesta de Reglamento sobre IA es la primera regulación al respecto, pero cabe plantearse si le seguirán más y el alcance de las mismas. Nos encontramos ante el inicio de una tecnología disruptiva que pondrá en cuestión la suficiencia de nuestro ordenamiento jurídico para regularla[4].

En el segundo epígrafe nos plantearemos si la configuración actual

---

[1] La redacción de estas palabras ha sido realizada por la versión libre de ChatGPT. Un estudio sobre el uso del ChatGPT en empleos vinculados al derecho puede verse en A. Moisés Barrio, *ChatGPT y su impacto en profesiones jurídicas*, Diario La Ley, nº 10289, 2023.

[2] Otro ejemplo que he utilizado, a modo de exordio, en alguna ponencia ha sido la campaña publicitaria sobre la selección española de fútbol en el mundial de Qatar en la que se hizo referencia a que el discurso había sido creado por una inteligencia artificial a partir de 842.460 opiniones reales sobre la selección de fútbol. "Ha sido capaz de representar de forma rigurosa y científica lo que sienten más de 47 millones de personas por la selección generando un emotivo discurso".

[3] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (21 de abril de 2021).

[4] Ver L. Cotino Hueso, Lorenzo (Dir.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022; Z. Drnas de Clément, *Inteligencia artificial en el Derecho Internacional, Naciones Unidas y Unión Europea* en la *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 1-28.

del derecho de la Unión Europea permitiría una extensión o ampliación de los Derechos Fundamentales en pro de una regulación conforme a los valores de la UE de la IA sin acudir a una modificación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE).

Por último, este trabajo representa el inicio de una investigación que comenzó en noviembre de 2022 con una ponencia en el *Dipartimento di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Palermo*. Se trata de un punto de partida que comienza con este artículo que pretende analizar algunas vertientes del derecho derivado en el ámbito de la IA.

2. *La propuesta de Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial*

No existe un concepto universalmente aceptado de IA, objeto de múltiples definiciones, pero hay bastante consenso en que descansa en ese «hacer que la máquina se comporte como un ser humano» tal y como estableció el Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre la IA[5]. Estos avances de la tecnología requieren que exista una normativa eficaz al respecto. Por supuesto con normas nacionales, pero estas deberán insertarse en un marco jurídico europeo. En este punto, la UE pretende contar con una de las primeras regulaciones a tal efecto sobre la base de que «ser una potencia mundial implica ser líder en IA»[6].

En abril de 2021, la Comisión Europea presentó una propuesta para un Reglamento sobre la IA, que tiene como objetivo establecer un marco legal para el uso y desarrollo de la IA en la UE. Este Reglamento aún no ha sido aprobado pero el objeto de este artículo dista de centrarse en un análisis pormenorizado del mismo. En cambio, la aproximación a las regulaciones que la UE busca implementar nos permitirá conocer si, en el ámbito de competencias de la UE, es posible una mayor protección de los DDFF o si, por el contrario, es necesaria la creación de nuevos derechos para dar respuesta a los retos que plantea el avance de esta tecnología.

En los considerandos se hace referencia a los objetivos, la mejora del mercado interno y, en concreto, «la comercialización y la utilización de la inteligencia artificial de conformidad con los valores de la Unión». Lo primero que se deja claro es que el ámbito de aplicación se encuentra

[5] Dictamen 526º. Pleno del CESE de 31 de mayo y 1 de junio de 2017.

[6] Exposición de motivos del informe sobre la inteligencia artificial en la era digital.

dentro de las competencias de la UE: «garantizar la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios basados en la IA». En definitiva, como explicaremos a continuación, la regulación trata de garantizar un elevado nivel de protección de «la salud, la seguridad y los derechos humanos». Se trata de respaldar el uso de esta nueva tecnología, que irá a favor del desarrollo del mercado interior, pero sin menoscabar los valores UE («respeto de la dignidad humana, libertad, igualdad, democracia y Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que reconoce la UE, como el derecho a la no discriminación, la protección de datos y la privacidad, y los derechos del niño»)[7].

En el articulado de la propuesta de Reglamento se centra en cuatro categorías de riesgo, clasificadas en función del impacto potencial de los sistemas de IA en los derechos y libertades de las personas. Estas categorías son las siguientes:

Riesgo inaceptable: incluye sistemas de IA considerados una amenaza directa para la seguridad, como los sistemas de vigilancia masiva y los sistemas de puntuación social utilizados para la represión de los ciudadanos. En virtud del art. 5 de la propuesta de Reglamento, estos usos estarán prohibidos a no ser que los autorice una ley por razones de seguridad nacional.

Alto riesgo: engloba sistemas de IA que se utilizan en ámbitos como la salud, el transporte, la energía y la justicia, y que pueden afectar los derechos fundamentales y la seguridad de las personas. Estos sistemas requerirían una «evaluación de conformidad» antes de su lanzamiento al mercado y estarían sujetos a requisitos estrictos de transparencia, supervisión y responsabilidad.

Riesgo limitado: se refiere a sistemas de IA que no entran en las categorías anteriores, pero aún pueden generar riesgos para los derechos de las personas. Estos sistemas también estarían sujetos a ciertas obligaciones y requisitos específicos (obligaciones de trasparencia).

Bajo riesgo: incluye sistemas de IA que presentan un bajo riesgo para los derechos de las personas y estarían sujetos a un control mínimo.

En resumen, la propuesta de Reglamento establece una serie de obli-

[7] Ver considerandos 1, 2, 4, 5, 10, 13, 15 y 17 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (21 de abril de 2021).

gaciones para los proveedores de sistemas de IA, como la obligación de cumplir con los requisitos de calidad y seguridad, garantizar la transparencia y el registro de sistemas de alto riesgo, y llevar a cabo evaluaciones de riesgos y pruebas de conformidad. Además, se propone la creación de un organismo de supervisión de la IA a nivel de la UE para garantizar la aplicación efectiva del Reglamento[8].

Tras la propuesta de la Comisión Europea, el primer pronunciamiento (sin perjuicio de debates en paralelo en el seno del Consejo de la Unión Europea) se produjo a través del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE)[9]. Aunque la valoración general de la propuesta por parte del CESE es positiva también incide en aspectos de mejora.

Pero ¿será suficiente con esta normativa? Probamente no y el rápido avance de esta tecnología hará necesario nuevas legislaciones.

En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo establece una serie de conclusiones y recomendaciones a la propuesta de Reglamento IA. Entre los aspectos positivos destaca que la normativa aborde tanto los «riesgos» como la preocupación por el perfeccionamiento de su «calidad, rendimiento y fiabilidad»[10]. Por su parte, se aprecian cierto margen de mejora en la regulación de la llamada «pirámide de riesgo». La «pirámide de riesgo» (inaceptable, alto, limitado y bajo) es la base sobre la que se sustenta la normativa UE, tal y como hemos explicado anteriormente.

Dentro de cada escalón de la pirámide se encuentran diferentes ítems, lo que se conoce como el enfoque «basado en listas». Esto significa

---

[8] La propuesta de Reglamento IA se refiere a esta división por riesgos en los títulos II, III, IV y V.

[9] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión». [COM(2021) 206 final – 2021/106 (COD)] (2021/C 517/09).

[10] «El Comité Económico y Social Europeo (CESE) valora positivamente que la propuesta de Ley de Inteligencia Artificial de la Comisión no solo aborde los riesgos asociados a la inteligencia artificial (IA), sino que también aumente considerablemente los niveles mínimos de calidad, rendimiento y fiabilidad de la IA que la UE está dispuesta a aceptar. El CESE se muestra especialmente satisfecho con que la Ley de Inteligencia Artificial otorgue un papel central a la salud, la seguridad y los derechos fundamentales, además de tener un alcance mundial». Conclusiones y recomendaciones (apartado 1.1) del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo.

que, en base a unos criterios, se clasifican el riesgo y, a partir de ahí, las restricciones impuestas a este tipo de tecnología. El Dictamen del CESE propone algunas mejoras respecto a la propuesta inicial de las prácticas de riesgo inaceptable y alto riesgo. El contenido de la cúspide de la pirámide, estas son las de riesgo inaceptable, requerirá un alto grado de precisión para evitar su manipulación. Esta idea es aportada por el Dictamen y uno de los aspectos a mejorar de la propuesta de Reglamento. En concreto, se hizo referencia a que «determinadas prohibiciones pueden ser difíciles de interpretar y fáciles de eludir».

Por otro lado, la doctrina especializada en IA se ha centrado, entre otras vicisitudes, en los retos que plantea para la Teoría de la Constitución y los Derechos Fundamentales. En cuanto a estos últimos, entre otros, se ha puesto el acento en la afectación de la libertad personal, el derecho a un juicio justo, los derechos a la intimidad, propia imagen y secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión e información o el derecho de participación política[11].

En definitiva, estos nuevos retos requerirán modificaciones que afectará, en general, al Derecho Constitucional y, en particular, a los Derechos Fundamentales[12]. Para ello, en el siguiente apartado concretaremos si, a priori, el ordenamiento jurídico de la UE pudiera dar respuesta a estos retos con la configuración actual.

3. *Nuevos derechos y mayor protección en el ámbito de la Unión Europea*[13]

Tras haber hecho referencia a los retos de la IA y la necesidad de seguir garantizando la protección de los derechos individuales de los ciudadanos, cabe plantearse si, ante posibles necesidades, a través de legislación derivada se podría implementar la protección de los derechos en

[11] Puede verse M.A. Presno Linera, *Derechos Fundamentales e Inteligencia Artificial*, Marcial Pons, 2023;

[12] Un análisis desde la perspectiva del derecho al acceso a internet puede verse en T. Álvarez Robles, *Las garantías de los derechos fundamentales en y desde la red: El contexto español* en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2022, 5-40.

[13] Para la redacción de este apartado me he basado en análisis que realicé en una monografía más amplia. Puede verse el Capítulo V de P. Sánchez-Molina, *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

cuestión. Para obtener una respuesta debemos aproximarnos a la CDFUE y, en concreto, a su título VII[14].

Aunque la CDFUE se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en el año 2000, no fue hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa cuando la CDFUE adquirió el valor jurídico de tratado[15]. Esta consideración otorgó al derecho de la Unión Europea un catálogo de derechos puesto al nivel de los otros instrumentos más relevantes con los que cuenta: el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[16]. Esta terna de instrumentos jurídicos que equipara al derecho originario con la Carta llevó a que, tras nueve años en vigor (aunque con el imprevisto de la fallida Constitución europea), el respeto de la Carta haya devenido en obligatorio[17].

La CDFUE se debe analizar como un todo integrado, no solo los artículos que la componen sino, también, junto al derecho de la Unión Europea en general. Una buena prueba de esta interpretación la encontramos en el art. 51 CDFUE que define el ámbito de aplicación de este catálogo de derechos. Como es sabido, el funcionamiento de la Unión Europea consta de marcados tintes federalistas. Así, los Estados miembros, a través de los sucesivos tratados, han ido cediendo competencias a este ente supranacional. En este punto encontramos la principal diferencia entre la CDFUE y el resto de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos: sus disposiciones se aplican «únicamente cuando

[14] El valor de la CDFUE dentro del derecho de la UE es bien conocido (incluso llegando a una «constitucionalización espontánea»). Puede verse en P. Cruz Villalón, *El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la comunión constitucional europea* en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, 85-101.

[15] Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (DO C 306).

[16] Tal y como indica Álvarez-Ossorio, «Desde un punto de vista material la Carta representa una mejora cualitativa respecto de Tratados y Constituciones. Bajo Ja inspiración del principio de "indivisibilidad de derechos" los derechos individuales, los derechos políticos y los sociales han sido integrados en la Carta bajo la misma acepción de derechos fundamentales». F. Álvarez-Ossorio Micheo, *Derechos fundamentales y Unión Europea: presente, pasado y futuro* en *Anuario de Derecho Europeo*, nº2, 2002, 20.

[17] «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

apliquen el Derecho de la Unión»[18]. En efecto, el objetivo de la CDFUE no es lograr un mínimo común de protección de los DDHH homologable a todos los Estados miembros con carácter general, esto es, en todas sus competencias como sí ocurre en el Convenio Europeo de Derechos Humanos[19]. Por el contrario, su función es fijar el estándar de protección del Derecho de la Unión dentro de las atribuciones que los propios Estados han cedido a este ente supranacional. Así, el derecho de la UE, como consecuencia del principio de atribución de competencias y el de primacía, constituye un ordenamiento jurídico *sui generis*, en el que prima la confianza mutua, que es directamente aplicable en los Estados miembros[20].

Encontramos un precepto imprescindible en el análisis sobre si la actual configuración del derecho de la Unión podría dar respuesta al avance de la IA o, por el contrario, se necesitaría una reforma de su derecho originario: el art. 53 CDFUE.

En cuanto a su redacción, el artículo 53 CDFUE cuenta con un alto grado de concreción que deriva de los elementos que no podrán limitarse: «el Derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros»[21]. A esta triple vertiente (UE,

[18] Art. 51 CDFUE: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión».

[19] Lo que demuestra (según indican Gordillo y Tapia y del modo en que hemos hecho referencia anteriormente al abordar la fase de redacción), que la intención de la Carta no es reemplazar a las constituciones nacionales. L. Gordillo Pérez y A. Tapia Trueba, Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni en *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* núm. 22, 2014, 256.

[20] Ver F. Álvarez-Ossorio Micheo, Fernando, *La Unión Europea como comunidad de derecho constitucional. La interdicción de la tortura como sustento de la confianza mútua*" en A. Carmona Contreras, *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, 2018, 39-53.

[21] Art. 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y

internacional y nacional) se ha venido refiriendo la doctrina especializada para diferenciar, al menos expositivamente, el contenido de este precepto[22]. Además, esta distinción no ha sido útil, en exclusiva, desde un punto de vista pedagógico. La distinción de tres vertientes de la cláusula contenida en el art. 53 CDFUE permite que, además, dependiendo del ámbito de aplicación ante el que nos encontremos, la cláusula pueda tener una u otra perspectiva aplicativa. A este respecto, en el presente análisis prestaremos especial atención a la vertiente europea pues nos planteamos si es posible una extensión o, directamente, configurar nuevos derechos para proteger a la ciudadanía europea ante el avance de la IA sin la necesidad de modificar la CDFUE.

La lógica de la protección otorgada por la CDFUE debe ser analizada desde la atribución de competencias del Derecho de la Unión. Para explicarlo, en primer lugar, debemos acudir a los comentarios al texto de la Carta. Coincidiendo con la apertura a firma del Tratado de Lisboa, la Unión Europea lanzó unas explicaciones sobre el catálogo de derechos que iba a adquirir el valor jurídico de tratado.

Las explicaciones del artículo 53 son más breves que el texto del precepto[23]. Este detalle es revelador y conecta a la perfección con la falta de claridad y, como consecuencia, de consenso doctrinal en torno a esta figura. De hecho, voces autorizadas se han referido expresamente a su

en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

[22] Martín y Pérez de Nanclares se refiere a la no afectación de las competencias comunitarias (a través del mantenimiento pleno del principio de primacía del derecho comunitario), de los convenios internacionales de protección de los derechos humanos (a través del mantenimiento pleno de la jurisprudencia del TEDH) y, por último, de las constituciones nacionales (mantenimiento pleno del ámbito de competencias de los Estados miembros). J. Martín y Pérez de Nanclares, *Artículo 53, nivel de protección (comentario)* en A. Mangas Martín, *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, 859 y ss. Esta distinción ha sido realizada también por De Witte, concretamente, refiriéndose a la relación con el resto del derecho de la Unión Europea, con el derecho internacional y con las constituciones nacionales. B. De Witte, *Article 53* en S. Peers; T. Hervey; J. Kenner y A. Ward [Eds.] *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, 2014, 1526 y ss.

[23] «Explicación relativa al artículo 53 – Nivel de protección. El objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el derecho internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH». Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales (2007/C 303/02).

poca utilidad[24]. Sin embargo, la explicación se refiere a otro punto, imprescindible, del precepto: «mantener el nivel de protección […] en sus respectivos ámbitos de aplicación». Esta puntualización contribuye, de forma decisiva, al correcto entendimiento de la presente cláusula y contribuye en la configuración del Derecho de la Unión como un sistema completo en el ámbito de sus competencias.

Sin embargo, no nos basta por sí solo con el propio art. 53 CDFUE y sus consiguientes explicaciones para comprender la naturaleza y alcance de la cláusula de la mayor protección de los derechos recogida en la Carta, sino que, además, será necesario acudir a otras vías para lograr una comprensión algo más completa. En este estudio, como hemos venido apuntando, nos centraremos en una concreta aplicación: la vinculación de la CDFUE con el derecho derivado de la UE.

Durante el tiempo que transcurrió entre su constitución (diciembre del año 1999) y el Consejo Europeo de Biarritz (octubre del 2000), la «Convención» fue construyendo, a la vez que puliendo, la redacción de la Carta a través de sucesivos borradores. En ellos, como no podía ser de otro modo, se encuentra una rica y argumentada evolución del precepto. El actual artículo 53 CDFUE no contó, desde el primer momento, con la actual numeración (como es normal en toda redacción normativa que, sobre todo en los primeros meses, se ve sujeta a modificaciones sustanciales). De hecho, su antecedente primero no le fue asignado un distintivo numérico sino alfabético, así el artículo Y, referido al «nivel de protección» (título del precepto que se mantuvo inmutable hasta la entrada en vigor), tenía una finalidad mucho más limitada que su versión final al referirse exclusivamente al CEDH. La redacción hacía referencia a la imposibilidad de interpretar cualquier disposición de la Carta que conllevara, a su vez, una «restricción a la protección otorgada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos»[25].

Al mes siguiente, en cambio, la redacción del precepto pasó a contar con un tenor muy diferente. Con la evolución de la disposición se produjo

[24] «The official Explanations annexed to the Charter are distinctly unhelpful for this particular Article. They are very short and worded in vague terms». De Witte, Bruno, 2014, 1525.

[25] «Article Y. Level of protection. No provision of this Charter may be interpreted as placing restrictions on the protection afforded by the European Convention on Human Rights». Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union. Brussels, 8 March 2000. Charte 4149/00. Convent 13.

una correlativa ampliación de los instrumentos que no podían ser restringidos por la aplicación de alguna disposición de la Carta. Se incluyó, además del CEDH, «los derechos garantizados por el derecho de la Unión, el derecho de los Estados miembros, el derecho internacional y los convenios internacionales ratificados por los Estados miembros, incluyendo el Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»[26]. Esta nueva redacción (en virtud de su correlativa explicación[27]) contaba con un objetivo claro: «mantener el nivel de protección actualmente otorgado por el derecho de la Unión Europea, el de los Estados y el internacional». Además, se recalcó la posición del CEDH, que «constituiría en todos los casos un estándar mínimo»[28]. Por lo tanto, la nueva redacción no establecía, en exclusiva, una cláusula que impidiese el uso de la Carta para limitar el Convenio, sino que disgregó la previsión en tres vertientes y, como se ha indicado, una de ellas es de especial relevancia en el presente estudio: la vertiente reservada para la Unión Europea (también incluye una nacional y otra internacional).

De nuevo, un mes más tarde, se introdujo una frase que se mantuvo hasta su redacción final y que aclararía la aplicación de esta disposición: «en sus respectivos ámbitos de aplicación». Dicha aportación, contextualizada, hace referencia a la idea, ya comentada, de constitucionalismo multinivel y, por tanto, en la existencia de diferentes fuentes de producción del derecho que deben convivir en el ámbito nacional e internacional. Esta inclusión, como veremos, es de extrema importancia para comprender el alcance de esta cláusula.

Tradicionalmente, uno de los principales déficits ante los que se ha encontrado la Unión Europea para aplicar su derecho en el ámbito de sus competencias ha sido la falta de un catálogo de derechos. Así, algunos tribunales constitucionales (entre los que destacan el Tribunal Federal

[26] Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union. Brussels, 18 April 2000. Charte 4235/00. Convent 27.

[27] Durante el periodo que duró la «Convención», además de construirse el texto de la Carta, se fueron redactando las explicaciones.

[28] «Statement of reasons. The object of the provision is clear. It is to maintain the level of protection currently afforded by Union law, the law of the Member States and international law. Owing to its importance, mention is made of the European Convention on Human Rights, which constitutes in all cases a minimum standard». Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union. Brussels, 18 April 2000. Charte 4235/00. Convent 27.

alemán y la *Corte Costituzionale* italiana) durante las primeras décadas de la construcción europea han venido estableciendo límites nacionales para la aplicación del derecho de la Unión[29]. En este sentido, la doctrina de los contra límites respondía al convencimiento de que el derecho de la UE no era aplicable si vulneraba derechos fundamentales de los Estados miembros. Esta situación debería haber concluido, y así lo hizo en gran parte, con la entrada en vigor de la CDFUE y, más aún, con su puesta al mismo nivel que el resto de tratados.

Por lo tanto, la CDFUE dotó a la UE de una declaración de derechos que, en última instancia, confería legitimidad a todo el sistema. En cambio, la construcción de una herramienta, dentro del derecho de la UE, para la protección de los DDHH podría haber generado algunas fricciones derivadas de la soberanía de los Estados miembros. Concretamente, los Estados podrían plantearse que la protección de los derechos establecidos en la CDFUE podría sustituir al catálogo nacional e, indirectamente, conceder a la Unión la competencia para fijar los estándares de protección de los DDFF. Con esta visión, la Carta actuaría como el CEDH, pero, en vez de establecer un mínimo común de protección, el principio de primacía superpondría el estándar europeo sobre el nacional y pasaría a conformar el máximo común de protección.

Este planteamiento no se materializó y, ciertamente, si así hubiera sido iría en contra de la lógica de la UE. Pero no fue una circunstancia baladí, sino que, por el contrario, uno de los objetivos de la Carta, según se desprendió de los trabajos de la «Convención» (como indicamos al comienzo de este apartado), fue precisar que la Carta no trataba de reemplazar los mecanismos nacionales de protección de los DDFF[30]. Para este

[29] En Alemania, por ejemplo, desde la consideración, por parte del Tribunal Federal alemán, de apertura de la Ley Fundamental de Bonn a la integración europea, a través de su art. 24, se fueron estableciendo límites a esta. De hecho, los requisitos establecidos vía jurisprudencial se añadieron, vía reforma, al art. 23 de la Ley Fundamental («cláusula de salvaguarda estructural»). A. VOSSKUHLE, *La integración europea a través del Derecho. La contribución del Tribunal Constitucional Federal Alemán* en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, 105-106.

[30] Además, como indica ÁLVAREZ-OSSORIO: «Ha sido el propio constituyente europeo, consciente del medio en el que se inserta la Carta, el que normativamente ha dispuesto las reglas que permitirán una comunicación fluida entre sistemas jurídicos presididos por el valor indivisible y universal de la dignidad humana». F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Europa como espacio integrado de libertad* en *Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, nº5, 2001, 120.

fin, junto al otorgamiento a la Carta de un «valor adicional», la posición del art. 53 CDFUE es muy relevante.

De hecho, la redacción final sobrepasó en gran medida el borrador inicial que buscaba la configuración de los derechos del CEDH como un mínimo común de protección, también, de los derechos de la Unión. Esta «red de seguridad», en lo que a protección de derechos se refiere, que asegura el Convenio respecto de los derechos de la Unión no se «destruyó» con la redacción final del precepto, sino que se trasladó a otro precepto (concretamente al artículo relativo a la adhesión de la UE al Convenio: art. 52.3 CDFUE[31]). Esta última redacción, en cambio, amplió el catálogo de instrumentos que, en el ámbito de sus competencias, no podían ser objeto de restricción. Así, el precepto pasó a incluir una referencia a la «triple vertiente». Además, referencias externas, como la «identidad nacional» recogida en el TUE posibilitan la aplicación de los derechos nacionales, en circunstancias excepcionales, aun cuando nos encontremos ante una materia competencia de la UE[32].

La intención de los redactores de que la Carta dotase de legitimidad al derecho UE y que, a su vez, no afectase al estándar de protección de los derechos estatales quedó asegurada al añadir: «en su ámbito de aplicación». Además, no solo existieron temores de una reducción de la soberanía de los Estados sino, precisamente, de la posición en la que quedaría el principio de primacía[33]. Una interpretación de los derechos de la Carta en

[31] Art. 52.3 CDFUE: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

[32] La «identidad nacional» aparece recogida en el art. 4.2 TUE.

[33] «Resultan del todo puntos infundados los temores que en algunos debates de la Convención se plantearon a propósito de si esta cláusula podría significar en algún caso la puesta en duda del principio de primacía del Derecho Comunitario. El art. 53 se limita a regular el nivel de protección de los derechos recogidos en la Carta sin afectar para nada al ámbito de aplicación de la misma que se rige por lo previsto en el art. 51. Y sin afectar por tanto tampoco a las competencias de la Unión, ya que ni las amplía ni las limita. Con todo, sí podría considerarse que la referencia al Derecho de la Unión puede producir cierta confusión, ya que la propia Cata también forma parte de ese Derecho de la Unión al considerarse por el Tratado de Lisboa como jurídicamente vinculante. De hecho, algunos autores consideran que desde el mismo momento en que el art. 52.3 deja patente que el nivel de protección que concede el Derecho de la Unión puede ser más

el sentido que puedan verse inaplicados por la existencia de un estándar de protección superior afectaría a la capacidad de actuación del derecho de la Unión que, en definitiva, podría quedar sin eficacia.

En definitiva, del proceso de elaboración se pueden extraer tres conclusiones de interés: una derivada del acuerdo de su inclusión, otra de la relación entre el CEDH y la CDFUE y, la última, acerca de la primacía del Derecho de la UE. Como hemos apuntado en los párrafos precedentes, existió una gran mayoría que apoyaba la inclusión de la cláusula siempre que no afectase a las previsiones constitucionales de los Estados («En primer lugar, siempre hubo consenso político en la necesidad de que la Carta incluyera una disposición de este tipo, si bien este consenso se proyectaba también a la exigencia de que la redacción que se le diera no implicase en modo alguno la necesidad de reformar las constituciones nacionales»). La inclusión del término «en su ámbito de aplicación» consistió en la fórmula elegida para circunscribir el art. 53 a la aplicación del Derecho de la Unión y, así, borrar las dudas acerca de la afectación de la Carta a los derechos de los Estados miembros en el ámbito de sus competencias.

La configuración del art. 53 CDFUE no fue baladí y, aunque responde a una tendencia internacional, encuentra su razón de ser en el texto del Carta y queda adaptada al sistema de la Unión Europea. La lógica de la Unión, en la que, en el ámbito de sus competencias, los derechos recogidos en una Constitución nacional no son «parámetro automático de fijación del nivel de protección de ese derecho en la Unión» difiere del sistema de Estrasburgo, en la que el parámetro es fijado por las Constituciones nacionales a no ser que el nivel de protección otorgado por el CEDH sea superior[34]. Además, la previsión de la Carta permitiría la coexistencia de diferentes estándares de protección de derechos fundamentales dependiendo del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

En realidad, ya desde la fase de redacción, se precisó que la configuración de la Carta no trataba de reemplazar a los mecanismos nacionales, sino que se le otorgaba un «valor adicional». Es en la configuración de este valor donde el art. 53 CDFUE tiene una posición fundamental. Pero, además, también se observa, en esta fase, ciertos interrogantes sobre la

extenso que el concedido por el CEDH – e incluso de propio de la Carta – la referencia al Derecho de la Unión no aporta nada especial». J. Martín y Pérez de Nanclares, 2008, 859.

[34] J. Martín y Pérez de Nanclares, 2008, 860.

posición en la que quedaría el principio de primacía. Este doble condicionamiento: la configuración de un catálogo de derechos fundamentales de la UE que respetasen el estándar de sus homólogos estatales y el respeto del principio de primacía como piedra angular de la construcción de la actual Unión Europea, encuentra su punto de equilibrio en la cláusula del «nivel de protección».

Encontramos en su redacción la referencia a tres instrumentos internacionales de derechos humanos: el derecho internacional, el Derecho de la Unión Europea y las constituciones de los Estados miembros. Esta «triple vertiente», acompañada de la referencia a «su respectivo ámbito de aplicación» dentro del tenor literal del art. 53 CDFUE, nos lleva a encontrar una funcionalidad diferente de la cláusula dependiendo de la vertiente en la que nos encontremos. Así, la única virtualidad obligatoria es la que nos compete en el presente análisis, con efectos internos (dentro del ámbito de la Unión Europea), la encontraríamos en el Derecho UE en el ámbito de sus competencias. El TJUE, en última instancia, deberá impedir cualquier actuación de instancias de la Unión tendentes a limitar o lesionar estándares de protección de los Derechos Fundamentales fijados con anterioridad y siempre que se refieran a la Carta para justificar este hecho. Por ello, el nivel de protección de los Estados no actuaría en el ámbito de competencias de la Unión si aplicamos el principio de primacía. En otras palabras, la finalidad principal consistiría en impedir que el derecho derivado se escudara en algún precepto de la CDFUE para limitar o lesionar su propio derecho. Y es que el art. 53 de la Carta garantizaría el normal desenvolvimiento de los sistemas de protección de los derechos en juego, cada uno en su ámbito de actuación.

4. *Conclusiones*

En el presente artículo nos hemos preguntado si las previsiones de la CDFUE pueden dar respuesta a los retos planteados por el avance de la Inteligencia Artificial. Dar respuesta a esta pregunta se torna en muy difícil al desconocer el futuro de una tecnología en ciernes. Por el contrario, si ha sido posible analizar la situación actual y poner de relieve algunos mecanismos contenidos en la CDFUE. En este sentido, ha sido la pro-

pia UE la que, a través del Reglamento por el que se establecen normas armonizadoras en materia de Inteligencia Artificial, pretende aprobar una normativa innovadora que posicione a la UE como pionera en la regulación de esta materia.

El avance la IA nos plantea una serie de desafíos entre los que se encuentra la salvaguarda de los DDFF de los ciudadanos. Por el momento, la protección que reconoce la CDFUE serviría para dar respuesta a los retos actuales. La problemática surgiría cuando el avance de la IA tornara dicha protección en insuficiente.

Al estar presidido el Derecho de la UE por el principio de primacía, el nivel de protección de los Estados no actuaría en el ámbito de competencias de la UE por lo que no nos encontraríamos con diferentes estándares sino ante un único a aplicar: el Derecho UE. Así, en el ámbito de competencias de la Unión, la cláusula de mayor protección (contenida en el art. 53 CDFUE) si tendría una funcionalidad interna, impedir que el derecho derivado utilizase algún precepto de la CDFUE para limitar o lesionar su propio derecho. Esta idea nos permite concluir que el derecho derivado podría extender los derechos contenidos en la CDFUE, pero, en ningún caso, podría realizar la acción contraria.

El avance de la inteligencia artificial va a requerir añadir vertientes nuevas a derechos existentes. Este reto lo podría asumir el legislador de la UE tal y como autoriza el art. 53 de la CDFUE siempre que nos encontremos con una materia competencia de la UE[35]. En cambio, nos plantea más dudas la posibilidad de crear nuevos derechos sin reformar la Carta. En definitiva, el avance de esta tecnología requerirá una evolución de nuestro ordenamiento jurídico de la que debemos estar muy pendientes para que no vaya en perjuicio de los valores que sustentan la Unión Europea.

Sin embargo, como hicimos al comienzo de este artículo, vamos a permitir que una herramienta de IA (Chat GPT) contribuya a concluir sobre la importancia del art. 53 CDFUE para hacer frente al escenario de incertidumbre que el desarrollo de la IA plantea para los derechos fundamentales:

«El artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea desempeña un papel fundamental en el abordaje de la incertidumbre generada por el desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA) en

[35] En este sentido encontramos el art. 51 CDFUE.

relación con los derechos fundamentales. Este artículo establece que ningún derecho reconocido en la Carta debe interpretarse de manera que menoscabe los derechos y principios consagrados por el Derecho de la Unión o por los Tratados. Esta disposición es de vital importancia en el contexto de la IA, ya que permite asegurar la protección de los derechos fundamentales frente a los desafíos y riesgos asociados a esta tecnología emergente.

En primer lugar, el artículo 53 de la Carta garantiza que los derechos fundamentales previstos en la Unión Europea sean aplicables y efectivos en el ámbito de la IA. Dado que el desarrollo de la IA plantea nuevos dilemas éticos y legales, es crucial que los derechos humanos sean protegidos y no sean vulnerados por las tecnologías de IA. Este artículo proporciona una base jurídica sólida para garantizar que los derechos fundamentales sean respetados y que cualquier limitación o restricción impuesta por el uso de la IA esté sujeta a un escrutinio riguroso y justificado.

En segundo lugar, el artículo 53 permite una interpretación coherente y equilibrada de los derechos fundamentales en el contexto de la IA. A medida que la IA se integra en diversos ámbitos de la vida cotidiana, como la toma de decisiones automatizada, la privacidad y la protección de datos, es crucial que los derechos fundamentales no se vean comprometidos. El artículo 53 asegura que cualquier interpretación de los derechos reconocidos en la Carta se realice de manera que se salvaguarden los derechos y principios establecidos en el Derecho de la Unión, lo que proporciona una guía clara para la legislación y las decisiones judiciales relacionadas con la IA.

En tercer lugar, el artículo 53 de la Carta también se vincula con otros instrumentos legales relevantes, como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea. La IA plantea desafíos significativos en términos de privacidad y protección de datos personales, y el RGPD establece un marco legal sólido para abordar estos problemas. El artículo 53 se complementa con el RGPD y otros instrumentos legales, asegurando así una protección coherente y efectiva de los derechos fundamentales en el contexto de la IA.

En conclusión, el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea desempeña un papel esencial para hacer frente a la incertidumbre que el desarrollo de la Inteligencia Artificial plantea en relación con los derechos fundamentales. Garantiza la aplicabilidad y

efectividad de los derechos en el ámbito de la IA, promueve una interpretación coherente y equilibrada de los derechos y se vincula con otros instrumentos legales relevantes. En conjunto, estos aspectos contribuyen a proteger los derechos fundamentales de los individuos frente a los desafíos y riesgos planteados por la IA, asegurando un enfoque ético y respetuoso de esta tecnología emergente».

Abstract

Adapting the mechanisms of the EU Charter of Fundamental Rights to cope with developmental uncertainty for fundamental rights

The Artificial Intelligence raises questions in many areas, one of which is the legal sphere and, more, with regard to the protection of fundamental rights. In this paper we focus on the European Union's legal system and examine the adequacy of the mechanisms of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to address the uncertainty that the development of Artificial Intelligence poses for fundamental rights. We ask whether the current configuration of European Union law would allow for an expansion of fundamental rights in favour of a regulation of AI in accordance with EU values without amending the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

L'adeguamento dei meccanismi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dell'UE per far fronte all'incertezza generata dallo sviluppo per i diritti fondamentali

L'avanzamento dell'intelligenza artificiale solleva questioni in molti ambiti, uno dei quali è la sfera giuridica e, nello specifico, la tutela dei diritti fondamentali. Questo articolo si concentra sul sistema giuridico dell'Unione Europea e considera l'adeguatezza dei meccanismi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea per affrontare lo scenario di incertezza che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale pone per i diritti fondamentali. In particolare, analizziamo se l'attuale configurazione del diritto dell'Unione europea consenta di estendere o ampliare i diritti fondamentali a favore di una regolamentazione dell'IA conforme ai valori dell'UE senza ricorrere a una modifica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ancora sul dibattito tra diritto urbanistico, insediamento dei luoghi di culto e libertà ed eguaglianza delle confessioni. Quali prospettive?

di Vincenzo Desantis

SOMMARIO: 1. La questione: l'insediamento dei luoghi di culto e il rischio urbanistico; 2. La proposta di legge A.C. 1018; 3. Ragioni della proposta e natura dell'intervento: il quadro tecnico; 4. La competenza ex art. 117, valutazioni de plano; 5. Le associazioni di promozione sociale e l'attività di culto; 6. La proposta legislativa nel dialogo fra principi: qualche argomentazione critica; 7. Solo l'esercizio del culto comporta rischio?; 8. Intese confessionali e aggravi urbanistici per il culto: quale relazione?; 9. Quale eguaglianza?; 10. L'aggravio urbanistico si determina per ogni attività di culto?; 11. Principi, diritti costituzionali e bilanciamento proporzionato: dubbi residui e considerazioni finali.

1. *La questione: l'insediamento dei luoghi di culto e il rischio urbanistico*

Il dibattito sull'insediamento dei luoghi di culto ha, a più riprese, occupato l'attenzione della politica e del diritto, impegnando sia i giuristi che gli amministratori alla ricerca di soluzioni e contemperamenti soddisfacenti. Dopo un assestamento solo in parte chiarificatore, la questione dei rischi e degli aggravi urbanistici connessi all'insediamento di centri religiosi nel tessuto urbano sembra, oggi, doversi nuovamente esaminare in base alle esigenze del presente.

Da qualche anno a questa parte, la crescita delle comunità religiose appartenenti a confessioni non maggioritarie ha, infatti, inferto più di qualche colpo alla tenuta del regime urbanistico e, segnatamente, alla disciplina di favore che il Codice del Terzo settore accorda alle associazioni di promozione sociale[1]. In particolare, la questione della "proliferazione"[2] di centri di aggregazione confessionali che attraggono, con le proprie attività, quantità di fedeli capaci di superare la capienza tollerabile dai complessi urbanistici, è tornata appuntarsi sull'agenda della politica.

Finora, i contemperamenti, giurisprudenziali e amministrativi[3] che

[1] Per una descrizione accurata relativa a cosa prevede oggi la disciplina, cfr. il par. successivo.

[2] "Proliferazione" è un termine che viene, peraltro, usato anche dalla proposta di legge che esamineremo (cfr. p. 1 della proposta). Per maggiori chiarimenti sulla proposta, cfr. *infra*.

[3] Sul punto, si consenta di richiamare le riflessioni svolte *infra* sugli atti amministra-

si sono registrati, sono stati perlopiù preordinati a escludere che il godimento delle facilitazioni urbanistiche sia ammissibile in presenza di una prevalente attività di culto: soluzione, questa, data dalla necessità di evitare aggravi urbanistici e pericolose concentrazioni di persone nelle sedi delle APS, spesso impiegate per allestire luoghi di culto in locali non attrezzati a ospitare in sicurezza grandi folle di fedeli[4].

L'apprezzamento di tale carattere di prevalenza, così come altri profili ancora bisognosi di maggiori chiarimenti, hanno, però, lasciato in attesa di definizione più di un aspetto[5], affidando all'interpretazione del caso concreto e alla decisione potenzialmente ondivaga dei vari tribunali, la valutazione relativa alla preponderanza delle attività di culto sulle altre attività. Riprendendo il dibattito in materia, una proposta di legge oggi depositata in Parlamento manifesta, espressamente, la volontà di tornare a occuparsi della questione e la sua analisi può costituire una buona occasione per tornare a interrogarsi compiutamente sul tema.

In particolare, il contenuto della proposta di legge, che costituirà l'asse intorno al quale orbiteranno alcune delle riflessioni generali dedicate alla questione, costituisce un valido laboratorio di idee per la gestione di problemi concreti, realizzando, al contempo, interessante intreccio di diritto urbanistico, libertà ed eguaglianza religiosa.

---

tivi e la giurisprudenza rilevanti.

[4] La questione è piuttosto nota. Per un affresco relativamente recente del problema, si consiglia la visione del servizio televisivo realizzato dalla Rai, intitolato *Piccola moschea, grandi problemi di sicurezza*, disponibile all'indirizzo: https://www.rai.it/dl/rai24/assets/template/iframe.html?/dl/rai24/tgr/toscana/video/2020/05/tos-moschea-mussulmani-sicurezza-ramadam-2d31fbee-66d6-45cc-88ce-9044dac21624.html?autoplay=false&info=false. Il reportage è dedicato ai problemi di sicurezza della moschea di Firenze e parla, appunto, della difficoltà di questo e altri luoghi di culto ad accogliere grandi folle di fedeli. Il problema, che, come visto, si riscontra anche nei casi di locali tutto sommato, in qualche misura, capienti esplode, ovviamente, in tutta la sua rilevanza quando i luoghi di culto vengono radicati, com'è spesso accaduto, in *garage* o magazzini.

[5] Sul tema, v., fra gli altri, Sul punto, v. P. Michiara, *Religione, urbanistica e terzo settore: destinazioni d'uso in deroga, attività consentite e rigenerazione urbana nell'ermeneutica dell'art. 71 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del terzo settore),* in *Munus: rivista giuridica dei servizi pubblici,* 1/2022, p. 205; S. Vaccari, *Sulla concessione in comodati di beni pubblici a enti del terzo settore,* in *Diritto amministrativo,* 2/2020, p. 427.

2. *La proposta di legge A.C. 1018*

Con la proposta di legge A.C. 1018, *Foti ed altri*[6]*,* in materia di compatibilità urbanistica dell'uso delle sedi e dei locali impiegati dagli enti del terzo settore, alcuni parlamentari di maggioranza hanno proposto di novellare il testo del comma 1 dell'art. 1 del Codice del Terzo Settore, per escludere dal beneficio che è disposto in questa norma *alcune* associazioni di promozione sociale.

La proposta di legge è attualmente in corso di esame presso l'VIII Commissione permanente della Camera dei Deputati[7] e consta esclusivamente di un articolo, che modificherebbe un solo comma[8]. In base alla formulazione dell'articolo presentata dai proponenti, la novella in parola avrebbe l'effetto di aggiungere un periodo finale al primo comma dell'art. 71 del Codice del Terzo settore e di escludere *expressis verbis* dal beneficio previsto nel periodo precedente[9] alcune associazioni di promozione sociale precisamente identificabili: quelle tra le cui attività rientri il culto di confessioni religiose che non abbiano stipulato con lo Stato italiano delle intese *ex* art. 8, co. 3, Cost.[10] . In particolare, il testo della disposizio-

---

[6] La proposta è intitolata *Modifica dell'articolo 71 del Codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.*

[7] La scheda della proposta è rinvenibile alla pagina: https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1018

[8] In particolare, aggiungerebbe un nuovo periodo al comma 1 dell'art. 71 del d.lgs. n. 117/2017. Secondo l'articolato della proposta, il testo del nuovo periodo reciterebbe: «*Le disposizioni del presente comma non si applicano alle associazioni di promozione sociale che svolgono, anche occasionalmente, attività di culto di confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato non sono regolati sulla base di intese, ai sensi dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione*».

[9] Il beneficio a cui si fa, qui, riferimento è quello condensato nel comma 1 dell'art. 71 del Codice dl terzo settore, a tenore del quale: «*1. Le sedi degli enti del Terzo settore e i locali in cui si svolgono le relative attività istituzionali, purché non di tipo produttivo, sono compatibili con tutte le destinazioni d'uso omogenee previste dal decreto del Ministero dei lavori pubblici 2 aprile 1968 n. 1444 e simili, indipendentemente dalla destinazione urbanistica*».

[10] Per una ricostruzione sull'origine della nota disposizione costituzionale si rinvia, fra tutti, a L. Musselli, *Chiesa e Stato all'Assemblea costituente: l'articolo 7 della Costituzione italiana,* in *Il Politico,* 53, 1, 1988, p. 69. Per quanto riguarda, invece, le applicazioni di attualità della Carta, cfr. F. Di Prima, *Le trattative per le intese con le Confessioni religiose, tra politica e diritto (osservazioni a margine dell'ordinanza n. 40 del 2015 della Corte costituzionale*), in *Nuove Autonomie,* 1/2015, p. 131; L. Barbieri, *Fattore religioso e dinamiche storico-istituzionali. La procedura per le "Intese" ex art. 8 Cost. tra regole del gioco e principi di democrazia sostanziale,* in *Diritto e Religioni,* 2/2016; V. Cocozza, *La garanzia dell'intesa nell'art. 8 Cost., terzo comma,* in

ne vigente, sotto riportato, sarebbe integrato del periodo conclusivo, qui sottolineato:

> «Art. 71, Locali utilizzati // 1. Le sedi degli enti del Terzo settore e i locali in cui si svolgono le relative attività istituzionali, purché non di tipo produttivo, sono compatibili con tutte le destinazioni d'uso omogenee previste dal decreto del Ministero dei lavori pubblici 2 aprile 1968 n. 1444 e simili, indipendentemente dalla destinazione urbanistica. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle associazioni di promozione sociale che svolgono, anche occasionalmente, attività di culto di confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato non sono regolati sulla base di intese, ai sensi dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione».

Come sembra ricavarsi dall'interpretazione della proposta, l'esclusione configurata dal testo presentato avrebbe carattere "tombale": la preclusione del beneficio prevista per le associazioni attive nel culto opererebbe, infatti, in modo assoluto, estromettendo dal novero dei beneficiari anche le entità associative che svolgano *anche occasionalmente* questo tipo di attività.

Per questo e per altri profili, la proposta appena descritta presenta più di qualche elemento di interesse. Intercettando il dibattito sulla normativa in materia di sicurezza e aggravi urbanistici, di libertà religiosa ed esercizio del culto e, non da ultimo, il regime dei rapporti tra lo Stato e le entità confessionali, il progetto in discussione alla Camera costituisce un'occasione di riflessione per indugiare su temi, in qualche misura, sempre attuali, e si candida, a pieno titolo, a rappresentare un possibile laboratorio di soluzioni per l'individuazione e il superamento di problemi concreti.

3. *Ragioni della proposta e natura dell'intervento: il quadro tecnico*

La proposta di cui ci occupiamo è un progetto di legge ordinaria, presentato il 17 marzo di quest'anno e attualmente in corso di esame presso l'VIII Commissione permanente della Camera dei Deputati (*Ambiente, territorio e lavori pubblici*). Il progetto di legge, che riprende i contenuti di un altro testo,

---

Stato, Chiese e pluralismo confessionale, 11/2017. Sul punto, sembra di qualche utilità richiamare, infine, le riflessioni contenute in F. Corvaja, *Rimedi giuridici contro il diniego di intesa con le confessioni religiose,* in *Quaderni costituzionali*, 2/2002, p. 227.

presentato nel corso della precedente legislatura[11], si presenta a più firmatari ed è all'esame della Commissione da poco prima dell'inizio dell'estate[12].

Presentata come un'iniziativa finalizzata a scoraggiare la diffusa "proliferazione" di associazioni di promozione sociale che abbiano quale finalità (esclusiva o prevalente) la gestione di luoghi di culto in immobili privi dei requisiti urbanistici, strutturali e di sicurezza idonei alla rispettiva destinazione d'uso, la proposta affranca un particolare tipo di enti del terzo settore dall'applicazione di una normativa di favore che, attualmente, riconosce alle sedi di tali entità la compatibilità urbanistica con tutte le destinazioni d'uso omogenee, previste dal decreto del Ministero dei lavori pubblici 2 aprile 1968 n. 1444 e dalla disciplina successiva[13].

La norma, che persegue la chiara finalità di facilitare l'insediamento di queste realtà nel territorio, introduce un'evidente deroga all'ordinario regime normativo in materia di compatibilità urbanistica ed è tacciata dagli ideatori del progetto di legge di realizzare un preoccupante abuso, meritevole di essere rimosso alla fonte. In particolare, ad avviso dei firmatari della proposta, la deroga *ex* art. 71 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, avrebbe avallato la prassi, *ormai invalsa in tutto il territorio nazionale*[14] di richiedere alle amministrazioni comunali di usufruire di locali pubblici da adibire a centri culturali, nei quali, poi, insediare luoghi di culto senza operare cambi di destinazione d'uso o modifiche ai piani urbanistici. La sequenza procedimentale in parola rappresenterebbe, in altri termini, un *escamotage* per ottenere vantaggi, capace di realizzare un'eterogenesi dei fini perseguiti originariamente dalla norma[15].

---

[11] La costruzione di nuovi edifici destinati a funzioni di culto, la loro ristrutturazione o il cambiamento di destinazione d'uso edilizio o di destinazione urbanistica sono stati oggetto di diverse proposte di legge esaminate congiuntamente, nella XVII legislatura, dalla I Commissione (*Affari costituzionali*) della Camera (A.C. 486 e abbinati). Il provvedimento è stato però respinto dall'Assemblea della Camera in seguito all'approvazione, nella seduta del 28 novembre 2017, di una questione pregiudiziale di costituzionalità.

[12] Come riferito dalla scheda tecnica della proposta, disponibile in rete, sul sito della Camera dei Deputati, l'esame in commissione della proposta di legge è iniziato il 7 giugno 2023.

[13] Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricanti e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n.765.

[14] Anche questa espressione è direttamente tratta dalla proposta, cfr. p. 1.

[15] La norma a cui fanno riferimento i proponenti è quella che, dapprima introdotta

Tralasciando profili come quello secondo il quale le ritenute *maglie larghe* della disciplina in commento fungerebbero da "grimaldello"[16] per l'insediamento della comunità islamica sul territorio italiano o, ancora, quello secondo cui questa norma sarebbe uno strumento per radicare sul territorio (e "in spregio alla legge"[17]) luoghi affrancati dal controllo delle forze dell'ordine, l'aspetto più considerevole della vicenda risiede nel fatto che la semplificazione normativa di cui si discorre possa, effettivamente, realizzare o facilitare la costituzione di luoghi di incontro non in ogni caso adeguatamente garantiti dal punto di vista della sicurezza urbanistica.

I firmatari stessi sembrano ben consci di questo problema, e gli dedicano, infatti, più di qualche passaggio. Ad avviso di chi scrive, uno dei più significativi è, forse, proprio quello nel quale si afferma che "il punto centrale del problema" risiede nel fatto che «*l'ampia portata applicativa, sia della nozione di associazione di promozione sociale*[18] – che è condizione di riconoscimento del beneficio – *sia della deroga urbanistica ha permesso a molti enti di invocare le norme in esame* – i commi dell'art. 71 – *per giustificare situazioni di tutt'altra portata rispetto a quelle originariamente pensate dal legislatore; la normativa è, infatti, divenuta lo strumento attraverso il quale creare edifici di culto islamico in locali del tutto inadeguati*»[19].

Come spesso accade nei dibattiti politici, anche le valutazioni condensate nella proposta di legge sono suscettibili di essere filtrate secondo le più svariate sensibilità, e di essere ricostruite nei termini maggiore o minore favore, in base al giudizio che ciascun lettore sarebbe portato ad attribuire, ma, al di là delle valutazioni di opportunità che è possibile svolgere su questo tema, resta indubbio che, stando almeno a questa parte della proposta, la proposta di legge manifesti di voler prendere contezza di un dato reale, per intervenire, nel senso che più ritiene consono ad una buona gestione della cosa pubblica, e cambiare lo stato delle cose.

---

nella l. 7 dicembre 2000, n. 383 (*Disciplina delle associazioni di promozione sociale*), è, oggi, trasfusa nell'art. 71 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

[16] Anche questa espressione è usata dai proponenti, cfr. p. 2.

[17] V., ancora, p. 2 della proposta.

[18] In tema, v. S. Caruso, *Le associazioni di promozione sociale,* Key Editore, Milano, 2014; C. Tamburini, *Pubblica amministrazione e Terzo settore: le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale,* in *Impresa sociale,* 1/2020, p. 73. Per una disamina completa sul punto si rinvia, in ogni caso, a *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e di sostegno pubblico* a cura di S. Pellizzari, A. Magliari, Napoli, 2019.

[19] Il riferimento, poi chiaramente espresso nel prosieguo del testo della proposta, corre a scantinati, *garage*, negozi, magazzini e altri locali, sovente convertiti a luogo di culto.

Ora, da questo punto di vista, la volontà di intervento del legislatore costituisce, naturalmente, un legittimo esercizio del potere di iniziativa legislativa, astrattamente capace di intercettare positivamente almeno alcune delle istanze emerse nella società civile, ma alcune osservazioni di carattere più squisitamente giuridico rivelano che non ogni soluzione tra quelle proposte potrebbe rivelarsi inappuntabile in termini di legittimità, perché la giurisprudenza di merito prima e quella costituzionale poi sembrerebbero escludere che la discrezionalità del legislatore possa prendere almeno alcune delle direzioni che la proposta di legge già sembra avere in pancia.

Il prosieguo della trattazione proverà, perciò, a interrogarsi sui possibili aspetti critici e meritori della proposta di intervento e a fornire, se possibile, un altro punto di vista su almeno alcune delle questioni che sembrerebbero poter emergere dall'interessante dibattito in corso.

4. *La competenza* ex *art. 117, valutazioni* de plano

Sebbene, come visto, l'impianto della proposta non si presenti particolarmente articolato e la stessa graviti ancora attorno alle prime fasi di un procedimento di approvazione lungo, l'intervento che questa mira a realizzare si presenta di grande interesse e impatto mediatico, guadagnandosi la ribalta sulla cronaca di molte tra le più importanti testate nazionali[20].

[20] Sul punto, v., tra gli altri, i seguenti articoli: *Fratelli d'Italia, proposta di legge per vietare le moschee in garage e capannoni. Le opposizioni insorgono: "Incostituzionale". Lo scontro in commissione Ambienta della Camera,* pubblicato su *La Stampa* del 10 giugno 2023, disponibile all'indirizzo: https://www.lastampa.it/politica/2023/06/10/news/fratelli_ditalia_proposta_di_legge_per_vietare_le_moschee_in_garage_e_capannoni-12851116/; F. Florio, *La proposta di legge di Fratelli d'Italia per vietare l'utilizzo di capannoni e garage come moschee,* pubblicato su *Open Online* il 10 giugno 2023 e disponibile all'indirizzo: https://www.open.online/2023/06/10/fratelli-di-italia-legge-contro-moschee-abusive/; L. Pons, *La proposta di legge depositata dal capogruppo di Fratelli d'Italia alla Camera, Tommaso Foti: stop alle moschee in garage, capannoni, appartamenti e altri edifici non dedicati esplicitamente al culto. Il ddl varrebbe solo per la confessione musulmana e le altre che non hanno un'intesa con lo Stato italiano,* pubblicato su *Fanpage.it,* il 10 giugno 2023 e disponibile all'indirizzo: https://www.fanpage.it/politica/come-fratelli-ditalia-vuole-chiudere-centinaia-di-moschee-con-una-proposta-di-legge/. Al riguardo, v., poi, l'articolo *Islam, proposta di legge di Fdi per vietare moschee in capannoni e garage. Le opposizioni hanno sollevato critiche di merito ed anche di legittimità costituzionale,* pubblicato su *Il Sole 24 Ore online,* disponibile all'indirizzo: https://www.ilsole24ore.

Il dibattito a cui la proposta ha dato seguito è stato, in altre parole, fin da subito piuttosto vivace e ha visto contrapporsi i fautori dell'approvazione a più di qualche riserva.

Allo stato attuale, il confronto sul punto sembra tutt'altro che concluso e, almeno per il momento, sembra essersi assestato a quelle che, ad un primo apparire, possono definirsi delle iniziali fisiologiche schermaglie tra parlamentari di maggioranza, che si sono espressi sia in Commissione che al di fuori di questa, e opposizioni (più o meno compatte sulla linea dello scetticismo[21]). Dal punto di vista giuridico, molteplici sono gli aspetti interesse.

In primo luogo, appare, infatti, di qualche rilievo segnalare che non sussistono particolari problemi per ciò che concerne l'individuazione della competenza legislativa ad intervenire in materia anche in capo al legislatore nazionale. Come ricordato dagli stessi proponenti, la proposta di legge sembra ricadere senza particolari difficoltà nello spettro applicativo che, *ex* 117 Cost., comma 3, assegna alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni la competenza a legiferare in materia di *governo del territorio*[22], locuzione entro la quale si ricomprendono sia l'urbanistica che l'edilizia[23]. Non solo, l'intervento, coinvolgendo profili di sicurezza

com/art/islam-proposta-legge-fdi-vietare-moschee-capannoni-e-garage-AEuTbedD; A. Fraschilla, *La mossa di FdI: niente moschee nei garage e magazzini. L'opposizione: "Incostituzionale",* pubblicato su *La Repubblica online,* il 10 giugno 2023 e disponibile all'indirizzo: https://www.repubblica.it/politica/2023/06/10/news/moschee_fdi_islam_legge_luoghi_di_culto-403917005/; *La proposta di legge sulle moschee che sta facendo insorgere musulmani e opposizioni,* articolo pubblicato su *Today.it,* il 10 giugno 2023.

[21] Per una ricostruzione sul dibattito in commissione, cfr. il sommario della seduta di mercoledì 7 giugno 2023, disponibile all'indirizzo: https://www.camera.it/leg19/824?tipo=C&anno=2023&mese=06&giorno=07&view=&commissione=08&pagina=data.20230607.com08.bollettino.sede00020.tit00010#data.20230607.com08.bollettino.sede00020.tit00010.

[22] Per una bibliografia essenziale sul punto, si rinvia a M.A. Cabiddu, *Diritto del Governo del Territorio,* II ed., Giappichelli, Torino, 2020; N. Pignatelli, Il *"governo del territorio" nella giurisprudenza costituzionale e la* recessività *della materia,* Giappichelli, Torino, 2015; S. Civitarese Matteucci, *Governo del territorio e ambiente,* in *Diritto dell'ambiente, a cura di* G. Rossi, Torino, 2011, 223; G.L. Conti, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio,* Giuffrè, Milano, 2007; P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico,* Giuffrè, Milano, 2018.

[23] Per un riscontro sul punto, v. P. Urbani, *Governo del territorio e disciplina concorrente: il caso dell'edilizia*, in *Giurisprudenza italiana*, 5/2012, p. 1159; G. Mari, *Governo del territorio (edilizia*), in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore, a cura di* M. Clarich , vol. 7, 2008,

pubblica, interseca, probabilmente, un'altra importante materia, stavolta devoluta alla potestà legislativa esclusiva dello Stato: quella, appunto, alla sicurezza *ex* art. 117, co. 2, lett. h), della Costituzione[24].

Certo, valutazioni come queste non possono che, per forza di cose, rivelarsi parziali, dato che in Commissione prima e nel corso di un eventuale, successivo, *iter* d'aula poi, i contenuti della proposta potrebbero essere largamente rimaneggiati.

Se questo è, però, un aspetto sul quale sembrano insistere davvero pochi dubbi, decisamente più problematico viene a presentarsi l'impianto contenutistico della proposta che, stretta dall'esigenza di porre argine a una situazione di fatto che si ritiene doveroso modificare, esclude dal godimento di una disciplina di favore una particolare categoria di enti.

5. *Le associazioni di promozione sociale e l'attività di culto*

Ad avviso dei proponenti, le entità associative che svolgono attività di culto non dovrebbero essere ritenute associazioni di promozione sociale ed essere, quindi, escluse dal godimento del beneficio *ex* art. 71 del Codice del Terzo settore. Questo convincimento – espresso, a più riprese, nella proposta di legge depositata in Commissione – muove dalla considerazione secondo cui, poiché, «*ai sensi dell'art. 1 della l. n. 383/2000* – la disposizione, si potrebbe dire, *antesignana* dell'attuale formulazione dell'art. 71 del Codice del Terzo settore, n.d.r. – *il valore sociale dell'associazionismo liberamente costituito e delle sue molteplici attività* (…) è riconosciuto (…) *per il conseguimento di finalità di carattere culturale e di ricerca etica e spirituale*», sarebbe evidente «*che la finalità di ricerca etica e spirituale è attività distinta dalle pratiche di culto, confi-*

171; V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* 1985, p. 386; P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica,* Editoriale scientifica, Napoli, 1974;

[24] Sul punto, v., su tutti; P. Bonetti, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione,* in *Le Regioni,* 2-3/2022, p. 483; A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale,* in *Rivista AIC,* 1/2015; T.F. Giupponi, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali,* in *Diritti umani: trasformazioni e relazioni, a cura di* S. Vida, Bologna, 2008, 275; G. Corso, *L'Ordine pubblico,* Il Mulino, Bologna, 1979. Per i profili che la vicenda descritta può assumere in termini di sicurezza urbana, v. M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti",* Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; A. Pajno, *La sicurezza urbana,* Maggioli, Rimini, 2010; M. Ruotolo, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento,* in *Astrid Rassegna,* 2009, p. 1.

gurandosi la "ricerca" come attività che si giova della dimensione sociale e associativa attraverso lo scambio delle opinioni e delle conoscenze e che non può confondersi con la mera attività di culto, quale pratica religiosa esteriore riservata ai credenti di una determinata fede (…)».

Come si può intuire, l'intervento normativo sembra animato dalla volontà di scardinare ogni possibile assimilazione tra l'attività di promozione sociale delle APS e (alcune) attività di culto, realizzando questo risultato già "normativamente"[25], attraverso una formulazione espressa.

In altre parole, onde evitare che l'interpretazione della disposizione possa continuare a dare luogo ad ipotesi nelle quali le entità associative che promuovono e organizzano il culto siano assimilate alle associazioni di promozione sociale "non cultuali" e, quindi, beneficiate dalla normativa di favore *ex* art. 71 del Codice del terzo settore, il legislatore sembra volere intervenire risolvendo ogni "equivoco" alla fonte, affinché si stronchi sul nascere una pratica osteggiata.

Ora, se l'esercizio del culto sia o debba essere un elemento dirimente in vista dell'attribuzione della qualifica di APS (o di ente del terzo settore) a una qualunque entità associativa che svolga attività protese a un qualche coinvolgimento sociale è questione che esula quasi del tutto dagli sforzi di questo scritto. Certo è, però, che, di tutte le valutazioni che sembrano potersi compiere sul punto, la "ragione più liquida" tra quelle che accorderebbero meritevolezza all'intervento del legislatore risiede, senz'altro, nei pericoli urbanistici paventabili rispetto alla celebrazione dei culti.

In altri termini, è, invero, piuttosto legittimo che il legislatore si domandi se l'assimilazione delle entità associative che organizzano il culto alle associazioni di promozione sociale (oggi esclusa da una parte della giurisprudenza[26]) consenta, effettivamente, ad alcune di queste realtà di accedere alle misure di favore previste dal Codice del terzo settore e di dare facilmente vita a luoghi nei quali possono svolgersi attività (come, appunto, quella di culto) capaci di "stressare" (se non proprio di violare) il regime delle norme urbanistiche in materia di sicurezza.

Sul punto, l'assestamento interpretativo di cui si diceva[27] ha, d'al-

[25] Senza, cioè, che a questo risultato si pervenga all'esito di un'attività ermeneutica.

[26] Consiglio di Stato, Sez. V, n. 181/2013

[27] Quello, cioè, dato dalla già richiamata nota ministeriale, la nota di cui al n. di protocollo 3734 del Ministero delle politiche sociali, in combinato con la giurisprudenza rilevante qui richiamate (*ex multis* Cons. St., Sez. V, sent. n. 181/2013; Cons. St., Sez. I, sent. n. 3417/2015; Corte cost., sent. n. 334/1996).

tronde, escluso che l'attività di culto possa costituire l'oggetto prevalente di un'associazione di promozione sociale e ha, anzi, argomentato che l'esercizio non occasionale di questa attività, se svolta da parte di un'APS, consentirebbe a qualunque associazione "confessionale" di accedere a beni immobili da poter facilmente tramutare in affollati luoghi di culto[28], ma anche i chiarimenti forniti in questo senso non si sono sempre rivelati del tutto idonei a dissipare i dubbi avanzabili sul punto.

La lettura combinata delle decisioni sulla materia, collocando, ad esempio, l'interpretazione della norma vigente tra due estremi terminologici almeno in parte da precisare (il culto non prevalente, da un lato; il suo esercizio non occasionale, dall'altro), potrebbe ingenerare confusione per il fatto che, mentre sembra consentire l'attività di culto se questa non è *prevalente*, allo stesso tempo riconosce che, se questa non è *occasionale*, può comunque dare luogo a problemi urbanistici.

In altre parole, le interpretazioni richiamate, se, da un lato, consentono l'esercizio dell'attività di culto a condizione che questo non sia prevalente, allo stesso tempo affermano che se quest'attività non è, a sua volta, occasionale, il rischio urbanistico possa determinarsi lo stesso[29].

---

[28] In particolare, la sentenza n. 181/2013 del Consiglio di Stato (menzionata anche nella relazione illustrativa della proposta di legge menzionata) – «nell'esprimersi in merito alla legittimità dell'iscrizione nel registro delle APS di una associazione che nello statuto, oltre a indicare scopi di promozione sociale, prevedeva anche l'attività di acquistare uno o più immobili per esercitarvi le attività dell'associazione e per offrire un luogo di preghiera ai credenti di una confessione priva di intesa» – così il già richiamato *dossier* di presentazione della legge – afferma che «"l'interferenza, la sovrapposizione e la commistione tra l'attività di culto, che non può di per sé essere intesa come attività di promozione sociale, il che è del tutto incontestabile, e le altre attività declamate nello Statuto rendono impossibile il riconoscimento all'Associazione come APS, non evidenziandosi alcun legame tra l'attività di culto medesima e le altre attività sopra indicate, al di là del legame, del tutto neutro e non certo funzionale, dell'appartenenza allo stesso credo religioso" […] Pertanto, ove, come nella specie, non venga specificamene dimostrato un vincolo strumentale dell'attività di culto rispetto alle attività di promozione sociale che l'associazione intende realizzare, si rischierebbe di consentire un utilizzo del tutto strumentale ed opportunistico della normativa di estremo favore sopra richiamata per porre un edificio destinato al culto in qualsiasi parte del territorio comunale"».

[29] Questo sembra, come è intuibile, aggravato dal fatto che un'attività di culto *non prevalente*, perché magari parte di un più grande complesso di attività *diverse*, possa benissimo essere *non occasionale*. In altre parole, un'attività di culto non prevalente può essere continuativa e ricadere, nondimeno, nel rischio. Si immagini, ad esempio, l'attività di un grande centro confessionale dove, tra le molte attività, si organizza una preghiera a setti-

Probabilmente consce anche di questa possibile contraddizione, le argomentazioni dei firmatari, in uno con i rilievi già espressi sul punto sia dalla stessa giurisprudenza che dall'intervento ministeriale, mostrano che l'intervento previsto dal legislatore avrebbe, se non altro, l'attitudine di prestare riguardo a un tema di grande rilievo: quello della sicurezza dei luoghi e della necessità di non realizzare aggravi urbanistici suscettibili di arrecare pregiudizio all'ordinato svolgimento della vita associata e delle attività, nell'ottica di un razionale governo del territorio.

In questo senso, la mancanza di correttivi da parte del legislatore (che, con una clausola molto generale, ha accordato alle associazioni di promozione sociale e agli enti del terzo settore la possibilità di svolgere le proprie attività in sedi con tutte le destinazioni d'uso delle classi omogenee), potrebbe, effettivamente, aver fatto in modo che i locali beneficiati dalla deroga urbanistica si tramutino in chiese e moschee, con il conseguente rischio di grandi assembramenti.

Anzi, uno sguardo approfondito dell'intera questione ci rivela che il problema di cui ci occupiamo si era posto ben prima di questa proposta e dell'inizio della legislatura, quando, dopo la già richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato, il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali aveva diramato una comunicazione con la quale esplicitava: (1) che l'attività di culto che si svolgeva presso le sedi delle APS dovesse ritenersi vietata quando lesiva della normativa urbanistica[30]; (2) che nessuna di queste associazioni potesse, arbitrariamente, decidere, di insediare un luogo di culto in maniera continua, non occasionale o precaria in aree e territori comunali[31].

---

mana. Quest'attività, che non sarebbe quella prevalente del centro, non sarebbe neanche occasionale. La considerazione di questi due parametri non è, perciò, sufficiente a riscontrare, da sola, l'esistenza di un rischio, che sembra dover essere accertato caso per caso.

[30] Per consultare il testo della nota, è possibile consultare l'indirizzo: https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2019/Nota-prot-3734-del-15042019-relativa-alle-attivita-di-culto.pdf

[31] Nel testo del comunicato, si leggeva: «È vietato esercitare attività di culto da parte delle associazioni di promozione sociale negli immobili non a norma con la regolamentazione urbanistica. Infatti, le predette associazioni non possono arbitrariamente decidere di insediare un luogo di culto in maniera continua, e quindi non occasionale o precario, in aree e territori comunali. Considerato che tali luoghi non sono vocati, si ritiene che la predetta condotta è urbanisticamente non corretta. Sulla scorta di questo argomento, i proponenti riferiscono che: *Il chiarimento è giunto dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con la Nota protocollo n. 3743 del 15 aprile 2019, in risposta a un quesito avanzato dalla Direzione Generale Cura della persona, salute e welfare della Regione Emilia Romagna. La richiesta di parere giunge a seguito di un controllo formale su*

Il quadro appena descritto ci consente, dunque, di concludere che, a prescindere dalla proposta di legge di cui si è detto, il tema dell'insediamento dei luoghi di culto e dei rischi connessi allo svolgimento delle loro attività sia un argomento di estremo interesse per il governo dei centri urbani e sul quale è, probabilmente, necessario individuare un assestamento decisorio capace di bilanciare, in modo più soddisfacente, le esigenze della sicurezza con la libertà di culto.

L'assenza di precisazioni in ordine all'eventualità che gli immobili concessi con regime preferenziale possano dare luogo a utilizzi potenzialmente rischiosi, è, però, solo uno degli argomenti a sostegno dell'intervento normativo. Sotto diversi e altri punti di vista la proposta di legge, come congegnata, può infatti presentarsi problematica.

6. *La proposta legislativa nel dialogo fra principi: qualche argomentazione critica*

Come si anticipava, quand'anche sia assodato che l'intervento normativo possa animarsi del meritorio intento di scongiurare rischi urbanistici, molti sono i profili sui quali lo stesso si presenta perfettibile, se non proprio esposto a rilievi di illegittimità costituzionale.

In primo luogo, come evidenziato dal dibattito extraparlamentare e dalle prime schermaglie che questa proposta ha prodotto in Commissione[32], la congruità urbanistica di chiese e moschee non dipende certo dall'attività che si svolge all'interno delle loro sedi. In altri termini, la pericolosità delle attività svolte nei locali delle associazioni dovrebbe attenere

alcune associazioni di promozione sociale che, pur non prevedendolo espressamente nell'atto costitutivo o nello statuto, svolgono attività di culto in modo promiscuo con attività di promozione sociale. Ciò rappresenta un problema di non poco conto, soprattutto qualora le attività di promozione sociale con dimostrano idoneamente un legame con le attività di culto. Si rischierebbe, così, di consentire un utilizzo del tutto strumentale ed opportunistico della normativa (D.Lgs. n. 117/2017)». Sul punto, si v. anche: *https://www.lavoroediritti.com/leggi-e-prassi/associazioni-attivita-di culto#:~:text=Il%20Ministero%20del%20Lavoro%20ha,delle%20associazioni%20di%20promozione%20sociale&text=%C3%88%20vietato%20esercitare%20attivit%C3%A0%20di,norma%20con%20la%20regolamentazione%20urbanistica.*

[32] Sul punto, si v., in particolare, la posizione espressa dall'on. Marco Simiani. Riferisce, al riguardo, il verbale della seduta che l'on. Simiani, sentito sul punto, «*Ritiene che la congruità urbanistica non dipende certo dall'attività che si svolge all'interno delle sedi*». Per un riscontro sul punto, v. https://www.camera.it/leg19/824?tipo=C&anno=2023&mese=06&giorno=07&view=&commissione=08&pagina=data.20230607.com08.bollettino.sede00020.tit00010#data.20230607.com08.bollettino.sede00020.tit00010

a un altro profilo: quello, specifico, delle norme preordinate a garantire la sicurezza dei luoghi.

Vietare lo svolgimento di una determinata attività supponendo che la stessa si svolga, in ogni caso, in modo non conforme alle norme urbanistiche sembra dare luogo a una presunzione *iuris et de iure* non del tutto giustificata. Il profilo del *tipo* di attività svolte nei locali dovrebbe probabilmente tenersi distinto dal giudizio relativo alla loro congruità o incongruità rispetto alle norme urbanistiche, posto che un'attività meritevole del beneficio *ex* art. 71 potrebbe rivelarsi incongrua all'esame urbanistico (perché si rivela "logisticamente" insostenibile), tanto quanto un'attività immeritevole dello stesso beneficio potrebbe rivelarsi "urbanisticamente" congrua.

Eccettuato questo aspetto, si può certamente notare che esistano, tuttavia, anche alcune ragioni per ritenere che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità decisoria, possa stabilire che una certa attività – nell'ipotesi che ci occupa, quella di culto – attenti alla tutela del governo del territorio e sia, perciò, da limitare a monte (nel caso di specie, riducendo lo spettro applicativo dell'art. 71 del Codice del terzo settore).

Come si è già avuto modo di ribadire, al di là delle valutazioni di opportunità politica che ciascuno di noi può essere invogliato a svolgere sul punto, la proposta in parola prende senz'altro contezza di un dato reale, non fotografato dalla normativa, e intende adeguarlo a prevenire alcuni rischi (quelli che la persistenza in vigore della normativa attuale potrebbe, cioè, determinare, favorendo situazioni di sovraffollamento, a cui il legislatore non aveva pensato).

In questo senso, il proposito in parola, oltre ad essere avvalorato dalle considerazioni precedentemente richiamate (considerazioni che si sono, come visto, appuntate proprio su analoghe ipotesi di celebrazione di culti da parte di associazioni di promozione sociale), potrebbe, addirittura integrare il contenuto proprio di un principio di carattere generale, ricollegabile sia ad alcuni dei principi che devono informare l'attività amministrativa e la gestione urbanistica[33], sia alla giurisprudenza in materia di cambi di destinazione degli immobili.

[33] Sul punto, v., per tutti, P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico,* cit.; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico,* Giappichelli, Torino, 2020; *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche* a cura di A. Simonati , Torino, 2021; A. Simonati, *Urbanistica, edilizia e governo del territorio: nozioni e principi,* Giappichelli, Torino, 2017; P. Mantini, *Principi e invarianti del diritto urbanistico,* in *Manuale di diritto urbanistico,* a cura di N. Assini, P. Mantini , Giuffrè, Milano, 2007, 105; S. Moro, *La disciplina urbanistica degli edifici di culto: profili problematici,* in *Archivio giuridico Filippo Serafini,* CLII, 1/2020, Modena, p. 2282.

In particolare, con riguardo al primo aspetto, non sembra eccessivo rintracciare un collegamento tra l'adozione di un approccio come quello dichiarato dal legislatore e il contenuto proprio di alcuni principi, anche europei, che appartengono al patrimonio delle norme modali del diritto amministrativo e che valgono, ovviamente, anche per il ramo urbanistico: ci si riferisce, in particolare, ai principi di prevenzione e di precauzione[34], entrambi orientati ad evitare il cagionarsi di situazioni pregiudizievoli per l'interesse pubblico[35].

Con riguardo al secondo aspetto si potrebbe, invece, ipotizzare l'esistenza di un principio di carattere generale che guarda con sfavore all'incontrollata operatività di deroghe, quando questa è tale da snaturare la destinazione urbanistica di un luogo e rischia, in ultima analisi, di tradire le ragioni che ne fondano la previsione. Anche questo principio può ritenersi "immanente" alla pratica giuridica e i luoghi dai quali poterlo evincere sembrano più di uno.

[34] Nel caso di specie, si rende alquanto evincibile che un intervento legislativo preordinato a elidere, in radice, un problema di possibile sovraffollamento di un'area, capace di determinare un conseguente, ipotetico, aggravio urbanistico, potrebbe rappresentare, al di là delle valutazioni di opportunità politica che ciascuno può essere tentato di svolgere, un'opzione decisoria volta alla cautela che, abbastanza facilmente, può inscriversi nello spettro applicativo di questi due principi. Per una bibliografia essenziale in materia, si rinvia, tra gli altri, a: A. Vanoli, *Il principio di precauzione,* Editoriale scientifica, Napoli, 2021; R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018; M. Allena, *La giuridificazione del principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa,* in *Studi per i 150 anni dell'unificazione amministrativa italiana. Vol. III: la giuridificazione* a cura di B. Marchetti, M. Renna, Firenze, 2016, p. 35; L. Giampietro, *Rassegna critica di giurisprudenza nazionale sul principio di precauzione,* in *Ambiente & Sviluppo,* 6/2016, p. 393; M. Renna, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente,* in *Jus: rivista di scienze giuridiche,* 1/2016, p. 61; S. Spuntarelli, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale,* in *I principi del diritto dell'ambiente,* a cura di F. Lorenzotti, B. Fenni, Napoli, 2015, 20; G. Di Cosimo, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* 10 marzo 2015; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio,* Giuffrè, Milano, 2005; G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico,* in *Diritto pubblico,* 3/2004, p. 1075; M. Parisi, *Edilizia di culto e pianificazione urbanistica al vaglio della Corte costituzionale,* in *Politica del diritto,* 1/2002, p. 79.

[35] Certo, lo svolgimento di questi discorsi presuppone, in ogni caso, che la considerazione delle virtualità cautelative espresse da questo intervento sia valutata in combinato con quelle, di diverso segno, che è possibile ricavare da altri principi, nell'ottica di un bilanciamento tra istanze contrapposte (come è noto, nessun principio può ritenersi tiranno a un altro). Sul punto v. Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013.

Riferiscono i sottoscrittori della proposta che, «*Nella sentenza n. 34812 del 17 luglio 2017* – richiamata dal dossier di presentazione della legge – *la Corte di cassazione ha ricordato che "deve ritenersi consentita la modifica di destinazione d'uso funzionale che non comporti una oggettiva modificazione dell'assetto urbanistico ed edilizio del territorio e non incida sugli indici di edificabilità, che non determini, cioè, un aggravio del carico urbanistico, inteso come maggiore richiesta di servizi cosiddetti secondari, come ad esempio gli spazi pubblici destinati a parcheggio e le esigenze di trasporto, smaltimento di rifiuti e viabilità (cfr., Sez. 3, n. 24852 del 8/5/2013), derivante dalla diversa destinazione impressa al bene"*».

Un'affermazione di questo tipo, resa in modo chiaro e piano dalla giurisprudenza (che, a sua volta richiama, sul punto, i propri precedenti per suffragare tale ricostruzione) sembrerebbe mostrare l'avvenuta formazione di un principio generale o, quantomeno, di un criterio di ampio respiro. Secondo questo principio, pur restando ferma l'operatività delle deroghe concesse dal legislatore, un ricorso smodato al regime speciale che queste esprimono finisce per snaturare così profondamente la disciplina che regola una materia, da rendere necessario apporvi dei limiti in via interpretativa, operando una lettura "sostanzialistica" della situazione di fatto. Operare in questi termini consente, all'un tempo, di assicurare la vigenza della deroga e di fare in modo che la sua applicazione non si traduca in uno svuotamento della disciplina generale. Questo è quanto sembra, ad esempio, aver fatto il giudice ordinario quando, pur riconoscendo la possibilità, espressa dall'ordinamento, di operare delle modifiche di destinazione d'uso, ha segnalato che nessuna facoltà riconosciuta dalla legge può, in ogni caso, esercitarsi minando le regole di fondo che governano la materia, pena il venire meno della coerenza e dell'organicità dell'ordinamento.

Mutatis mutandis, lo schema che sembra venire, qui, in rilievo è quello dell'*abuso del diritto*[36], poiché in questo come in quel caso, il godimento di una posizione giuridica soggettiva, che può legittimamente discendere a un soggetto in base alle regole dell'ordinamento, anche se non corredata di opportuni limiti espressi, può, nondimeno, doversi ritenere condizionata dall'esistenza di principi ed esigenze di sistema ad essa opposti, a loro volta funzionali alla conservazione e al funzionamento dell'ordinamento giuridico[37].

[36] Per una bibliografia minima sullo schema dell'abuso del diritto, cfr. L. Carpentieri, *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*Torino, 2018. Valorizza il collegamento tra il concetto di abuso del diritto e il diritto pubblico G. Silvestri, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale,* in *Rivista AIC,* 2/2016.

[37] Il principio in parola sembra confermato anche dal Giudice amministrativo. Da ultimo, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5437/2021, ha ricordato che "*la giurisprudenza di questo*

7. *Solo l'esercizio del culto comporta rischio?*

Gli sforzi profusi fino a questo momento sono stati indirizzati a rilevare i possibili punti di forza di una proposta normativa che, quand'anche ipoteticamente non condivisibile dal punto di vista dei contenuti, può rappresentare l'occasione per intervenire legislativamente su un problema effettivamente riscontratosi nella prassi. Se, però, da un lato, l'aspirante legislatore ha avuto il merito di ragionare cautelativamente o, ancora, quello di individuare un possibile principio immanente alla normativa urbanistica (il principio in base al quale qualsiasi deroga si abbia a riconoscere deve, in ogni caso, ritenersi limitata dall'esistenza di generali logiche di coerenza del sistema), lo stesso è stato meno lungimirante con riguardo all'estensione applicativa che sembra volerne dare.

Quanto detto si giustifica in ragione del fatto che, se un rischio urbanistico effettivo esiste, è evidente che questo rischio non insista solo nelle ipotesi di attività di culto. In altri termini, il rischio di aggravio urbanistico paventato dal proponente potrebbe, astrattamente, non configurarsi nelle sole ipotesi di attività di culto e per le attività da questo delineate.

Anche le attività di promozione sociale "strettamente intese" (quelle, per intenderci, che risponderebbero a questa definizione anche secondo gli schemi dei proponenti) potrebbero, infatti, attirare grandi quantità di persone e risolversi in occasioni nelle quali il sovraffollamento vada a detrimento delle norme sulla sicurezza urbanistica (si pensi a centri sociali, oratori, etc.). Di questo aspetto sembrano, in particolare, consapevoli sia i giudici[38] che l'amministrazione[39].

Consiglio ha già avuto modo di affermare che 'anche un mutamento di destinazione d'uso meramente funzionale, ovvero senza la realizzazione di opere edilizie, può determinare una variazione degli standard urbanistici ed è in grado di incidere sul tessuto urbanistico della zona" (Cons. Stato, sez. VI, n. 5041/2019).

[38] Sul punto, v. T.A.R. Veneto n. 91 del 27 gennaio 2015*,* dove si legge che *"occorre distinguere il caso di […] esercizio di un'attività associativa all'interno di un capannone industriale-artigianale, nel quale si svolgono, privatamente e saltuariamente, preghiere religiose, attività espressione dello ius utendi del proprietario ed inidonea a comportare l'assegnazione dell'unità immobiliare ad una diversa categoria funzionale, da altri e ben diversi casi di mutamenti di destinazione d'uso suscettibili, per l'afflusso di persone o di utenti, di creare centri di aggregazione (chiese, moschee, centri sociali, ecc.) aventi come destinazione principale o esclusiva l'esercizio del culto religioso o altre attività con riflessi di rilevante impatto urbanistico, che richiedono la verifica delle dotazioni di attrezzature pubbliche rapportate a dette destinazioni (cfr. Cons. Stato n. 5778/2011)*

[39] Sul punto consulta, ancora, la già richiamata nota ministeriale.

Di qui una prima conclusione: valutare l'opportunità di modificare una disposizione per il fatto che un'attività possa prestarsi a violazioni urbanistiche è senz'altro un'opzione decisoria legittima per il legislatore, ma, una volta acquisita la consapevolezza di alcuni problemi (nel caso, i rischi di sovraffollamento), intervenire per un'ipotesi senza prevedere che quegli stessi rischi possano verificarsi anche per altre circostanze, potrebbe sembrare uno spreco.

Per tale ragione, e proprio dal momento che si è registrata la volontà di intervenire sul punto, potrebbe avere una sua utilità specificare che i benefici concessi in base all'art. 71, *indipendentemente dal tipo di attività di promozione sociale che si alleghi per accedere al beneficio*, sono concessi e mantenuti in vigore solo a condizione che l'attività che si andrà ad esercitare non causi situazioni di sovraffollamento capaci di mettere a repentaglio la sicurezza dei luoghi o, ancora, subordinando il rilascio del beneficio all'assunzione dell'obbligo del beneficiario di non svolgervi attività che, per le loro modalità di svolgimento e la loro natura, possono risolversi in un *vulnus* per la sicurezza.

8. *Intese confessionali e aggravi urbanistici per il culto: quale relazione?*

In aggiunta, un altro quesito davvero interessante da porsi è quello che si chieda perché, se c'è un rischio urbanistico, tale rischio sia legato al solo culto dei musulmani (o, se si preferisce, al solo culto delle confessioni che non abbiano stipulato intese con lo Stato).

L'elemento in questione non è affatto secondario, specie considerato che l'attenzione dell'attuale maggioranza di governo sull'attività delle comunità islamiche è sempre stata improntata alla logica di un loro maggior controllo da parte dello Stato, specie all'indomani del verificarsi di attacchi terroristici di matrice fondamentalista islamica[40].

La mancata specificazione di questo collegamento è, probabilmente, uno degli elementi che, più degli altri, hanno ingenerato dubbi di costituzionalità negli interpreti: dubbi, si badi, evidentemente legati al fatto che nella proposta di legge si faccia espresso riferimento alle sole confessioni

[40] Sul punto, si v., per tutti, il già richiamato articolo di F. Florio, disponibile su *Open Online,* dove si ritrova un virgolettato della Presidente del Consiglio dei ministri, che condensa le posizioni negli anni assunti dall'attuale maggioranza di governo rispetto al tema della gestione delle comunità islamiche sul territorio italiano: https://www.open.online/2023/06/10/fratelli-di-italia-legge-contro-moschee-abusive/

che non abbiano stipulato un'intesa[41]. In caso di approvazione, la proposta avrebbe, naturalmente, un intero *iter* parlamentare per giustificare e migliorare questo passaggio, se del caso riformulandolo per dissipare i dubbi che, in questo momento, sembrano numerosi.

In altre parole, dopo esserci già chiesti perché, se la normativa intende impedire la violazione delle regole sulla sicurezza, si ritiene che tale violazione avvenga solo in occasione dell'esercizio del culto, ora non possiamo fare a meno di domandarci perché, se la normativa intende impedire la violazione delle regole sulla sicurezza, si ritiene che queste regole siano violate dalle sole comunità musulmane o da quelle che non hanno stipulato intese *ex* art. 8 Cost.[42]

Ma non è tutto. Dei molti quesiti che la proposta dischiude, ce n'è, forse, almeno un altro decisamente meritevole di attenzione: quello che si chiede se la proposta, applicando la restrizione alle sole confessioni che *non* abbiano stipulato intese con lo Stato, limiti le posizioni delle confessioni religiose in conformità con il principio di proporzionalità, e cioè restringendole per le sole ipotesi in cui ciò risulti idoneo allo scopo perseguito e strettamente necessario[43].

---

[41] Per una bibliografia essenziale sul punto, si rinvia, tra gli altri, a P. Consorti, *1984-2014: le stagioni delle intese e la "terza età" dell'art. 8, ultimo comma, della Costituzione,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* n. 1/2014, p. 90; V. Tozzi, *Le confessioni prive di intesa non esistono,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* 2011, p. 11; M.C. Folliero, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese: il principio di cooperazione al tempo della post-democrazia,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* 2010; G. Guazzarotti, *Nuove intese con le minoranze religiose e abuso della normazione simbolica,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* 2007; G. Long, *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica". Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato,* Il Mulino, Bologna, 1991; N. Colaianni, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Bari, Cacucci, 1990; G. Casuscelli, *Concordati, intese e pluralismo confessionale,* Giuffrè, Milano, 1974.

[42] Stando al *dossier* presentato in Commissione, si evince che «*La proposta di legge riprende l'analoga proposta di legge n. 1059 della XVIII legislatura),* ma sorprenderà sapere che quest'ultima non limitava la propria applicazione alle sole confessioni i cui rapporti con lo Stato non fossero regolati da intese.

[43]Per una bibliografia essenziale sul tema, si v. tra gli altri, D. Palazzo, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa,* Giappichelli, Torino, 2022; a cura di G. Perlingieri, A. Fachechi, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo,* Napoli, 2017; S. De Nitto, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* n. 4/2017, p. 1035; F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo,* in *Diritto processuale amministrativo,* n. 2/2016, p. 361; M. D'Alberti, *Proporzione, proporzionalità e giustizia,* Editoriale scientifica, Napoli, 2016; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi*

Da un primo punto di vista, limitare la misura alle sole confessioni che non abbiano siglato degli accordi con lo Stato potrebbe spiegarsi in ragione del fatto che queste ultime, differentemente dalle loro omologhe che si sono accordate con lo Stato, non abbiano chiarito alcuni aspetti del modo in cui intendano regolare i propri rapporti con l'ente statale, ragione che sembrerebbe astrattamente legittimare trattamenti giuridici, in ipotesi, diversi.

La differenziazione del regime giuridico dovuta all'esistenza di un accordo non sembra, però, operare *per difetto* (togliendo, cioè, diritti e facoltà alla confessione non firmataria). Al contrario, la finalità delle intese sembra quella di riconoscere alle confessioni che le stipulino uno strumento per la regolazione dei rapporti con lo Stato che valorizzi le specificità delle singole confessioni e che preveda deroghe al diritto comune. In questo senso, la stipulazione di un accordo di questo tipo, anziché sostanziarsi in un elemento in assenza del quale la confessione non firmataria ristagna in un regime di preclusioni (se non proprio in una disparità di trattamento fondata sulla religione), dovrebbe avere il solo effetto di perfezionare il rapporto tra queste e lo Stato, derogando a un regime di regole comuni che, in ogni caso, è sempre e doverosamente garantito.

La Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi sul punto (sent. n. 346/2002), ha, ad esempio, affermato che l'aver sottoscritto un'intesa del tipo di quelle di cui ci occupiamo non può consistere in "una condizione imposta dai poteri pubblici alle confessioni per usufruire della libertà di organizzazione e di azione, loro garantita dal primo e dal secondo comma dello stesso art. 8"[44].

Da un altro punto di vista, se si considera che la ragione fondante dell'intervento non sembra determinata da elementi che trovano ospitalità nella presenza o meno di un accordo tra lo Stato e le confessioni religiose, non si capisce perché la proposta in esame, che è una proposta animata

---

sistematica, Giappichelli, Torino, 2016; A. Albanese, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati,* in *Istituzioni del Federalismo: rivista di studi giuridici e politici,* 3/2016, p. 697; S. Puddu, *Amministrazione precauzionale e principio di proporzionalità,* in *Diritto e processo amministrativo,* vol. 9, 4/2015, p. 1155; A. Sau, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio,* Franco Angeli, Milano, 2013.

[44] In questo senso, v. anche *L'aver stipulato l'intesa prevista dall'art. 8, terzo comma, della Costituzione per regolare in modo speciale i rapporti con lo Stato non può quindi costituire l'elemento di discriminazione nell'applicazione di una disciplina, posta da una legge comune, volta ad agevolare l'esercizio di un diritto di libertà dei cittadini" (sentenza n. 195 del 1993)*

da legittime finalità di prevenzione dei rischi del sovraffollamento dei luoghi, debba trovare applicazione solo per i sovraffollamenti ascrivibili alle comunità religiose non firmatarie di accordi con lo Stato (tra le quali si colloca, tra le più diffuse, solo la confessione islamica).

9. *Quale eguaglianza?*

L'aspetto da ultimo considerato coinvolge, con ogni evidenza, l'applicazione del principio di eguaglianza e il fatto che la proposta di legge quasi non contenga alcuna precisazione al riguardo, neppure a fronte dell'evidente collegamento che un intervento come quello suggerito presenta con il principio egualitario, è un elemento che merita senz'altro maggiore approfondimento.

In particolare, l'assenza di specificazioni che giustifichino la ragione per cui si intende dirigere l'intervento alle sole attività di culto sprovviste di intesa rafforza l'idea per cui la rigorosa applicazione del metro dell'eguaglianza tra le confessioni richiederebbe che la preclusione possa essere legittima solo se riferita a tutte le APS che svolgano attività di culto.

Una preclusione generalizzata, quand'anche più onerosa per il complesso delle comunità che praticano i culti e, quindi, afflittiva, sarebbe, infatti, certamente più equa, perché non opererebbe alcuna distinzione tra il culto delle confessioni firmatarie di intese e quello delle comunità che ne siano sprovviste. D'altronde, tanto le une quante le altre, se accedenti al beneficio di cui ci occupiamo, potrebbero determinare, aggravi o scompensi degli equilibri urbanistici.

Come si può notare, questi e altri rilievi hanno il sicuro effetto di assegnare alla proposta di legge il legittimo sospetto che la stessa possa essere, in qualche modo, migliorata.

In particolare, il mancato chiarimento delle ragioni che potrebbero giustificare la predisposizione di una norma che dispone un trattamento *diseguale*, destinato a disciplinare una situazione *eguale* a quella delle altre attività di culto, richiederebbe un più scrupoloso vaglio di ragionevolezza, secondo i criteri che orientano la giurisprudenza costituzionale *ex* art. 3 Cost.[45]

[45] Per una bibliografia essenziale sul tema si rinvia, tra gli altri, a M. Ruotolo, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione,* in *Lex Social,* 2013; F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; Id., *La ragionevolezza nella giustizia costitu-*

In questo senso, la sent. n. 63/2016 della Corte costituzionale[46] afferma che deve ritenersi illegittimo, perché incostituzionale, l'intervento del legislatore che "*impone requisiti differenziati, e più stringenti, per le sole confessioni per le quali non sia stata stipulata e approvata con legge un'intesa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Costituzione*"[47]. Ma non è tutto: la giurisprudenza della Corte costituzionale ha anche già avuto modo di affermare che "*condizionare l'erogazione*" di benefici –

---

zionale, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; a cura di G. Maniaci, *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006; A. Morrone, *Il "custode" della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; L. D'Andrea, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; M. Cecchetti, *Il principio di eguaglianza*, in *La Costituzione vivente. Materiali per un progetto di educazione alla democrazia 1998-1999,* a cura di C. Ursino, Bollettino del Centro di Documentazione Didattica, Provincia di Firenze, Assessorato Pubblica Istruzione, n. 16, marzo 2000, p. 15. L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg., vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 898 ss.; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario, Palazzo della Consulta 13-14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994. Sull'eguaglianza applicata alle confessioni religiose, si v., in particolare, E. Vitali, *Accordi con le confessioni e principio di eguaglianza,* in *Studi in onore di Mario Petroncelli,* Jovene, Napoli, 1989; G. Zagrebelsky, *Corte Costituzionale e principio di uguaglianza*, in N. Occhiocupo, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio d vent'anni di attività,* Il Mulino, Bologna 1978, p. 103.

[46] Sul punto, v. A. Lorenzetti, *La Corte costituzionale e l'edilizia di culto: alla ricerca di un difficile equilibrio, fra riparto di competenze, libertà religiosa e il "convitato di pietra" dell'emergenza terrorismo,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* 2017; A. Guazzarotti, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose: il rebus delle competenze,* in *Le Regioni,* n. 3/2016, p. 599; M. Croce, *L'edilizia di culto dopo la sentenza n. 63/2016: esigenze di libertà, ragionevoli limitazioni e riparto di competenze fra Stato e Regioni,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* 2016; S. Magnani, *L'esercizio pubblico del culto. Le preoccupazioni della Corte costituzionale sul ruolo di custode "tutelatrice" dei diritti fondamentali,* in *Rivista AIC,* 1/2017; A. Licastro, *La Corte costituzionale torna a parlare dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?;* F. Oliosi, *La Corte costituzionale e la legge regionale lombarda: cronaca di una morte annunciata o di un'opportunità mancata?* entrambi in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* 2016; G. Monaco, *Confessioni religiose, uguaglianza e governo del territorio (brevi osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* 2016.

[47] L'affermazione di carattere generale di cui si è appena riferito è, come è noto, un punto fermo della giurisprudenza costituzionale, a sua volta richiamato dai precedenti a cui si riferisce la sentenza stessa. In materia, possono richiamarsi, tra le altre, la sent. n. 195 del 1993, sui limiti all'esercizio della libertà religiosa; la sent. n. 59 del 1958, che ha ricompreso nell'attività di culto anche quella svolta da luoghi come gli oratori; le sentt. n. 508 del 2000, n. 329 del 1997, n. 440 del 1995, n. 203 del 1989, in materia di laicità dello Stato; la sent. 52 del 2016, in materia di accordi *ex* art. 7, comma 3, a tenore della quale la stipula degli accordi tra Stato e confessioni presuppone la convergente volontà dei soggetti coinvolti nella sottoscrizione dell'accordo.

nella specie si trattava di contributi a favore delle confessioni religiose – "*al requisito dell'avere queste stipulato un'intesa con lo Stato, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione, è in contrasto con i principi di eguale libertà delle confessioni (art. 8, primo comma, Cost.) e di libertà di esercizio del culto (art. 19 Cost.)*"[48].

Sulla scorta di questa *ratio decidendi*, non si ravvisano particolari difficoltà a ritenere che l'esclusione da un beneficio riconosciuto in via generale e fondato sull'assenza di un'intesa *ex* art. 8, co. 3, Cost., potrebbe realizzare una situazione molto simile, se non del tutto uguale, a quella del condizionare l'erogazione di beneficio alla medesima circostanza.

In altre parole, subordinare il rilascio di un beneficio al realizzarsi di una condizione (nel nostro caso, la stipula dell'intesa) o escludere da una disciplina di favore le entità che non presentino un certo requisito (ancora l'intesa), può dare luogo alla stessa e identica fattispecie.

In attesa che il legislatore operi le doverose precisazioni del caso in punto di ragionevolezza e *tertium comparationis*, le ragioni giustificative di un trattamento giuridico differenziato come quello configurato nella proposta sembrano osteggiare qualunque legittima operazione di *distinguishing* tra situazioni eguali, realizzando una disparità di trattamento fondata sulla religione apertamente osteggiata dal giudice (oltre che dal diritto) costituzionale.

10. *L'aggravio urbanistico si determina per ogni attività di culto?*

Da ultimo, lo studio del caso rivela anche altre le possibili piste di riflessione a cui la vicenda può dare luogo.

A questo riguardo, una delle più interessanti deriva, forse, proprio dalla giurisprudenza del giudice amministrativo e ordinario richiamata dai proponenti e dalla già citata nota ministeriale in materia di insediamento dei luoghi di culto.

Il giudice amministrativo e quello ordinario prima e il Ministero dei lavori pubblici poi non hanno, infatti, escluso che le entità confessionali, ivi comprese quelle che organizzino attività di culto, debbano essere presuntivamente pretermesse dal beneficio di cui al Codice del terzo settore. In modo più sottile, la giurisprudenza del giudice amministrativo prima e la nota ministeriale poi hanno, infatti, detto che tale esclusione si giustifica per le entità associative che svolgano l'attività di culto come attività

[48] Corte costituzionale, sent. n. 346/2002.

preponderante. Nel sostenere questa posizione, sia l'una che l'altra fonte lasciano, quindi, aperta la possibilità di attribuzione del beneficio ad entità che svolgano occasionalmente attività di culto[49].

In particolare, la richiamata giurisprudenza del giudice amministrativo afferma che «*occorre distinguere il caso (…) di un'attività associativa (…)* – nella cui sede, n.d.r. – *si svolgono, privatamente e saltuariamente, preghiere religiose: attività di espressione dello* ius utendi *del proprietario ed inidonea a comportare l'assegnazione dell'unità immobiliare ad una diversa categoria funzionale, da altri e ben diversi casi di mutamenti di destinazione d'uso, suscettibili, per l'afflusso di persone o di utenti, di creare centri di aggregazione (chiese, moschee, centri sociali) aventi come destinazione principale o esclusiva l'esercizio del culto religioso o altre attività con riflessi di rilevante impatto urbanistico, che richiedono la verifica delle dotazioni di attrezzature pubbliche rapportate a dette destinazioni*»[50]. Dal canto suo, quella del Consiglio di Stato sembra farle eco, perché afferma: «*Ove, come nella specie, non venga specificamene dimostrato un vincolo strumentale dell'attività di culto rispetto alle attività di promozione sociale che l'associazione intende realizzare, si rischierebbe di consentire un utilizzo del tutto strumentale ed opportunistico della normativa di estremo favore sopra richiamata per porre un edificio destinato al culto in qualsiasi parte del territorio comunale».* Anche in questo caso si ribadisce una volta di più che è l'*abuso* dell'attività cultuale a realizzare un'incompatibilità delle pratiche religiose con le esigenze urbanistiche e non già il culto, astrattamente considerato, a rappresentare un'attività da escludersi in ogni caso dal novero di quelle delle APS o, ancora, da ritenersi presuntivamente ricollegabile all'aumento di rischi per la sicurezza urbana o, in generale, all'aggravio urbanistico.

Venendo, poi, alla giurisprudenza del giudice ordinario, si può notare che anche questa sembra confermare l'indirizzo appena descritto. Come ricordato dal *dossier,* la stessa, infatti, afferma che: «*Per quanto riguarda la destinazione a luogo di culto, la stessa non è astrattamente incompatibile con le categorie funzionali di cui all'art. 23 ter d.P.R. n. 380 del 2001, e cioè quella residenziale, quella turistico-ricettiva, quella produttiva e direzionale, quella commerciale e quella rurale, in quanto può coesistere con tali destinazioni, a condizione che (…) non comporti, ancorché tale destinazione non sia accompagnata dalla esecuzione di opere edilizie, un aggravio del carico urbanistico nel senso anzidetto* – sottolineature aggiunte»[51].

[49] TAR Veneto – sent. n. 91/2015

[50] Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 181/2013.

[51] Cfr. Cass., sent. 34812/2017, che così prosegue: «*In linea generale, si osserva che l'at-*

L'impostazione che sembra evincersi dalla giurisprudenza appena richiamata appare chiara nel senso che attività di culto e disciplina urbanistica di favore *ex* art. 71 del Codice del terzo settore non siano elementi destinati, in ogni caso, a entrare in conflitto tra loro. Come si è accennato, dello stesso avviso è, peraltro, la nota ministeriale n. 2019/222662. Anche questo documento, stabilendo che «*(…) le predette associazioni non possono arbitrariamente decidere di insediare un luogo di culto in maniera continua, e quindi non occasionale o precario, in aree e territori comunali*» conferma la tesi secondo cui l'attività di culto sia compatibile con i benefici urbanistici, anche se entro certi limiti.

Ora, il fatto che il legislatore possa "assolutizzare" le ipotesi nelle quali il culto escluda la percezione del beneficio, impostando una presunzione di carattere generale secondo cui l'attività di culto, in sé considerata, è, anche quando occasionale, una causa che esclude il conseguimento del beneficio è, forse, una legittima opzione di politica legislativa (certo, resta in sospeso il già visto discorso sulla taratura dell'esclusione, oggi riservata solo ad alcune confessioni religiose), ma non può farsi a meno di notare che la soluzione precedente, forse più bilanciata dalle diverse sensibilità sul punto, si presentasse preferibile, quantomeno per non disporre obblighi assoluti.

Argomentando *a contrario,* si potrebbe sostenere che appare, forse, troppo *tranchant* assimilare l'attività di culto alla mancanza di un vincolo strumentale per la promozione sociale o, ancora, sostenere che il culto comporti, in ogni caso, degli aggravi. Anche l'esperienza comune sembra, d'altronde, suggerirci che esistano svariati modi per svolgere il culto, e che non ognuno di questi può risolversi in problema sotto il profilo urbanistico[52].

---

tività di culto non rientra in alcuna delle suddette categorie funzionali, sicché il suo svolgimento, di per sé, non determina l'assegnazione dell'immobile a una di esse diversa da quella originaria, salvo che ciò venga in concreto accertato, unitamente, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 44, lett. a), d.P.R. n. 380 del 2001, all'aggravio del carico urbanistico (cfr., in proposito, Sez. 3, 2) gg (p p n. 4943 del 17/01/2012, Bittesini, Rv. 251984; Sez. 3, n. 19378 del 15/03/2002, Catalano, Rv. 221951; Sez. 3, n. 26209 del 30/04/2003, Censullo, Rv. 225515)».

[52] L'esistenza di un luogo religioso e l'organizzazione di attività di culto può, infatti spaziare dalla predisposizione di semplici sale di preghiera all'organizzazione di funzioni religiose di considerevoli dimensioni.

11. *Principi, diritti costituzionali e bilanciamento proporzionato: dubbi residui e considerazioni finali*

La proposta di legge di cui ci siamo occupati intende escludere, in radice, il culto dalle attività svolgibili presso l'associazionismo culturale *ex* art. 71 del Codice e, come visto, intende farlo per le sole entità associative che fanno riferimento a confessioni non stipulatrici di intese con lo Stato.

La misura in parola potrebbe non passare indenne il vaglio di ragionevolezza e il giudizio relativo alla sua compatibilità con il principio di eguaglianza: evenienza, questa, che suggerirebbe di adottare qualche doveroso accorgimento, estendendo la proposta disciplina "preclusiva" a tutte le ipotesi nelle quali la presenza di un luogo di culto possa determinare un aggravio urbanistico.

A queste riflessioni possono, poi, seguirne altre: la logica della legge, portata ad estreme conseguenze, potrebbe avere l'effetto (senz'altro preterintenzionale) di colpire anche oratori e istituti confessionali che hanno beneficiato e beneficiano del regime urbanistico di favore e che, sistematicamente, non sembrano essere presi in alcun modo in considerazione da parte del legislatore, quasi beneficiassero di una presunzione di legittimità che, per svariate ragioni, non si è disposti a riconoscere alle situazioni che riguardino altri culti[53].

Anche sotto questo angolo visuale, assume, in altri termini, carattere dirimente la questione dell'esclusione "religiosamente" orientata di cui si siamo precedentemente occupati.

Tralasciando, però, per un attimo, questo aspetto, è evidente che se anche la vista e potenziale diversità di disciplina fosse giustificata in corso di *iter* parlamentare o più semplicemente elisa *ab origine* dal legislatore (lo stesso potrebbe farlo escludendo dal beneficio tutti i culti), la proposta di legge – per molti aspetti interessante – lascerebbe, comunque, qualche dubbio residuo.

[53] A questo riguardo, l'on. Bonelli evidenzia, ad esempio, che l'effetto della proposta potrebbe essere sensibilmente più ampio di quello prefigurato dai proponenti. Naturalmente, in un caso e nell'altro, il discorso che si va conducendo poggia sulla possibilità che la normativa oggetto di modifica, così come configurata, possa facilitare il perpetrarsi di abusi, anche se resta impregiudicato il fatto che la congruità di un'attività con gli obblighi urbanistici non deve essere valutata in base alla sua capacità di accedere al beneficio *ex* art. 71 del Codice del terzo settore, perché qualunque attività che si renda pericolosa dal punto di vista urbanistico deve considerarsi, ovviamente, vietata.

Un suo osservatore potrebbe, infatti, domandarsi, se tale opzione decisoria sia, in generale, illegittima e, segnatamente, incostituzionale, perché rischia, tra le altre cose, di tradursi in una preclusione all'associazionismo: in una limitazione all'autodeterminazione, rivolta alla libertà associativa, qui di tipo religioso, perché intesa a condizionare il modo stesso in cui la formazione sociale che si esprime attraverso l'attività associativa esercita la propria libertà di espressione, determinandosi nei propri fini. In altre parole, escludere un'entità associativa dal conseguimento di alcuni benefici (benefici in generale previsti per *tutte* le associazioni orientate alla cura della comunità) e farlo non già in ragione del fatto che quell'attività sia, in ogni caso, potenzialmente pericolosa (abbiamo visto che l'intervento del legislatore intenderebbe introdurre una sorta di presunzione secondo cui ogni attività di culto, anche se occasionale, comporti un rischio) potrebbe "suonare" come una preclusione ingiustificata nei confronti della libertà di autodeterminazione delle entità associative. Le confessioni religiose, infatti, non solo potrebbero dover essere lasciate libere di determinarsi nei propri fini (purché questi siano, ovviamente, costituzionalmente legittimi), ma, forse, non dovrebbero neanche vedersi destinatarie di un regime deteriore rispetto a quello di altre entità culturali che *non* si occupano di religione e di culto. In aggiunta, escludere legislativamente l'opportunità di riconoscere un beneficio alle associazioni per la sola ragione che queste esercitino il culto di una religione e senza che sia richiesto di dimostrare che l'attività da queste svolta sia, considerata la situazione concreta, idonea a cagionare un rischio e, pertanto, giustificatamente escludibile dal novero di quelle beneficiabili, rischia di configurare un trattamento diseguale tra associazioni che versino in situazioni sostanzialmente assimilabili, che neanche si giustifica dal punto di vista del principio di proporzionalità[54]. In modo più conforme a questo principio, il legislatore potrebbe, infatti, e ad esempio, prevedere che l'esclusione delle associazioni dal beneficio urbanistico di cui ci occupiamo sia subordinata alla verifica per cui, ana-

[54] Su questi aspetti, v. G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità,* in *Ragion Pratica,* 2/2014, p . 541; E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa,* Cedam, Padova, 2012; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità (dir. amm.),* in *Enciclopedia Treccani online*; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese,* Giuffrè, Milano, 2008; G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità,* in *L'ordinamento europeo. II. L'esercizio delle competenze,* S. Mangiameli, Milano, 2006, p. 225; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo,* Giuffrè, Milano, 1998.

lizzate le condizioni in cui si presume si svolgeranno le sue attività, debba essere disposta per motivi di sicurezza (o per evitare inopportuni aggravi urbanistici) o, ancora, che il beneficio possa essere soggetto a decadenza, laddove l'attività di culto si svolga in modo da arrecare pregiudizio ai valori poco sopra ricordati.

Queste misure ridimensionerebbero la portata del sacrificio ipoteticamente infliggibile all'entità associativa che intenda praticare *anche* il culto e intercetterebbero il principio di proporzionalità forse meglio di quelle che sembrerebbero, allo stato, proporsi. Argomentare, d'altronde, che l'elemento culturale debba tenersi rigorosamente distinto da quello religioso, quasi che la religione sia un aspetto estraneo alla promozione culturale, sembrerebbe, peraltro, contraddire almeno una delle assimilazioni più volte evocate, negli ultimi mesi, dal Governo: quella che fa della promozione dei valori della *cultura cristiana* un'endiadi espressa in più occasioni[55], anche recentissime[56].

[55] Per una traccia di questa assimilazione, si v., *ex multis,* l'articolo disponibile all'indirizzo: https://europa.today.it/attualita/orban-corteggia-meloni.html, il quale, riprendendo alcune dichiarazioni di esponenti della maggioranza di governo, sottolinea il collegamento della religione con la dimensione sociale e culturale.

[56] La manifestazione più recente è senz'altro il recente *summit* sulla demografia di Budapest, del settembre 2023, in cui è stato espresso il concetto della difesa di Dio. P.L. Berger, *I molti altari della modernità. Le religioni al tempo del pluralismo,* Emi, Verona, 2023; Id., *The Good of Religious Pluralism,* in *First Things Online,* 2016; a cura di E. Pace, *Le religioni nell'Italia che cambia,* Roma, 2013.,

Abstract

Introducendo una vera e propria clausola generale, l'art. 71 del Codice del Terzo settore consente alle associazioni di promozione sociale e agli enti del terzo settore di radicare le sedi delle proprie attività in deroga all'ordinario regime urbanistico, presupponendo la compatibilità dei locali con tutte le destinazioni d'uso delle classi urbanistiche omogenee. Questa disposizione, ideata per facilitare l'insediamento di associazioni sul territorio, è stata spesso impiegata per radicare moschee ed altri luoghi di culto sul territorio urbano, ingenerando, in almeno alcune realtà, il rischio di pericoli per la sicurezza dei luoghi. Il problema è stato al centro di diverse sentenze ed è attualmente oggetto di discussione di una proposta di legge depositata in Parlamento.

New reflections on the debate about urban planning law, places of worship and equality of religious confessions. Which are the prospects?

With a very general provision, the decree n. 117/2017 allows social promotion associations to carry out their activities in locations assuming the compatibility of the premises with all intended uses of the homogeneous urban planning classes. This rule facilitates the establishment of social associations in the urban areas and has allowed many premises, benefiting from the urban planning exemption, to be transformed into churches and mosques, with the consequent risk of large gatherings. The problem has been addressed several times by tribunals, but some aspects of this topic remain uncertain. A bill submitted to Parliament intends to deal with the issue, but its content seems to raise other important questions.

L'ordinamento delle Città metropolitane: alcuni interrogativi rimasti insoluti

di Sergio Pignataro

Sommario: 1. Costituzione e Città metropolitane: alcuni profili critici – 2. Le novità introdotte dalla l. n. 56/2014 – 3. Una giurisprudenza costituzionale non del tutto convincente – 3.1. Gli enti intermedi nelle Regioni a statuto speciale – 4. La riforma legislativa in corso – 5. Un'ipotesi di revisione costituzionale – 6. Note conclusive.

1. *Costituzione e Città metropolitane: alcuni profili critici*

L'istituzione delle Città metropolitane in Italia, avvenuta con la legge 7 aprile 2014, n. 56 – c.d. legge Delrio[1], recante: «Disposizioni sulle Città

[1] Su tale legge, tra gli studi monografici, v. F. Fabrizzi, G.M. Salerno (a cura di), *La riforma delle autonomie locali nella legge Delrio*, Napoli, Jovene, 2014; A. Sterpa (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta. Commento alla legge 7 aprile 2014, n. 56*, Napoli, Jovene, 2014; L. Vandelli (a cura di), *Città metropolitane, Province, unioni e fusioni di Comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56, commentata comma per comma*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014; F. Pizzetti, *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove Province e unioni di Comuni. Legge 7 aprile 2014, n. 56 (legge "Delrio")*, Milano, Giuffrè, 2015; B. Di Giacomo Russo, A. Tarzia (a cura di), *Il nuovo governo locale. Analisi della legge n. 56 del 2014*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; M. Mistri, D. Trabucco, *La riforma delle Province e delle Città metropolitane in Italia: una analisi critica*, Padova, Cleup, 2015; G.F. Ferrari (a cura di), *Nuove Province e Città metropolitane: Atti del Convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, Milano, Dipartimento di Studi giuridici dell'Università Bocconi, 15 aprile 2016*, Torino, Giappichelli, 2016; G. Mobilio, *Le Città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, Torino, Giappichelli, 2017; M.R. Ricci, *La Città metropolitana nell'ordinamento giuridico italiano. Percorsi istituzionali e profili di criticità*, Bologna, il Mulino, 2020.

Sugli enti "di area vasta" (Città metropolitane e Province), alla luce della legge Delrio, v., altresì, a titolo meramente esemplificativo, i più brevi contributi di: B. Caravita di Toritto, *Città metropolitana ed area vasta: peculiarità ed esigenze del territorio italiano*, in *www.federalismi.it,* 2014; S. Staiano, *Tecniche normative e qualità della normazione: il caso della Città metropolitana*, ivi; F. Patroni Griffi, *La Città metropolitana nel disegno generale del riordino del territorio*, ivi; A. Lucarelli, *Le Città metropolitane. Tipi di Stato e trasformazioni territoriali*, ivi; Id., *La Città metropolitana. Ripensare la forma di stato ed il ruolo di Regioni ed enti locali: il modello a piramide rovesciata*, ivi; D. Mone, *Città metropolitane. Area, procedure, organizzazione del potere, distribuzione delle funzioni*, ivi; D. Del Gaizo, *Riforme costituzionali e riorganizzazione territoriale*, ivi; Giu. Serges, *Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla* Metropolitan Culture *dei primi del '900 alla riforma Delrio*, ivi; G. Vesperini, *La legge "Del-*

metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni» –, ha lasciato spazio a diversi interrogativi ed incertezze.

La legge predetta è stata varata, invero, dopo un lungo e travagliato percorso di riforma avviato con la legge 8 giugno 1990, n. 142 (Ordinamento delle autonomie locali) e rimasto integralmente inesitato, per quanto attiene agli enti metropolitani, anche dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (t.u.e.l.)[2].

---

rio": il riordino del governo locale. Il disegno del nuovo governo locale: le Città metropolitane e le Province, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 785 ss.; C. Tubertini, *La legge "Delrio": il riordino del governo locale. Le norme in materia di unioni e fusioni*, ivi, 794 ss.; A. Patroni Griffi, *Città metropolitana: per un nuovo governo del territorio*, in *www.ibattellidelreno.it*, 2014; C. Tubertini, *Area vasta e non solo: il sistema locale alla prova delle riforme*, in *Le ist. fed.*, 2014, 197 ss.; F. Merloni, *Sul destino delle funzioni di area vasta nella prospettiva di una riforma costituzionale del Titolo V*, ivi, 215 ss.; Y. Guerra, *Le Città metropolitane: a che punto siamo?*, ivi, 5 ss.; A. Spadaro, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, in *www.federalismi.it*, 2015; F. Pizzetti, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto. Il diverso ruolo e l'opposto destino delle Città metropolitane e delle Province*, in *www.rivistaaic.it*, 2015; Id., *Le Città metropolitane per lo sviluppo strategico del territorio: tra livello locale e livello sovranazionale*, in *www.federalismi.it*, 2015; C. Pinelli, *Gli enti di area vasta nella riforma del governo locale di livello intermedio*, in *Le ist. fed.*, 2015, 569 ss.; E. Furno, *Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali*, in *www.federalismi.it*, 2015; L. Vandelli, *Città metropolitane*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, Giuffrè, 2016, 81 ss.; R. Bin, *La riorganizzazione del sistema regionale e locale: dall'attuazione della l. n. 56/2014 alla riforma costituzionale*, in *www.robertobin.it*, 2016; A. Patroni Griffi, *Le Città metropolitane nel guado costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2016; C. Tubertini, *Nuove dinamiche territoriali e logiche metropolitane: spunti per le Città medie e le aree interne*, in *Le ist. fed.*, 2016, 857 ss.; C. Feliziani, *Le funzioni amministrative di Province e Città metropolitane nella legge Delrio e nel quadro della riforma costituzionale in fieri*, in *www.giustamm.it*, 2016; F. Fabrizzi, A. Sterpa, *Città metropolitane*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Torino, Utet, 2017, 159 ss.; L. Vandelli, *Ruolo e forma di governo delle Città metropolitane. Qualche riflessione*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2018; V. Teotonico, *Spunti critici sulla "questione metropolitana" italiana*, in *www.federalismi.it*, 2020, 360 ss.; G. Gasperoni, M. Caporale, *Cinque anni dopo. Le disfunzionalità del sistema elettorale e la debole efficacia rappresentativa dei Consigli metropolitani*, in *www.federalismi.it*, 2021, 85 ss.; G.F. Ferrari, *Le Città metropolitane in Italia*, ivi, 2022, 404 ss.; Y. Guerra, *Il ruolo delle Città metropolitane alla luce della sentenza n. 240 del 2021:* governance *metropolitana e funzioni*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2022, 111 ss.; L. Maccarone, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni intorno alla Città metropolitana anche alla luce della sentenza n. 240/2021 della Corte costituzionale*, in *www.nuoveautonomie.it*, 2022, 645 ss.; M.G. Nacci, *Le Città metropolitane a otto anni dalla Legge istitutiva: ruolo, identità e prospettive di riforma*, in *https://ojs.cimedoc.uniba.it,* 2022, 45 ss. Sia consentito il rinvio, altresì, a S. Pignataro, *Organi di governo e principio democratico nelle Città metropolitane: una questione ancora aperta*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2023.

[2] Cfr. C. Deodato, *Le Città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive*, in *www.federalismi.it*, 2013, 7 ss., il quale evidenzia che diversi tentativi di istituire i nuovi enti sono falliti per

Le perplessità in merito, al di là delle posizioni di quanti non ravvisano neppure la ragion d'essere delle amministrazioni metropolitane nel nostro ordinamento per come sono (attualmente) concepite[3], si ricollegano, in parte, a scelte discutibili sul piano politico compiute dal legislatore nazionale del 2014 e, ancor più, a prescrizioni dettate dalla l. n. 56/2014 la cui compatibilità con il dettato costituzionale risulta dubbia.

Al contempo, le suddette criticità di ordine costituzionale derivano o risultano amplificate dall'estrema laconicità delle disposizioni concernenti gli enti metropolitani, introdotte, al supremo livello normativo, dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, di revisione del Titolo V, Parte II, della Carta Repubblicana, nel cui solco si è inserita la riforma Delrio.

Tra le lacune appalesate dal Testo costituzionale, va considerata la formulazione dell'art. 114 Cost., che fa semplice menzione delle Città metropolitane, inserendo la relativa locuzione tra Province e Regioni e in posizione mediana tra i Comuni e lo Stato. E ciò, sia al comma 1, dove fa riferimento ad esse quali enti costitutivi della Repubblica, sia al comma 2, dove le definisce, simmetricamente agli altri enti territoriali ad autonomia costituzionalmente garantita, «enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni, secondo i principi fissati dalla Costituzione».

In tal modo, opera un rinvio in bianco al legislatore ordinario, non chiarendo, a monte, se le amministrazioni metropolitane debbano essere aggiuntive alle Province, ovvero sostitutive/alternative ad esse, seppur, ovviamente, in determinate aree del Paese.

In una simile direzione si colloca, poi, l'art. 117 Cost., che, al comma 2, lett. p), nel ripartire la potestà legislativa tra Stato e Regioni, attribuisce allo Stato la competenza, in via esclusiva, a disciplinare la materia: «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane», omettendo di precisare, tra l'altro, a chi dei due soggetti (Stato o Regioni) spetti "istituire" gli enti metropolitani.

Resta indefinito ed ambiguo, quindi, se la competenza sia ascritta

---

vari motivi, quali l'indeterminatezza del concetto di area metropolitana, le resistenze dei Comuni e delle Province e la colpevole inerzia delle Regioni, l'estrema eterogeneità delle aree qualificate dalle diverse leggi come metropolitane (per struttura urbanistica, composizione socio-economica, rapporto demografico e territoriale tra il Comune capoluogo e l'*hinterland*, configurazione della concentrazione urbana).

[3] Cfr., ad esempio, V. Teotonico, cit., 363 ss. e, spec., 393, secondo cui «il preteso riordino» (in vista del quale la l. n. 56/2014 è stata adottata), «ha finito, paradossalmente, per produrre un ennesimo elemento di confusione, se non di vera e propria incoerenza, nel nostro sistema autonomistico».

implicitamente allo Stato per ragioni tutte da stabilire e argomentare, oppure se sia riconducibile, in modo più immediato ma non necessariamente giuridicamente più corretto, alle singole Regioni, in virtù della clausola di residualità, sancita, in via generale, dal comma 4 del medesimo art. 117 Cost.

Il revisore del Titolo V, Parte II, Cost. del 2001 non è intervenuto affatto sull'art. 133 Cost. Di conseguenza, esso non risolve, neanche in tale sede, l'interrogativo circa la titolarità, statale o regionale, ad istituire gli enti metropolitani, né integra o coordina la procedura di istituzione o modifica delle circoscrizioni provinciali e comunali con quella delle Città metropolitane. Ciò, laddove l'articolo in questione detta, invece, norme in ambo le direzioni, riferite a Province e Comuni.

Ebbene, considerato che il tema delle Città metropolitane è assai vasto e complesso, si focalizzerà l'attenzione solo su alcuni dei punti che potrebbero risultare di maggior interesse.

Su tale presupposto, si affronteranno le problematiche sottese o conseguenti ai vuoti o all'eccessiva stringatezza delle suddette previsioni della Carta fondamentale, esaminate in correlazione alle scelte operate dalla legge Delrio e alle posizioni assunte dalla Corte costituzionale, con un cenno alla situazione relativa agli enti intermedi nelle Regioni a statuto speciale.

Si elaborerà, inoltre, qualche riflessione circa la prospettiva di intervento, mediante legge ordinaria, sull'ordinamento degli enti locali e, in particolare, sulla forma di governo e sul sistema elettorale metropolitano, nonché in merito al riordino delle relative funzioni fondamentali.

Si farà un cenno ad alcuni profili relativi a possibili interventi del legislatore costituzionale.

Infine, si cercherà di trarre alcune brevi conclusioni.

2. *Le novità introdotte dalla l. n. 56/2014*

La legge Delrio[4] ha istituito direttamente, nelle Regioni a statuto ordinario, le dieci Città metropolitane ivi elencate[5], le quali sono subentrate, senza variazione dei confini territoriali, alle Province omonime[6].

[4] V. art. 1, comma 5, primo periodo.

[5] Si tratta di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Bari, Napoli e Reggio Calabria.

[6] Esse sono succedute alle Province omonime in tutti i rapporti attivi e passivi, acquisendone il patrimonio, il personale e le risorse strumentali ed esercitandone le funzioni, nel rispetto degli

La normativa in esame detta, inoltre, alcune disposizioni[7] riferite alle Regioni a statuto speciale, le quali detengono potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli enti locali e relative circoscrizioni[8].

Per il resto, la l. n. 56/2014 non prescrive alcun preventivo atto di impulso o di iniziativa, né alcuna procedura di consultazione delle comunità locali e regionali propedeutici all'istituzione degli enti metropolitani.

E, proprio in merito all'opzione legislativa di far coincidere i territori delle Città metropolitane con quelli delle Province contestualmente soppresse, sorge un primo problema. Non a caso, la scelta legislativa in

equilibri di finanza pubblica e degli obiettivi del patto di stabilità interno, a norma dell'art. 1, commi 12, 16, 18 e 47, della stessa legge.

[7] V. art. 1, comma 5, secondo periodo, e commi 53 e 145.

[8] In particolare, viene attribuita espressamente la possibilità di creare Città metropolitane alla Sicilia, che annovera quelle di Palermo, Messina e Catania, alla Sardegna, ove è istituita quella di Cagliari e ora, pure, quella di Sassari, nonché al Friuli-Venezia Giulia, che, al momento, non ha sfruttato tale possibilità.

questione è apparsa, talora, di dubbia legittimità costituzionale[9] o, talvolta, poco meditata[10] o discutibile[11].

Si tratta di un aspetto di importanza centrale, poiché una perimetrazione corretta del territorio delle Città metropolitane riverbera effetti assai positivi sotto il profilo dell'efficacia e dell'economicità della loro azione[12]. Del resto, molte delle perplessità sulla sostituzione *tout court* delle Province con le Città metropolitane sono sorte in seguito a una valutazione non solo giuridica, quanto sociale, economica e geografica[13].

Autorevole dottrina[14] ha osservato che, esclusa la Città di Roma, solamente per la Città di Napoli si può pensare ad una coincidenza piena con la Provincia e, al limite, per Milano. In tutti gli altri casi il ritaglio del territorio avrebbe potuto e dovuto essere assai meno meccanico.

Non sarebbe stato logico, invece, adottare previsioni analoghe in riferimento alla Valle d'Aosta, dove, per la ridotta superficie, non esiste un livello di governo sovracomunale, e per il Trentino-Alto Adige, suddiviso nelle Province autonome di Trento e Bolzano, che hanno prerogative maggiori di quelle spettanti alle Città metropolitane. Cfr. V. Teotonico, cit., 387-388, nt. 88.

[9] Cfr. B. Caravita di Toritto, cit., 4.

[10] Cfr. M.C. Romano, *Enti locali. Provincia e Città metropolitana*, in *www.treccani.it*, 2014, la quale evidenzia come tale meccanica coincidenza non sembrerebbe del tutto rispettosa dell'esigenza di determinare il territorio della Città metropolitana non già secondo aprioristici automatismi, bensì in applicazione di canoni fondati sull'oggettiva identificabilità di realtà socio-economico-culturali omogenee. Sul punto, I. Nicotra, *Verso la Carta delle Autonomie: ancora una occasione perduta?*, in A. Piraino (a cura di), *Verso la Carta delle Autonomie locali. Novità, limiti, proposte*, Roma, Donzelli, 2007, 59, sottolinea che, mentre la Provincia è un soggetto di governo di un territorio "misto", in parte urbanizzato, in parte agricolo, disseminato di Comuni con comunità distinte, l'ente metropolitano insiste o dovrebbe insistere su un territorio avente i caratteri omogenei della grande conurbazione, che si estende, senza soluzione di continuità, in uno spazio intercomunale, vieppiù segnato da una complessa rete di fenomeni che investono, tra l'altro, la produzione, i servizi, i modelli culturali e le relazioni dei soggetti.

[11] Cfr. M.G. Nacci, cit., spec. 48 ss.

[12] In tal senso v. B. Caravita di Toritto, cit., 5. A tal proposito, F. Bartaletti, *Il mosaico amministrativo dell'Italia tra progetti di riforma e realtà geografica*, in M. Castelnovi (a cura di), *Il riordino territoriale dello Stato. Riflessioni e proposte della geografia italiana*, Roma, Società geografica italiana, 2013, 72, ritiene che, per individuare e delimitare un'area metropolitana, occorra accertare, prima di tutto, se la potenziale Città centrale (Comune capoluogo) abbia o meno funzioni tali da poterne costituire il fulcro; quindi, aggregare, all'area, i Comuni limitrofi in base a criteri scientifici (demografici, urbanistici, economici ecc.); infine, verificare se il complesso urbano, così ottenuto, abbia una certa omogeneità geografica e possieda funzioni propriamente metropolitane.

[13] Cfr. B. Caravita di Toritto, cit., 4.

[14] V. le osservazioni di B. Caravita di Toritto, cit., 4-5. Sul punto cfr., inoltre, C. Deodato, cit., 10-11.; F. Fabrizzi, *L'attuazione della legge Delrio nelle Regioni del Sud*, in *Le Reg.*, 2017, 969-970.

Ebbene, a parte le ragioni di opportunità di una simile generale e automatica coincidenza, esaminando la problematica su un piano strettamente giuridico, va detto che la riforma Delrio[15] prevede che il territorio della Città metropolitana «coincide con quello della Provincia omonima, ferma restando l'iniziativa dei Comuni, ivi compresi i Comuni capoluogo delle Province limitrofe, ai sensi dell'articolo 133, primo comma, della Costituzione, per la modifica delle circoscrizioni provinciali limitrofe e per l'adesione alla Città metropolitana».

Dunque, la previsione legislativa generale della l. n. 56/2014 appare mitigata dall'opzione concessa dalla medesima normativa, che lascia impregiudicate le scelte delle comunità locali di riferimento, consentendo a Comuni o gruppi di Comuni la facoltà di "entrare" nell'ambito metropolitano, pur nel rispetto della procedura prescritta dalla richiamata disposizione costituzionale.

La legge suddetta non si pronuncia, invece, sull'evenienza inversa, di Comuni che intendano "uscire" da essa[16].

In base alla stessa normativa[17], poi, qualora la Regione interessata abbia espresso «parere contrario, in tutto o in parte, con riguardo alle proposte formulate dai Comuni, il Governo promuove un'intesa tra la Regione e i Comuni interessati». Nel caso in cui tale intesa non fosse raggiunta, il Consiglio dei Ministri, «sentita la relazione del Ministro per gli Affari regionali e del Ministro dell'Interno, udito il parere del Presidente della Regione, decide, in via definitiva, in ordine all'approvazione e alla presentazione al Parlamento del disegno di legge contenente modifiche territoriali di Province e Città metropolitane» ai sensi dell'art. 133, comma 1, Cost.[18].

Potrebbe eccepirsi che la legge in parola si allinei solo in parte al disposto dell'art. 133, comma 1, Cost.; norma che sembra presupporre, non a caso, un atto preventivo di "impulso" (ossia un'iniziativa spontanea) dei Comuni, una (libera) intesa con la Regione e la presentazione di un apposito disegno di legge statale "recettivo" delle indicazioni provenienti dagli enti (regionale e comunali) interessati di modifica delle circoscrizioni provinciali. Mentre, nella fattispecie, si tratterebbe di una decisione (politica) imposta, immediatamente, dall'alto e a livello centrale, ossia dalla l. n. 56/2014[19]. Ma,

[15] V. art. 1, comma 6, primo periodo.

[16] Cfr. B. Caravita di Toritto, cit., 3-4.

[17] V. art. 1, comma 6, secondo e terzo periodo.

[18] Sul punto cfr. G.M. Salerno, *Sulla soppressione-sostituzione delle Province in corrispondenza all'istituzione delle Città metropolitane: profili applicativi e dubbi di costituzionalità*, in *www.federalismi.it*, 2014, 3.

[19] La Corte costituzionale, sentenza 19 luglio 2013, n. 220, ha ricordato che «sin dal dibattito in Assemblea Costituente è emersa l'esigenza che l'iniziativa di modificare le circoscrizioni provinciali

ad un esame più attento, pare corretto inquadrare la questione in termini differenti, come si espliciterà meglio nel paragrafo seguente.

Va aggiunto che la legge Delrio non precisa l'entità minima, in termini di abitanti e/o di superficie, affinché una Provincia (Comune capoluogo e annessi Comuni "satellite", con le relative periferie), possa "evolvere" in Città metropolitana.

Tuttavia, è da ritenersi che una simile previsione sarebbe stata poco utile, non potendo una disposizione contenuta in una legge ordinaria vincolare il futuro legislatore.

Infine, la l. n. 56/2014 si affianca al d.lgs. n. 267/2000, senza superarlo e senza neppure rinviare ad esso. E ciò, quantomeno nella parte in cui quest'ultimo decreto legislativo, all'art. 22, comma 1, stabilisce determinati requisiti (zone ove sorgano Comuni capoluogo e altri Comuni, i cui insediamenti si trovino con i primi in «rapporti di stretta integrazione territoriale e in ordine alle attività economiche, ai servizi essenziali, alla vita sociale, nonché alle relazioni culturali e alle caratteristiche territoriali»), affinché le Province con le relative circoscrizioni, aventi una certa connotazione, possano "cedere il posto" a Città e aree metropolitane.

Nel complesso, si desume che il legislatore nazionale del 2014 sia partito dal presupposto che:

- la potestà di istituire le Città metropolitane sia prerogativa del legislatore statale;
- queste debbano essere immediatamente individuate dal legislatore medesimo e succedere integralmente alle Province contestualmente soppresse;
- per istituire una o più Città metropolitane non si deve osservare o estendere il procedimento previsto per l'istituzione delle Province e per la modificazione delle relative circoscrizioni territoriali.

Procedendo con ordine, va detto che la Costituzione non afferma che le Città metropolitane debbano essere alternative/sostitutive delle Province, né tantomeno che esse debbano fare subingresso alle amministrazioni provinciali aventi determinate caratteristiche, specie dimensionali e demografiche, tenendo conto, anche, verosimilmente, di analoghe realtà estere.

Nella Costituzione (artt. 114, 118, 119 e 120), le locuzioni Province e Città metropolitane sono posizionate tra i Comuni e le Regioni, separate da

– con introduzione di nuovi enti, soppressione di quelli esistenti o semplice ridefinizione dei confini dei rispettivi territori – fosse il frutto di iniziative nascenti dalle popolazioni interessate, tramite i loro più immediati enti esponenziali, i Comuni, non il portato di decisioni politiche imposte dall'alto».

una virgola e non da una congiunzione disgiuntiva "o", come previsto immediatamente prima della stesura definitiva del disegno di legge costituzionale, divenuto l. cost. n. 3/2001.

Non si tratta, però, di una circostanza determinante, anche se l'utilizzo di una "o" disgiuntiva, nel contesto in esame, avrebbe chiarito meglio la volontà del legislatore costituzionale.

Appare implicita, infatti, la *ratio* di evitare il dualismo sul medesimo territorio, inteso *stricto sensu*, sia dell'uno, che dell'altro ente intermedio[20]. Né può trascurarsi il fatto che, nell'ambito degli stessi lavori preparatori del disegno di legge costituzionale, divenuto l. cost. n. 3/2001, doveva tenersi in debito conto di come le amministrazioni metropolitane fossero configurate nella legislazione ordinaria.

Allo stato attuale, va considerato che la legge Delrio prevede che le Città metropolitane svolgano le medesime funzioni delle Province, sop-

[20] Cfr. V. Cerulli Irelli, cit., 6-7, il quale rimarca che il testo della riforma costituzionale, arrivato quasi alla fine, prevedeva la presenza della particella "o", cioè recava la dicitura «Province o Città metropolitane». Esso fu modificato e, in luogo della particella "o", fu introdotta una virgola: «Province, Città metropolitane». L'Autore sottolinea che la Città metropolitana prende il luogo della Provincia. Ma la Città metropolitana prende anche il luogo del Comune capoluogo, nonché degli altri Comuni che con esso si aggregano. Come la Provincia scompare dentro la Città metropolitana, così anche il Comune capoluogo scompare; e gli altri Comuni dell'area. E il territorio metropolitano viene al suo interno frazionato in una serie di enti di governo, che possono essere denominati municipi o forse anche Comuni, enti di dimensione non corrispondente a quella del Comune capoluogo, ma corrispondente, grosso modo, a quella dei piccoli Comuni dell'area, da una parte, e a quella delle circoscrizioni del Comune capoluogo, dall'altra parte.

presse contestualmente al loro subentro, con l'aggiunta di funzioni diverse e ulteriori[21].

Rebus sic stantibus, *nulla quaestio*.

Dal punto di vista teorico, però, non può escludersi del tutto che il legislatore ordinario possa intervenire, prevedendo la "coabitazione" delle Città metropolitane e delle Province nello stesso ambito territoriale.

Si potrebbe, in tal caso, ipotizzare una duplice prospettiva.

La prima è che il legislatore medesimo attribuisca ai due enti di area vasta competenze completamente distinte e, in tal caso, ci si troverebbe, quantomeno, di fronte ad una situazione difficilmente sostenibile. Una simile scelta legislativa sarebbe, infatti, in contrasto con il principio "*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*", con pesanti ripercussioni sul piano economico-finanziario (aggravio delle spese derivanti dalla duplicazione di strutture, di personale ecc.).

Ove, poi, il legislatore ordinario prevedesse l'istituzione, al medesimo livello territoriale, sia della Città metropolitana sia della Provincia, senza una distinzione netta di funzioni, si registrerebbe un'anomalia molto grave, ossia un problema di reale e oggettiva "impossibilità di coesistenza" delle due amministrazioni; e ciò, indipendentemente dalla circostanza che i Comuni presenti facciano parte, tutti e al tempo stesso, della circoscrizione di entrambi gli enti intermedi.

In tale remota evenienza, si verificherebbero inevitabili sovrapposizioni e duplicazioni di funzioni tra i due enti, con effetti gravissimi sull'ordinato svolgimento delle attività amministrative e, quindi, sul piano

---

Per Giu. Serges, *Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla* Metropolitan Culture *dei primi del '900 alla riforma Delrio*, cit., 66, l'istituzione di una Città metropolitana, che può avvenire con una semplice legge (regionale o statale, resta da chiarirsi), non implica necessariamente l'abolizione della corrispondente Provincia e questo non solo perché ciò creerebbe disparità tra i Comuni "provinciali" e quelli "metropolitani", visto anche il diverso ruolo che questi due enti dovrebbero rivestire, ma pure perché la Città metropolitana, se occorresse, potrebbe ricoprire una porzione di territorio anche inter-provinciale e – perché no? – inter-regionale.

[21] Sulle funzioni delle Città metropolitane v., tra gli altri, A. Vigneri, *Le funzioni della Città metropolitana*, in *www.astrid-online.it*, 2013; P.L. Portaluri, *Le Città metropolitane*, in F. Fabrizzi, G.M. Salerno (a cura di), cit., spec. 40 ss.; G. Piperata, *Art. 1, commi 44, 45 e 46. Le funzioni della Città metropolitana*, in A. Sterpa (a cura di), cit., 138 ss.; L. Vandelli, *Città metropolitane*, cit., 86 ss.; G. Mobilio, *Le Città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, cit., 303 ss.; F. Furlan, *Le funzioni delle Città metropolitane, tra statuti e leggi regionali attuative della riforma Delrio*, in G.F. Ferrari (a cura di), cit., 75 ss.; M.R. Ricci, cit., 37 ss. e, spec., 123 ss.

della efficienza. Questa situazione si porrebbe in aperto contrasto sia con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., sia con il principio del buon andamento di cui all'art. 97, comma 2, Cost., determinandosi una vera "paralisi amministrativa"[22].

In ogni caso, sebbene inespresso nel Testo fondamentale, una interpretazione conforme al complessivo dettato costituzionale sembra escludere, gradatamente, la duplice possibilità illustrata ed avallare la necessaria alternatività tra enti metropolitani e Province.

Per quanto riguarda queste ultime, non vi sono previsioni, in Costituzione, circa la loro eventuale soppressione. Le Province, ovvero la stragrande maggioranza di esse, sono di vecchio conio[23], esistendo da diversi decenni prima dell'approvazione della Costituzione. La Carta Repubblicana ha preso atto, quindi, dell'esistenza e operatività di tali amministrazioni e le ha costituzionalizzate.

Per le Città metropolitane la situazione è diversa, in quanto esse figurano nella legislazione ordinaria (nella fattispecie l. n. 142/1990) a decorrere da circa un quarantennio dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale.

Il suo revisore del 2001, pur non recependo espressamente alcuno dei connotati stabiliti dalla legge ordinaria allora (integralmente) vigente (Capo III, artt. 22-26, d.lgs. n. 267/2000), ha conferito a tali amministrazioni un riconoscimento costituzionale e una configurazione di enti necessari e costitutivi della Repubblica, senza ulteriori specificazioni.

Non si può ignorare la circostanza per cui anche le Città metropolitane, al pari delle Province, godano di garanzia costituzionale; sicché, non istituirle, con legge ordinaria, nei più "importanti", vasti e popolosi contesti territoriali sub-regionali, in luogo (evidentemente) delle corrispondenti amministrazioni provinciali, avrebbe integrato, o significherebbe perpetrare, una violazione implicita del Testo fondamentale.

Poiché le Città metropolitane figurano nella Costituzione, ciò significa che, una volta costituite in un certo numero, con legge ordinaria, non possono essere (certamente) abolite del tutto. Non appare, invece, di per sé illegittima una legge ordinaria che, in considerazione del fatto che pochi

[22] In una simile evenienza, si renderebbe necessario un intervento della Corte costituzionale che, per le ragioni indicate, dichiari illegittime le relative previsioni, ovvero, quantomeno, determini un diverso assetto e distribuzione di compiti amministrativi tra i due enti intermedi.

[23] Come dimostrava l'art. 74 dello Statuto Albertino secondo cui: «Le istituzioni comunali e provinciali e la circoscrizione dei Comuni e delle Provincie sono regolati dalla legge».

enti metropolitani sono "degni" o "meritano" tale qualificazione, possa ridimensionarne la presenza sul territorio.

In realtà, si è talora ravvisata la necessità di una legge costituzionale che abolisse le Province, prima di istituire le Città metropolitane[24]. Ciò, però, appare eccessivo, se si considera che le Città metropolitane sono concepite come enti destinati a subentrare solo ad alcune amministrazioni provinciali, ossia a quelle che si trovano in determinate zone e che detengono peculiari caratteri.

Sotto altro profilo, è apparsa talora dubbia la legittimità costituzionale della soppressione, attraverso la legge ordinaria (statale), di una o più Città metropolitane, una volta che siano state istituite (ipotesi, per la verità, allo stato attuale, non verificatasi)[25].

---

[24] V. A. Spadaro, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, cit., 12 ss. e, spec., 14 ss. il quale ha evidenziato che, ai sensi della l. n. 56/2014, nei territori dove si costituiscono le Città metropolitane, le Province vengono, piuttosto che formalmente abolite, sostanzialmente del tutto "svuotate" di funzioni, competenze, poteri, beni e personale, ponendosi l'interrogativo se tutto ciò possa avvenire con una semplice legge ordinaria. Se è apparso indubbio che il legislatore statale sia abilitato ad intervenire in materia, innovando la disciplina relativa agli enti in esame [art. 117, comma 2, lett. p), Cost.], ciò non vuol dire che esso possa anche "cancellare" le competenze di un ente come la Provincia *tout court*, svuotando di senso l'esistenza dell'ente stesso e, di fatto, eliminandolo. In altre parole, il potere riconosciuto al legislatore statale dalla predetta norma costituzionale non può esplicarsi *in fraudem Constitutionis* e determinare lo svuotamento totale delle funzioni, delle competenze, dei poteri e dei beni di un ente che è, invece, costituzionalmente protetto e garantito, e al quale la Costituzione riconosce autonomia statutaria, amministrativa e finanziaria (artt. 5, 114, comma 1, 118, commi 1 e 2, e 119, commi 1 e 4, Cost.).

[25] Giu. Serges, *Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla* Metropolitan Culture *dei primi del '900 alla riforma Delrio*, cit., 81-82, ha rilevato che se non vi è un obbligo, per il legislatore ordinario, di istituire l'amministrazione metropolitana, la quale si può definire ente "a costituzione eventuale", una volta che essa sia istituita o ne venga prevista l'istituzione acquisirà la qualifica di "ente necessario", al pari degli altri enti locali, e diventerà sopprimibile soltanto con legge approvata *ex* art. 138 Cost. In altri termini, non trattandosi di un'amministrazione che deve necessariamente esistere su tutto il territorio nazionale, finché l'organo competente non stabilisca dove, come e quando la Città metropolitana debba essere istituita non si può parlare di ente "necessario". Ciò in quanto, da un lato, se non costituita, essa ancora non esiste e, dall'altro, la Costituzione nulla dice riguardo al "dove, come e quando" istituirla. Del resto, è bene che la Costituzione non abbia definito dove far sorgere le Città metropolitane perché ciò avrebbe sconfessato la natura delle amministrazioni in questione, che implica che debbano essere istituite dove, come e quando servano. In ipotesi, le Città metropolitane avrebbero potuto non essere mai istituite, se gli organi titolari del compito di farlo non ne avessero ravvisato l'esigenza; mentre, una volta istituite, acquisiscono

A quest'ultimo interrogativo sembra potersi dare una risposta affermativa, sussistendo oggettivamente i diversi presupposti.

Trattandosi di enti che non devono essere istituiti dovunque, ma solo se e dove il legislatore ne ravvisi l'esigenza, sembra non esserci ostacolo a che lo stesso legislatore ordinario possa sopprimere una o singole Città metropolitane ove, per mutamenti demografici (es. decremento consistente della popolazione) o variazioni del tessuto culturale, economico e sociale, vengano meno i presupposti per il loro "mantenimento", ovvero ravvisi che siano state ritenute erroneamente sussistenti le condizioni al momento dell'istituzione.

È evidente, comunque, che, salvo casi eccezionali, non dovrebbe mai potersi pervenire a sopprimere, con legge ordinaria, Città metropolitane come Roma, Milano o Torino.

Sarebbero, poi, esposte ad annullamento, segnatamente per violazione del principio di ragionevolezza, ipotetiche disposizioni legislative che dovessero statuire la soppressione di Città metropolitane grandi o medio-grandi (si allude, oltre che a Roma, Milano, Torino e Napoli, anche a Bologna e Bari) e mantenere in vita altre, minori (come Reggio Calabria e Venezia). E ciò, non solo in relazione al fattore della superficie, quanto in riferimento a elementi forse più significativi, quali la natura e la conformazione del territorio, le dimensioni, il numero di abitanti e la densità demografica dei relativi Comuni capoluogo, le caratteristiche economico-sociali dell'area ecc.

Certo, una volta soppressa una Città metropolitana, la legge (ordinaria statale) dovrebbe, presumibilmente, stabilire la "ricostituzione" della Provincia preesistente ovvero, al limite, il transito dei Comuni facenti parte della Città metropolitana soppressa in una o più Province o Regioni attigue, in osservanza delle garanzie procedurali previste, rispettivamente, dagli artt. 133, comma 1, e 132, comma 2, Cost.

Resterebbe sicuramente impregiudicato il sindacato di una legge che stabilisse una "sostituzione massiccia" di Province, con il correlativo subentro di enti metropolitani, determinando una situazione di "sostanziale squilibrio" nell'assetto dei poteri locali e, dunque, una (palese) violazione del dettato costituzionale, quantomeno degli artt. 3, 5, 114 e 118, Cost.

---

la dignità predetta di ente "necessario" e la loro mancata concreta costituzione comporta una inattuazione dell'art. 114 Cost.

Per quanto attiene ai riflessi dell'istituzione dei nuovi enti per le Province, va detto che in numerose Regioni è presente una sola Città metropolitana, in luogo della pregressa Provincia, costituita dal Comune capoluogo di Regione (o, più raramente, capoluogo di Provincia), associato a determinati Comuni ad esso viciniori o limitrofi; mentre residuano altre Province con prerogative intatte.

In altre Regioni non è stata istituita alcuna Città metropolitana.

Infine, al momento, sono stati creati due o più enti metropolitani solo nelle Isole maggiori. Tuttavia, mentre in Sardegna, accanto alle istituite Città metropolitane, continuano ad esistere le ulteriori e diverse Province, in Sicilia, in luogo delle soppresse Province, è stata creata una tipologia differente di enti intermedi prevista dallo statuto, ossia i Liberi Consorzi comunali.

Le amministrazioni provinciali che residuano, di per sé, non vengono esautorate o intaccate e restano impregiudicate nelle loro attribuzioni.

In definitiva, Città metropolitane e Province non paiono configurarsi come enti in "competizione" tra di loro, ove la legislazione si conformi, precipuamente, ai canoni di ragionevolezza, logicità e proporzionalità.

Un ulteriore profilo controverso riguarda la titolarità della potestà legislativa a istituire le Città metropolitane.

Va detto che diversi studiosi[26] si sono schierati, nella stessa direzione

[26] V. G.M. Salerno, *Sulla soppressione-sostituzione delle Province in corrispondenza all'istituzione delle Città metropolitane: profili applicativi e dubbi di costituzionalità*, cit., 12. Sembra orientato nella medesima direzione V. Cerulli Irelli, *La Provincia metropolitana*, in *www.astrid-online.it*, 2013, 5, secondo cui «compito di costruire i lineamenti del nuovo ente è del legislatore statale, non di quello regionale», in virtù dell'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. Cfr., anche, C. Deodato, cit., 9-10, il quale rileva che, nell'impossibilità di applicare analogicamente l'art. 133 Cost., il silenzio della Costituzione sui caratteri territoriali essenziali delle Città metropolitane e sulla procedura di istituzione non può che significare l'implicita attribuzione alla legislazione ordinaria (statale) del compito, per un verso, di identificare sul territorio nazionale le aree sulle quali costituire le amministrazioni metropolitane e, per un altro, di definirne le modalità istitutive. V., pure, A. Patroni Griffi, *Le Città metropolitane nel guado costituzionale*, cit., 12, per il quale sembra preferibile ritenere che la istituzione per legge statale delle Città metropolitane costituisca il presupposto per la successiva ripartizione della "materia" in senso stretto tra competenza esclusiva statale e competenza regionale, attenendo, comunque, le materie ivi elencate, all'assetto fondamentale dell'ente, la cui istituzione apparirebbe incongruo demandare alle leggi regionali. Si arriverebbe, seguendo una tale prospettiva, al paradosso per cui si potrebbero avere o non avere Città metropolitane e averne con caratteristiche affatto diverse tra loro, salvo rendere assoggettate ad una uniforme disciplina statale la legislazione elettorale, gli organi di governo e le funzioni fondamentali.

della legge Delrio, sostenendo la sussistenza della potestà legislativa esclusiva statale in materia.

In tale ottica, si è rilevato[27] come, alla luce dell'art. 5 Cost., sia inevitabile che le procedure di istituzione di un nuovo livello ordinamentale, per di più dotato di competenze costituzionalmente previste e garantite, siano disciplinate in modo unitario e, dunque, dalla legge dello Stato, seppure nel rispetto della posizione, del ruolo e dei poteri che la Costituzione riconosce non solo alle Regioni, ma anche agli altri livelli territoriali di governo della collettività nazionale indicati nell'art. 114 Cost. e, quindi, ai Comuni e alle Province[28].

Tra le competenze direttamente connesse ai processi istituzionali in questione e che sono espressamente attribuite allo Stato, vi è quella (predetta) di intervenire in ordine alla legislazione elettorale, agli organi di governo e alle funzioni fondamentali delle Città metropolitane stesse (art. 117, comma 2, lett. p), Cost.). Tale competenza, tuttavia, non potrebbe certo esplicarsi appieno, e anzi risulterebbe irrimediabilmente tronca, se non sostanzialmente muta, se non vi fosse, anche e nel medesimo tempo, quella di determinare le modalità di istituzione, mutamento e soppressione delle Città metropolitane.

Ragioni di efficienza ordinamentale richiedono, insomma, che la definizione degli aspetti essenziali dell'istituzione territoriale, così come di quelli organizzativi e funzionali, siano concentrati nel medesimo livello normativo e collocati al centro dell'intero ordinamento per evidenti motivi di uniformità e di unità giuridica (richiamandosi sul punto anche l'art. 120, comma 2, della Costituzione)[29]. Infine, ma non da ultimo, allo Stato spetta la competenza legislativa di provvedere al mutamento delle circoscrizioni provinciali nel rispetto della procedura di cui all'art. 133, comma 1, Cost. (che comprende anche la «istituzione di nuove Province»). Dopo la riforma del Titolo V, una corretta interpretazione sistematica e adegua-

---

[27] Cfr. G.M. Salerno, *Sulla soppressione-sostituzione delle Province in corrispondenza all'istituzione delle Città metropolitane: profili applicativi e dubbi di costituzionalità*, cit., 12.

[28] Diversamente M. Cecchetti, cit., 7, osserva che è davvero difficile comprendere come lo Stato possa auto-intestarsi una competenza sulla base dell'art. 5 Cost., che non contiene affatto norme sulla distribuzione delle competenze, al tempo stesso dovendo – in tesi – «rispettare la posizione, il ruolo e i poteri che la Costituzione riconosce alle Regioni» e, dunque, in special modo, le competenze legislative a queste ultime attribuite proprio dall'art. 117, comma 4, Cost.

[29] Cfr. G.M. Salerno, *Sulla soppressione-sostituzione delle Province in corrispondenza all'istituzione delle Città metropolitane: profili applicativi e dubbi di costituzionalità*, cit., 12.

trice di questa disposizione può consentire di estendere il procedimento ivi previsto per qualsivoglia mutamento delle circoscrizioni provinciali anche alle esigenze delle Città metropolitane, attribuendo, quindi, alla legge dello Stato atipica, ovvero rinforzata nei termini indicati dall'appena menzionata norma della Carta Repubblicana, pure la disciplina relativa all'istituzione, modifica o soppressione di queste ultime[30].

Similmente, qualche Autore[31] ha espresso l'avviso per cui non sia possibile individuare le funzioni fondamentali delle Città metropolitane senza contestualmente poterne disporre, con la medesima fonte, i confini geografici e la stessa loro costituzione. Sicché, l'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. non può che essere letto ed attuato nel senso di riconoscere al legislatore statale, contestualmente al compito di identificare le funzioni fondamentali spettanti a ciascuna tipologia di ente locale, anche quello, logicamente presupposto e connesso, di definire (in via esclusiva e senza ulteriori vincoli costituzionali) gli ambiti e le modalità istitutive delle Città metropolitane.

Di contro, altri[32] hanno messo seriamente in dubbio la competenza legislativa statale ad istituire tali amministrazioni, rilevando che essa spetti, anche nelle Regioni a statuto ordinario, a queste ultime. Per questo orientamento, l'art. 117 Cost. non contempla espressamente l'istituzione delle Città metropolitane, limitandosi ad affidare alla legislazione esclusiva dello Stato le (predette) materie di cui al suo comma 2, lett. p). Sembra, quindi, davvero difficile sostenere che l'istituzione delle Città metropolitane possa essere ricondotta ad uno dei tre ambiti di potestà legislativa esclusiva statale individuati tassativamente dall'appena menzionata norma costituzionale[33].

In assenza di altri titoli di legittimazione della competenza legislativa ordinaria dello Stato, che risultino rinvenibili nei commi 2 e 3 dello stesso art. 117 o in altre disposizioni costituzionali, non potrebbe che applicarsi

---

[30] V. G.M. Salerno, *Sulla soppressione-sostituzione delle Province in corrispondenza all'istituzione delle Città metropolitane: profili applicativi e dubbi di costituzionalità*, cit., 12.

[31] Cfr. C. Deodato, cit., 10.

[32] Cfr. M. Cecchetti, cit., 5 ss.; G. Mobilio, *Le Città metropolitane non si toccano: la Corte costituzionale si pronuncia sulla legge "Delrio"*, cit., 2 ss.; G.C. De Martin, M. Di Folco, cit., 469; G. Scaccia, *Legislazione esclusiva statale e potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *www.issirfa.cnr.it*, 2007.

[33] Per G. Mobilio, *Le Città metropolitane non si toccano: la Corte costituzionale si pronuncia sulla legge "Delrio"*, cit., 3, le argomentazioni del giudice costituzionale palesano una chiara tendenza espansiva della potestà legislativa statale nei confronti dell'ordinamento degli enti locali.

la disposizione dell'art. 117, comma 4, Cost., ossia la clausola di residualità, da cui si evince che la competenza legislativa ad istituire tali enti spetta, in via generale, al legislatore regionale[34].

Pertanto, rispetto ad un simile quadro, sussisterebbe un solo titolo di legittimazione della legge ordinaria dello Stato ad intervenire nella materia *de qua*. Si tratta della suddetta competenza, espressamente affidata alla legge della Repubblica dall'art. 133, comma 1, Cost. Essa, del tutto fisiologicamente, può venire in considerazione se lo stesso legislatore si determini nel senso di configurare l'ente Città metropolitana come "sostitutivo/alternativo" all'ente Provincia[35].

Per un'altra posizione dottrinaria[36], l'inesistenza di una competenza statale generale concernente l'ordinamento degli enti locali non può comportare che la materia (costituzione delle Città metropolitane) sia "tutta" sottratta allo Stato e rimessa all'esclusiva competenza legislativa delle Regioni, sulla base dell'assioma troppo automatico "potestà residuale – potestà esclusiva", a maggior ragione dopo la riforma del Titolo V e la modifica dell'art. 114 Cost.

Le questioni relative ai tre profili delineati (perimetrazione delle Città metropolitane, esistenza alternativa o aggiuntiva di esse rispetto alle Province, competenza legislativa, statale o regionale, in ordine all'istituzione degli enti metropolitani) sono approdate all'esame della Consulta già a breve distanza dall'entrata in vigore della legge Delrio e saranno analizzate nel paragrafo seguente, con alcune notazioni.

---

[34] Rileva G. Scaccia, cit., par. II.1., che, a stare al senso fatto palese dall'interpretazione letterale dell'art. 117, comma 4, Cost., l'accertamento della competenza (legislativa) sembrerebbe richiedere esclusivamente il ricorso all'*argumentum* e *silentio*. Lo stesso impiego dell'avverbio "espressamente" manifesterebbe l'intento di opporre un freno all'eventuale derivazione di competenze statali da titoli impliciti di attribuzione. La tassatività dell'enumerazione dovrebbe, infatti, impedire, per il suo carattere di eccezionalità rispetto alla regola della competenza regionale, l'integrazione in via analogica delle attribuzioni statali. In argomento cfr., tra gli altri, B. Caravita, F. Fabrizzi, A. Sterpa, *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli enti locali*, Torino, Giappichelli, 2019, 105 ss., con ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale.

[35] Cfr. M. Cecchetti, cit., 7.

[36] Cfr. A. Spadaro, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, cit., 13-14.

3. *Una giurisprudenza costituzionale non del tutto convincente*

Circa l'assenza di una norma costituzionale che chiarisca se, sul medesimo territorio, vi possa essere un "dualismo" tra i due enti di area vasta, oppure se vi debba essere, necessariamente e comunque (ovviamente in presenza di determinati presupposti), un "avvicendamento", e altrettanto dicasi in merito alla questione (meno dibattuta) se sia possibile o no sopprimere, con semplice legge ordinaria, singole Città metropolitane, va detto che alle predette ambiguità ed incertezze avrebbe potuto sopperire una pronuncia puntuale e adeguatamente argomentata della Corte costituzionale; decisione che non è intervenuta. Appare del tutto parziale, lapidario ed insufficiente il cenno da essa fatto, nella sentenza 19 luglio 2013, n. 220, sulla necessità di una legge costituzionale per la soppressione degli enti locali previsti dall'art. 114 Cost. I giudici costituzionali non sono pervenuti alla conclusione «che sull'ordinamento degli enti locali si possa intervenire solo con legge costituzionale». Una legge costituzionale sarebbe «indispensabile solo se si intenda sopprimere uno degli enti previsti dall'art. 114 Cost. o, comunque, si voglia togliere allo stesso la garanzia costituzionale».

Ebbene, non è assodato il significato di detta affermazione della Corte, ossia se essa abbia voluto precisare un principio scontato, riferendosi ad un'intera categoria di enti locali (come le Province), o se sia voluta andare oltre, sancendo la necessità di una disposizione di rango costituzionale pure per la soppressione di un singolo ente, ovvero di un numero ristretto di amministrazioni appartenenti alle categorie di enti "locali" menzionati nell'art. 114 Cost. (e non solo), una volta concretamente istituiti.

Sugli ulteriori aspetti problematici, tratteggiati in precedenza, si è espressa la Corte costituzionale, che, con sentenza 26 marzo 2015, n. 50, fortemente criticata, sotto diversi profili, da cospicua parte della dottrina[37], ha affermato la legittimità delle scelte operate dalla legge Delrio, con argomentazioni non sempre impeccabili.

In particolare, risulta discutibile quanto affermato dai giudici costitu-

[37] V., tra i tanti, L. Vandelli, *La legge "Delrio" all'esame della Corte: ma non meritava una motivazione più accurata?*, in *Quad. cost.*, 2015, 393 ss.; A. Sterpa, *Un "giudizio in movimento": la Corte costituzionale tra attuazione dell'oggetto e variazione del parametro del giudizio*, in *www.federalismi.it*, 2015; A. Sterpa, F. Grandi, F. Fabrizzi, M. De Donno, *Corte costituzionale, sent. n. 50 del 2015: scheda di lettura*, ivi; M. Barbero, E. Vigato, *Il Sindaco di diritto e l'elezione a suffragio universale e diretto delle Città*

zionali in merito alla prospettata violazione dell'art. 133, comma 1, Cost., secondo cui il procedimento, così come regolato da tale disposizione costituzionale, vale solo per «interventi singolari» e, dunque, per quelli posti in essere *una tantum*; mentre la legge Delrio ha attuato una «significativa riforma di sistema della geografia istituzionale della Repubblica».

La Consulta ha asserito che la norma costituzionale in rilievo impone, come unico principio inderogabile, il coinvolgimento delle popolazioni locali interessate, che sarebbe, nella fattispecie, salvaguardato, sia pur *ex post*, ai sensi del comma 6 dell'art. 1 della l. n. 56/2014. Il che, per implicito, comporterebbe, secondo lo stesso giudice delle leggi, la speculare facoltà, per i Comuni della Provincia omonima, di "uscirne", secondo la medesima procedura prevista per l'entrata[38]. Questa lettura sarebbe costituzionalmente adeguata ad un principio di conservazione e prevalente su quella *contra Constitutionem* presupposta dalle Regioni ricorrenti.

Le motivazioni espresse dal giudice delle leggi, ove si partisse dal presupposto che il subingresso delle Città metropolitane alle Province implichi, di per sé, una modificazione delle circoscrizioni provinciali, appaiono discutibili.

La *ratio* perseguita dal Costituente sembra, infatti, essere quella di lasciare alle comunità locali e regionali la promozione o attivazione (*ex ante*)[39] della procedura volta alla modificazione dei territori provinciali, così come costituiti originariamente. E, non essendo esplicitato altro nel

---

metropolitane, ivi; A. Lucarelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015. Considerazioni in merito all'istituzione delle Città metropolitane*, ivi; A. Spadaro, *La sentenza cost. n. 50 del 2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un* optional, in *www.rivistaaic.it*, 2015; G.M. Salerno, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismo repubblicano di impronta statalistica?*, in *www.federalismi.it*, 2015; G. Mobilio, *Le Città metropolitane non si toccano: la Corte costituzionale si pronuncia sulla legge "Delrio"*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2015; E. Carloni, *Differenziazione e centralismo nel nuovo ordinamento delle autonomie locali: note a margine della sentenza n. 50 del 2015*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 145 ss.; S. Bartole, *Legislazione statale e Corte costituzionale alla ricerca della Città metropolitana*, in *Giur. cost.*, 2015, 456 ss.; G.C. De Martin, M. Di Folco, *L'emarginazione del principio autonomistico e lo svuotamento delle garanzie costituzionali per le istituzioni provinciali in una sentenza "politica"*, ivi, 463 ss.; Giu. Serges, *L'istituzione delle Città metropolitane, le clausole legislative di auto-qualificazione e l'elettività "indiretta" degli organi istituzionali (a margine della sent. n. 50 del 2015)*, ivi, 472 ss.; D. Mone, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015 e la Carta europea dell'autonomia locale: l'obbligo di elezione diretta tra principi e disposizioni costituzionali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015.

[38] Sul punto cfr. A. Spadaro, *La sentenza cost. n. 50 del 2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un* optional, cit., 9-10.

[39] Cfr. Corte cost., n. 220/2013.

Testo costituzionale, la procedura dovrebbe essere riferita sia alla modificazione territoriale riguardante singole Province, sia a quella che investe una pluralità di amministrazioni provinciali, senza che rilevi la circostanza che essa venga disposta con un'unica legge, ovvero tramite più fonti legislative.

Sennonché, va considerato che la summenzionata norma della Carta fondamentale non interessa direttamente il tema in rilievo, che attiene alla soppressione della Provincia, con subentro ad essa, nel corrispondente territorio, di un altro ente.

La legge Delrio concerne la creazione di un nuovo ente – quello metropolitano – con la contestuale "estinzione" della Provincia interessata e la cessazione della "riferibilità" a quest'ultima del territorio, che diviene area metropolitana.

Non si determinerebbe, quindi, nel caso di specie, la nascita di nuove Province, né, di per sé, la modificazione del rispettivo territorio[40]; sicché, il richiamo fatto, in via generale, al procedimento di cui all'art. 133, comma 1, Cost., appare inconferente.

Si registra, più esattamente, un'ipotesi di "successione tra enti pubblici", come dimostra anche il tenore dei commi 16 e 42 dell'art. 1 della legge Delrio.

Del resto, va considerato che le Città metropolitane, in base alla l. n. 56/2014 e al d.lgs. n. 267/2000, subentrano, di regola, senza alcuna modificazione del territorio, in aree aventi determinate caratteristiche, sostituendo Province già costituite. Sicché, risultano essere state rispettate, in precedenza, le garanzie previste in Costituzione per la creazione delle Province, mentre l'istituzione delle Città metropolitane risponde a logiche predefinite (sia pur implicitamente) nello stesso Testo fondamentale.

In pratica, per la creazione degli enti metropolitani, non sono ravvisabili esigenze identiche a quelle valevoli per le amministrazioni provinciali.

Certo, si potrebbe verificare un mutamento delle circoscrizioni territoriali delle Province limitrofe, in caso di ingresso o di uscita di Comuni

[40] Secondo G. Mobilio, *Le Città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, cit., 527-528, si potrebbe sostenere che non sia necessario dar corso alla procedura aggravata di cui all'art. 133, comma 1, Cost., non verificandosi, nella fattispecie, un "mutamento" delle circoscrizioni provinciali. *Contra* M. Cecchetti, *Sui più evidenti profili di possibile illegittimità costituzionale del d.d.l. AS n. 1212 (Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni)*, in *www.federalismi.it*, 2014, 12 ss.

"verso" o (più difficilmente) "dal" territorio della Città metropolitana neo-costituita.

Ove il territorio della *ex* Provincia, divenuto area metropolitana, risulti variato rispetto a quello preesistente, per iniziativa dei Comuni facenti parte della Provincia o di Province limitrofe (ivi compresi il Comune o i Comuni capoluogo di Provincia), il problema sarebbe "esterno" alla Città metropolitana interessata. La questione si sposterebbe, infatti, sulla modificazione del territorio della Provincia o delle Province limitrofe, per realizzare il quale non può che applicarsi, evidentemente, il disposto dell'art. 133, comma 1, Cost., richiamato anche dall'art. 1, comma 6, della legge Delrio.

Sicché, le previsioni impugnate appaiono aderenti al dettato costituzionale, ma la Corte costituzionale non sembra aver inquadrato correttamente la questione. In altre parole, il risultato del giudizio costituzionale avrebbe dovuto essere il medesimo, ma la q.l.c. andava dichiarata non fondata, con argomentazioni differenti da quelle utilizzate.

Per quanto attiene il problema della competenza statale (o regionale) ad istituire le Città metropolitane, la questione, anch'essa, è pervenuta all'esame della Corte costituzionale ed è stata decisa, *in primis*, con la predetta sent. n. 50/2015[41].

In essa, la Corte ha sostenuto che la Città metropolitana è un ente di "rilevanza nazionale" (ed anche "sovranazionale" ai fini dell'accesso a specifici fondi europei)[42].

A tale dato della natura dell'ente, essa ha aggiunto la considerazione relativa alla competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, comma 2, lett.

[41] Nella scia v., pure, Corte costituzionale, sentenze 20 luglio 2018, n. 168; 9 febbraio 2017, n. 32; 21 luglio 2016, n. 202, e 7 luglio 2016, n. 159. In quest'ultima decisione, il giudice costituzionale ha puntualizzato che la l. n. 56/2014 disegna il nuovo assetto degli enti territoriali di area vasta nei suoi aspetti funzionali e organizzativi. Si tratta, dunque, di una riforma che ha una sua organicità, come riconosciuto nella sent. n. 50/2015 e che presuppone un intervento che non può che essere riservato a livello normativo statale e, in particolare, va ricondotto alla competenza esclusiva di cui all'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. e, con specifico riferimento alle Città metropolitane, a quella di cui all'art. 114 Cost.

[42] Cfr. G.M. Salerno, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismo repubblicano di impronta statalistica?*, cit., 8, il quale sottolinea come quest'ultima affermazione sembri eccessiva, giacché ne discenderebbe che qualunque soggetto destinatario di fondi provenienti da organismi sovranazionali dovrebbe, per ciò solo, assumere siffatto rilievo e, pertanto, non potrebbe mai essere soggetto alla competenza legislativa regionale, ma sempre e solo alla potestà esclusiva statale.

p), Cost. in merito alla "legislazione elettorale", agli "organi di governo" e alle "funzioni fondamentali" delle Città metropolitane, ma anche la decisiva rilevazione di un significato prescrittivo all'interno del dettato costituzionale che sinora non appariva scontato, ossia che il novellato art. 114 Cost., nel richiamare al proprio interno, per la prima volta, l'ente territoriale Città metropolitana, «ha imposto alla Repubblica il dovere della sua concreta istituzione». Su questa «esigenza costituzionale» si fonderebbe la competenza esclusiva statale relativa all'istituzione delle Città metropolitane.

La Consulta ha rilevato come non si possa immaginare diversamente, perché il disegno costituzionale presuppone «livelli di governo» che, almeno per gli «aspetti essenziali», abbiano una «disciplina uniforme». In sostanza, l'istituzione di un nuovo ente territoriale, diffuso nel territorio nazionale, in assenza di una esplicita previsione costituzionale, deve avvenire con legge statale.

Non sarebbe fondato, quindi, il presupposto che la mancata espressa previsione della «istituzione delle Città metropolitane», nell'ambito di materia riservato alla legislazione esclusiva dello Stato *ex* art. 117, comma 2, lett. p), Cost., ne «comporti l'automatica attribuzione alla rivendicata competenza regionale esclusiva», in applicazione della clausola di residualità di cui al comma 4 dello stesso art. 117 Cost.

Se fosse esatta tale tesi si dovrebbe «pervenire, per assurdo, alla conclusione che la singola Regione sarebbe legittimata a fare ciò che lo Stato non potrebbe fare in un campo che non può verosimilmente considerarsi di competenza esclusiva regionale, quale, appunto, quello che attiene alla costituzione della Città metropolitana». Quest'ultimo ente territoriale non potrebbe avere «modalità di disciplina e struttura diversificate da Regione a Regione» e, del resto, le Città metropolitane di cui alla l. n. 56/2014 sono subentrate «integralmente alle omonime Province esistenti, la cui istituzione è di competenza statale».

La Corte ha sottolineato come si tratti di una legge «a carattere innegabilmente generale» che, nell'istituire le Città metropolitane, contiene anche l'elenco di quelle effettivamente con essa istituite. Ed a riprova di ciò «rileva anche il fatto che la normativa in esame costituisce principio di grande riforma economica e sociale per le Regioni a statuto speciale», ai sensi del comma 5, ultimo periodo, dell'art. 1 della l. n. 56/2014.

Tale ultima affermazione sarà analizzata brevemente in seguito[43].

Ebbene, è possibile rilevare come il momento genetico, ossia l'effettiva istituzione dell'ente Città metropolitana, risulti prodromico e costituisca presupposto indefettibile per la configurazione di tali soggetti giuridici e per lo svolgimento della propria attività istituzionale. Quindi, il potere di istituire gli enti metropolitani pare innestarsi implicitamente, essendovi sottinteso, nella disciplina delle componenti più essenziali delle amministrazioni in parola, di cui alla lett. p) del comma 2 dell'art. 117 Cost. E, se gli aspetti cruciali di questi enti devono essere disciplinati, in base alla Costituzione, da legge statale, ciò, in mancanza di disposizioni costituzionali "espresse in senso contrario", dovrebbe riguardare lo "zoccolo duro", ossia le norme generali ed essenziali per la loro istituzione.

Le amministrazioni metropolitane, invero, non appaiono classificabili tra gli "enti pubblici nazionali"[44], a cui si riferisce l'art. 117, comma 2, lett. g), Cost.; norma che ascrive alla potestà legislativa esclusiva statale la materia: «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali».

Del resto, sembra ostare ad una classificazione delle amministrazioni metropolitane quali enti pubblici nazionali, seppure *sui generis*, la stessa Carta costituzionale.

Un inquadramento del genere comporterebbe, tra l'altro, un'evidente distonia tra la lett. g) e la lett. p) del comma 2 dell'art. 117 Cost., in quanto, l'ordinamento degli enti intermedi in questione risulterebbe, contemporaneamente, *in toto* e solo in parte, di pertinenza del legislatore statale.

Pur in assenza di un'apposita qualificazione, che sia consolidata in dottrina e in giurisprudenza – ipotesi, d'altronde, di difficile verificazione, considerato che gli enti metropolitani sono di creazione relativamente recente –, le Città metropolitane possono, in effetti, definirsi, oltre che enti "locali" e "territoriali", come stabilito espressamente dalla legge[45] e desumibile dalla stessa Costituzione, altresì enti di "rilevanza nazionale", come sostenuto dalla Consulta.

La loro localizzazione, istituzione e operatività mirano a realizzare interessi che fanno capo prevalentemente alla Repubblica, trascendendo l'ambito (esclusivamente) regionale o locale.

---

[43] V. *infra* par. 3.1.

[44] Cfr. S. Pignataro, cit., 6-7.

[45] V. art. 2, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, e art. 1, comma 2, l. n. 56/2014.

Del resto, dopo la riforma del Titolo V, Parte II, Cost., del 2001, la tendenza del giudice costituzionale, nell'individuazione della titolarità della competenza a legiferare, si basa (in prevalenza) sul dato della dimensione degli interessi (unitari o locali) che – ai sensi del sistema costituzionale nel suo complesso – richiedono di essere soddisfatti[46].

Di per sé, le argomentazioni della Corte cost., n. 50/2015, secondo cui, ove si riconoscesse la potestà di istituire le Città metropolitane in capo alle Regioni, ciò significherebbe che queste ultime potrebbero fare ciò che lo Stato non può fare, non sembrano risolvere il problema. Questo perché simili evenienze potrebbero (al di là del limite territoriale) non integrare ipotesi del tutto abnormi o eccezionali, per effetto della suindicata riforma costituzionale.

Non appare decisiva neppure l'argomentazione basata sul principio di unità e indivisibilità della Repubblica. Ciò, considerato che la norma costituzionale che lo sancisce, ossia l'art. 5, consacra, al contempo, il principio autonomistico e quello del decentramento, corroborando, quindi, (anche) il ruolo e la posizione delle autonomie, tra cui, in primo piano, si collocano le Regioni, titolari di potestà legislativa.

Non è pienamente convincente neanche, di per sé, la circostanza per cui, siccome le amministrazioni in parola figurano all'interno dell'art. 114 Cost., e poiché trattasi di enti necessari e costitutivi della Repubblica, spetti, sostanzialmente, a quest'ultima (cioè allo Stato) la loro istituzione.

Difatti, anche i Comuni sono enti costitutivi della Repubblica e sono enti necessari, ma l'istituzione di (nuovi) Comuni deve avvenire, ancorché in forza di apposita ed esplicita disposizione costituzionale in tal senso (art. 133, comma 2 Cost.), mediante legge regionale.

Non sembra, però, risolutivo l'argomento basato sull'indiscusso carattere tassativo dell'elenco delle materie indicate nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost.

---

[46] Cfr. P. Cavaleri, *La delimitazione e la definizione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2005, par. 9, il quale osserva che, nell'ottica della Corte costituzionale, le materie "tengono" finché sono espressione di interessi statali o regionali distinti. Tuttavia, quando all'interno di una medesima materia emerge la necessità di soddisfare esigenze diverse, di carattere sia generale che locale, il criterio per operare il riparto non è quello delle materie, ma quello della dimensione degli interessi. Estendendo, in un certo senso, la logica che presiede alla potestà concorrente alle altre potestà (statale esclusiva e regionale residuale), questo significa che nello stesso settore materiale possono convivere competenze legislative diverse: quella statale, quando si tratta di garantire una disciplina comune ed uniforme, richiesta da istanze unitarie e non frazionabili; quella regionale, diversificata sotto il profilo territoriale, per rispondere ad esigenze particolari e specifiche.

Invero, il comma 4 di tale articolo recita: «Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non riservata espressamente alla legislazione dello Stato».

In proposito, è plausibile che, ove il revisore del Titolo V, Parte II, Cost., del 2001 avesse voluto espandere al massimo l'operatività di tale clausola di residualità, ampliando il novero delle "materie innominate", avrebbe usato formulazioni verbali differenti, ad esempio, devolvendo alle Regioni "ogni materia non espressamente compresa o riportata all'interno dei commi 2 e 3" dello stesso articolo, fermi restando, ovviamente, gli eventuali ambiti, la cui regolamentazione, in base a specifiche norme costituzionali, spetti allo Stato[47].

Va segnalato, a riguardo, come la Corte costituzionale, sentenza 17 dicembre 2003, n. 370, abbia avuto modo di chiarire l'impossibilità di «ricondurre un determinato oggetto di disciplina normativa all'ambito di applicazione affidato alla legislazione residuale delle Regioni», ai sensi del comma 4 del medesimo art. 117 Cost., per il solo fatto che tale oggetto non sia «immediatamente riferibile» ad una delle materie elencate nei commi 2 e 3 del predetto articolo. E, in conformità, si è espressa la stessa Corte, sentenza 29 dicembre 2004, n. 428.

Nell'ottica dell'estensione degli ambiti di competenza legislativa regionale, è verosimile, inoltre, che il legislatore costituzionale del 2001 avrebbe scritto in maniera differente l'art. 120, comma 2, Cost., limitando drasticamente i casi e/o le modalità di esercizio del potere sostitutivo ivi contemplato.

Sotto altro angolo visuale, potrebbe apparire anomala la circostanza che il Testo costituzionale, come novellato nel 2001, abbia lasciato inalterata la previsione di una legge della Repubblica per dar vita a nuove amministrazioni provinciali, richiedendo, in maniera inespressa e indiretta, l'adozione di leggi regionali per l'istituzione di quelle metropolitane.

In definitiva, pare più condivisibile la posizione di quanti affermano la competenza esclusiva statale in merito all'istituzione delle Città metropolitane.

La tesi della competenza regionale in materia non pare affatto incontrovertibile, poiché non sembra tenere in debito conto (in particolare) dell'elemento "logico", né di quello "logico-sistematico".

Ove si accogliesse, invece, tale opinione, sarebbe esplicitamente attri-

[47] V., ad esempio, gli artt. 33, ultimo periodo, e 9, ultimo periodo, Cost.

buita allo Stato, dalla Carta costituzionale, la potestà di immettere nell'ordinamento norme primarie che definiscano aspetti vitali di enti metropolitani, in mancanza della possibilità o disponibilità, per lo Stato stesso, di individuare e introdurre, con propria legge, nel contesto giuridico-fattuale, tali amministrazioni locali.

La Costituzione revisionata agli inizi del nuovo Millennio, in tal modo, darebbe la facoltà, al legislatore nazionale, di disciplinare gli aspetti centrali degli enti in questione, ivi indicati, ma non istituiti ovvero non ancora costituiti.

Pare, altresì, un controsenso che la Carta fondamentale affidi, per di più in modo "implicito" – diversamente da quanto prevede (come si diceva) per la creazione dei (nuovi) Comuni –, alle Regioni il compito di istituire le amministrazioni metropolitane, unitamente alla disciplina di aspetti ulteriori e meno cruciali, come le "funzioni non fondamentali" ed i servizi pubblici "privi di rilevanza economica"; e ciò, attribuendo, contestualmente, allo Stato la regolamentazione delle tre materie centrali di cui alla lett. p) del comma 2 dell'art. 117 Cost., e non solo di esse, come avviene (ad esempio) in relazione alla disciplina dei servizi pubblici "di rilevanza economica"[48].

3.1. *Gli enti intermedi nelle Regioni a statuto speciale*

Nella direzione della sussistenza, in materia di Città metropolitane, di una potestà esclusiva statale, si è collocato il giudice delle leggi (anche) laddove è stato chiamato ad esprimersi in merito a questioni di legittimità costituzionale riguardanti alcune norme della Regione autonoma siciliana[49]; questioni definite nel merito, essenzialmente, per quello che qui più

[48] Sulla competenza del legislatore statale (essenzialmente perché ricadenti nella materia della "tutela della concorrenza", *ex* art. 117, comma 2, lett. e), Cost.) a disciplinare i servizi pubblici locali di rilevanza economica e, di contro, del legislatore regionale, a regolamentare (*ex* art. 117, comma 4, Cost.) quelli privi di rilevanza economica, cfr. Corte costituzionale, sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

[49] Sullo stato di attuazione delle Città metropolitane nelle Regioni a statuto speciale v. C. Tubertini, *Il punto sullo stato di attuazione delle Città metropolitane*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 48 ss. Specificamente, in merito alla situazione della Regione siciliana, v. R. Di Maria, *La Città metropolitana nelle leggi siciliane 15/2015 e 5/2016, e nella legge statale 56/2014: un breve* excursus *fra attuali esigenze di uniformità ordinamentale e persistenti rivendicazioni di autonomia speciale*, in *Le Reg.*, 2016, 307 ss.; O. Spataro, *L'istituzione dei Liberi Consorzi di Comuni e delle Città metropolitane in Sicilia, ovvero della specialità vagheggiata*, in *www.federalismi.it*, 2018; G. Gasperoni – M. Caporale, cit., 99 ss.; L. Maccarone, cit., 651-653.

rileva, con la sentenza 20 luglio 2018, n. 168, e, da ultimo, con la sentenza 6 luglio 2023, n. 136[50].

Nella sent. n. 168/2018, la Corte ha dichiarato illegittime alcune disposizioni della Regione siciliana, chiarendo, sostanzialmente, che le Regioni a statuto speciale devono recepire i principi dettati dalla l. n. 56/2014, qualificandosi questi ultimi come «norme fondamentali delle riforme economico-sociali».

Tali principi, nel caso specifico, in base «all'art. 14 dello statuto speciale per la Regione siciliana, costituirebbero un limite anche all'esercizio delle competenze legislative di tipo esclusivo». Ciò, in relazione all'art. 15 del medesimo statuto di autonomia, che, sancendo espressamente la soppressione delle Province in tale contesto territoriale, ha rimesso, contestualmente, alla potestà legislativa esclusiva della Regione medesima, la materia dell'ordinamento delle Città metropolitane e dei Liberi Consorzi comunali; enti, questi ultimi, che hanno sostituito le Province regionali, in precedenza subentrate, a loro volta, alle Province[51].

Secondo il giudice costituzionale, il «modello di governo di secondo grado» adottato dal legislatore statale rientrerebbe tra gli «aspetti essenziali» del complesso disegno riformatore che si riflette nella legge stessa. I meccanismi di elezione indiretta degli organi di vertice dei nuovi «enti di area vasta» sarebbero parte della «ridisegnata geografia istituzionale», oltre che rispondere ad un fisiologico fine di risparmio dei costi connessi all'elezione diretta. E, nella medesima direzione circa la natura dei principi dettati dalla legge Delrio, si è collocato il giudice delle leggi, con sent. n. 136/2023.

Invero, la questione del valore dei principi dettati dalla l. n. 56/2014, come si è accennato, era stata già affrontata, su un piano generale, dalla Consulta, sent. n. 50/2015.

---

[50] In precedenza, alla Corte era stata sottoposta un'ulteriore q.l.c. concernente alcune disposizioni introdotte nell'ordinamento siciliano divergenti, sotto diversi profili, dalle previsioni generali contenute nella legge Delrio. La decisione che ne è scaturita, del 16 dicembre 2016, n. 277, non consente, tuttavia, di per sé, di elaborare particolari riflessioni, essendo le prospettazioni della difesa erariale, pur condivisibili, comunque di parte ed intervenute, altresì, senza il contraddittorio della difesa regionale (non costituitasi), ed avendo il giudice delle leggi dichiarato la cessazione della materia del contendere, in ragione del sopravvenire di una serie di disposizioni modificative ed abrogative delle norme censurate.

[51] Sui Liberi Consorzi comunali cfr. M. Greco, *Dalle Province Regionali ai Liberi Consorzi di Comuni. Riflessioni su una scelta di politica emozionale*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2012; Id., *L'ardita riforma dell'ente intermedio in Sicilia*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015.

La Corte (sentt. n. 50/2015 e n. 168/2018), però, sembra aver invertito i termini della questione, laddove ha sottolineato la portata innegabilmente generale della legge Delrio e l'obiettivo, da essa realizzato, di ridisegnare la geografia istituzionale. Ciò, quasi che tali circostanze comprovino non solo la legittimità dell'intervento statale, ma, altresì, il valore della legge Delrio di normativa contenente principi fondamentali di grande riforma economica e sociale, dando, oltretutto, rilevanza eccessiva alla qualificazione attribuita in tal senso dal medesimo legislatore nazionale del 2014.

È evidente come non sia affatto un dato acquisito – e, anzi, è proprio questo il punto controverso – che una legge varata dal Parlamento, avente carattere indubitabilmente generale ed ampia incidenza sull'assetto dei poteri locali, debba, per ciò stesso, essere basata su un valido titolo legittimante e detenere una copertura costituzionale.

Piuttosto, la Consulta avrebbe dovuto puntualizzare – e, invero, può ritenersi che lo abbia fatto nelle considerazioni elaborate nella sent. n. 50/2015, a proposito della natura delle Città metropolitane, del conseguente dovere, per la Repubblica, di istituirle e della necessità di una disciplina dei tratti essenziali di tali enti univoca su tutto il territorio nazionale – il perché, per l'appunto, spetti alla legge statale istituire, nelle Regioni a statuto ordinario, le Città metropolitane.

Ciò precisato, si giustifica pienamente – tenendo conto, soprattutto, del rilievo conferito dalla Costituzione a tali enti – la circostanza per cui i principi dettati dalla legge n. 56/2014 (ovvero quelli ispiratori) possono, in effetti, qualificarsi come norme fondamentali di grande riforma economica e sociale della Repubblica, indipendentemente dal fatto che lo stesso legislatore nazionale li "dichiari" tali.

Per quanto riguarda le Province, va considerato l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000, che puntualizza come «le disposizioni del presente testo unico non si applicano alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano se incompatibili con le attribuzioni previste dagli statuti e dalle relative norme di attuazione».

Quindi, le Regioni a statuto speciale, in relazione all'ente Provincia, sembrano detenere un ampio margine di libertà in base ai rispettivi ordinamenti[52], salvo che nella Regione siciliana, nella quale dovrebbe esserne

[52] Sull'autonomia delle Regioni a statuto speciale in merito all'istituzione delle Province, cfr. già Corte costituzionale, sentenze 6 luglio 2001, n. 230, e 26 giugno 2007, n. 238.

preclusa l'istituzione, in forza dell'espressa soppressione sancita dal relativo statuto; fonte di rango, evidentemente, costituzionale.

Del resto, la l. n. 56/2014 precisa, all'art. 1, comma 5, secondo periodo, che i principi recati dalla legge medesima «valgono come principi di grande riforma economica e sociale per la disciplina di Città e aree metropolitane da adottare dalla Regione Sardegna, dalla Regione siciliana e dalla Regione Friuli-Venezia Giulia, in conformità ai rispettivi statuti». Non detta, invece, un'analoga previsione per la Valle d'Aosta e per il Trentino-Alto Adige, posto che, per le peculiarità di tali realtà territoriali, non sarebbe stato logico[53].

Quindi, la legge Delrio non assoggetta al medesimo regime, sotto il profilo in rilievo, Città metropolitane e Province. Né "sopperisce", in tal senso, come si è visto, il d.lgs. n. 267/2000.

Dovrebbe ritenersi, almeno tendenzialmente, non conforme al dettato costituzionale una situazione di assenza di entrambi gli enti territoriali intermedi, ad autonomia costituzionalmente garantita (sotto i diversi profili), in determinate Regioni. Ciò, in quanto, al di là di ambiti territoriali del tutto peculiari, per estensione e per numero di abitanti estremamente contenuto (Valle d'Aosta), un'eliminazione integrale di enti intermedi previsti in Costituzione – di soggetti, cioè, che si interpongono tra Regioni e Comuni, con dignità di enti costitutivi della Repubblica – pare stridere con più disposizioni costituzionali e, in primo luogo, con il supremo principio autonomistico e con quello pluralista di cui all'art. 5 Cost.[54].

Sembra, dunque, tutt'altro che "pacifica" la situazione che si è determinata nella Regione a statuto speciale Friuli-Venezia Giulia, in cui difettano ambo gli enti intermedi previsti dalla Carta fondamentale. In tale ambito regionale, sono state soppresse, da tempo, tutte le Province preesistenti con la "ripartizione" delle relative funzioni tra Regione e Comuni. Sono attualmente presenti alcuni Enti di decentramento regionale, che, però, si configurano come "enti funzionali della Regione", con personalità

[53] V. *supra* par. 2, nt. 8.

[54] Cfr. Corte cost., n. 238/2007, la quale ricorda come il medesimo giudice costituzionale abbia affermato che una disposizione come quella di cui all'art. 5 Cost. certamente impegna la Repubblica «e anche, quindi, le Regioni ad autonomia speciale, a riconoscere e a promuovere le autonomie», ed ha anche aggiunto che «de leggi regionali possono bensì regolare» l'autonomia degli enti locali, «ma non mai comprimere fino a negarla» (sentenza 8 aprile 1997, n. 83). Sull'autonomia delle Regioni a statuto speciale in merito agli enti locali cfr., altresì, Corte costituzionale, sentenze 6 luglio 2001, n. 229; 13 febbraio 2003, n. 48, e 30 luglio 1997, n. 286.

giuridica di diritto pubblico, dotati di autonomia gestionale, patrimoniale, organizzativa e contabile, e che sono "sottoposti alla vigilanza e al controllo della Regione" medesima. Inoltre, in questo contesto, non è mai stata istituita – non essendoci, probabilmente, le condizioni territoriali e demografiche, e non solo (se non, al limite, per la *ex* Provincia di Udine) – alcuna Città metropolitana.

Questo stato delle cose, nel suo complesso, si presenta assai dubbio sotto il profilo della legittimità costituzionale, in relazione, soprattutto, agli artt. 1, 3, 5, 114, 116, 118 e 119 della Carta fondamentale, poiché gli statuti delle Regioni autonome, ai sensi dell'art. 116 Cost., devono prevedere «forme e condizioni particolari di autonomia»; mentre la Regione in parola sembra aver adottato misure legislative che muovono nella direzione opposta.

Certo, non necessariamente devono esservi entrambe le tipologie di enti intermedi previste in Costituzione. E ciò neppure nelle Regioni a statuto ordinario, considerando l'assenza di grandi centri urbani in diverse aree del Paese (Basilicata, Molise, Abruzzo, Marche, Umbria, ecc.).

In definitiva, pare corretto ritenere che, ove vi siano i presupposti per la creazione delle Città metropolitane, debbano essere istituiti questi enti, oltre che nelle Regioni a statuto ordinario, anche in quelle a statuto speciale.

Laddove tali presupposti difettassero, si pone un problema di legittimità costituzionale per le Regioni ad ordinamento differenziato, nel momento in cui esse non "conservassero" alcuna Provincia, ovvero nel caso in cui, soppressa quest'ultima tipologia di ente, istituissero, con legge, enti aventi una connotazione giuridica per nulla assimilabile (segnatamente sotto il profilo autonomistico e funzionale) a quella propria delle amministrazioni intermedie previste in Costituzione[55].

[55] Osserva M. Greco, *L'ardita riforma dell'ente intermedio in Sicilia*, cit., 3, che il Libero Consorzio comunale, di cui all'art. 15 dello Statuto siciliano, costituisce certamente un'entità soggettiva autonoma e distinta dai singoli Comuni che ne fanno parte. Sicché, ogni attività svolta dai propri organi va imputata esclusivamente all'ente che essi rappresentano e non ai vari soggetti che di questo fanno parte e che hanno contribuito a costituire; pertanto, l'ente consorziale gode di propria soggettività. Tuttavia, l'ente consortile non può contare sulla rete di protezione costituzionale (art. 114 Cost.), invece prevista per gli enti locali, in quanto sprovvisto del requisito dell'autonomia politica sotteso allo *status* di ente di governo territoriale. Postulato di queste argomentazioni è che, nell'ambito del Libero Consorzio comunale, l'ente locale è rappresentato dai soli Comuni aderenti. La giurisprudenza, dopo averne posto in evidenza il carattere strumentale, al pari di quello proprio

4. *La riforma legislativa in corso*

Va precisato che, allo stato attuale, i tratti cruciali dell'ordinamento delle amministrazioni intermedie, oggetto specifico del presente approfondimento, prescindono, in buona parte, da parametri dimensionali e demografici di tali enti, che sono, talora, profondamente differenti[56].

Si è sottolineato[57], in proposito, che una disciplina legislativa "uniforme" della area vasta[58], la quale non tenga conto delle diversità e specificità inerenti alla densità antropica e alle esigenze socio-culturali, risulti in contrasto con il canone della ragionevolezza il cui fondamento è ravvisabile nell'art. 3, comma 1, della Costituzione.

Per questa dottrina, se si tengono presenti i residenti della Città metropolitana di Reggio Calabria, rispetto a quelli delle Città metropolitane di Napoli, Milano e Roma, la legge sembra aver reso forzatamente omogenee, e irragionevolmente assimilabili, sotto un'univoca disciplina organizzativa, aree che differiscono fra loro già per il solo fatto di ospitare una popolazione di entità molto differente[59].

A riguardo può rilevarsi che, se appare evidente che l'istituzione dei nuovi enti intermedi debba riguardare unicamente le aree e, quindi, i Comuni capoluogo, con le annesse periferie che siano in rapporti di "stretta integrazione" con i primi, aventi determinate caratteristiche (ter-

---

delle aziende speciali, sottolinea che il Consorzio fa parte del sistema amministrativo di ognuno degli enti associati. Pertanto, si tratta di un ente che presenta solo due tipi di autonomia, quella amministrativa e quella finanziaria, risultando sprovvisto della terza autonomia, quella politica, di cui è invece dotato l'ente territoriale di governo sia comunale che provinciale.

[56] La legge Delrio, in realtà, distingue le Città metropolitane con più di tre milioni di abitanti dalle altre. Va, tuttavia, tenuto conto del fatto che, *in primis*, il caso di enti metropolitani che superino la suddetta soglia di cittadini residenti è del tutto sporadico (allo stato attuale, solo Roma, Milano e Napoli oltrepassano il limite suddetto); *in secundis*, che le differenze tra Città metropolitane sopra e sotto tale soglia si riconnettono solo al diverso numero di Consiglieri che compongono il Consiglio metropolitano (v. art. 1, comma 20, spec. lett. a), nonché alla procedura propedeutica e necessaria per poter optare per il sistema elettorale a suffragio universale e diretto del Consiglio e del Sindaco metropolitano (v. art. 1, comma 22, ultimo periodo).

[57] Cfr. P. Ciarlo, *Abolizione Province, ddl Delrio: rischio* caos *normativo e vuoto simbolico*, in *www.leggioggi.it*, 2013, il quale riferisce tale concetto alla prospettiva della soppressione, su tutto il territorio nazionale, degli enti provinciali.

[58] La prima definizione delle Città metropolitane (oltre che delle Province) quali enti locali "di area vasta" si rinviene in Corte cost., n. 238/2007.

[59] Cfr. P.L. Portaluri, *Osservazioni sulle Città metropolitane nell'attuale prospettiva di riforma*, in *www.federalismi.it*, 2014, 4-5.

ritoriali, demografiche, sociali, economiche, ecc.), può essere discutibile, invece, la posizione per la quale le Città metropolitane, almeno per ciò che attiene agli aspetti principali ed essenziali del loro ordinamento, debbano essere assoggettate a regole legislative marcatamente diversificate, in ragione di determinati parametri (quali, segnatamente, le caratteristiche dimensionali e demografiche da esse detenute).

Del resto, pur dovendosi tenere in debito conto le differenze tra gli enti provinciali e le amministrazioni metropolitane, può essere significativo il confronto tra l'ordinamento di Province aventi dimensioni modeste, popolazione ridotta e moderata industrializzazione, come Pistoia e La Spezia, e quello di Province con caratteristiche opposte, come Milano e Torino, nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della citata l. cost. n. 3/2001 e il varo della riforma Delrio.

In proposito, la disciplina legislativa statale che investiva gli aspetti centrali dell'ordinamento delle Province, tra cui quelli enunciati dall'art. 117, comma 2, lett. p), Cost., non sembra presentasse elementi particolarmente rilevanti di difformità in base alle caratteristiche dimensionali e demografiche di tali enti.

E, invero, la questione della necessaria differenziazione tra gli enti locali in base alle dimensioni degli stessi è ampiamente e da tempo dibattuta in dottrina, specie dopo la consacrazione, a livello costituzionale, del principio di differenziazione, nell'art. 118 Cost.[60].

A riguardo, va considerato, però, che ove, effettivamente, venissero istituite le Città metropolitane unicamente in grandi centri urbani e annesse periferie, come sembra corretto, le dimensioni avrebbero oscillazioni contenute o minime tra ente ed ente; a tal punto da rendere difficile prospettare l'illegittimità costituzionale, per violazione del principio di differenziazione, delle norme essenziali riguardanti gli enti in questione, aventi portata non sensibilmente diversificata, ma neppure del tutto univoca.

A garantire, invece, una simile esigenza costituzionale, dovrebbero essere idonee, verosimilmente, per gli aspetti, non trascurabili, di relativa

[60] In argomento v., di recente, C. Tubertini, *Il percorso di (in)attuazione dell'art. 118, comma 1, Cost. Proposte per una ripartenza*, in *www.federalismi.it*, 2022, ove sono presenti ampi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale.

competenza, le leggi regionali, accanto agli statuti[61] di ciascuna amministrazione metropolitana.

Del resto, se la necessità della differenziazione andasse rapportata, unicamente o prevalentemente, ai parametri dimensionali e demografici, sarebbero incostituzionali numerose previsioni contenute nel d.lgs. n. 267/2000, che sottopongono ad un analogo regime aspetti attinenti a Comuni di grandezze e popolosità anche completamente differenti.

Va, poi, tenuto conto del fatto che le Città metropolitane, per una serie di ragioni, tra cui la posizione nel sistema delle autonomie, le dimensioni, la natura e la tipologia delle funzioni (prevalentemente di pianificazione, programmazione, coordinamento), le ripercussioni, anche ultraregionali, delle stesse, si "prestano", molto più dei Comuni e delle stesse Province, ad una disciplina legislativa dei tratti essenziali non univoca, ma neppure fortemente differenziata da Regione a Regione.

Premesse tali considerazioni, è, comunque, ravvisabile la necessità di intervento di riordino, su più fronti, degli enti metropolitani.

In una prospettiva di riforma, da attuare mediante legge ordinaria[62], sarebbe, indubbiamente prioritaria ed impellente l'esigenza di intervenire sull'assetto degli organi di governo e sulla legislazione elettorale[63], come sollecitato dalla Corte costituzionale, sentenza 7 dicembre 2021, n. 240[64].

---

[61] Sugli statuti delle Città metropolitane, v. A. Lucarelli, F. Fabrizzi, D. Mone (a cura di), *Gli statuti delle Città metropolitane*, Napoli, Jovene, 2015; G. Mobilio, *Le Città metropolitane. Dimensione*, cit., 143 ss.; L. Vandelli, *L'esperienza degli statuti delle Città metropolitane*, in G.F. Ferrari (a cura di), cit., 89 ss.; M.R. Ricci, cit., 163 ss.

[62] In particolare, va segnalato lo schema di disegno di legge, recante: "Delega al Governo per la revisione delle leggi sull'ordinamento degli enti locali", datato 4 agosto 2023 ed elaborato da una commissione tecnica istituita presso il Ministero dell'Interno. In precedenza, e, più precisamente, il 7 giugno 2023, era stata depositata alla Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica una bozza di disegno di legge unificato, recante: "Nuova disciplina in materia di funzioni fondamentali, organi di governo e sistema elettorale delle Province e delle Città metropolitane e altre disposizioni relative agli enti locali", elaborata da un comitato ristretto istituito in seno alla Commissione stessa.

[63] Sul tema degli organi di governo delle Città metropolitane, così come si configurano attualmente, v., tra gli altri, L. Vandelli, *Città metropolitane*, cit., 88 ss.; G. Tarli Barbieri, *Le Città metropolitane: il quadro generale e la forma di governo*, in G.F. Ferrari (a cura di), cit., 50 ss.; G. Mobilio, cit., 431 ss.; M.R. Ricci, cit., 103 ss.; G. Gasperoni, M. Caporale, cit., 91 ss.

[64] Su tale sentenza, v. gli interventi, nell'ambito del Convegno dal titolo: "*La sentenza 240 del 2021. La Corte costituzionale e la legge Delrio" – Roma, Università "Sapienza", 20 dicembre 2021*, in *www.federalismi.it*, 2021, di: M. Cecchetti, *Prime osservazioni sulla sentenza n. 240 del 2021: gli enti di area vasta nell'ordinamento costituzionale tra passato, presente e futuro*; A. Poggi, *La sentenza 240: un nuovo strappo all'incidentalità del giudizio*

In quest'ottica, considerando il monito della Consulta, oltre che gli obblighi assunti sul piano internazionale[65], se l'organo più rappresentativo deliberativo collegiale di tali amministrazioni deve essere eletto, a suffragio universale e diretto, da tutti gli aventi diritto al voto della relativa area, non altrettanto dovrebbe valere per il Sindaco metropolitano. Ciò che risulta necessario evitare è l'automatismo per il quale la carica di Sindaco del Comune capoluogo coincida con quella di Sindaco metropolitano.

Non rappresenta, quindi, una scelta vincolata e, forse, neppure opportuna che l'organo monocratico di vertice venga indicato, direttamente e *ad hoc*, dagli elettori, come previsto dalle proposte all'esame del Parlamento.

In merito agli organi metropolitani, sembra probabile che si delinei un assetto similare e parallelo a quello attuale dei Comuni, nonché delle Province nel previgente ordinamento, ossia la presenza di un organo assembleare (Consiglio), di uno esecutivo (Giunta) e di uno di vertice, monocratico (Sindaco).

Per quanto riguarda l'ulteriore aspetto, strettamente connesso all'apparato degli organi di governo, inerente alle funzioni delle Città metropolitane, pare corretto ritenere che una riforma che proceda nella direzione appena indicata, ossia dell'acquisizione di un maggior livello di democraticità da parte di tali enti, possa, in buona misura, risolvere o attenuare la maggior parte dei problemi attuali.

Invero, secondo una parte della dottrina, l'obiettivo perseguito dal

---

e un revirement *sulla legge Delrio*; G. Boggero, *Dopo il referendum costituzionale del 2016 Sindaco metropolitano e Presidente della Provincia pari (non) sono? A prima lettura della sent. n. 240/2021 della Corte costituzionale*; M. De Donno, *La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021 e la legge Delrio: quale futuro per gli enti di area vasta?* (relazione poi ripresa, ampliata e pubblicata in un saggio, con il medesimo titolo, in *www.federalismi.it*, 2022, 204 ss.); M. Di Folco, *Brevi notazioni sull'organizzazione di governo degli enti di area vasta alla luce della sent. n. 240 del 2021 della Corte costituzionale*; G. Scaccia, *La sentenza 240 del 2021: prime note*; A. Sterpa, *"Le Città (metropolitane) invisibili": perché non possono coesistere due modelli diversi di area vasta? A proposito della sentenza n. 240 del 2021 della Corte costituzionale* (relazione poi ripresa, ampliata e pubblicata in un saggio, con il medesimo titolo, in *www.federalismi.it*, 2022, 92 ss.); S. Ceccanti, *Conclusioni.* V., inoltre, tra gli altri, L. Maccarone, cit., spec. 649 ss.; G. Mobilio, *Ed infine, la Corte costituzionale intima di riformare le Città metropolitane: a proposito della sentenza n. 240 del 2021*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2022, 200 ss.; M. Picchi, "*Ritorno al passato con* revirement*": Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 240/2021 della Corte costituzionale*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2022, 291 ss.; P. Villaschi, *La sentenza n. 240 del 2021 della Corte costituzionale: riflessioni su un* overruling *in attesa di un necessario (e delicato) intervento del legislatore*, in *www.osservatorioaic.it*, 2022, 204 ss.; Y. Guerra, *Il ruolo delle Città metropolitane alla luce della sentenza n. 240 del 2021:* governance *metropolitana e funzioni*, cit., 119 ss.; S. Pignataro, cit., 1 ss. e, spec., 10 ss.

[65] Cfr. S. Pignataro, cit., 24 ss.

legislatore nazionale del 2014 sarebbe stato quello di realizzare una sorta di *trade-off* tra democraticità ed efficienza; la minore democraticità del sistema sarebbe stata compensata da una maggiore efficienza nella prestazione dei servizi e nello svolgimento delle funzioni[66].

Va considerato, tuttavia, che il deficit di democraticità, connesso alla circostanza che, almeno finora, nessun organo di governo metropolitano, neppure quello che dovrebbe essere più rappresentativo della collettività di riferimento, è composto da soggetti individuati *ad hoc* e direttamente da quest'ultima, si ripercuote sull'attenuazione della responsabilità degli amministratori[67], con riflessi a cascata sull'imparzialità e sul buon andamento di tali enti.

La democraticità attenuata non risulta in sintonia, altresì, con il potere, per le amministrazioni in questione, di attivare il meccanismo della c.d. chiamata in sussidiarietà (artt. 118 e 120, comma 2, Cost.) nei confronti dei Comuni[68] (enti evidentemente a connotazione democratica), dato che una simile facoltà presuppone un grado di democraticità di intensità non inferiore in capo al soggetto che la esercita. Una ridotta democraticità stride, infine, con l'attribuzione di potestà impositiva (art. 119 Cost.), scontrandosi con il principio *no taxation without representation*[69].

A fronte di tale situazione, l'efficienza delle amministrazioni in parola è stata, in buona misura, minata da una politica finanziaria caratterizzata dalla riduzione delle risorse (finanziarie e di personale) degli enti intermedi, rendendo inadeguate le disponibilità di tali amministrazioni[70], necessarie all'assolvimento dei relativi compiti.

Per quanto riguarda le "funzioni fondamentali" delle Città metropolitane, pare corretto ritenere che, poiché le amministrazioni in parola succedono alle Province, le quali vengono contestualmente soppresse,

---

[66] Cfr. L. Ciapetti, *Il territorio tra efficienza e sviluppo: la riforma delle Province e le politiche di area vasta*, in *Le ist. fed.*, 2014, 251 ss.

[67] Cfr. Corte costituzionale, sentenze 29 aprile 2021, n. 80, e 23 luglio 2021, n. 168.

[68] Cfr. V. Teotonico, cit., 369-370.

[69] Cfr. V. Teotonico, cit., 376-377.

[70] L'illegittimità di simili restrizioni, imposte da misure legislative statali, è stata esclusa, in più occasioni, dalla Consulta. V., tra le altre, Corte costituzionale, sentenze n. 159/2016; 14 luglio 2016, n. 176; 21 luglio 2016, n. 205. In dottrina, assai critici sulle limitazioni imposte dallo Stato in materia, tra gli altri, G.M. Salerno, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neocentralismo repubblicano di impronta statalistica?*, cit., 4 ss.; V. Teotonico, cit., 378 ss. Cfr., sul tema, anche M.G. Nacci, cit., 58 ss.

la traslazione delle funzioni fondamentali in capo alle prime sia un naturale ed inevitabile corollario[71].

Se determinate funzioni si configurano, per le Province, come funzioni fondamentali, non dovrebbero potersi sopprimere, pena la lesione di interessi primari o rilevanti della collettività. Di conseguenza, dovrebbero essere assegnate e assolte, sia pur con le necessarie varianti, dalle Città metropolitane che subentrano, trattandosi degli enti più affini e di maggiore prossimità[72].

Appare evidente, comunque, che le Città metropolitane devono detenere più ampie funzioni, ulteriori e, in parte, diverse, rispetto a quelle provinciali; sennò, si verificherebbe un mero cambio di denominazione, che sarebbe inutile o, perfino, controproducente[73].

È, altresì, chiaro che alle amministrazioni metropolitane non dovrebbero essere attribuite funzioni che si prestano ad essere assolte, più proficuamente, dai Comuni, in sintonia con quanto prescritto dall'art. 118 Cost., e neppure affidati compiti non perfettamente congruenti e compatibili con la loro natura di enti territoriali (di area vasta)[74].

Nel complesso, si appalesa necessario ed urgente un intervento legislativo volto ad una razionalizzazione e ad un ripensamento degli enti metropolitani, non radicale, ma alquanto incisivo, sia per quanto attiene gli aspetti organizzativi, sia per quanto riguarda quelli funzionali.

Una risoluzione o, quanto meno, una consistente attenuazione degli altri profili problematici[75], indicati in precedenza, richiederebbe un intervento di revisione ulteriore del Titolo V della Costituzione.

---

[71] Cfr., però, le osservazioni critiche, di diverso tenore, di M.G. Nacci, cit., spec. 50.

[72] Cfr. S. Pignataro, cit., 47.

[73] Il pericolo che la Città metropolitana diventi una sorta di duplicato della Provincia è stato evidenziato, tempo addietro, ad esempio, da G. Piperata, cit., 139.

[74] Cfr. S. Pignataro, cit., 47.

[75] Cfr., però, C. Tubertini, *La Città metropolitana in un sistema di autonomie responsabili: situazione attuale e prospettive*, in G.C. De Martin, F. Merloni (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Roma, Luiss University Press, 2017, spec. 234, la quale osserva, in merito alle Città metropolitane, come «sia altamente rischiosa qualunque operazione che tenda a portare su un piano generale giudizi di valore, e conseguenti ricette, per migliorare il loro attuale, assai precario stato di salute».

5. *Un'ipotesi di revisione costituzionale*

Ragionando su un piano puramente teorico, ove si ponesse una prospettiva di revisione della Carta Repubblicana, la scelta più corretta in merito parrebbe quella di prevedere, al supremo livello normativo, pochi principi in ordine alle Città metropolitane, senza elencare i singoli enti metropolitani, come ha fatto, invece, il Costituente, all'art. 131 Cost., per le Regioni.

Potrebbe essere opportuna la fissazione, in Costituzione, di una soglia minima di abitanti dei Comuni capoluogo, quale presupposto (di base) "abilitante" il legislatore ordinario (in presenza delle ulteriori condizioni da esso previste) ad istituire Città metropolitane.

La posizione e la composizione delle amministrazioni in discorso non appaiono, invero, preventivamente e stabilmente determinabili. Sicché, tali profili devono restare connotati da elementi di flessibilità.

Una prospettiva del genere determinerebbe l'eliminazione, alla radice, della possibilità, per il legislatore, di istituire enti metropolitani in aree in cui, verosimilmente, non si intravedono validi presupposti. Basti pensare, a riguardo, ai casi assai discutibili delle Città metropolitane di Reggio Calabria e di Venezia, che, sicuramente, non costituiscono metropoli e dove, oltretutto, non sembrano sussistere idonei fenomeni di conurbazione ed integrazione tra Comuni capoluogo e i restanti Comuni dell'area sotto i vari profili (economico, sociale, culturale, ambientale ecc.).

Sarebbe quantomai opportuno, poi, che la Carta fondamentale sancisse, espressamente, la competenza del legislatore statale in ordine all'istituzione degli enti metropolitani in luogo delle corrispondenti Province.

Per le ragioni anzidette a proposito (soprattutto) della natura delle amministrazioni in parola e dei riflessi delle funzioni da esse espletate, dovrebbe essere rinviata ad una legge ordinaria dello Stato la facoltà (o l'obbligo) di istituire gli enti metropolitani, nel rispetto dei limiti impressi dalla fonte costituzionale, sulla base dei criteri generali preventivati dalla legge stessa, come sostanzialmente prevede, ora, il d.lgs. n. 267/2000.

Potrebbe essere demandato, sempre ad una legge statale, l'obbligo di fissare forme e modalità di iniziativa, di consultazione e proposta, da parte delle Regioni e dei Comuni interessati. Ciò, per poter pervenire ad una modificazione condivisa dell'area e dell'insieme degli enti comunali facenti parte, *ab origine*, dell'area stessa, dovendosi consentire un certo margine di elasticità, sia in aumento, sia in diminuzione.

Se la prospettiva astrattamente illustrata si concretizzasse, sarebbe superato *in nuce* l'ulteriore aspetto critico, prima affrontato, che riguarda i rapporti tra i due diversi enti di area vasta.

Tuttavia, allo stato attuale, risulta difficile preventivare un intervento chiarificatore e risolutore del legislatore costituzionale.

Come è noto, i tentativi di ulteriore revisione del Titolo V Cost., successivi al 2001, diretti, in un caso, a conferire maggiore autonomia alle Regioni e agli altri enti locali[76], nell'altro e di contro, a recuperare prerogative conferite alle periferie, riacquisendole al centro[77], sono falliti.

Ciò pare imputabile anche all'ampiezza dell'oggetto delle riforme costituzionali in questione, che hanno investito aspetti plurimi e promiscui, impedendo una condivisione da parte di una maggioranza qualificata di Parlamentari che ne potesse consentire la diretta approvazione *ex* art. 138, ultimo periodo, Cost.

Pertanto, sarebbe ora teoricamente auspicabile un intervento del Parlamento che, in modo più mirato e, in certa misura, tendenzialmente più agile rispetto a riforme costituzionali ad ampio raggio, ponga le basi per un riordino dell'assetto degli enti locali e, se del caso, valorizzi le amministrazioni metropolitane.

Anche una prospettiva di revisione costituzionale a spettro ridotto appare, tuttavia, di difficile concretizzazione, per lo meno in tempi brevi.

Sul piano meramente astratto, si è, poi, prospettata un'altra questione da parte della dottrina che, per tradursi in concreto, richiederebbe una revisione costituzionale piuttosto pervasiva. Può essere interessante accennare ad essa.

Si è, talora, rimarcato[78] come, in Italia, vi sarebbero poche vere (in senso tanto economico-geografico, quanto storico-identitario) Città metropolitane, riconducibili, essenzialmente, a quelle di Roma, Milano, Napoli e, al limite, Torino[79].

Gli enti metropolitani di Roma e Torino risultano più estesi e, al tempo

---

[76] V. il disegno di legge di revisione costituzionale, d'iniziativa del Governo Berlusconi (A.S. n. 2544 – A.C. n. 4862), approvato, in seconda lettura, a maggioranza assoluta, e sottoposto a referendum confermativo, svoltosi il 25 e 26 giugno 2006.

[77] V. il disegno di legge di revisione costituzionale, c.d. riforma Renzi-Boschi (A.S. n. 1429 – A.C. n. 2613), approvato, in seconda lettura, a maggioranza assoluta, e sottoposto a referendum confermativo, svoltosi il 4 dicembre 2016.

[78] Cfr. V. Teotonico, cit., 393-394.

[79] Cfr. P. Carrozza, *Le Province della post-modernità: la Città territoriale*, in *www.federalismi.it*, 2018, 13.

stesso, più popolati persino di alcune Regioni, ossia della Valle d'Aosta, del Molise e della Liguria.

Il numero di abitanti rilevato in diverse Regioni (Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia, Abruzzo, Marche, Sardegna, Calabria, Umbria e Basilicata) è inferiore a quello delle quattro Città metropolitane anzidette (considerate singolarmente).

Sennonché, è stato osservato[80] che le maggiori (ed autentiche) realtà metropolitane continuano ad essere prive di organi dotati di poteri, innanzitutto legislativi, equiparabili a quelli propri di tutte le Regioni, anche le più piccole e a scarsa densità demografica (siano queste a statuto speciale oppure ordinario)[81].

La circostanza suddetta è sembrata[82] irragionevole. Il ragionamento condotto da questa dottrina non significherebbe, *sic et simpliciter* e automaticamente, che sia corretto conferire il potere legislativo a tutte le Città metropolitane, ma, piuttosto e semplicemente, che lo si dovrebbe attribuire anche ad "alcune" Città metropolitane, che, in realtà, sono micro-Regioni, o lo si dovrebbe sottrarre ad alcune Regioni che sono, invece, solo pseudo-Regioni[83].

Quanto illustrato può, tuttavia, essere discutibile se si valuta che le Regioni sono amministrazioni aventi la massima autonomia riconosciuta costituzionalmente, che hanno una connotazione propria e del tutto singolare, nonché poteri che vanno al di là di quelli garantiti alle altre autonomie territoriali[84]. Né gli enti regionali sono disciplinati, in via generale e nei loro aspetti principali, dalla legge ordinaria statale, come avviene per gli enti locali.

Del resto, non è inconfutabile l'argomento per cui i fattori dirimenti, al fine di valutare se attribuire o meno poteri legislativi a determinati enti, debbano essere l'estensione geografica e l'entità o la densità della relativa popolazione.

---

[80] Cfr. A. Spadaro, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, cit., 23 ss.

[81] Non a caso, di fronte alle nuove (grandi) Città metropolitane, come quella di Roma, è stata utilizzata l'espressione "Regione urbana". Cfr. A. Lucarelli, *Le Città metropolitane. Tipi di Stato e trasformazioni territoriali*, cit., 13.

[82] Cfr. A. Spadaro, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, cit., 24. In senso adesivo cfr. V. Teotonico, cit., 394.

[83] Cfr. A. Spadaro, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, cit., 25.

[84] Si pensi, non solo alla titolarità della potestà legislativa, ma, altresì, alla possibilità di impugnare le leggi, alla facoltà di sollevare conflitti di attribuzioni, alla possibilità di richiedere, sia pur non singolarmente, i referendum abrogativi di leggi ordinarie statali e confermativi di leggi costituzionali, ecc.

Non appare di per sé errato che i Costituenti si siano basati su elementi distintivi differenti e, forse, più significativi rispetto a quelli appena indicati[85], quali le comuni radici storico-culturali, il tessuto economico-sociale, le tradizioni, unitamente ai confini geografici (connessi alla presenza di catene montuose, mari,

[85] Va ricordato come la definizione territoriale delle Regioni, da parte dei Costituenti, non fu conseguenza di una ricerca attenta sulle diverse realtà territoriali italiane, ma il frutto, essenzialmente, di un ricalco della preesistente articolazione del territorio nazionale, fatto senza gli approfondimenti necessari e determinato dal prevalere della scelta politica di far coincidere il concetto di Regioni "storiche" con quello di Regioni "statistiche". Cfr. M. PEDRAZZA-GORLERO, *Art. 131*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli; Roma: Società editrice del Foro italiano, 1990, 72 ss. e, spec., 84-85. L'Autore ricorda come l'o.d.g. Targetti, in Assemblea Costituente, fosse del seguente tenore: «L'Assemblea Costituente delibera che, salva la procedura per l'istituzione di nuove Regioni», siano costituite «le Regioni storico-tradizionali di cui alle pubblicazioni ufficiali statistiche».

laghi ecc.), senza che la suddivisione effettuata dovesse avvenire necessariamente all'esito di studi scientifici approfonditi[86].

Non è, poi, agevole comprendere, con riferimento a quanto rappresentato circa i (differenti) poteri detenuti dagli enti territoriali menzionati (Regioni e Città metropolitane), come il problema non sia stato posto, in termini analoghi, per le simili dicotomie intercorrenti tra alcune *ex* Province capoluogo di Regione e talune attuali Province non capoluogo di Regione. Si allude ad *ex* Province aventi un elevato peso demografico e una superficie tutt'altro che trascurabile, come le vecchie Province di Roma, Milano, Napoli e Torino, e, in maniera più larvata, ad amministrazioni provinciali, attualmente non capoluogo di Regione, con estensione considerevole e popolazione piuttosto consistente, su tutte quelle di Foggia, Cuneo e Cosenza, le quali risultano più grandi e popolose (altresì) di talune Regioni, ossia della Valle d'Aosta e del Molise.

Sul piano puramente teorico, poi, ove si volesse attribuire potestà legislativa alle Città metropolitane più grandi e popolose, ciò dovrebbe avvenire sulla falsariga di quanto previsto per le Province autonome di Trento e di Bolzano, che, però, ricadono nella Regione Trentino-Alto Adige, realtà del tutto singolare, il cui statuto, che ripartisce le competenze legislative (regionali e provinciali), è stato adottato con legge costituzionale. Una simile prospettiva appare difficilmente praticabile, potendo determinare una marcata frantumazione sul territorio dei soggetti titolari di potere legislativo, con una possibile lesione del principio di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), nonché un'eccessiva proliferazione di fonti primarie insistenti su medesimi ambiti spaziali.

Questo potrebbe facilmente causare anche una confusione tra fonti legislative, con conseguente aumento di contenzioso costituzionale, e una difficoltà di conoscere e reperire gli atti legislativi, di volta in volta, "competenti" a disciplinare l'oggetto in rilievo.

La divisione del territorio in Regioni, così come fatta all'epoca, fu considerata, invero, dai costituzionalisti/regionalisti di allora, un macroscopico errore. Non solo perché priva di fondamento scientifico, ma, soprattutto, perché inidonea a corrispondere ai caratteri della società italiana coeva e ad accompagnare le trasformazioni economiche, sociali e culturali che il Paese avrebbe conosciuto dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Cfr. L. Gambi, *Questioni di geografia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1964, 157 ss. V., anche, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, 891-892.

[86] Per M. Pedrazza-Gorlero, cit., 107, «non sembra potersi condividere il giudizio d'inadeguatezza della ripartizione territoriale nei confronti della realtà politica, culturale ed economico-sociale nella quale il Costituente si trovava ad operare».

Se si riconoscesse, al supremo livello normativo, la potestà legislativa a determinate Città metropolitane, senza enumerarle in Costituzione (come avvenuto per le Regioni), per non irrigidire oltremisura il sistema, una specifica disposizione collocata nella Carta costituzionale dovrebbe rinviare la definizione degli aspetti essenziali dell'ordinamento di tali enti intermedi (quali la loro istituzione, i contenuti degli statuti, le funzioni amministrative, gli organi di governo, ivi comprese le modalità di investitura e di rimozione) ad una legge approvata *ex* art. 138 Cost. Inoltre, si renderebbe necessaria la modifica di diversi articoli della vigente Costituzione[87].

Sembra, invece, più facilmente realizzabile l'ipotesi (non nuova e prevista in Costituzione *ab origine*) di fusione di più Regioni limitrofe non molto estese e popolose.

In definitiva, le Città metropolitane svolgono, simmetricamente ai Comuni e alle Province, unicamente attività amministrative, nonché funzioni che, pur formalmente amministrative, risultano sostanzialmente normative, ma certamente "non primarie" e che si esplicano nell'adozione di propri statuti e regolamenti.

Le Città metropolitane non hanno, invece, potestà legislativa, come le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

Sarebbe stata aberrante l'ipotesi opposta, almeno ove fosse consentito, come avviene, allo stato attuale in base alla legge Delrio, che l'organo di indirizzo e controllo politico collegiale, il quale dovrebbe essere preposto all'approvazione delle leggi, non fosse eletto a suffragio universale e diretto dalla relativa comunità[88].

L'ipotizzata attribuzione di poteri legislativi, nella fattispecie, sebbene basata su previsioni introdotte con legge costituzionale, avrebbe

[87] Il riferimento è all'art. 117 (elencazione delle materie e riparto di potestà legislativa e regolamentare), all'art. 118 (attribuzione delle funzioni amministrative), agli artt. 127, 134 e 136 (giudizi di legittimità costituzionale e conflitti di attribuzione), di regola, agli artt. 75 e 138 (referendum).

[88] In base al comma 22 dell'art. 1 della l. n. 56/2014, lo statuto metropolitano può prevedere l'elezione diretta e a suffragio universale del Consiglio metropolitano e del Sindaco metropolitano. Tuttavia, la medesima norma pone una serie di vincoli stringenti che la rendono di difficile attuazione. La decisione risulta, quindi, del tutto eventuale e rimessa ad una fonte di rango "secondario" e, per di più, "non eteronoma", perché demandata alla medesima amministrazione metropolitana (l'approvazione dello statuto compete alla Conferenza metropolitana, che è composta da tutti i Sindaci dei Comuni facenti parte della area metropolitana). Inoltre, per rendere "operativo" il sistema delineato dallo statuto nella direzione predetta, fermi restando gli ulteriori presupposti, è necessaria l'approvazione di una apposita legge da parte del Parlamento.

certamente violato i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione, in particolare gli artt. 1, 3 e 5.

Del resto, anche ove si pervenisse all'elezione diretta e a suffragio universale dell'organo assembleare metropolitano da parte di tutti gli elettori aventi diritto della rispettiva area (come sembra probabile), una prospettiva come quella illustrata sarebbe foriera di una prevedibile situazione di grave complicazione e confusione per l'intero sistema delle autonomie.

6. *Note conclusive*

La Costituzione vigente, pur contemplando le Città metropolitane, non specifica alcuni aspetti centrali, quali i criteri per l'individuazione degli agglomerati urbani e la procedura per la delimitazione territoriale degli enti metropolitani, il soggetto competente alla loro istituzione, i rapporti con le Province, ecc.

Appare evidente che il Parlamento, in sede di approvazione della riforma del Titolo V, Parte II, Cost., del 2001, sia pur promulgata all'esito (positivo) del referendum confermativo, abbia posto in essere un intervento affrettato e non sufficientemente ponderato, al punto da limitarsi (per quello che, in questa sede, più rileva) a menzionare le Città metropolitane negli artt. 114, 117, comma 2, lett. p), e comma 6, terzo periodo, 118, 119 e 120, comma 2.

Ciò, inserendo la relativa locuzione in una mera elencazione di enti territoriali, dopo la menzione delle Province, senza prevedere alcunché di specifico in merito.

Ad eccezione di quanto demandato, parzialmente, dalla lett. p) del comma 2 dell'art. 117, Cost. al legislatore statale, peraltro analogamente e simmetricamente ai Comuni e alle Province, nell'intero testo la Carta Repubblicana novellata non opera neppure semplici rinvii a determinate fonti, come pure sarebbe stato auspicabile.

In tal modo, pare aver lasciato, colpevolmente, un eccessivo spazio

---

Dunque, il Consiglio metropolitano (organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo) e quello monocratico di vertice (ossia il Sindaco metropolitano), oltre che la Conferenza metropolitana, non hanno, in base alla l. n. 56/2014, una legittimazione e una responsabilità dirette rispetto al relativo corpo elettorale, poiché sono composti da membri "designati" dai Comuni facenti parte del territorio, ovvero "di diritto", non direttamente (e appositamente) eletti dai cittadini. V., tra gli altri, V. Teotonico, cit., 364 ss.

all'elaborazione e all'interpretazione della giurisprudenza, specie costituzionale, e della dottrina.

Non a caso, la giurisprudenza e la dottrina hanno dovuto finora svolgere un'opera interpretativa, desumendo una serie di aspetti inespressi anche e soprattutto mediante una sorta di confronto/parallelismo con gli altri enti locali territoriali da sempre previsti in Costituzione (Province e Comuni); e ciò con tutti i dubbi e le incertezze che ne derivano.

La Corte costituzionale che avrebbe potuto e, forse, dovuto sopperire alle carenze suddette, specificando e puntellando gli assi portanti del sistema degli enti metropolitani, ha assunto, spesso, posizioni discutibili e/o non sufficientemente ponderate.

Essa, avvalendosi proprio dell'ampio margine di valutazione, derivante dal silenzio serbato dalla Carta fondamentale su vari profili, ha adottato, in diversi casi, decisioni non accuratamente motivate, sospinta, probabilmente, dall'esigenza di non creare vuoti normativi che potessero inceppare un sistema che ha già stentato ad affermarsi.

Permangono, dunque, non poche perplessità e forti incertezze che connotano tali amministrazioni.

Le criticità indicate potrebbero essere solo stemperate dal varo di una legge (ordinaria) di riforma dell'ordinamento delle autonomie locali.

Le iniziative intraprese in tal senso, a cui si accennava[89], invero, non mirano a superare la l. n. 56/2014 e il d.lgs. n. 267/2000, ma sono volte ad intervenire su alcuni aspetti critici, soprattutto relativi alla legge Delrio, e ad aggiornare il d.lgs. n. 267/2000[90].

L'obiettivo principale è quello di ricalibrare la legislazione elettorale e l'apparato degli organi di governo, oltre che le funzioni fondamentali, in modo abbastanza incisivo per adeguare l'assetto degli enti di area vasta alle sollecitazioni provenienti dalla Corte cost., n. 240/2021.

Evidentemente, simili prospettive di riforma, sia pur con inevitabili variabili, appaiono destinate a concretizzarsi, stante il preciso monito della

[89] V. *Supra* par. 4.

[90] Per V. Teotonico, cit., 397, «l'attuale assopimento di grandi aspirazioni revisionistiche della Carta fondamentale» (in tema di autonomie territoriali) o, comunque, l'oggettiva difficoltà di soddisfarle in tempi brevi «dovrebbe suggerire di procedere meno ambiziosamente, ma più costruttivamente (e rapidamente), all'approvazione di un nuovo testo unico degli enti locali», essendo, quello vigente, sempre meno «unico» e, appunto per questo, pure «sempre più obsoleto».

Consulta diretto a ricondurre sul piano della legittimità costituzionale il sistema degli enti metropolitani.

Gli effetti prevedibili che tali iniziative potranno sortire sono, però, necessariamente parziali.

In conclusione, a Costituzione invariata, una revisione dell'ordinamento degli enti locali, in armonia con le scarne e del tutto generiche disposizioni costituzionali attualmente vigenti in materia di Città metropolitane, dovrebbe apportare utili correttivi alla legislazione vigente.

Pur non potendo risolvere, del tutto, i dubbi e le incertezze, una riforma ben congegnata della l. n. 56/2014 e del d.lgs. n. 267/2000, che elimini, altresì, eventuali distonie o discordanze tra le due fonti, contribuirebbe a razionalizzare l'ordinamento degli enti metropolitani, facendo acquisire ad essi un assetto più equilibrato ed una fisionomia più definita.

Del resto, l'idea di una eliminazione delle Città metropolitane dal panorama italiano, che, evidentemente, richiederebbe una legge costituzionale, appare una soluzione estrema che non gioverebbe all'attuale situazione e che si porrebbe in disarmonia con esperienze, generalmente e non a caso, positive, collaudate in diversi Paesi esteri[91].

[91] Per una analisi comparata sul tema, v. G.F. Ferrari, P. Galeone (a cura di), *Città a confronto: le istituzioni metropolitane nei Paesi occidentali*, Bologna, il Mulino, 2010.

Abstract

Il presente contributo analizza alcuni aspetti problematici inerenti al tema delle Città metropolitane, istituite, in Italia, con la l. n. 56/2014 (c.d. legge Delrio).

La materia resta caratterizzata da forti dubbi ed incertezze, riguardanti diverse scelte compiute dal legislatore e la loro legittimità costituzionale.

Gli interrogativi che la suddetta normativa pone risultano addebitabili o, se non altro, accresciuti dalla presenza di gravi lacune nella Carta fondamentale, nonché da pronunce della Corte costituzionale, talvolta non adeguatamente motivate.

Appare, dunque, allo stato attuale, necessaria e prevedibile una riforma dell'ordinamento di tali enti, che intervenga su più fronti, considerato anche il monito espresso, in tal senso, al Parlamento, dalla stessa Corte cost., sent. n. 240/2021. Ciò, atteso che non sembra, per altro verso, percorribile, almeno a breve termine, la strada di una nuova revisione del Titolo V Cost.

The set of rules on Metropolitan Cities: some issues remain unsolved

This article analyses some problematic aspects regarding the theme of Italian Metropolitan Cities, established by the Law No. 56/2014 (Delrio law).

This subject remains marked by a high level of uncertainty and by several doubts, concerning various choices made by the legislator and their constitutional legitimacy.

The questions raised by the rules of law are attributable or, at least, exacerbated by the presence of serious deficiencies in the Constitution, as well as by rulings from the Constitutional Court which are, sometimes, insufficiently reasoned.

Actually, a reform of the rules on local administrations, about several of their profiles is advisable and predictable, also considering it was called by Constitutional Court (sent. 240/2021). In fact, at the moment, a new revision of Title V of Constitution seems very improbable.

La causa di esclusione dalle procedure di gara per gravi illeciti professionali: genesi e sviluppo sino alla rinnovata disciplina del D. Lgs. n. 36/2023, tra importanti risposte, vecchie criticità e nuovi problemi*

di Francesco Giacalone

Sommario: 1. Le cause di esclusione dell'operatore economico dalle procedure di gara nel prisma della funzionalizzazione dell'attività contrattuale dell'Amministrazione. – 2. I gravi illeciti professionali nel diritto e nella giurisprudenza europei. – 3. Disamina dell'evoluzione normativa nell'ordinamento italiano: dalle fattispecie di negligenza, malafede ed errore grave ai gravi illeciti professionali. – 3.1. L'inalterata estensione del sindacato giurisdizionale. – 4. I gravi illeciti professionali nel D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36: una premessa. – 4.1. I caratteri della nuova disciplina: determinazione dei presupposti applicativi della misura, tassatività delle fattispecie rilevanti e dei mezzi di prova, giudizio sulla "gravità" delle condotte. – 4.2. (Segue): la rilevanza soggettiva e temporale delle condotte. – 5. Una ridefinizione giuridica dell'istituto contraria al diritto europeo. – 6. Riflessioni conclusive: e se i problemi e le risposte fossero altrove?

1. *Le cause di esclusione dell'operatore economico dalle procedure di gara nel prisma della funzionalizzazione dell'attività contrattuale dell'Amministrazione*

Dotata di capacità di diritto privato[1], la Pubblica Amministrazione può ricorrere al contratto quale strumento di amministrazione attiva, al pari del provvedimento. Se è vero, infatti, che l'utilizzo di moduli operativi contrattuali in luogo di quelli autoritativi produce delle sostanziali differenze nelle dinamiche relazionali tra soggetto pubblico e privato, tuttavia ad accomunare i due modelli d'azione rimane la medesima direzione finalistica, e cioè la loro funzionalizzazione alla realizzazione della vasta gamma di interessi rimessi alle cure della P.A. Ne deriva una concezione unitaria dell'attività amministrativa che trova fondamento nel ruolo che l'ordinamento nel suo complesso attribuisce allo Stato e agli altri enti

[1]* Le riflessioni del presente scritto, ulteriormente ampliate e approfondite, sono tratte dall'intervento tenuto dall'A. in occasione del convegno dal titolo *Contratti pubblici e digitalizzazione: le sfide del nuovo codice*, svoltosi presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi di Torino il 10 marzo 2023.

Interessanti ricostruzioni dell'evoluzione storico-teorica che ha condotto al riconoscimento in capo all'Amministrazione della capacità di diritto privato sono offerte da A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 13 ss.; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 19 ss.

pubblici, chiamati geneticamente a soddisfare i bisogni della collettività[2].

È proprio da tale esigenza che scaturiscono due ordini di implicazioni.

Da un lato, infatti, occorre dare atto come, nell'ambito dell'agire amministrativo qui di interesse, e cioè quello "a fini di provvista" – dunque diretto al reperimento di beni, lavori e servizi strumentali all'esercizio di altre attività caratterizzanti –, l'utilizzo del contratto sia spesso necessario. Si tratta, infatti, dell'unica strada percorribile dall'Amministrazione che intenda addivenire ad una certa prestazione da parte del privato in assenza di previsioni legislative che autorizzino l'utilizzo dello strumento autoritativo e che dunque consentano un'opera regolatoria unilaterale degli interessi[3].

D'altro canto, lo statuto privatistico entro cui si inserisce tradizionalmente la disciplina giuridica dei contratti non appare del tutto compatibile con i vincoli di scopo che innervano l'azione della P.A., e ciò per una pluralità di ragioni. Innanzitutto, appare impredicabile in capo all'Amministrazione una forma di autonomia negoziale eguale a quella prevista e disciplinata dal diritto comune, perlomeno se coerentemente intesa come "*libera valutazione degli interessi e del modo di soddisfarli*"[4]: si ribadisce, infatti, la circostanza per cui l'Amministrazione si deve fare portatrice di interessi alieni di cui non può liberamente disporre perché la loro titolarità spetta alla collettività[5]. Va sottolineato, poi, che

[2] Tra le primissime riflessioni in questo senso si vedano A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubb.*, III, 1938, 485 ss.; M. Cantucci, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, 16 ss.; C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954, 131 ss.

[3] Già secondo A. Bononi, voce *Contratto amministrativo*, in *Dig. It.*, vol. VIII, pt. 3, Torino, 1898-1900, c. 422 ss., gli enti pubblici "*sono costretti ad avere dei rapporti contrattuali*" in quanto "*per esplicitare la loro attività, hanno bisogno di far lavori, assumere servizi, forniture, ecc.*". E tuttavia, "*talvolta l'interesse generale prende talmente il sopravvento, che lo Stato, valendosi di un supremo diritto d'imperio, può prescindere da ogni norma contrattuale anche in rapporti che dalla legge del contratto dovrebbero essere regolati: ma queste sono le eccezioni*". A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., 127 ss.

[4] F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, 437, che ritiene possibile riconoscere all'Amministrazione autonomia contrattuale solo "[s]*e la si intende in senso ampio e generico, come potere di regolazione dei propri interessi, escludendo cioè dalla nozione qualsiasi riferimento alla libertà di apprezzamento degli interessi*". Eppure, tale approccio "*rischia* […] *di togliere alla nozione qualsiasi utilità effettiva. Si consideri infatti che qualsiasi potere di regolazione attiene in primo luogo alla sfera giuridica del titolare del potere stesso; cosicché anche il potere autoritativo dell'amministrazione potrebbe essere definito come potere di autoregolazione, ove ci si limiti a far leva su questo tratto caratteristico. In altri termini l'autonomia privata finirebbe per coincidere con la nozione (generica) di potere precettivo, senza ulteriori specificazioni o qualificazioni*".

[5] Si richiamano proprio le riflessioni che sono state svolte *ibidem*, 436 ss., ma si veda

il paradigma contrattual-privatistico, sostanzialmente bipolare, mal si presta a una tutela effettiva dei soggetti terzi, ovverossia i consociati le cui posizioni giuridiche, nella contrattualità dell'Amministrazione, sono ordinariamente incise[6]. Altra criticità va ricondotta alla difficile traducibilità in termini patrimoniali – vero *proprium* del contratto "civilistico" – dell'assetto di interessi pubblici coinvolti dalla fattispecie contrattuale[7]. Non può sottacersi, infine, il carattere della tendenziale indisponibilità unilaterale del vincolo negoziale, circostanza che limiterebbe la possibilità di intervento dell'Amministrazione nell'ottica del riadattamento del suo assetto originario al mutamento dell'interesse pubblico[8].

Tali rilievi richiedono e fondano la specialità della disciplina dei contratti di cui si avvale la P.A., disciplina che discostandosi sensibilmente da

anche Id., *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario 2002 AIPDA*, ove si legge che "[s]*e sussiste un vincolo di scopo, non vi è e non vi può essere spazio per l'autonomia privata*". Ancora, G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 261 ss., si chiede "*fino a che punto uno strumento giuridico, connotato essenzialmente da un incontro libero di volontà che decidono l'assetto di interessi disponibili, possa essere adeguatamente utilizzato nelle fattispecie in cui una parte non ha la disponibilità dell'interesse*". Dopotutto, riprendendo quanto scritto da C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione,* Milano, 1982, 113, "*dire che l'amministrazione ha capacità giuridica di diritto privato significa solo dire che l'amministrazione è astrattamente idonea ad essere destinataria anche delle norme di diritto privato (e dei conseguenti diritti, obblighi, poteri, facoltà), ma non significa dire che l'amministrazione è destinataria di quelle norme allo stesso modo*", da ciò desumendosi che "*l'affermazione di una capacità generale di diritto privato dell'amministrazione non impedisce la negazione dell'autonomia privata dell'amministrazione*".

Altra impostazione, pur autorevolmente sostenuta, pone l'accento più sulla formula organizzativa che sulla sostanza dell'ente, così affermando la necessaria conseguenzialità tra l'individuazione di una persona giuridica – a nulla rilevando che si tratti di un soggetto pubblico o privato – e la titolarità di un'indifferenziata forma di autonomia prevista e disciplinata dal diritto comune (c.d. autonomia privata). In tal senso si veda M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Enc. Giur.*, vol. III, 1958, 988 ss., secondo cui se l'Amministrazione "*agisce come soggetto comune, non può non godere dell'autonomia privata*".

[6] In tal senso, A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, 33, osserva come attraverso forme di esercizio consensuale del potere amministrativo "*possano risultare compromesse quelle funzioni essenziali alle quali essi* [i pubblici poteri, ndr.], *attraverso l'amministrazione, non possono sottrarsi: vale a dire* […] *mantenere le garanzie di adeguata protezione anche per i soggetti terzi nell'ambito di un rapporto, quale appunto quello amministrativo, che rimane pur sempre un rapporto (quasi) naturalmente multipolare*".

[7] Sulla questione G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 21; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune,* cit., 126.

[8] A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune,* cit., 123 ss.

quella del Codice civile è chiamata a garantire la funzionalizzazione dello strumento consensuale alla cura dei pubblici interessi[9].

È bene precisare che il campo di applicazione della predetta regolamentazione è oggi definito in base ad un approccio sostanzialistico che supera la qualificazione formale del soggetto che è parte del rapporto contrattuale e guarda, ancora una volta, ai fini pubblici che variamente connotano la vicenda giuridica. Ne deriva una certa *vis espansiva* delle norme sulla contrattualità pubblica, che non interessano soltanto l'attività contrattuale delle Amministrazioni in senso proprio, ma investono anche quella di enti privati o operanti in regime privato ogniqualvolta sussistano specifiche ragioni organizzative (ad esempio perché controllati dalla P.A.), gestionali (come nel caso in cui dispongano di risorse pubbliche) o connesse alla direzione teleologica del loro agire (ad esempio perché esercitano funzioni o servizi pubblici esternalizzati)[10].

Dal punto di vista dei contenuti, il riadattamento della disciplina contrattual-privatistica ha assunto nel tempo direzioni plurime, avendo dato seguito a pulsioni eterogenee e multilivello. Sicché, ponendo attenzione ai contratti passivi relativi all'affidamento di lavori, servizi e forniture, la serrata procedimentalizzazione della fattispecie negoziale pubblicistica – dalla determinazione a contrarre sino all'esecuzione delle obbligazioni assunte – si è arricchita di limitazioni, nuove fasi e istituti giuridici diretti a tutelare non solo gli interessi alla cui soddisfazione è immediatamente finalizzato il contratto, ma anche altri a portata trasversale come, ad esempio, l'economicità dell'azione amministrativa, l'efficace ed efficiente allocazione delle risorse, la prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali, la tutela della concorrenza e dell'ambiente[11].

---

[9] Per un'analisi del percorso di radicamento della prospettiva "funzionalizzante" e delle voci contrarie si rinvia ad A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune,* cit., 119 ss.; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato,* cit., 86 ss.

[10] Si può osservare come tale meccanismo abbia determinato non già un adattamento del diritto privato all'interesse pubblico, quanto piuttosto un allargamento della stessa nozione di Amministrazione. Sul tema F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, 100 ss.; A. Maltoni, *Il conferimento di società pubbliche a privati*, Torino, 2005; S. Torricelli, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 253 ss.

[11] Sulle principali "tecniche di adeguamento" del paradigma privatistico-contrattuale alle esigenze della "funzionalizzazione" si rimanda a G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 88; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei*

A voler comparare i due modelli contrattuali, non vi è dubbio che la fase di scelta della controparte operata dalla P.A. registri le maggiori differenze. Invero, alla tendenziale libertà che caratterizza i rapporti *inter privatos*, si contrappone una disciplina pubblicistica che, da un lato, pur senza dimenticare la tipologia e il valore della commessa, impone alle stazioni appaltanti principi d'azione e procedure differenziate diretti a garantire la massima partecipazione delle imprese, dall'altro, le impegna in un complesso giudizio sugli operatori economici i cui parametri sono legislativamente imposti e ove confluiscono non soltanto le valutazioni che attengono strettamente all'offerta presentata, ma anche le risultanze relative alla verifica sul possesso, da parte dell'impresa, di tutta una serie di requisiti subiettivi di natura tecnico-professionale, economico-finanziaria e *latu sensu* morale.

All'interno di tale ultima categoria rientrano quelle "situazioni" che, qualora verificatesi, sono in grado di incidere sull'integrità professionale dell'operatore economico, potendo fondare un giudizio presuntivo di inaffidabilità che ne giustifica l'esclusione dalla procedura di gara o, se del caso, l'interruzione della relazione contrattuale già in essere. Si tratta, in altri termini, di pronosticare, traendo informazioni dalla sua vita professionale, l'idoneità o meno dell'impresa ad attendere agli obblighi derivanti dal futuro contratto in maniera diligente, nel rispetto della legge e senza distorcere le ordinarie dinamiche del mercato.

Sono evidenti le peculiarità di tale apprezzamento, in cui l'ambizione e la vaghezza del fine – la valutazione sull'integrità morale dell'operatore economico – si traducono nella profonda indeterminatezza dei presupposti, le fattispecie comportamentali rilevanti. Non vi è da stupirsi, dunque, se nessuna delle soluzioni giuridiche potenzialmente percorribili pare essere priva di criticità.

Non lo è, innanzitutto, la rigida previsione tassativa delle singole condotte che, dinanzi al polimorfismo della realtà, rischia di ingessare il sistema privandolo della sua reale efficacia, pur donandogli prevedibilità e certezza. E non lo è, inoltre, la creazione di automatismi operativi che rendono celere l'accertamento, ma non consentono di cogliere le diverse sfaccettature dei fatti finendo per sfociare, spesso, nella disparità, nella sproporzionalità e nell'irragionevolezza. Ma non

---

contratti di diritto pubblico, Milano, 1996, 118 ss.; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 161.

lo è nemmeno il ricorso a formule legislative aperte la cui ermeneusi, rimessa agli operatori del diritto, si fa sempre meno univoca e coerente negli interstizi d'ombra del dettato normativo. Una circostanza, quest'ultima, che pone lo strumento giuridico nelle condizioni di adeguarsi meglio alla realtà, ma che produce, al contempo, incertezza e imprevedibilità, rischia di creare indebite barriere per le imprese all'ingresso nel mercato e favorisce la proliferazione del contenzioso giudiziario, allungando i tempi delle gare e aumentandone i costi.

L'esclusione dell'operatore economico che ha commesso *gravi illeciti professionali*, a cui saranno dedicate le prossime pagine, rappresenta un ottimo angolo di osservazione per ragionare sulle questioni brevemente richiamate. Dopo aver delineato le coordinate offerte dal diritto europeo, ove tale causa ostativa ha trovato la sua genesi, ci si interrogherà sulle soluzioni fatte proprie a livello nazionale e su alcune delle principali criticità riscontrate. L'occasione di questa riflessione è offerta dal rinnovato Codice dei contratti pubblici, il D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che ha fornito nuove risposte a problematiche antiche della cui legittimità, anche sul piano unioniale, è talvolta lecito dubitare.

2. *I gravi illeciti professionali nel diritto e nella giurisprudenza europei*

L'interesse del diritto europeo verso le cause di esclusione morale degli operatori economici dalle procedure di gara trova un suo specifico riscontro già nelle prime direttive che hanno riguardato il settore delle commesse pubbliche. Dall'analisi diacronica dei provvedimenti via, via adottati emerge la coesistenza di plurimi interessi capaci di fondare e influenzare la disciplina di risulta[12].

Il punto di partenza va ricercato nella traversale esigenza di tutela del

[12] I primi provvedimenti in materia sono la direttiva 71/304/CEE, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali, e la direttiva 71/305/CEE, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Pochi anni dopo è intervenuta la direttiva 77/62/CEE diretta al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture. Negli anni successivi all'adozione dell'Atto Unico Europeo – dove si era messa in risalto la necessità di ulteriori interventi nel settore per consolidare il mercato unico – l'allora Comunità Economica Europea ha adottato le direttive 89/295-440/CEE che hanno

mercato unico. In tal senso, il riavvicinamento delle legislazioni nazionali, tramite l'imposizione di un argine alla proliferazione di condizioni differenziate di accesso alle gare, è diretto ad evitare che i singoli Stati, in assenza di limiti generalmente validi, possano adottare misure capaci di incidere sul corretto funzionamento del mercato unico, distorcendo la concorrenza o arrivando a creare pericolosi protezionismi nazionali. E tuttavia la compresenza e la graduale emersione di interessi ultronei alla tutela del mercato, spesso frutto della messa in atto di specifiche politiche europee orizzontali, hanno inciso sulla complessiva evoluzione della disciplina dei contratti pubblici, funzionalizzando le stesse cause di esclusione al perseguimento di altri obiettivi, come la tutela dell'ambiente, della sicurezza e dell'ordine pubblici, del buon andamento dell'azione amministrativa[13].

Il legislatore europeo ha così avocato a sé la definizione, tendenzialmente tassativa[14], di tutte le fattispecie comportamentali che possono giustificare l'espulsione di un offerente dalle procedure di selezione, spingendosi sino alla predeterminazione, in alcuni casi, del bilanciamento tra

sostanzialmente novellato le previgenti, la direttiva 90/531/CEE che ha interessato i c.d. settori esclusi e la direttiva 92/50/CEE che ha coordinato le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Nel 1993 venne poi varato un ulteriore pacchetto di direttive che hanno riformato tutti i settori abrogando le precedenti: si tratta della direttiva 93/36/CEE in materia di contratti pubblici di forniture, della 93/37/CEE in materia di contratti pubblici di lavoro, della 93/38/CEE con riguardo ai settori c.d. esclusi. Un ulteriore percorso di riforma complessivo verrà avviato dalle direttive 2004/17-18/CE. Si giungerà così alle direttive vigenti, ovverossia le 2014/23-24-25/UE rispettivamente nel settore delle concessioni, degli appalti pubblici e dei c.d. settori esclusi.

[13] La materia è stata al centro di ampio approfondimento, per cui si rinvia, *ex multis*, a C. Bovis, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Markets*, Aldershot, 1998; F. Sciaudone, *Diritto comunitario degli appalti pubblici*, Padova, 1999; M.M. Salvadori, *Gli appalti pubblici nell'organizzazione del commercio e nella Comunità europea*, Napoli, 2001; F. Astone, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Roma, 2010; G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014; C. Franchini, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Napoli, 2015; G.M. Racca, *Public Procurement and Corruption: the EU challenges*, in *Preventing corruption through administrative measures*, a cura di E. Carloni in collaborazione con D. Paoletti, 2019, Perugia, 95 ss.

[14] In tal senso CGCE, sentenza del 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, § 21, e CGUE, sentenza 8 febbraio 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, § 30, ove non viene esclusa, tuttavia, la facoltà per gli Stati membri di mantenere o di stabilire, in aggiunta a tali cause di esclusione, norme sostanziali dirette a garantire la parità di trattamento di tutti gli offerenti e la trasparenza, seppur in armonia col principio di proporzionalità.

gli interessi in causa.

Ciò è avvenuto già con le direttive 2004/17-18/CE che hanno previsto l'esclusione obbligatoria di tutti i soggetti condannati con sentenza definitiva per reati quali la partecipazione a organizzazioni criminali, corruzione, frode a danno degli interessi finanziari delle Comunità europee e riciclaggio dei proventi di attività illecite[15]. Un elenco poi ulteriormente ampliato sia con l'inclusione dei reati terroristici, di sfruttamento del lavoro minorile e di altre forme di tratta di esseri umani, sia inglobando tutti i casi di inottemperanza da parte dell'operatore economico agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, accertata da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo[16]. In queste ultime ipotesi, dunque, è la stessa normativa comunitaria e unioniale a imporre la supremazia di esigenze come la tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici rispetto alle garanzie di libero accesso al mercato.

Tuttavia, buona parte delle cause di esclusione individuate nelle direttive sono prive del carattere dell'obbligatorietà, circostanza che rimette agli Stati membri la facoltà di non applicarle affatto, optando per la partecipazione più ampia possibile alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore variabile, alleviandole o rendendole più flessibili, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale[17]. Vi rientrano sia le condizioni volte a verificare l'onorabilità professionale o l'idoneità economica-finanziaria dell'offerente, sia quelle che potreb-

[15] Si tratta dell'art. 45, par. 1 della direttiva 2004/18/CE, richiamato dall'art. 54, par. 4 della direttiva 2004/17/CE.

[16] In tal senso l'art. 38, par. 4 della direttiva 2014/23/UE e l'art. 57, par. 1 della direttiva 2014/24/UE, poi richiamato dall'art. 80 della direttiva 25/2014/UE.

[17] Con riferimento all'art. 29 della direttiva 92/50/CEE si rinvia a CGCE, sentenza del 9 febbraio 2006, *La Cascina*, C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, § 22-23; con riguardo all'art. 24 della direttiva 93/37/CEE si veda CGCE, sentenza del 16 dicembre 2008, *Michaniki AE*, C-213/07, EU:C:2008:731, § 49; a commento dell'art. 45, par. 2 della direttiva 2004/18/CE si richiamano CGUE, sentenza del 10 luglio 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, §36; sentenza del 14 dicembre 2016, *Connexxion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, § 29; sentenza del 20 dicembre 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA*, C-178/16, EU:C:2017:1000, § 31; sentenza del 28 marzo 2019, *Idi*, C-101/18, EU:C:2019:267, § 45; ordinanza del 14 giugno 2019, *Consorzio Nazionale Servizi*, C-425/18, EU:C:2019:476, § 25; con riferimento all'art. 57, par. 4 della direttiva 2014/24/UE si richiama CGUE, sentenza del 3 giugno 2021, *Rad Service Srl*, C-210/20, EU:C:2021:445, § 28.

bero creare una situazione che, nel contesto della singola procedura di appalto, costituisca un conflitto di interessi o un'alterazione della concorrenza. In questo quadro si innesta anche la commissione di gravi illeciti professionali, che rappresentano una vera e propria clausola di salvaguardia in grado di intercettare tutte quelle condotte rilevanti nel quadro del giudizio sull'affidabilità dell'operatore economico, ma non sussumibili nelle altre fattispecie espresse.

I loro antecedenti normativi vanno ricercati già nelle direttive degli anni Settanta che prevedevano l'esclusione di chi avesse commesso "*in materia professionale*" un "*errore grave accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice*", arricchendo così un *parterre* di cause ostative ove vi rientravano la sottoposizione a una procedura concorsuale, l'intervenuta condanna per un reato che incide sull'integrità morale dell'impresa, il mancato pagamento dei contributi di sicurezza sociale, delle imposte e delle tasse, nonché le false dichiarazioni nel fornire informazioni essenziali per il corretto svolgimento della selezione[18]. Si tratta di una soluzione normativa sostanzialmente confermata anche nei numerosi interventi degli anni Novanta, in cui dall'occasionale ricorso alla locuzione "*gravi violazioni dei doveri professionali*"[19] non sembra potersi ragionevolmente desumere un cambio di rotta rispetto al passato[20]. E dopotutto lo stesso pacchetto di direttive del 2004 torna a prevedere l'"*errore grave*" "*nell'esercizio dell*[']*attività professionale*" quale causa di esclusione dalle procedure di gara[21].

Solo più tardi le direttive 2014/23-24-25/UE, rispettivamente in materia di concessioni, appalti pubblici e settori speciali, allargheranno il novero delle cause di esclusione facoltativa dando autonomo rilievo a fattispecie che in passato venivano fatte rientrare nell'ampia accezio-

[18] Art. 23, par. 1, della direttiva 71/305/CEE; art. 20, par 1, della direttiva 77/62/CEE.

[19] Così l'art. 29, par. 1, lett. d) della direttiva 92/50/CEE e l'art. 20, par. 1, lett. d) della direttiva 93/36/CEE. Mantiene il riferimento all'"*errore grave*", invece, l'art. 24, par. 1, lett. d) della direttiva 93/37/CEE.

[20] A ben vedere si tratta di un'oscillazione lessicale che riguarda soltanto il testo italiano delle direttive in esame. Essa non si registra, ad esempio, nella versione inglese, ove si ricorre alla locuzione "*grave professional misconduct*" sia nel pacchetto di direttive degli anni Settanta che in quello degli anni Novanta, circostanza comune anche alla versione francese ove si utilizza l'espressione "*faute grave*".

[21] Si veda l'art. 45, par. 2, lett. d) della direttiva 2004/18/CE, a cui rinvia anche dall'art. 54, par. 4 della direttiva 2004/17/CE.

ne di "errore professionale grave" e sostituendo a quest'ultima i "*gravi illeciti professionali*" in grado di rendere dubbia l'integrità dell'operatore economico[22]. Anche in questo caso, tuttavia, l'evidente evoluzione del dato formale deve essere ridimensionata, sul piano sostanziale, alla luce di un'effettiva continuità semantica e teleologica tra le previsioni delle varie direttive susseguitesi nel tempo[23]. In tal senso, la lettura a sistema delle pronunce della Corte di Giustizia rappresenta un valido supporto.

Invero, i Giudici del Lussemburgo non hanno mai inteso l'"*errore grave*" nel senso di "non corretta rappresentazione delle realtà", "sbaglio", ma hanno accolto un'accezione ermeneutica ampia che ingloba ogni comportamento scorretto che incide sulla credibilità professionale dell'operatore economico, sulla sua integrità o affidabilità[24] e che denoti, normalmente, un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità[25]. Sul piano testuale, dunque, il ricorso all'espressione "*gravi illeciti professionali*" appare più in linea con la *ratio legis* costantemente individuata dalla giurisprudenza della Corte.

Rimane ferma, tuttavia, l'esigenza di riempire di significato una formula legislativa che ha nell'indeterminatezza il suo carattere distintivo, con le ovvie ricadute che ciò comporta sul versante del suo corretto recepimento nelle discipline nazionali. Gli Stati membri, infatti, sono chiamati a specificarne "*le condizioni di applicazione* […] *nel rispetto del diritto dell'Unione*" con la conseguenza che il loro potere discrezionale, una volta assunta la decisione di adottare la misura, non è assoluto ma trova un limite invalicabile nel rispetto degli elementi essenziali, degli obiettivi e dei principi ai quali essa è ispirata[26].

Così sono stati ritenuti rilevanti non solo gli inadempimenti e le con-

[22] Si tratta dell'art. 38, par. 7, lett. c) della direttiva 2014/23/UE e dell'art. 57, par. 4, lett. c) della direttiva 2014/24/UE. Quest'ultimo è espressamente richiamato dall'art. 80 della direttiva 2014/25/UE.

[23] Secondo CGUE, sentenza del 19 giugno 2019, *Meca Srl*, C-41/18, EU:C:2019:507, § 25, "*il testo dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 è sufficientemente simile a quello dell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, disposizione da esso abrogata, da consentire che l'interpretazione richiesta dal giudice del rinvio si ispiri alla giurisprudenza della Corte relativa a quest'ultima disposizione*".

[24] CGUE, sentenza del 13 dicembre 2012, *Forposta e ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, § 27.

[25] CGUE, ordinanza C-425/18, § 31.

[26] CGUE, sentenza C-41/18, § 33; ordinanza del 20 novembre 2019, *Indaco Service*, C-552/18, EU:C:2019:997, § 23.

dotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico[27], ma anche, a mero titolo esemplificativo, le infrazioni alle regole della concorrenza[28] o le condanne penali a carico degli amministratori per un reato che inquini la moralità professionale dell'impresa[29].

Sul versante dell'accertamento della condotta, poi, i considerando e il tenore letterale delle disposizioni delle direttive 2014/23-24/UE conferiscono all'Amministrazione aggiudicatrice, e ad essa sola, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione[30]. Sicché, non sarebbe legittimo, secondo la Corte, un sistema che sposti la valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico nell'ambito di presunzioni legislative, del

[27] Così CGUE, ordinanza C-425/18, § 30. A conferma della citata tendenza espansiva nell'interpretazione della clausola in esame, in CGUE, ordinanza C-552/18, si ribadisce che la risoluzione di un precedente contratto è comunque in grado di assumere una propria autonoma rilevanza ai fini dell'esclusione di un operatore economico, anche se la vicenda sia ancora sottoposta al vaglio dell'Autorità giudiziaria nazionale. È bene precisare, oltretutto, che le "*significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili*" hanno finito per rappresentare nelle direttive unioniali del 2014 un autonomo motivo di esclusione rispetto alla commissione di gravi illeciti professionali, a differenza di quanto disposto dalla normativa antecedente.

[28] CGUE, sentenza del 18 dicembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító Zrt*, C-470/13, EU:C:2014:2469. La Corte ha anche precisato che, per procedersi all'espulsione dell'operatore economico, non si deve necessariamente rientrare in una delle ipotesi vietate dall'art. 101 TFUE (CGUE, sentenza del 15 settembre 2022, *Landkreis Aichach-Friedberg*, C-416/21, EU:C:2022:689), né che sia intervenuta una sanzione dell'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale (CGUE, ordinanza C-425/18).

[29] Come precisato in CGUE, sentenza C-178/16, la condanna può avere rilevanza anche se non è ancora definitiva e l'amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni.

[30] Il considerando 70 della direttiva 2014/23/UE e il considerando 101 della direttiva 2014/24/UE prevedono che "[l]*e amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili*". Si precisa ulteriormente che "[t]*enendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi*". D'altro canto, l'art. 38, par. 7, lett. c) della direttiva 2014/23/UE e l'art. 57, par. 4, lett. c) della direttiva 2014/24/UE stabiliscono che "[l]e *amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono escludere o possono essere obbligati dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione all'aggiudicazione di concessioni un operatore economico*".

sindacato giurisdizionale o di automatismi amministrativi[31].

I Giudici europei precisano che, a tal fine, la stazione appaltante è tenuta a esaminare in maniera diligente e imparziale tutti gli elementi pertinenti[32], avendo cura di rispettare i principi di lealtà, di proporzionalità e di parità di trattamento[33]. Ciò significa verificare che la definizione delle condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto, a cui l'Amministrazione si vincola, sia avvenuta in maniera chiara e inequivoca, così da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo[34]; inoltre, implica che la cessazione del rapporto di fiducia con l'operatore economico avvenga solo quando sia strettamente necessario, riconoscendogli, se del caso, la possibilità di adottare misure correttive dell'irregolarità contestata in modo da superare il giudizio di inaffidabilità su di lui ricadente[35].

Solo se all'esito di un giudizio così strutturato l'Amministrazione procedente riesce a dimostrare in maniera sufficiente plausibile[36] che "*l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali*" tali da "*rendere*

[31] Secondo CGUE, sentenza C-41/18, § 28, "[d]*al testo della disposizione in questione* [art. 57, par. 4 della direttiva 2014/24, ndr] *risulta quindi che il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale*". Al contempo, in CGUE, ordinanza C-552/18, § 28, si ribadisce che "*l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c)* […] *della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale in virtù della quale la presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione di risoluzione di un contratto di appalto pubblico, adottata da un'amministrazione aggiudicatrice in ragione di un «grave illecito professionale», verificatosi in sede di esecuzione di tale contratto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indica una nuova gara d'appalto di escludere un operatore, nella fase della selezione degli offerenti, sulla base di una valutazione dell'affidabilità dell'operatore stesso*". Anche per CGUE, sentenza 3 ottobre 2019, *Delta Antrepriză de Construcții*, C-267/18, § 28, "*un'amministrazione aggiudicatrice non può automaticamente desumere dalla decisione di un'altra amministrazione aggiudicatrice di risolvere un precedente contratto di appalto pubblico, per il fatto che l'aggiudicatario avrebbe affidato in subappalto una parte dei lavori senza la previa autorizzazione dell'amministrazione medesima, che tale aggiudicatario si sia reso colpevole di significative o persistenti carenze* […] *in riferimento all'esecuzione di una prescrizione sostanziale relativa a tale appalto pubblico*".

[32] *Ibidem*, § 29.

[33] Molto interessanti appaiono sul punto le riflessioni di CGUE, sentenza C-171/15, § 34-44.

[34] Si vedano CGUE, sentenza del 2 giugno 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, § 36-37; sentenza C-171/15, § 39-40; sentenza del 14 gennaio 2021, *RTS infra BVBA*, C-387/19, EU:C:2021:13, § 35.

[35] *Ex multis*, CGUE, sentenza C-210/20, § 35; sentenza C-387/19, § 25-42.

[36] CGUE, sentenza C- 416/21, § 37.

dubbia la sua integrità", sarà allora possibile disporne, in qualsiasi momento, l'esclusione dalla gara.

3. *Disamina dell'evoluzione normativa nell'ordinamento italiano: dalle fattispecie di negligenza, malafede ed errore grave ai gravi illeciti professionali*

Già in epoca prerepubblicana l'ordinamento italiano conosceva cause di esclusione "morale" dell'operatore economico. Erano così estromesse "*dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si* [fossero] *rese colpevoli di negligenza o malafede*", e ciò con effetti generali e permanenti, salvo eventuali riammissioni[37]. Una previsione a cui si affiancava il secondo comma dell'art. 68 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, che attribuiva all'Amministrazione "*piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso* [potesse] *reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli* [fossero] *rese note le ragioni dell'esclusione*"[38].

Si trattava di un'impostazione su cui ha profondamente inciso l'istituzione dell'albo nazionale dei costruttori, *ex* L. 10 febbraio 1962, n. 57, da cui è derivata la tacita abrogazione della prima delle due forme di esclusione[39], mentre è stata espressamente conservata la seconda[40], quantunque gradualmente ripensata in un'ottica di maggiore garantismo[41].

Tuttavia, anche tale ultima previsione è stata sostanzialmente superata in occasione del recepimento delle direttive europee, dapprima, per i soli contratti soprasoglia, grazie alla L. 8 agosto 1977, n. 584[42], e poi

[37] Il riferimento è all'art. 3, co. 3 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato).

[38] A commento M. Gallo, voce *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nov. dig. it.*, IV, 1959, Torino, 636.

[39] In questo senso si veda TAR Lazio, sede di Roma, sez. II, 14 agosto 1987, n. 1380, secondo cui l'iscrizione all'albo dei costruttori "*si deve intendere fondata sul preventivo accertamento di una serie di requisiti concernenti l'idoneità non solo tecnica e finanziaria, ma anche morale dell'impresa: il che* […] *porta a impedire che rimanga in capo alla p.a. un potere generale di esclusione da tutte le gare*". Ma non sono mancate posizioni discordanti, come quella di Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno 2001, n. 3260, ove si afferma che "[l']*art. 68, r.d. 23 maggio 1924 n. 827* […] *non è tacitamente abrogato dalla l. 10 febbraio 1962 n. 57, istitutiva dell'albo nazionale dei costruttori, in considerazione della diversità dei piani operativi delle due norme*".

[40] Cfr. art. 3, co. 2, L. 10 febbraio 1962, n. 57.

[41] Sul punto si veda Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 1955, n. 132, che ammette la sindacabilità del provvedimento di esclusione sotto al profilo della legittimità.

[42] L'art. 13 della L. 8 agosto 1977, n. 584 (Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica

per mano degli interventi normativi degli anni Novanta. Più specificamente, questi ultimi hanno delineato un quadro abbastanza articolato, prevedendo, tra l'altro, l'esclusione dalle procedure di gara in materia di lavori pubblici di chi avesse, ancora una volta, "*commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara*"[43], nonché, nel settore delle forniture e dei servizi pubblici, di quanti si fossero resi responsabili di un "*errore grave, accertato, con qualsiasi mezzo di prova, dall'ente appaltante*" commesso "*nell'esercizio dell*['*attività professionale*"[44].

Alla frammentarietà del contesto normativo appena descritto, che pure dottrina e giurisprudenza avevano provato a uniformare[45], ha risposto il D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice de Lise) che, cogliendo il disegno di riordino del settore fatto proprio dalle direttive comunitarie del 2004, ha optato per l'opzione legislativa di mantenere tra i requisiti di ordine generale – stavolta indistintamente valevoli per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – il binomio di cause di esclusione già previsto dalla disciplina precedente, disponendo l'estromissione dei soggetti "*che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante,* [avessero] *commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandi*[va] *la gara; o che* [avessero] *commesso un errore grave nell'esercizio*

europea) ha recepito tutte le cause di esclusione individuate dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE ivi incluso l'"*errore grave*" commesso "*nell'esercizio dell*['*attività professionale*".

[43] Così l'art. 75, co. 1, lett. f) del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), come novellato dall'art. 2 del D.P.R. 30 agosto 2000, n. 412.

[44] In tal senso l'art. 11, co. 1, lett. c) del D. Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE) richiamato dall'art. 12, co. 1 del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi). Alla disposizione citata del D. Lgs. n. 358/1992 rinvia anche l'art. 22, co. 1-2 del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 158 (Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi).

[45] Si riteneva, infatti, che tutte le ipotesi normative che richiamavano espressamente le condotte colpose ("*errore grave*") dell'operatore economico includessero, implicitamente, anche i comportamenti dolosi ("*malafede*"). Non sono mancanti, sul punto, i richiami agli artt. 3 del R.D. n. 2440/1923 e 68 del R.D. n. 827/1924 che le norme citate facevano espressamente salve. Sul punto, M. Zoppolato, *I requisiti di partecipazione ad appalti*, in *Il regolamento della legge sui lavori pubblici: commento al DPR 21 dicembre 1999, n. 554*, a cura di D. Tassan Mazzocco, Milano, 2000, 226; R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, II, 2008, Milano, 1299. In giurisprudenza, Consiglio di Stato, sez. V, 11 giugno 2003, n. 3301; sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6541.

della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"[46].

Sono state così ereditate una serie di questioni ermeneutiche e applicative di cui è possibile osservare traccia nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale del tempo[47].

Esclusa, non senza patemi, la necessarietà di un accertamento in sede giurisdizionale delle condotte dell'operatore economico poste a fondamento dell'esclusione[48], dottrina e giurisprudenza dovettero confrontarsi con le difficoltà connesse all'univoca interpretazione di concetti indeterminati quali "negligenza", "malafede", "errore" e "gravità"[49], ritenuti, da un lato, irrinunciabili dinanzi all'impossibilità di predefinire astrattamente tutte le fattispecie potenzialmente rilevanti, dall'altro, capaci di indebolire la certezza del diritto in un ambito in cui la prevedibilità dei comportamenti della stazione appaltante favorisce la concorrenza e compensa la grave compressione del diritto di iniziativa economica che deriva proprio

[46] Art. 38, co. 1, lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006.

[47] Un interessante spaccato delle principali questioni è offerto da G. Fischione, *L'esclusione dalla gara per grave negligenza, malafede e per errore professionale tra lacune normative ed esigenze di certezza, ragionevolezza e proporzionalità*, in www.*giustamm.it*, 3, 2015. Per un più ampio commento all'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 si rinvia a R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, cit., 1299 ss.; R. Greco, *Art. 38*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, Molfetta, 2012, 658 ss. e 677 ss.; R. Proietti, *Art. 38*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti, II ed., Milano, 2015, 509 ss.; F. Dallari, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2017, 321 ss.

[48] La problematica era già avvertita nella vigenza della normativa degli anni Novanta, come evidenziato da R. Greco, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2015*, a cura di R. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, 2005, 589 ss. In senso conforme all'interpretazione prospettata si vedano Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5610; sez. VI, 9 marzo 2004, n. 1071; sez. V, 13 luglio 2017, n. 3444; sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7160; sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483. Per una lettura critica si rinvia a G. Pogliotti, *La facoltà dell'amministrazione di escludere un'impresa dalla gara ai sensi dell'art. 75, comma 1 lett. f, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554*, in *Riv. trim. app.*, 4, 2004, 1108 ss.

[49] Si è così affermato che mentre "negligenza e malafede" costituivano un'endiadi riferibile al comportamento tenuto dall'impresa nel corso dell'esecuzione di una precedente relazione contrattuale (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4512), invece l'"errore", rappresentando un'espressione più ristretta, escludeva l'atteggiamento psicologico intenzionale dell'operatore economico e calibrava l'ambito applicativo della norma ai soli casi di imperizia, stavolta però riferiti a qualsiasi momento della vita professionale dell'impresa (TAR Sicilia, sede di Palermo, sez. I, 31 luglio 2012, n. 1726). Per un approfondimento, M. Didonna, *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in *Urb. app.*, 1, 2016, 63 ss.

dall'applicazione delle cause di esclusione, ponendo quest'ultima al riparo da pericolosi abusi[50]. Così, in assenza di un'elencazione, anche solo esemplificativa, delle condotte rilevanti, la giurisprudenza richiamava genericamente tutte le violazioni dei doveri professionali o contrattuali capaci di compromettere il rapporto fiduciario *inter partes*[51], essendo poi compito dell'Amministrazione giungere, con qualsiasi mezzo di prova, ad un accertamento basato su elementi di fatto concreti e ragionevoli[52] di cui fosse obiettivamente verificabile la non modesta lesività[53]. In altre parole, doveva trattarsi di una valutazione particolarmente rigorosa e puntuale, di cui si apprezzava ulteriormente l'importanza considerata l'assenza dell'indicazione, in sede legislativa, di un termine massimo di efficacia della causa di esclusione che potesse fungere da limite al potere della stazione appaltante[54].

Altri due ordini di criticità riguardavano, poi, sia la perimetrazione dei limiti soggettivi dell'istituto, sia l'esatta determinazione degli oneri dichiarativi ricadenti sugli operatori economici. Se, sul primo versante, si è lungamente discusso della possibilità o meno che il rapporto tra l'Amministrazione e il concorrente potesse essere pregiudicato da una condotta posta in essere da quest'ultimo nei confronti di un soggetto

[50] Interessanti le riflessioni di G. Manfredi, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urb. app.*, 5, 2010, 508 ss.

[51] In dottrina, R. Greco, *Art. 38*, cit., 677. In giurisprudenza si vedano Consiglio di Sato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071; TAR Lombardia, sede di Milano, sez. III, 9 marzo 2004, 828; TAR Lazio, sede di Roma, sez. I *ter*, 12 dicembre 2006, n. 14212.

La graduale stratificazione dei precedenti giudiziari ha consentito di perimetrare meglio la categoria escludendo, ad esempio, la necessità che si integrino, nel caso di inadempimenti contrattuali, gli estremi della responsabilità *ex* art. 1218 c.c. (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4512), ovvero che possano rilevare le condotte negligenti o in malafede assunte dal concorrente nel corso delle trattative contrattuali (Consiglio di Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3595; *contra* TAR Puglia, sede di Bari, sez. I, 11 giugno 2015, n. 848), o ancora che possa essere disposta l'esclusione per infrazioni del tutto estranee all'ambito dei rapporti contrattuali (Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2002, n. 2090) o nel caso in cui la stazione appaltante, dopo il verificarsi dell'evento contestato, abbia stipulato altri contratti con l'operatore (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 luglio 2010, n. 5030).

[52] Consiglio di Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1435; sez. V, 25 agosto 2006, n. 4999; sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296; sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2761.

[53] Consiglio di Stato, sez. III, 19 aprile 2011, n. 2403; sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866.

[54] M. Didonna, *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, cit., 67 ss.

pubblico diverso[55], dall'altro, la non chiara definizione soggettiva e oggettiva delle condotte rilevanti, unita all'obbligo ricadente sull'operatore economico di attestare la sussistenza dei requisiti di ordine generale mediante una dichiarazione sostitutiva, rischiava di esporre quest'ultimo ad inconsapevoli omissioni che, oltre ai possibili risvolti penali, potevano comunque intaccare il giudizio di affidabilità su di lui espresso dall'Amministrazione[56].

Dinanzi a un quadro così strutturato, dove si facevano evidenti i rischi di applicazioni disomogenee e distorte dell'istituto[57], il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (d'ora in avanti "Codice"), abrogando espressamente la precedente disciplina[58], ha riconfigurato la fattispecie in esame col duplice obiettivo di superare le plurime criticità riscontrate nella vecchia disposizione e assicurarne una maggiore aderenza al diritto euro-

[55] La diatriba è sorta dalla discrasia del dato normativo – che richiamava "la stazione appaltante che bandisce la gara" nei soli casi di grave negligenza o malafede – e che ha visto formarsi due orientamenti opposti, il primo – maggioritario – che escludeva questa ipotesi anche dinanzi a un "errore grave", il secondo che la riteneva possibile solo in quest'ultimo caso. In giurisprudenza, il primo approccio è stato condiviso da Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750; sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5892; TAR Sicilia, sede di Palermo, sez. III, 10 marzo 2010, n. 2670; il secondo da Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2245; sez. V, 15 marzo 2010, n. 1550; sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078; TAR Puglia, sede di Lecce, sez. III, 17 maggio 2012, n. 860; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 5 maggio 2006, n. 3976.

Per un approfondimento più diffuso si rinvia a R. Greco, *Le cause soggettive di esclusione*, cit., 1300 ss.; Id., *Art. 38*, cit., 677 ss.; G.F. Nicodemo, *Sull'esclusione per "grave negligenza" quando è commessa a danno di altre P.A.*, in *Urb. app.*, 5, 2013, 545 ss.

[56] Si rammenta, infatti, che ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. h) del D. Lgs. n. 163/2006 erano esclusi dalle procedure ad evidenza pubblica i soggetti che "nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara [avessero] reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara" e che, secondo l'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), "il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera". Ad avvertire delle criticità poste dal sistema dell'autodichiarazione G. Manfredi, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, cit., 511 ss.; A. Nicodemo, *Il requisito della moralità professionale tra le intemperanze interpretative*, in *Urb. app.*, 3, 2016, 299 ss.

[57] Secondo A. Falchi Delitala, *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 38, 1° comma, lett. f) del d.lgs. 163/06 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 12, 2012, 3147, è "*lecito dubitare, che le forti tinte contrattualistiche di cui è impregnata la valutazione in esame possano in realtà celare l'esistenza anche di un interesse personale dell'amministrazione-contraente all'affidabilità della controparte contrattuale, piuttosto che la sola sussistenza di un generico interesse pubblico all'esclusione di contraenti in passato rivelatisi inadempienti*".

[58] Art. 217, co. 1, lett. e) del D. Lgs. n. 50/2016.

peo, nelle more profondamento innovato dal pacchetto di direttive del 2014 e dall'incessante lavorio della Corte di Giustizia.

A differenza dell'art. 38, co. 1, lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006, la formulazione dell'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice, pur in seguito a una serie di interventi di riforma di cui si darà atto a breve, ha individuato, tra le cause di esclusione c.d. "non automatiche" dell'operatore economico, l'essersi reso colpevole di "*gravi illeciti professionali, tali da render*[ne] *dubbia l*['] *integrità o affidabilità*", così riprendendo (quasi) pedissequamente l'espressione utilizzata dalla disciplina unioniale vigente[59].

Pur mantenendosi il ricorso a concetti giuridici indeterminati, può osservarsi come la rinnovata formula legislativa abbia una portata molto più ampia dell'omologa previsione del precedente Codice degli appalti, ricomprendendo ogni fattispecie, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa[60], a nulla rilevando che si sia verificata in un rapporto con la stessa stazione appaltante o *aliunde*[61].

Il contraltare è stata una disciplina che nel suo complesso, pur non avendo abbattuto i margini di discrezionalità rimessi all'Amministrazione, ha comunque avuto il merito di perimetrarne il potere con un maggior grado di definizione rispetto al passato e ciò, tra l'altro, avvalendosi anche dell'azione regolatoria dell'Autorità nazionale anticorruzione. Si rammenta, infatti, che in attuazione all'art. 80, co. 13 del Codice, l'ANAC ha adottato le Linee Guida n. 6[62], con cui, al di là dell'annosa questione

[59] Si precisa che le cause di esclusione definite dall'art. 80 del Codice rilevavano anche: a) ai fini della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84, co. 4 cit.); b) ai fini dell'affidamento dei contratti ai subappaltatori e della relativa stipula (art. 80, co. 14 cit.); c) in relazione all'impresa ausiliaria nei casi di avvalimento (art. 89, co. 3 cit.); d) ai fini della partecipazione alle gare del contraente generale (art. 198 cit.).

[60] Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192; sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503.

[61] A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, I, XIV ed., Milano, 2021, 137.

[62] Si tratta delle Linee Guida recanti "*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, poi aggiornate al D. Lgs. n. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Come evidenziato dall'ANAC nell'atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3, par. 2.1 (approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 370 del 27 luglio 2022), all'indomani dell'entrata in vigore della legge delega n. 78/2022 per la riforma del Codice dei contratti pubblici, l'Autorità ha preferito accantonare l'opzione di un ulteriore aggior-

afferente all'eventuale sconfinamento rispetto al parametro legislativo posto dall'ultimo articolo citato[63], si è tentato di omogeneizzare la prassi applicativa delle stazioni appaltanti, sebbene la natura non vincolante delle prescrizioni in esse contenute, ribadita anche dai Giudici amministrativi[64].

Prendendo le mosse dai profili oggettivi dell'istituto, occorre osservare che l'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice contemplava originariamente un'elencazione di possibili illeciti professionali – a cui, peraltro, la normativa europea dava rilievo autonomo – che tuttavia, per comune e consolidato intendimento, era considerata meramente esemplificativa[65].

namento delle Linee guida, che pure era già in fase avanzata. In dottrina R. De Nictolis, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida ANAC sui gravi illeciti professionali,* in *www.giustamm.it*, 2, 2017; L. De Pauli, L. Mazzeo, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2, 2018, 155 ss.

[63] L'art. 80, co. 13 del Codice precisava che "[c]*on linee guida l'ANAC* […] *può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un procedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)".* E tuttavia, come meglio si dirà, tale atto si è spinto sino a individuare ulteriori ipotesi di illeciti professionali rispetto a quelle espressamente previste dalla norma di legge, a determinare l'ambito soggettivo e temporale di operatività della causa di esclusione oltre ai criteri di valutazione delle condotte e delle misure di *self cleaning*. La questione è stata oggetto delle riflessioni di A. Amore, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb app.*, 6, 2017, 771 ss.

[64] Nella premessa delle Linee guida cit. si legge che "[i]*l verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle presenti Linee guida non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nel presente documento. Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi*". In giurisprudenza si rinvia a Consiglio di Stato, comm. spec., 16 ottobre 2016, n. 2286, la cui posizione è stata però criticata da A. Amore, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, cit., 763 ss. In linea con la posizione richiamata nel testo A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2018, pt. II, 224 ss.; P. Segalerba, *La struttura aperta del grave illecito professionale quale causa di esclusione dalla gara: il giudizio sull'integrità ed affidabilità del concorrente nel delicato punto di equilibrio tra discrezionalità amministrativa, principio di legalità* e numerus clausus *delle fattispecie espulsive*, in *Riv. trim. app.*, 2, 633.

[65] La natura esemplificativa della previsione emergeva dalla lettera della norma che recitava "*Tra questi rientrano*" ed ha trovato conferma in Consiglio di Stato, comm. spec., 13 novembre 2018, par. n. 2616; sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; TAR Lazio, sede di Roma, sez. IV, 23 novembre 2022, n. 15623; TAR Lombardia, sede di Milano, 2 gennaio 2023, n. 19. L'elencazione comprendeva: a) le significative carenze nell'ese-

La successiva evoluzione normativa, intervenuta dapprima col D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12) e poi col D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55), ha reso autonome tali ipotesi anche nell'ordinamento nazionale, mediante l'introduzione delle lettere c-*bis*), che ha accorpato le precedenti previsioni in tema di omissioni o falsità nelle informazioni fornite dall'impresa, c-*ter*), sulle significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, e c-*quater*), che ha menzionato i gravi inadempimenti nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuti o accertati con sentenza passata in giudicato. A completare il quadro sono intervenute proprio le linee guida dell'ANAC che non si sono limitate a precisare la portata delle condotte già elencate dalla norma di legge[66], ma ne hanno isolate di nuove, tra cui le condanne anche non definitive per i reati che incidono sull'affidabilità dell'operatore economico[67] ovvero

cuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni (cfr. art. 57, par. 4, lett. g) della direttiva 2014/24/UE); b) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio (cfr. art. 57, par. 4, lett. i) della direttiva 2014/24/UE); c) il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (cfr. art. 57, par. 4, lett. h) della direttiva 2014/24/UE): sul tema si rinvia ad A. Nicodemo, *Gravi illeciti professionali, tutto cambia affinché nulla cambi*, in *Urb. app.*, 1, 2019, 107 ss., che ricostruisce anche l'opposta posizione sostenuta da parte della giurisprudenza in termini di assoluta tassatività delle fattispecie enucleate dall'art. 80, co. 5, lett. c) cit.

[66] Ad esempio, con riferimento alle "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto" si precisava che "*la stazione appaltante* [dovesse] *valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi* […] *che* [avessero] *comportato, alternativamente o cumulativamente: a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio; b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina*". Tra tali comportamenti – destinati a rilevare quando anche singolarmente costituissero un grave illecito professionale ovvero qualora fossero sintomatici di persistenti carenze professionali – rientravano, a titolo esemplificativo: l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte; le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto; l'adozione di comportamenti scorretti; il ritardo nell'adempimento; l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione.

[67] A titolo esemplificativo le Linee Guida n. 6, sez. II, par. 2.2, richiamavano l'abu-

i provvedimenti definitivi di condanna comminati dall'AGCM[68] o dalla stessa Autorità anticorruzione[69]. E tuttavia, tale struttura non solo non ha comportato l'introduzione di automatismi decisionali[70], ma ha mantenuto ferma la possibilità per l'Amministrazione di prendere in considerazione ogni altro comportamento dell'operatore economico che, pur non enucleato, fosse comunque in grado di giustificare, anche in relazione ai caratteri propri della commessa da aggiudicare, le riserve sulla sua affidabilità e il conseguente diniego di partecipazione alla gara[71], pur dovendo essere

---

sivo esercizio di una professione, i reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito), i reati tributari *ex* D. Lgs. n. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio, i reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, i reati previsti dal D. Lgs. n. 231/2001 e i delitti di cui agli artt. 353, 353 *bis*, 354, 355 e 356 c.p.

L'ANAC, nell'atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3 cit., par. 2.2.1, ha evidenziato le criticità connesse alla rilevanza ostativa di condotte non definitivamente accertate, di cui però occorre prendere atto stante il generale approccio condiviso in sede europea. Tuttavia, secondo l'Autorità è "*palese che tali circostanze sono meno gravi e rilevanti rispetto alle condotte definitivamente accertate e, quindi, per ragioni di equità, dovrebbero dar luogo a conseguenze diverse. A tal fine, sarebbe auspicabile, in primo luogo, che la norma chiarisca la rilevanza delle violazioni non definitivamente accertate e, in secondo luogo, che introduca la possibilità di graduare in misura proporzionale sia le conseguenze di tali condotte che l'obbligo di motivazione posto a carico della stazione appaltante in relazione alle scelte adottate*".

[68] Si trattava, più specificamente, di condanne intervenute "*per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare*" (ANAC, Linee Guida n. 6, sez. II, par. 2.2.3.1).

[69] Si trattava dei "*provvedimenti sanzionatori esecutivi comminati* […] *ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri*" (ANAC, Linee Guida n. 6, sez. II, par. 2.2.3.1).

[70] Consiglio di Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040; TAR Puglia, sede di Bari, sez. I, 13 aprile 2018, n. 562; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 7 novembre 2022, n. 6878; sez. I, 14 novembre 2022, n. 7026.

[71] A. Amore, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. app.*, 6, 2019, 901 ss.; A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 657.

Sintetizza molto bene i termini della questione il dibattito che ha riguardato le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che, a mente della lettera c-*ter*) dell'art. cit. (e, ancor prima, dell'originaria formulazione della lettera c) dell'art. cit.), potevano condurre all'esclusione dell'operatore economico: a) se avessero causato la risoluzione per inadempimento (che in origine doveva essere

assistiti da impegnativi e rigorosi oneri probatori e motivazionali[72].

Un altro limite oggettivo alle potestà delle stazioni appaltanti è giunto dal disposto dell'art. 80, co. 10 *bis* del Codice che, all'esito di un lungo dibattito[73], ha fissato un argine alla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali, pur con una formulazione foriera di dilemmi applicativi[74].

---

stata confermata in giudizio o mai contestata); b) se avessero condotto alla condanna per risarcimento del danno; c) se avessero giustificato l'applicazione di altre sanzioni comparabili. Si registrano, sul punto, due posizioni differenti, tra chi ha ritenuto che il pregresso inadempimento contrattuale potesse assumere rilievo solo nei casi (tassativamente) previsti dalla norma di legge e chi, al contrario, ha sottolineato come potesse condurre (o non condurre) all'estromissione dell'operatore economico qualunque tipo di inadempimento contrattuale (al di là delle ulteriori condizioni, non tassative, previste dalla norma di legge) purché sottoposto ad un'adeguata valutazione prognostica sull'affidabilità dell'operatore economico ad opera della stazione appaltante. L'approccio estensivo ha trovato seguito in giurisprudenza in TAR Toscana, sez. I, 1° agosto 2017, n. 1011; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 11 aprile 2018, n. 2390; Consiglio di Stato, sez. IV, ord. 3 maggio 2018, n. 2639; *contra* si vedano TAR Puglia, sede di Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016; CGA Sicilia, sez. I, 28 dicembre 2017, n. 575; TAR Lazio, sede di Latina, sez. I, 16 marzo 2018, n. 4778; TAR Lombardia, sede di Milano, sez. IV, 23 marzo 2018, n. 792. In sede di rinvio pregiudiziale sono intervenute anche CGUE, sentenza C-41/18, e CGUE, ordinanza C-552/18, per le quali si veda *supra*, nota 31. In dottrina si rinvia alle trattazioni di V. Sordi, *Alla CGUE la compatibilità dell'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice con la disciplina eurounitaria*, in *L'amministrativista,* 4 maggio 2018; P. Martiello, *Gravi illeciti professionali: l'esclusione è legittima anche se la risoluzione è* sub iudice*?*, in *L'amministrativista*, 13 giugno 2018; C. Lamberti, *Gli illeciti professionali approdano alla Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 10, 2018, 2234 ss.

[72] Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299.

[73] L'art. 57, par. 7 della direttiva 2014/24/UE rimette agli Stati membri il compito di determinare il periodo massimo di esclusione che, qualora non fissato con sentenza definitiva, "*non supera* […] *i tre anni dalla data del fatto in questione*". Tuttavia, nella sua prima formulazione l'art. 80 del Codice non prevedeva alcun termine, tanto che le Linee Guida n. 6, andando evidentemente oltre ai limiti posti dalla base legislativa di cui al comma 13 dell'art. cit., avevano stabilito che "*il periodo di esclusione dalle gare non può superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità*". Una previsione che successivamente il Consiglio di Stato qualificò come "*priv*[a] *di base normativa*" (Consiglio di Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286), aggiungendo, peraltro, che il sistema nazionale non aveva alcuna lacuna da coprire stante l'efficacia diretta della disposizione europea summenzionata. Solo più tardi il D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha espressamente introdotto il termine dei tre anni con una soluzione legislativa che di lì a poco fu oggetto di ulteriore riforma ad opera del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55) da cui è scaturito il testo in commento. Per una ricostruzione più dettagliata si rimanda a R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 «sblocca cantieri»*, in *Urb. app.*, 4, 2019, 463 ss.; M. Mangano, *La rilevanza temporale del grave illecito professionale nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici dura (più o meno) tre anni*, in *Urb. app.*, 1, 2021, 47 ss.

[74] La norma, nello stabilire che "*nei casi di cui al comma 5* [esclusione per gravi illeciti

Sul piano soggettivo, specie dopo che è stata riconosciuta la rilevanza delle vicende penali, si è imposta l'esigenza di stabilire un criterio di collegamento tra le persone fisiche a cui è imputata la condotta illecita (qualora non direttamente riferibile alla persona giuridica) e gli operatori economici partecipanti alle gare, tale da poter determinare la carenza di affidabilità di questi ultimi. Un apporto importante alla questione è stato offerto dalle Linee Guida dell'ANAC che hanno esteso per analogia al caso di specie il novero dei soggetti di cui all'art. 80, co. 3 del Codice, dettato per la medesima finalità rispetto alle fattispecie penali automaticamente ostative del primo comma dell'articolo citato[75]. La soluzione, sottoposta a una critica serrata da una parte della dottrina e della giurisprudenza[76], aveva posto non pochi interrogativi

professionali, ndr.], *la durata della esclusione è pari a tre anni*", ha indotto una parte della giurisprudenza a ritenere che essa ponesse un limite di rilevanza temporale all'esclusione, non invece alla condotta illecita, per la quale il termine andrebbe desunto direttamente dal testo delle direttive e sarebbe pari a "*tre anni dalla data del fatto in questione*" (Consiglio di Stato, sez. V 20 gennaio 2021, n. 632). Al contrario, in altre pronunce si è sostenuto che "*laddove il legislatore utilizza l'espressione "durata dell'esclusione" e fa riferimento ai "casi di cui al comma 5*", *è come se dicesse* "*la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5*", *corrisponde al triennio*" (Consiglio di Stato, sez. III, 1° giugno 2021, n. 4201. In termini anche Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635). Il *dies a quo* di tale termine, invece, veniva a coincidere con la data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, con la data di passaggio in giudicato della sentenza. Una previsione, questa, di non agevole lettura che si è tradotta nella proliferazione di differenti posizioni giurisprudenziali che, nel tentativo di tutelare l'efficacia della misura senza giungere a esclusioni sproporzionate o irragionevoli, hanno spesso individuato, a seconda dei casi, diversi momenti di decorrenza, creando così grande incertezza. Si sottolineava, al contempo, il rischio di una doppia valutazione delle condotte, poiché la stazione appaltante poteva comunque "[n]*el tempo occorrente alla definizione del giudizio, tenere conto di tal*[i] *fatt*[i] *ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l*[i] *abbia commess*[i]", salvo poi far decorrere il termine triennale da un momento successivo.

[75] L'elenco enucleava il titolare o il direttore tecnico, nel caso di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico, nel caso di società in nome collettivo; i soci accomandatari o il direttore tecnico, nel caso di società in accomandita semplice; i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, i membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

[76] In giurisprudenza, TAR Lombardia, sede di Milano, sez. I, 29 gennaio 2018 n. 250; TRGA Bolzano, 22 gennaio 2019, n.14; TAR Lazio, sede di Roma, sez. III-*ter*, 17

allorquando una persona fisica, titolare di una carica rilevante nella compagine interessata, fosse coinvolta in procedimenti penali, ma per condotte tenute in qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio. Sul punto, la giurisprudenza aveva sviluppato la c.d. teoria del "contagio" secondo cui, al di là dell'effettiva imputabilità della condotta antigiuridica all'impresa, la mera presenza in posizioni rilevanti di un soggetto non affidabile inciderebbe, *de facto*, sull'integrità dell'operatore economico[77]. La creazione pretoria della categoria richiamata ha generato grande incertezza, specie in considerazione dell'esigenza di evitare pericolosi automatismi, in ragione della circostanza che a dover essere valutata è la moralità delle persone non in quanto tali, ma per il loro essere *longa manus* dell'impresa[78].

Lo spettro delle valutazioni della stazione appaltante sull'integrità e affidabilità dell'impresa trovava comunque un limite anche nel diretto confronto con l'interessata tanto in sede di contraddittorio, quanto sul versante del c.d. *self cleaning*. Sul punto, occorre rammentare quell'approccio giurisprudenziale che ha ricondotto il contraddittorio alle sole situazioni "*in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della S.A., rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi* […] [D]*iversamente si incentiverebbe* […] *una condotta "opaca" dei concorrenti che non avrebbero alcun interesse a palesare fin dall'inizio le situazioni pregiu-*

giugno 2019, n. 7836. In dottrina S. Caldarelli, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2019, 149 ss., secondo cui "[u]*n simile iter logico-giuridico, che non trova conforto nel vigente quadro normativo, si presta a puntuali argomentazioni critiche, in quanto contrasta con il principio di legalità, con quello di tassatività delle cause di esclusione, con il divieto di* gold plating *e con il principio di trasparenza negli appalti pubblici*".

A favore dell'approccio estensivo, in giurisprudenza TAR Lombardia, sede di Brescia, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 218; TAR Lazio, sede di Roma, sez. III ter, 5 dicembre 2018, n. 11826; in dottrina G. Taccogna (a cura di), *Illeciti professionali degli operatori e relative dichiarazioni nelle gare d'appalto*, in *Urb. app.*, 6, 2021, 838 ss.

[77] Consiglio di Stato, sez. V, 30 ottobre 2018, n. 6866; sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507; sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307; TAR Puglia, sede di Lecce, sez. III, 13 gennaio 2023, n. 48.

[78] Non sono mancate, ad esempio, le voci di chi ha sostenuto che la condotta penalmente rilevante posta in essere da uno degli amministratori possa comportare l'esclusione dell'impresa per gravi illeciti professionali solo ove commessa a vantaggio o nell'interessa della stessa. In tal senso TAR Lazio, sede di Roma, sez. II, 3 dicembre 2020, n. 7742.

dizievoli già note"[79]. Il c.d. *self cleaning*, invece, rappresenta una rilevante novità delle direttive europee del 2014 che obbliga l'Amministrazione a valutare l'idoneità delle misure adottate dall'impresa e volte a ripristinarne, *pro futuro*, l'affidabilità compromessa, nel quadro del superamento della causa di esclusione opposta[80].

3.1. *L'inalterata estensione del sindacato giurisdizionale*

Pur con le novità che differenziano il Codice del 2016 dal Codice de Lise, sembra essere rimasto inalterato l'approccio giurisprudenziale in ordine alla portata del sindacato che interessa il provvedimento di esclusione in esame.

Invero, il ricorso legislativo a concetti giuridici indeterminati fa sì che la stazione appaltante sia chiamata, in sede applicativa, ad integrare la norma, esercitando un potere afferente alla sfera della "opinabilità"[81]. È dunque compito dell'Amministrazione – e solo di essa – individuare nel

---

[79] TAR Lazio, sede di Roma, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732. Ma sul punto si vedano anche Consiglio di Stato, sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412; sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192.

[80] Sul tema A. Di Cagno, *Le misure di* self cleaning *e la prova della loro adozione nell'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Urb. app.,* 4, 2021, 453 ss. Per una ricostruzione dei principali approdi giurisprudenziali G. Taccogna (a cura di), *Illeciti professionali degli operatori e relative dichiarazioni nelle gare d'appalto*, cit., 841 ss.

[81] Sulla qualificazione di tale potere in termini di discrezionalità pura o tecnica si registra grande confusione in giurisprudenza. Nel primo senso sembra deporre l'approccio maggioritario, tra cui, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 610; sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16; sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503; sez. III, 9 maggio 2023, n. 4669; TAR Lombardia, sede di Milano, sez. I, 12 ottobre 2020, n. 1881, e ciò sebbene l'operazione intellettiva posta in essere dall'Amministrazione non preveda alcuna ponderazione dell'interesse pubblico nel contemperamento con interessi contrapposti o concorrenti, secondo lo schema classico della discrezionalità amministrativa. Più raramente la giurisprudenza ha richiamato la nozione di discrezionalità tecnica, come in Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5063, quantunque l'operazione valutativa della stazione appaltante non presupponga il ricorso a conoscenze di carattere tecnico e/o specialistico. La problematica è stata oggetto di un ampio approfondimento critico, arricchito col richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, da D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in "corto circuito" tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2021, 568 ss.

caso concreto i fatti costituenti illecito professionale idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa, giudicarne la gravità nonché l'effetto riparatorio delle misure di *self cleaning* eventualmente adottate.

Sicché, tali valutazioni sono state ritenute dalla giurisprudenza maggioritaria insindacabili nel merito, dovendo l'intervento del Giudice limitarsi a rilevare i casi di manifesta erroneità, illogicità, contraddittorietà, travisamento dei fatti e arbitrarietà dell'itinerario motivazionale, senza incursioni sul contenuto del provvedimento che ne importassero la non condivisione[82].

Si pongono in questa prospettiva, ad esempio, quelle pronunce che hanno escluso la possibilità di sindacare in giudizio la condotta dell'impresa che aveva portato alla risoluzione per inadempimento di un precedente contratto, poi posta a fondamento dell'esclusione per gravi illeciti professionali. Tale giudizio, infatti, "*è espressione di apprezzamento discrezionale della stazione appaltante*"[83].

Allo stesso modo, nel caso di totale assenza delle valutazioni nel provvedimento espulsivo – così come nel caso di valutazioni viziate –, esse non possono essere realizzate dal Giudice, ma verranno comunque rimesse all'Amministrazione in sede di riedizione del potere[84].

---

[82] *Ex* multis, Consiglio di Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 154; sez. V, 12 gennaio 2021, n. 393; sez. VI, 4 dicembre 2020, n. 7685; sez. VI, 2 novembre 2020, n. 6732; sez. V, 6 luglio 2020, n. 4304; sez. V, 21 gennaio 2020, n. 477; TAR Campania, sede di Napoli, sez. VII, 10 ottobre 2022, n. 6225. In dottrina, A. Falchi Dalitala, *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 38, 1° comma, lett. f) del d.lgs. 163/06 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, cit., 3143 ss.; M. Didonna, *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, cit., 65 ss.; G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.,* 3, 2022, 796 ss. Posizione contraria è invece espressa da J. Vavalli, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali,* in *Nuove Autonom.*, 3, 2020, 777 ss. Si richiama anche G. Taccogna (a cura di), *Illeciti professionali degli operatori e relative dichiarazioni nelle gare d'appalto*, cit., 846, ove si cita "*il recente pronunciamento della Corte di Giustizia UE (C-927/19, Kaipedos), secondo cui il giudice nazionale, nell'ambito di una controversia fra un candidato o un offerente escluso dall'aggiudicazione dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, può controllare la valutazione effettuata da quest'ultima quanto alla questione se le condizioni richieste per l'applicazione di uno dei motivi di esclusione facoltativi fossero soddisfatte e, di conseguenza, discostarsene sicché, a seconda dei casi, il giudice stesso potrebbe decidere nel merito o rinviare la causa all'amministrazione aggiudicatrice*".

[83] In tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2021, n. 2922. Ma si veda anche Consiglio di Stato, sez. V, 21 luglio 2021, n. 5486.

[84] Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16; sez. V, 3 maggio 2021, n. 3466; TAR Lazio, sede di Roma, sez. II-*ter*, 21 ottobre 2020, n. 10688.

4. *I gravi illeciti professionali nel D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36: una premessa*

Il compimento di una buona parte delle missioni definite dal *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* transita (anche) da un attento processo di riforma delle commesse pubbliche che, non a caso, è stato interessato da un primo intervento d'urgenza nel maggio del 2021[85] e da un altro, più organico, avviato con la promulgazione della L. 21 giugno 2022, n. 78, che delega al Governo "*l'adozione di uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici*", al fine di adeguarla al diritto europeo, così evitando l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione e di giungere alla risoluzione di quelle già iniziate, di armonizzarla ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, nonché di razionalizzarla, riordinarla e semplificarla[86].

Conformemente alla previsione dell'art. 14, n. 2° del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, richiamato dall'art. 1, co. 4 della Legge del 2022, l'Esecutivo si è avvalso dell'ausilio del Consiglio di Stato per la redazione dello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici, prodotto in data 7 dicembre 2022[87], poi trasfuso, con alcune modifiche, nel recente D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (d'ora in poi "Nuovo Codice")[88].

Tra i numerosi principi e criteri direttivi definiti dalla Legge delega

---

[85] Si tratta del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, che ha definito la *governance* del PNRR e le prime misure dirette al rafforzamento delle strutture amministrative, nonché all'accelerazione e allo snellimento delle procedure.

[86] Art. 1, co. 1 della L. n. 78/2022.

[87] Con la nota del 28 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei ministri ha affidato la formulazione del progetto di decreto legislativo recante la disciplina dei contratti pubblici al Consiglio di Stato. Successivamente, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto del 4 luglio 2022, ne ha deferito la redazione a una commissione speciale, composta da magistrati, esperti esterni, rappresentanti del libero Foro e dell'Avvocatura Generale dello Stato.

[88] Sullo schema, in seguito alla preliminare deliberazione del Consiglio dei ministri in data 16 dicembre 2022, sono stati acquisiti i pareri della Conferenza unificata e delle competenti commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Lo stesso Consiglio dei ministri, nella riunione del 28 marzo 2023, ha adottato la deliberazione finale.

spicca, per quanto qui di interesse, la previsione dell'art. 1, co. 2, lett. n) che prevede "*la razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe*" rimarcando il bisogno di individuare "*le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*".

Dopotutto, l'esperienza del Codice del 2016 non può dirsi soddisfacente. Non possono sottacersi, infatti, i punti di discontinuità prodotti dalle continue modifiche che hanno interessato l'art. 80 – spesso sollecitate da interventi demolitori della Corte di Giustizia –, le plurime incertezze che, come visto, ne hanno accompagnato l'applicazione, il ricorso a una fonte, le Linee Guida dell'ANAC, la cui funzione integrativa è stata messa in dubbio dalle perplessità afferenti al suo contenuto e alla sua efficacia, il tutto amplificato dai ripetuti scontri giurisprudenziali e dottrinali, dalla spiccata litigiosità che caratterizza tradizionalmente l'ordinamento interno e dalle ataviche difficoltà, specie per le stazione appaltanti più piccole, di destreggiarsi abilmente dentro una materia particolarmente vischiosa. Si sono così prodotte importanti ricadute in termini di violazione delle posizioni soggettive degli operatori economici, di alterazione della concorrenza nel mercato e di inefficienza dell'azione amministrativa.

Tuttavia, se può condividersi l'esigenza di un intervento di definitiva razionalizzazione e semplificazione della disciplina, qualche perplessità è stata sollevata, già da autorevole dottrina, sul modo in cui il legislatore delegato avrebbe dovuto intendere il compito di individuare "*le fattispecie che configurano il grave illecito professionale*"[89]. Non vi è dubbio, infatti, che un'interpretazione compatibile con le direttive europee imponga la conservazione, in capo alle stazioni appaltanti, di ampi margini di discrezionalità nella valutazione in concreto dei singoli casi rilevanti, circostanza che dovrebbe far rifuggire l'adozione di soluzioni troppo stringenti o, addirittura, vocate alla creazione di automatismi operativi[90].

---

[89] M. Clarich, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*, in *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, a cura di R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca, Napoli, 2022, 83 ss.; G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit., 806 ss.

[90] Secondo M. Clarich, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*, cit., 85, "[s]*i potrebbe addirittura ritenere che la legge di delega sia contraria al diritto europeo e quindi il legislatore delegato potrebbe anche disinteressarsene o comunque non tenerne conto nei limiti di una sorta di tipizzazione di base che lascia spazio a una valutazione in concreto di questi casi*".

Una tensione, quella tra rispetto della normativa unioniale e irrigidimento dei poteri rimessi all'Amministrazione, che vedrà la sua plastica rappresentazione proprio nelle vicende che dallo schema elaborato in seno al Consiglio di Stato hanno condotto la nuova disciplina dei gravi illeciti professionali nell'attuale Codice dei contratti pubblici.

4.1. *I caratteri della nuova disciplina: determinazione dei presupposti applicativi della misura, tassatività delle fattispecie rilevanti e dei mezzi di prova, giudizio sulla "gravità" delle condotte*

Il D. Lgs. n. 36/2023, abrogando la pregressa disciplina[91], ha profondamente innovato la configurazione giuridica dell'esclusione per gravi illeciti professionali. Essa è oggi inserita dall'art. 95 tra le cause *non automatiche* – formula che consente di superare l'equivoco ingenerato dal D. Lgs. n. 50/2016 che richiamava la nozione di "facoltatività"[92] – ma soprattutto è completamente interiorizzata dal Nuovo Codice che elimina il richiamo alle Linee Guida dell'ANAC e dedica l'intero art. 98 alla determinazione "*in modo tassativo,* [de]*i gravi illeciti professionali, nonché* [de]*i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi*"[93].

L'Esecutivo ha così deciso di fronteggiare le criticità poste dalla vecchia disciplina procedendo a una sostanziale riduzione dei margini di discrezionalità del potere sino ad allora riconosciuti all'Amministrazione, la cui eccessiva ampiezza è stata intesa come la principale causa delle disomogeneità applicative dell'istituto.

---

[91] Così dispone l'art. 226, co. 1 del D. lgs. n. 36/2023. Il successivo art. 229 cit. stabilisce che "[i]*l codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023*" (co. 1). Tuttavia "[l]e *disposizioni del codice, con i relativi allegati acquistano efficacia il 1° luglio 2023*" (co. 2).

[92] Nella Relazione del Consiglio di Stato alla bozza del Codice, pag. 138, si legge che "[l]a *ragione della modifica rispetto alla denominazione di "cause di esclusione facoltativa", sino a questo momento invalsa, riposa nella constatazione che essa si prestava ad ingenerare l'equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione (rientrante tra quelli "facoltativi"), la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l'esclusione dell'operatore economico* […] *In sintesi, il "potere" demandato alla Stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. È stato pertanto considerato che l'aggettivo "non automatiche"* […] *meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione "automatica" annoverate nell'art. 94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza)"*

[93] Art. 95, co. 1, lett. e) del D. Lgs. n. 36/2023.

Sicché, la norma di legge si preoccupa di enucleare, più chiaramente che in passato, quali sono i presupposti irrinunciabili che devono sussistere per disporre l'esclusione dell'operatore economico e che devono essere puntualmente motivati nel provvedimento. Si tratta: a) degli elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) dell'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e l'integrità dell'operatore; c) degli adeguati mezzi di prova[94].

Posti i pilastri dell'*iter* logico-motivazionale che deve essere seguito dall'Amministrazione, l'art. 98 cit. si spinge sino a riempire di significato, pur con un grado differente di dettaglio, i concetti giuridici indeterminati che connotano la formulazione in seno alle direttive unioniali della causa di esclusione in esame (illecito professionale; gravità; idoneità dei mezzi di prova), raccogliendo ed elevando a norma di rango primario, con tutte le ovvie conseguenze che da ciò derivano, indicazioni originariamente di matrice pretoria o affidate alle Linee Guida.

Sicché, il terzo e il sesto comma dell'articolo in commento declinano, in maniera tassativa, tutte le fattispecie che configurano un illecito professionale potenzialmente idoneo ai fini dell'esclusione, nonché i mezzi di prova adeguati.

Merita qualche breve riflessione la nozione di tassatività espressamente richiamata dall'art. 95 cit. Occorre osservare, infatti, che nello schema del Codice licenziato dal Consiglio di Stato l'elenco dell'art. 98, co. 3 – di cui si dirà più analiticamente a breve – contemplava, alla lettera i), "*la commissione, da parte dell'operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico*", circostanza che, ai sensi del successivo co. 6, lett. i), poteva essere dimostrata tramite "*ogni* […] *atto o fatto dai quali si desuma la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente*". Una previsione che, al di là di quanto enunciato *expressis verbis*, rendeva il catalogo normativo meramente esemplificativo, consentendo all'Amministrazione di porre a fondamento del provvedimento espulsivo qualsiasi altra condotta, seppur con un onere probatorio e motivazionale rafforzato. Si era di fronte a una scelta che gli stessi estensori della bozza del Codice giustificavano alla luce "*della impossibilità di "codificare" ogni fattispecie comportamentale grave idonea ad*

[94] Si rinvia al combinato disposto degli artt. 98, co. 2 e 98, co. 8 del D. Lgs. n. 36/2023.

incidere sul motivato giudizio di affidabilità ed integrità"[95].

Eppure, nel testo definitivo del Codice non vi è alcuna traccia delle lett. i) nei commi 3 e 6 dell'art. 98, soluzione che ha proiettato i cataloghi in essi contenuti in una dimensione di effettiva – e non solo paventata – tassatività. Così, le stazioni appaltanti potranno desumere l'illecito professionale esclusivamente al verificarsi di *almeno uno* degli elementi declinati dalla legge, che sarà adeguatamente provato solo se nel rispetto delle modalità che il legislatore ha avuto cura di precisare.

Dall'analisi contenutistica delle disposizioni appena richiamate si osservano conferme e importanti novità rispetto alla disciplina degli anni passati, di cui si proverà a dare atto nel prosieguo con approccio schematico e senza pretesa di esaustività.

a) I fatti di rilevanza penale.

Si ha già avuto modo di precisare che tra i gravi illeciti professionali possono rientrarvi anche le condotte dell'operatore economico dotate di rilevanza penale. Una circostanza che nella vigenza del precedente Codice aveva prodotto non poche criticità, e ciò per le difficoltà connesse all'esatta determinazione dei delitti rilevanti e degli adeguati mezzi probatori[96].

L'art. 98, co. 3 del Nuovo Codice, rendendo tassative le indicazioni che nel precedente assetto regolatorio erano state fatte proprie dalle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, ha distinto le ipotesi enucleate dalla propria lett. g)[97] – che possono essere considerate tra i gravi illeciti professionali solo se non definitivamente accertate, comportando altrimenti l'esclusione automatica ai sensi dell'art. 94, co. 1 cit. – da quelle di cui alla lett. h)[98], valutabili dalla stazione appaltante anche nel caso di accertamento definitivo. Tale circostanza giustifica, perlomeno in parte, la differente portata dei mezzi di prova isolati dalle lett. g) e h) del successivo sesto comma, in cui, tuttavia, le scelte del legislatore sembrano essere state influenzate anche

[95] In questi termini la Relazione del Consiglio di Stato alla bozza del Codice, pag. 149-150.

[96] La questione è ben descritta da G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit., 783 ss.

[97] Si tratta della "*contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94*".

[98] Si tratta degli stessi reati individuati nelle Linee Guida n. 6, sez. II, par. 2.2, ed enucleati *supra*, nota 67.

dal diseguale disvalore sociale delle condotte di cui si discute.

Ne deriva che i delitti di cui alla lett. h) del terzo comma sono provabili avvalendosi delle sentenze di condanna anche non definitive, dei decreti penali di condanna purché irrevocabili e dei provvedimenti cautelari. Per le fattispecie più gravi di cui all'art. 94, co. 1 cit., invece, è previsto il ricorso, oltre ai provvedimenti applicativi di misure cautelari e alle sentenze di condanna non definitive, anche agli atti con cui è formulata l'imputazione o è richiesto il rinvio a giudizio, nonché gli eventuali decreti che lo dispongono, ovvero alle sentenze non irrevocabili di applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero ancora ai decreti penali di condanna non irrevocabili. Appare così più ampio in quest'ultima ipotesi, al netto del limite dell'accertamento non definitivo, il *parterre* di atti valutabili dalla stazione appaltante.

È stato così confermato il rilievo assunto dai provvedimenti giurisdizionali non definitivi, circostanza che è stata storicamente al centro di ampie contestazioni da parte degli operatori di settore e che, tuttavia, ha trovato conferma nella stessa giurisprudenza europea[99]. Il legislatore ha comunque avuto cura di precisare – come si vedrà meglio *infra* – che spetta alla stazione appaltante motivare la loro ritenuta idoneità, così scongiurando il rischio di pericolosi automatismi[100].

Rimane ferma in tutti i casi l'irrilevanza delle condotte se il reato è stato depenalizzato, se è intervenuta la riabilitazione, nel caso di estinzione della condanna a una pena accessoria perpetua, se il reato è dichiarato estinto dopo la condanna oppure se la stessa è stata revocata[101].

b) Le significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione e i gravi inadempimenti verso i subappaltatori.

La previsione dell'art. 98, co. 3, lett. c) del Nuovo Codice raccoglie in eredità la disposizione che fu dell'art. 80, co. 5, lett. c-*ter*) del D. lgs. n. 50/2016. Sicché si precisa, stavolta sotto il crisma della tassatività, che possono condurre all'esclusione dell'operatore economico le carenze

[99] Sul punto si veda CGUE, sentenza del 20 dicembre 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA*, C-178/16, EU:C:2017:1000, § 44, secondo cui le previsioni della direttiva "*si presta*[no] *ad essere applicat*[e] *in una situazione in cui la sentenza che constata un reato che incide sulla moralità professionale dell'amministratore di un'impresa offerente non sia ancora definitiva*". La questione è stata affrontata anche dall'ANAC nell'atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3, par. 2.2.1, cit.

[100] Art. 98, co. 7 del D. Lgs. n. 36/2023.

[101] Artt. 94, co. 7, e 95, co. 3 del D. Lgs. n. 36/2023.

nell'esecuzione di un precedente contratto pubblico che abbiano causato la risoluzione del negozio, la condanna al risarcimento del danno ovvero l'applicazione di altre sanzioni comparabili, a condizione che tali inadempienze siano "*particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale*".

Il variegato novero di condotte che la disposizione normativa intende intercettare ha indotto il legislatore delegato a ricorrere volutamente a una formulazione che lascia ampissimi margini di valutabilità all'Amministrazione. Si ripresentano così una serie di questioni già fronteggiate in passato dai Giudici nazionali, tra cui si può fare menzione, a mero titolo esemplificativo, delle diatribe che hanno interessato l'eventuale pregressa applicazione di penali contrattuali[102] ovvero del rilievo da attribuire a tutte quelle risoluzioni a cui fanno seguito accordi transattivi tra l'impresa e la stazione appaltante[103].

Il Nuovo Codice conferma, alla lett. d) dell'articolo in commento, la possibilità di tenere in considerazione anche gli inadempimenti riferibili all'operatore economico nei riguardi dei subappaltatori. Rispetto alla formulazione che fu dell'art. 80, co. 5, lett. c-*quater*) del D. Lgs. n. 50/2016 scompare il richiamo all'accertamento definitivo, circostanza confermata dall'individuazione tra i mezzi di prova idonei dei "*provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi*"[104].

c) Gli illeciti dichiarativi.

Non vi è dubbio che le questioni afferenti all'estensione degli oneri dichiarativi ricadenti sull'imprenditore e alle conseguenze che l'ordinamento riconnette alla loro violazione abbiano rappresentato storicamente problematiche spinose[105].

---

[102] Consiglio di Stato, comm. spec., 16 ottobre 2016, par. n. 2286; comm. spec., 13 novembre 2018, par. n. 2616; sez. III, 26 aprile 2019, n. 2686; Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1443.

[103] Consiglio di Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628; sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605; sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530; CGA Sicilia, sez. I, 11 ottobre 2021, n. 842; TAR Campania, sede di Napoli, sez. IV, 17 giugno 2021, n. 3342.

[104] Art. 98, co. 6, lett. d) del D. Lgs. n. 36/2023.

[105] In dottrina si rammentano, *ex multis*, G. Balocco, P.M. Minetti, *I requisiti di moralità tra principio di tassatività e discrezionalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, 1456 ss.; L. Battarino, *Sull'obbligo dichiarativo dei fatti sopravvenuti in corso di gara pubblica*, in *Urb. app.*, 3, 2022, 335 ss.; H. Simonetti, *Obblighi dichiarativi e reticenze nella partecipazione alla gara*, in *Urb. app.*, 2, 2022, 153 ss.; M. Mangano, *L'incerto contenuto degli obblighi dichiarativi delle pregresse vicende professionali, tra strascichi ed omissioni*, in *Urb. app.*, 1, 2022, 77 ss.; Id., *Il*

Occorre premettere che anche il Nuovo Codice prevede che l'operatore economico dichiari, tramite il documento di gara unico europeo *ex* art. 91, co. 3, o una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà *ex* art. 52, co. 1, il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, come ulteriormente precisato anche dall'art. 96, co. 14, a mente del quale spetta a quest'ultimo, anche nelle more dell'esecuzione del contratto, comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale di cui all'art. 24.

Va rilevato, innanzitutto, che le recenti novelle legislative hanno innovato la disciplina in punto di effetti giuridici.

Si rammenta, infatti, che il D. Lgs. n. 50/2016 distingueva tre fattispecie di illeciti dichiarativi, due delle quali previste dall'art. 80, co. 5, lett. c-*bis*) che comportavano l'esclusione facoltativa – *sub specie* di grave illecito professionale – di chi avesse fornito informazioni false o fuorvianti in grado di condizionare le scelte dell'Amministrazione ovvero avesse omesso notizie dovute ai fini del corretto svolgimento della selezione; l'altra, di cui alla lett. f-*bis*) dell'articolo citato, rappresentava una causa di estromissione automatica che raccoglieva, residualmente, tutti gli ulteriori casi di "falso" non rientrati nelle ipotesi già osservate[106]. A rilevare, nel caso di specie, erano le sole dichiarazioni rese nella medesima gara, che potevano fondare l'estromissione automatica da altre selezioni solo ove iscritte nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC.

Il sistema delineato dal Nuovo Codice presenta, a sua volta, una struttura composita. Da un lato, si pone la previsione dell'art. 98, co. 3, lett. b) che individua, tra gli elementi da cui può desumersi l'illecito professionale, l'aver fornito informazioni false o fuorvianti, anche per negligenza, in grado di influenzare le scelte della stazione appaltante in ordine all'esclusione, alla selezione e all'aggiudicazione. È scomparso il riferimento alle condotte omissive, circostanza che potrebbe significare o la loro irrilevanza nel caso di specie o la loro riconducibilità tra le dichiarazioni false o fuorvianti, pur con un notevole sforzo ermeneutico specie se si

"fatto storico" delle pregresse vicende professionali nel perimetro degli obblighi dichiarativi a prescindere dal nomen iuris, in *Urb. app.*, 1, 2023, 67 ss.

[106] Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16, annotata da G.F. Nicodemo, *Niente esclusione automatica per precedenti illeciti professionali, ma è indeterminato l'onere dichiarativo*, in *Urb. app.*, 1, 2021, 85 ss.

considerano gli approdi della pregressa giurisprudenza[107]. Le dichiarazioni omesse o non veritiere diverse da quelle appena richiamate – perché non idonee ad incidere sulle decisioni assunte dall'Amministrazione –, sono espressamente annoverate dal co. 5 dell'articolo citato, in quanto utilizzabili a supporto della valutazione di gravità riferita ad altre condotte attuate dall'operatore economico tra quelle individuate dalla norma di legge. Entrambe le disposizioni riguardano dichiarazioni rese nella stessa gara, e ciò sia per l'espressa previsione del co. 5, sia perché, con riferimento alla lett. b) del terzo comma, l'art. 96, co. 10, lett. c) esclude l'estensione del termine triennale previsto per le altre ipotesi di illecito professionale.

D'altro canto, le dichiarazioni e i documenti falsi presentati dall'impresa possono assurgere a causa di esclusione automatica anche nell'ambito di gare differenti solo ove rese con dolo o colpa grave, tenuto conto, altresì, della rilevanza e della gravità dei fatti interessati, così da giustificare l'iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'ANAC. L'esclusione in tal caso perdura parallelamente all'iscrizione[108].

Con riguardo al contenuto dell'onere dichiarativo già nella vigenza del precedente Codice la giurisprudenza si era orientata nel ritenere che all'operatore economico non potesse riconoscersi alcun filtro valutativo, né alcuna facoltà di scelta delle vicende da indicare[109]. Chiaramente, in quel contesto normativo, ove l'ampiezza dello spettro di vicende giudicabili dall'Amministrazione avrebbe potuto condurre alla creazione di un obbligo dichiarativo dalla latitudine inintelligibile e potenzialmente abnorme, è sorta l'esigenza di determinare specifici temperamenti che i Giudici amministrativi hanno individuato richiamando i principi di correttezza e buona fede, così da attribuire effettiva rilevanza alle solo informazioni suscettibili, in astratto, di incidere sul processo decisionale della stazione appaltante, esaltando la natura ancillare dell'onere di cui trattasi[110].

---

[107] La giurisprudenza ha delineato con grande attenzione il *discrimen* tra dichiarazioni omesse, reticenti e completamente false. Sul tema si vedano le pronunce di Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171; sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307; sez. V, 31 marzo 2021, n. 2708; sez. V, 15 giugno 2021, n. 4641.

[108] Si rinvia al combinato disposto degli artt. 94, co. 5, lett. e) e 96, co. 15 del D. Lgs. n. 36/2023.

[109] Consiglio di Stato, sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; sez. III, 5 marzo 2020, n. 1633; sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530.

[110] Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530; sez. V, 15 giugno 2021, n. 4641.

La struttura del Nuovo Codice ha naturalmente ridimensionato la portata della problematica. Il superamento della natura meramente esemplificativa dell'elencazione dei gravi illeciti professionali, che in passato ha rappresentato il *vulnus* più rilevante, ha semplificato notevolmente l'opera dichiarativa dell'imprenditore, pur non essendo del tutto scomparse alcune zone d'ombra.

Si segnala, inoltre, il rinnovato valore assunto nella struttura del D. Lgs. n. 36/2023 dal fascicolo virtuale dell'operatore economico, operante presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici e destinato a raccogliere tutti i dati e i documenti comprovanti il possesso dei requisiti di ordine generale e tecnico-professionale dell'operatore economico. Il proclamato carattere dell'interoperatività con le banche dati delle Amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni e delle informazioni di interesse dovrebbe garantirne la disponibilità in tempo reale e per l'intera durata del ciclo contrattuale, così da facilitare l'opera di accertamento e alleviare quella dichiarativa.

d) Le altre fattispecie rilevanti.

La prima parte della già commentata previsione dell'art. 98, co. 3, lett. b) del Nuovo Codice conferma la rilevanza, ai fini della valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico, delle condotte con cui lo stesso "*abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio*", nel tentativo di alterare illecitamente la *par condicio* tra concorrenti oppure per soddisfare interessi personali in danno dell'Amministrazione aggiudicatrice o degli altri partecipanti. Per una maggiore comprensione delle formule legislative può essere utile richiamare gli esempi declinati, nella vigenza del precedente Codice, dall'ANAC, che ha sottolineato l'importanza che possono assumere "*gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine: 1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione; 1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione; 1.3 all'attribuzione dei punteggi*", nonché gli accordi tra operatori economici "*intesi a falsare la concorrenza oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura e debitamente documentati*". Al contempo possono essere attenzionati "*i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine: 2.1 al nominativo degli altri concorrenti; 2.2 al contenuto delle offerte presentate*"[111].

Un'autonoma importanza assumono anche le eventuali sanzioni

[111] Cfr. Linee Guida n. 6 dell'ANAC, sez. II, par. 2.1.2.1 e 2.1.2.2.

irrogate dall'AGCM e dalle altre Autorità di settore, sempre che, a mente della lett. a) dell'articolo citato, il provvedimento applicativo sia già esecutivo – escludendosi la valutabilità del medesimo ove sospeso nella propria esecutività e, *a fortiori*, se annullato – e che sussista una *liaison* "*in relazione all'oggetto specifico dell'appalto*"[112].

Ma l'art. 98, co. 3 cit. ha riprodotto e inglobato tra gli illeciti professionali le previsioni che furono già dell'art. 80, co. 5, lett. h) ed l) del D. Lgs. n. 50/2016, in tema, rispettivamente, di omessa denuncia da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati di concussione ed estorsione aggravati dal metodo mafioso[113] e di violazione del divieto di intestazione fiduciaria, purché non adeguatamente rimossa e definitivamente accertata[114].

Individuati dal legislatore delegato le condotte rilevanti e gli adeguati mezzi di prova, la stazione appaltante conserva dei margini di apprezzamento in ordine al giudizio sulla loro gravità che deve essere realizzato, tuttavia, nel rispetto dei parametri posti dall'art. 98, co. 4 del Nuovo Codice, e cioè tenendo conto del bene giuridico violato, dell'entità della lesione inferta e del tempo trascorso dall'illecito, "*anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa*". Si prevede, inoltre, che la stazione appaltante debba sottoporre a specifica valutazione anche i provvedimenti giurisdizionali e sanzionatori ritenuti rilevanti, senza che essi possano giustificare *ex se* l'esclusione. Allo stesso modo la loro eventuale impugnazione non assume alcun significato assoluto, essendo essenziale, anche in questo caso, il giudizio espresso dall'Amministrazione procedente[115].

---

[112] Si tratta dell'art. 98, co. 3, lett. a) del D. lgs. n. 36/2023, che ha riprodotto la formulazione delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, sez. II, par. 2.2.3.1, 1, in cui, tuttavia, si faceva ricorso a una formula più ristretta riferita alle condotte poste "*in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare*".

[113] Si tratta dell'art. 98, co. 3, lett. f) del D. lgs. n. 36/2023. Occorre sottolineare l'irrilevanza dell'omissione nei confronti di chi abbia commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa. La "*circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione*".

[114] Si tratta dell'art. 98, co. 3, lett. e) del D. lgs. n. 36/2023.

[115] Art. 98, co. 7 del D. Lgs. n. 36/2023.

La valutazione finale non può comunque prescindere dal contraddittorio con l'impresa, pur nel rispetto del principio di lealtà, e dal giudizio sulla sufficienza delle eventuali misure di *self cleaning* tempestivamente adottate[116].

4.2. *(Segue): la rilevanza soggettiva e temporale delle condotte*

Si è già fatto cenno *supra*[117] alle plurime criticità che hanno accompagnato, nella vigenza del vecchio Codice, la determinazione dei soggetti le cui condotte possono rilevare ai fini dell'esclusione dalla gara dell'impresa interessata. Sul punto l'art. 98 del Nuovo Codice assume una precisa scelta perimetrativa, precisando che "*l'illecito professionale rileva solo se compiuto dall'operatore economico*"[118] fatte salve le fattispecie penalmente rilevanti enucleate dalle lett. g) e h) del terzo comma dell'articolo citato, che possono essere attenzionate anche se contestate a o commesse da uno dei soggetti di cui all'art. 94, co. 3 cit.[119].

Eppure, nonostante la prospettata soluzione normativa abbia certamente il merito di superare i dubbi che aleggiavano sopra alle soluzioni ermeneutiche adottate in passato, nulla precisa in ordine ai limiti del conseguente "contagio" dell'azione della singola persona fisica sull'integrità dell'impresa, né con riguardo alla figura, espressamente prevista alla lett. h) dell'ultimo articolo citato, dell'"amministratore di fatto" destinata a generare non poche incertezze applicative.

Si segnala, inoltre, il mancato rinvio alla previsione dell'art. 94, co. 4 del Nuovo Codice che induce ad escludere, ai fini qui di interesse, la

[116] La disciplina è contenuta nell'art. 96, co. 3 s. del D. lgs. n. 36/2023.

[117] Par. 3.1.

[118] Art. 98, co. 1 del D. Lgs. n. 36/2023.

[119] Il legislatore del Nuovo Codice ha così finito per adottare una soluzione molto simile a quella fatta propria dall'ANAC nelle Linee Guida n. 6 con riferimento al D. Lgs. n. 50/2016, estendendo il campo d'azione dell'elenco di soggetti previsto con riguardo alle cause di esclusione automatiche. Tra di essi vi rientrano: il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio amministratore o il direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; i soci accomandatari o il direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali; i componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo; il direttore tecnico o il socio unico; l'amministratore di fatto.

rilevanza delle condotte poste in essere dagli amministratori del socio persona giuridica[120].

Passando alla disciplina del termine di rilevanza delle condotte, alle numerose criticità poste dalla pregressa normativa[121] ha risposto l'art. 96, co. 10, lett. c) del Nuovo Codice in cui si stabilisce che il termine triennale definito dalle direttive europee decorre, in generale, dal momento della commissione della condotta. Due le eccezioni previste: laddove la situazione escludente discenda dalla avvenuta emissione di un provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM o da altra autorità di settore, esso decorre dalla data del provvedimento sanzionatorio, in linea con le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia[122]; nel caso di illecito penale, invece, il *dies a quo* coincide col provvedimento del Pubblico Ministero di esercizio dell'azione penale ovvero, ove a questo cronologicamente antecedente, con la data di emissione di una misura cautelare di natura personale o reale. Tale ultima scelta è stata condivisibilmente adottata perché far coincidere, in questi casi, il *dies a quo* e il momento della commissione del fatto rischierebbe di condurre alla sostanziale irrilevanza di condotte gravi, come quelle determinate dalle lett. g) e h) dell'art. 98, co. 4 cit., e ciò sia in relazione alla lunghissima tempistica processuale italiana, sia perché, prima della *discovery* degli elementi di prova, che si verifica solo con gli atti citati, la stazione appaltante non è in possesso di un *minimum* conoscitivo realmente valutabile[123].

Il successivo comma 11 tutela, invece, l'esigenza di immodificabilità del termine triennale, chiarendo che l'eventuale impugnazione di uno dei provvedimenti indicati non incide sulla sua decorrenza.

Quello imposto dalla legge è, chiaramente, un termine presuntivo oltre il quale si ritiene che il singolo fatto non sia comunque più in grado di incidere sull'integrità dell'operatore economico, al di là del caso concreto. Ciò che è stato segnalato dall'ANAC è, invece, l'opportunità di graduare questo termine "*in ragione della gravità delle condotte ostative, anche*

---

[120] Ai sensi dell'art. 94, co. 4 del D. Lgs. n. 36/2023, per le ipotesi di cui ai commi 1 e 2 cit., "[n]*el caso in cui il socio sia una persona giuridica l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima*".

[121] *Supra,* par. 3.1.

[122] M. Mangano, *La rilevanza temporale del grave illecito professionale nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici dura (più o meno) tre anni*, op. cit., 54.

[123] Relazione del Consiglio di Stato alla bozza del Codice, p. 141 s.

nell'ottica di ricondurre la previsione a proporzionalità"[124]. Una possibilità che, a ben vedere, il Nuovo Codice rimette espressamente alle valutazioni della stazione appaltante che, in sede di giudizio sulla gravità della condotta, tiene in considerazione anche il tempo trascorso dalla violazione, potendo valorizzare, se del caso, le eventuali novità intervenute nella vita e nell'organizzazione dell'operatore economico, così da ammetterlo alla procedura anche ove non sia ancora trascorso il triennio.

5. *Una ridefinizione giuridica dell'istituto contraria al diritto europeo*

L'analisi condotta in queste pagine ha fatto intendere la strada intrapresa dal legislatore delegato per rispondere alle criticità che hanno storicamente afflitto la causa di esclusione per gravi illeciti professionali. L'opzione prescelta è stata quella di ridurre il potere valutativo rimesso alle stazioni appaltanti per il tramite dell'imperatività dello strumento legislativo, così superando i tentativi meno invasivi di armonizzazione della prassi applicativa perpetrati in passato.

Invero, pur permanendo alcuni profili di incertezza che si è cercato di individuare nelle pagine precedenti, l'art. 98 del Nuovo Codice ha complessivamente alleggerito l'opera delle Amministrazioni aggiudicatrici, offrendo alcune risposte – anche nette – in grado di illuminare ataviche zone d'ombra (si pensi ai profili afferenti al sostrato personale e temporale della causa di esclusione) e semplificando, nel complesso, la fase valutativa e il corretto assolvimento degli oneri motivazionali. D'altro canto, la definizione normativa di indicatori tassativi di inaffidabilità ha prodotto evidenti effetti positivi sulla perimetrazione degli obblighi dichiarativi degli operatori economici interessati a partecipare alle selezioni pubbliche.

Eppure, la consistenza dei correttivi apportati alla disciplina ha attribuito all'istituto un nuovo aspetto, di cui occorre verificare la compatibilità col diritto unioniale e, più in generale, con le finalità che esso è chiamato a perseguire.

Si ha già avuto modo di precisare che l'estromissione per gravi illeciti professionali assume carattere di residualità nel sistema eurounitario delle cause di esclusione, essendo diretta a intercettare tutte quelle condotte non previste *aliunde*, ma certamente in grado di impattare sull'affidabilità

[124] ANAC, atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3 cit., par. 2.2.5.

dell'operatore economico, e ciò con riguardo alla specifica commessa da aggiudicare. Il suo carattere aperto, frutto della consapevolezza in ordine al polimorfismo della realtà, ha comportato l'esaltazione del ruolo delle stazioni appaltanti, gli unici soggetti in grado di calare l'astrattezza della disposizione nella concretezza del vissuto, potendo determinare, dall'analisi del singolo caso, i fatti rilevanti e la loro gravità. Sicché, appare una caratteristica ontologica dello strumento di cui si discorre la predisposizione di un potere amministrativo che consenta una sostanziale libertà nell'individuazione dei comportamenti dell'impresa e che sia dotato di ampi margini di valutazione degli stessi. Ne consegue la centralizzazione più che del dato normativo – necessariamente flessibile –, della motivazione del provvedimento applicativo della misura di rigore, ove sarà possibile cogliere in relazione all'unicità del dato empirico le ragioni che hanno condotto alla rottura dell'affidabilità dell'impresa.

Gli eventuali temperamenti previsti dal sistema per tutelare gli altri interessi in campo – *i.e.* prevedibilità, ragionevolezza, proporzionalità, non arbitrarietà dell'azione amministrativa –, a loro volta essenziali per instaurare delle corrette dinamiche di mercato e per tutelare l'efficacia e l'efficienza dell'*agere* pubblico, devono trovare spazio a condizione che non alterino l'essenza dell'istituto. Se ciò non si dovesse ritenere possibile, occorrerebbe desumerne la non recepibilità nell'ordinamento nazionale. Un'ipotesi, oltretutto, perfettamente legittima considerando che l'esclusione *de qua* è storicamente inserita dal diritto europeo tra le cause espulsive facoltative.

Ritornando alla normativa interna così come novellata dal D. Lgs. n. 36/2023, salta subito all'occhio il rinnovato regime di tassatività che accompagna l'elencazione delle fattispecie da cui può desumersi l'illecito professionale e i relativi mezzi di prova. Su questo versante lo spazio di valutazione della stazione appaltante viene confinato nell'ambito degli atti e fatti isolati dalla norma di legge e sempre nel rispetto dei limiti derivanti dalla sua formulazione. Spetterà, ad esempio, all'Amministrazione determinare quali condotte siano in grado di influenzare indebitamente il proprio processo decisionale, ai sensi dell'art. 98, co. 3 lett. b), quali sanzioni siano comparabili alla condanna al risarcimento del danno o quando le carenze nell'esecuzione di un precedente contratto possano ritenersi significative o persistenti, *ex* lett. c) dell'articolo citato.

Non vi è spazio, pertanto, per i comportamenti e per i mezzi di prova

non del tutto riconducibili alle disposizioni normative. Il legislatore delegato, superando volutamente la formulazione proposta dal Consiglio di Stato, ha ritenuto possibile "codificare" tutte le fattispecie potenzialmente rilevanti, optando per una scelta non priva di criticità. Qualche esempio può risultare illuminante.

Appare difficile ricondurre alla categoria delle significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o concessione, la revoca dell'aggiudicazione per fatti imputabili al destinatario di tale misura, circostanza che di certo può incidere sul giudizio afferente alla sua affidabilità[125] ma che, nel nuovo assetto normativo, rischia di rimanere pretermessa. La stessa logica può essere estesa anche alle vicende inerenti all'inesatta esecuzione anticipata di un contratto mai stipulato[126], così come appare molto incerta la possibilità per le stazioni appaltanti di valutare tutti quei comportamenti che hanno condotto alla risoluzione di un contratto poi annullata officiosamente per l'intervento di un accordo transattivo tra le parti, magari concepito in modo da non implicare un riconoscimento di responsabilità[127].

Né sul piano degli adeguati mezzi di prova la situazione si presenta diversa, se solo si considera che l'art. 98, co. 6 cit. esclude a monte la rilevanza di alcuni di essi, impedendone l'eventuale motivata valorizzazione ad opera della stazione appaltante. Sicché, non sarà possibile dimostrare l'inaffidabilità dell'operatore economico potenzialmente autore di uno dei delitti di cui alla lett. h) del quarto comma, avvalendosi del provvedimento del Pubblico Ministero di esercizio dell'azione penale ovvero del decreto penale di condanna non revocabile, neppure qualora le condotte in essi descritte siano difficilmente avocabili in dubbio dal punto di vista della loro accadibilità storica.

Si tratta solo di esempi che fanno però ben comprendere come la nuova impostazione normativa, pur enucleando le fattispecie di illecito in assoluto più frequenti e individuando, in linea teorica, i mezzi di prova in base a un approccio più garantista, priva comunque le stazioni appaltanti della capacità di valutare *tout court* l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico donando alla causa di esclusione un aspetto diverso rispetto a quello delineato in sede unioniale. Stando così le cose, è il legislatore a

[125] Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171; sez. V, 3 febbraio 2021, n. 1000.
[126] Consiglio di Stato, sez. IV, 24 marzo 2021, n. 2495
[127] CGA Sicilia, sez. I, 11 ottobre 2021, n. 842.

stabilire, a priori, quali condotte possono essere rilevanti e quali no, creando un sistema che contrasta apertamente col diritto europeo, mentre apre il mercato delle commesse pubbliche a imprese potenzialmente inadatte ma non escludibili.

6. *Riflessioni conclusive: e se i problemi e le risposte fossero altrove?*

Sullo sfondo delle recenti riforme pare celarsi un'atavica diffidenza nei confronti dei poteri discrezionali delle Pubbliche Amministrazioni[128]. Tuttavia, come si è già visto, l'esclusione dalla gara per gravi illeciti professionali non può che essere il risultato dell'esercizio di un ampio potere valutativo rimesso alla stazione appaltante, e ciò non solo per la configurazione che essa assume in sede europea – aspetto comunque tutt'altro che soprassedibile – ma soprattutto per la funzione intrinseca dell'istituto, vero e proprio meccanismo di chiusura nel sistema delle preclusioni alle gare pubbliche.

Si badi bene, non vuole svolgersi un'opera di indiscriminata difesa della vecchia disciplina che presentava parecchie complessità irrisolte. Dopotutto, nelle pregresse pagine, non si è mancato di esaltare l'importanza di alcune delle novità introdotte dal D. lgs. n. 36/2023.

Ma la tassativizzazione condotta non si è limitata ad adattare e semplificare le "regole del gioco", lo ha del tutto cambiato. A parere di chi scrive, insomma, le cause delle criticità che hanno accompagnato – e accompagnano – la misura vanno cercate altrove.

Una prima riflessione attiene alla non univocità delle posizioni assunte dalla giurisprudenza in ordine all'estensione degli *oneri motivazionali* che devono caratterizzare il provvedimento adottato dalla stazione appaltante. In passato si è registrata, talvolta, una certa indulgenza nelle pronunce del Giudice Amministrativo che ha escluso la necessità di una motivazione completa, specie quando la situazione di fatto richiamata fosse ritenuta idonea *ex se* a spiegare le ragioni dell'esclusione[129]. Allo stesso modo un generale minore rigore sembra emergere dinanzi ai provvedimenti che ammettono

[128] In termini, M. Clarich, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*, cit., 85.

[129] Consiglio di Stato, sez. V, 1° febbraio 2021, n. 938; sez. V, 12 aprile 2021, n. 2922.

l'operatore economico alla gara, pur in presenza di situazioni dubbie[130]. Dopotutto, al di là delle vicende estreme di più facile lettura, il generico richiamo alla "congruità della motivazione", costantemente presente in giurisprudenza[131], rischia di prestare il fianco ad effettive disomogeneità dei percorsi motivazionali che potrebbero anche dipendere dalle differenti sensibilità delle Amministrazioni aggiudicatrici e delle Autorità giudiziarie.

L'apporto offerto sul punto dal Nuovo Codice appare positivo.

Invero, l'art. 98 cit., come già visto, definisce il contenuto minimo della motivazione che deve dare atto, a pena di invalidità, delle ragioni che hanno condotto a ritenere sufficienti determinati elementi al fine di integrare un grave illecito professionale, della loro idoneità a incidere sull'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico, nonché dell'adeguatezza dei relativi mezzi di prova. Si precisa, inoltre, che nella valutazione sulla gravità delle condotte la stazione appaltante considera la natura del bene giuridico violato, l'entità della lesione infertagli e il tempo trascorso dalla violazione, senza sottacere le evenienze intervenute. Si chiarisce anche la necessità di un espresso riferimento alle ragioni che hanno condotto a ritenere rilevanti i contenuti di un certo provvedimento sanzionatorio o giurisdizionale, eventualmente precisando il peso assunto dalla sua impugnazione.

Abbattere le zone grigie che hanno storicamente caratterizzato la definizione dell'estensione degli oneri motivazionali rimessi all'Amministrazione vuol dire definirne univocamente il contenuto essenziale, primo passo verso una sempre piena comprensione delle modalità di esercizio del potere discrezionale, a sua volta presupposto indefettibile per un sindacato giurisdizionale che, pur nella sua natura estrinseca, sia in grado di arginare esclusioni (o ammissioni) pretestuose.

Un altro aspetto, su cui ha pure ragionato la dottrina[132], attiene al possibile superamento dell'*eccessiva standardizzazione dei documenti di gara* sul versante delle cause morali di esclusione. Se è vero, infatti, che il giudizio sull'affidabilità dell'operatore economico deve essere calibrato anche in

[130] Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2018, n. 1915; sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500; sez. V, 21 aprile 2021, n. 3250; sez. III, 21 ottobre 2022, n. 9002.

[131] TAR Lombardia, sede di Milano, sez. I, 14 maggio 2020, n. 811; TAR Puglia, sede di Lecce, sez. III, 14 giugno 2021, n. 912; TAR Toscana, sede di Firenze, sez. II, 16 novembre 2021, n. 1495; TAR Lazio, sede di Roma, sez. I, 15 dicembre 2021, n. 13002; TAR Piemonte, sede di Torino, sez. II, 14 marzo 2022, n. 210.

[132] P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. Amm.,* 3, 2020, 756 ss.

relazione alle specifiche caratteristiche della commessa da aggiudicare, allora dovrebbe ritenersi legittimo – ed anzi più in linea coi principi di lealtà e prevedibilità – la "personalizzazione" dei bandi e degli altri documenti così da chiarire preventivamente, evitando il generico richiamo alla norma di legge, il rilievo che nella specifica gara assumono i fatti pregressi della vita professionale delle imprese interessate a partecipare.

Un altro ausilio importante può provenire da un corretto uso delle tecnologie. Invero, una delle problematiche nevralgiche è certamente rappresentata dall'*accesso alle informazioni sulla vita professionale dell'operatore economico*. Un sistema integralmente fondato sull'autodichiarazione ha prodotto, come visto, non pochi problemi, rendendo estremamente complessa la predisposizione della documentazione richiesta per la partecipazione e incidendo negativamente sui tempi e sulla qualità dell'istruttoria amministrativa.

Il Nuovo Codice prospetta, di regola, l'utilizzo del fascicolo virtuale dell'operatore economico, ove tutti i dati e i documenti comprovanti il possesso o meno dei requisiti di partecipazione vengono raccolti e aggiornati automaticamente, beneficiando della piena interoperatività tra differenti banche dati. Si tratterebbe di un eccezionale supporto sia in termini di "semplificazione cognitiva" per le stazioni appaltanti, sia in termini di alleggerimento degli oneri comunicativi (e dei correlati rischi di errore) per le imprese. È chiaro che sarà possibile esprimere un giudizio consapevole sullo strumento solo in seguito alla sua *mise en place*, non essendo sufficiente la volontà legislativa, ma richiedendosi adeguamenti tecnici, anche complessi, e culturali, specie sul piano della reciproca collaborazione tra soggetti pubblici.

Altro profilo meritevole di attenzione attiene allo spiccato *decentramento dell'attività di controllo sui requisiti morali* dell'operatore economico, affidata a ciascuna stazione appaltante, circostanza che, in un quadro regolamentare caratterizzato da spiccata discrezionalità, potrebbe condurre ad apprezzamenti differenziati a seconda dell'Amministrazione.

Ora, *nulla quaestio* se l'esito divergente delle valutazioni trova una sua giustificazione nelle intrinseche caratteristiche di contratti diversi, che richiedono di valorizzare una certa condotta, piuttosto che un'altra. Anzi, proprio questo appare lo spirito della normativa europea, che deve perciò essere tutelato. Tuttavia, a fronte di illeciti professionali capaci di incidere in senso assoluto sull'affidabilità dell'operatore economico, le disomogeneità

valutative appaiono meno comprensibili e generano perplessità sul corretto operato delle stazioni appaltanti coinvolte.

Tali rischi, oltretutto, sembrano essere stati esasperati dal Nuovo Codice. Invero, l'art. 62 cit., in tema di aggregazione e centralizzazione delle committenze, stabilisce che "[t]*utte le stazioni appaltanti* […] *possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti* [140.000 euro, ndr.] *e all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro*". Solo per gare dal valore superiore sorge l'obbligo di qualificazione o, eventualmente, di avvalersi di una centrale di committenza qualificata. Rispetto alla previgente disciplina si assiste ad un notevole innalzamento delle soglie economiche, considerando che l'art. 37 del D. Lgs. n. 50/2016 le fissava, rispettivamente, a 40.000 euro e 150.000 euro. Ciò comporterà verosimilmente il decentramento di un maggior numero di gare che in passato finivano per essere gestite dai soggetti aggregatori, a beneficio, tra le altre, di quelle stazioni appalti che, proprio perché prive della qualificazione, sono giuridicamente e tecnicamente meno attrezzate. Ovvie appaiono sul punto le potenziali conseguenze in ordine alla qualità – e all'omogeneità – delle valutazioni che attengono ai requisiti morali di partecipazione delle imprese.

Si dà atto, in questa sede, dell'idea avanzata da quella dottrina[133] che ha proposto di accentrare il giudizio sull'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico assegnandolo a un unico soggetto – o perlomeno a un gruppo esiguo di soggetti[134] – chiamato a rilasciare una sorta di "patente di mora-

[133] G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit., 807 ss.

[134] L'A. ipotizza il conferimento di tale competenza all'ANAC. Si rammenta che il sistema conosce già un sistema di qualificazione delle imprese, che contempla anche una verifica dei requisiti di ordine generale, affidato alle Società organismo di attestazione (SOA) e oggi disciplinato dall'art. 100, co. 4 ss. del D. Lgs. n. 36/2023 e dall'allegato II.12, destinato ad essere abrogato dopo l'entrata in vigore di un corrispondente regolamento governativo. Al di là del fatto che tale qualificazione è richiesta per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro, si evidenziano le perplessità avanzate dall'ANAC nell'atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3, par. 2.2, secondo cui "*la valutazione dell'incidenza del fatto sull'integrità e sull'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico non può essere condotta, in tal caso, con riferimento allo specifico contratto da affidare e, quindi, deve essere necessariamente riferita all'attestazione di cui si richiede il rilascio, con valutazione, ad esempio, delle categorie e classifiche richieste. Detta valutazione appare quindi di difficile esecuzione e rischia di condurre sempre a giudizi di non rilevanza, risolvendosi, quindi in un inutile appesantimento*".

lità". È chiaro che non potrebbe predicarsi l'assoluta vincolatività di tale certificazione, dovendo comunque riconoscersi alla stazione appaltante la possibilità di discostarsene ma motivatamente.

I profili su cui si è appena ragionato mettono in evidenza due aspetti nevralgici: il primo è che le problematiche che hanno storicamente accompagnato l'istituito in esame hanno un'eziologia multifattoriale solo in parte risolta o attenuata dai recenti interventi di riforma; il secondo è che la previsione tassativa di condotte rilevanti e mezzi di prova ha rappresentato una risposta, oltre che fuori sistema, a sua volta parziale e non esaustiva.

Le intrinseche finalità dell'istituto e la sua configurazione in sede eurounitaria consigliano, pertanto, un pieno recupero delle potestà valutative in capo alle Amministrazioni. In questo quadro lo strumento legislativo ha due compiti essenziali: orientare l'azione del soggetto pubblico (ad esempio precisando i passaggi imprescindibili dell'*iter* logico-motivazionale) e porlo in condizione di svolgere al meglio la sua funzione (si pensi ai potenziali benefici scaturenti dalla corretta operatività del fascicolo virtuale dell'operatore economico), senza mai, tuttavia, imporre preclusioni aprioristiche e non superabili per il tramite di un'approfondita e ben strutturata opera motivazionale. Occorre recuperare la fiducia perduta nell'Amministrazione, quella stessa Amministrazione capace di coprire il *gap* esistente tra l'astrattezza del dato normativo e il polimorfismo della realtà.

Abstract

Il D. Lgs. n. 36/2023, nel riformare la normativa italiana sui contratti pubblici, è intervenuto profondamente sulla disciplina della causa di esclusione dell'operatore economico dalle gare per gravi illeciti professionali.

Premessa un'analisi del diritto e della giurisprudenza europei, nonché dell'evoluzione della regolamentazione nell'ordinamento interno, il presente contributo si pone l'obiettivo di individuare le principali novità introdotte dal Nuovo Codice e di comprenderne l'impatto sull'istituto, senza dimenticare la dimensione multilivello entro cui si muove.

Exclusion for grave professional misconduct: origins and development up to the new regulation of Legislative Decree no. 36/2023, between important answers, old issues and new problems

Legislative Decree No. 36/2023, which reformed the Italian legislation on public contracts, has profoundly affected the regulation of the grounds for excluding economic operators from tenders for grave professional misconducts.

After analysing European law and jurisprudence, as well as the evolution of the regulations in the domestic system, this contribution aims to identify the main innovations introduced by the New Code and to understand their impact on the legal institution, without forgetting the multi-level dimension within which it moves.

Recensioni

Recensione a Gaetano Armao
Francesco Crispi e le riforme amministrative, Palermo, 2023

di Franco Gaetano Scoca

Gaetano Armao ha riportato l'attenzione della dottrina giuridica sulla figura di Francesco Crispi, illustrando particolarmente il contributo dell'illustre uomo politico siciliano alla evoluzione dell'ordinamento positivo, dopo l'unificazione legislativa del 1865. Non per nulla il sottotitolo del volume recita: *Il primo intervento di riforma strutturale dello Stato unitario*.

In effetti le innovazioni introdotte dalle leggi volute da Crispi alla fine degli anni Ottanta del XIX° secolo possono a buon titolo, nel loro complesso, essere considerate una riforma globale dell'ordinamento amministrativo.

Per giungere ad illustrare tali riforme, Armao prende le mosse dalla formazione giuridica di Francesco Crispi, ne illustra gli scritti giuridici, prodotti prima in Sicilia e poi a Torino, durante l'esilio, ne segue l'intensa attività parlamentare dopo l'Unità, mettendo in rilievo la continuità e profondità della impostazione di fondo del suo pensiero giuridico.

Se è vero che è "nell'attività di governo che Crispi esprime una poderosa spinta riformatrice", non è da dimenticare che il disegno riformatore era chiaro e definito fin dai suoi primi interventi nelle discussioni parlamentari. Ne è prova la riforma del sistema della giustizia amministrativa: ciò che egli poté realizzare, nel 1889, nella qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri, è esattamente ciò che aveva sostenuto, quale esponente della minoranza parlamentare, nel 1864, in occasione della abolizione dei tribunali ordinari del contenzioso amministrativo.

Egli, allora, non fu affatto contrario al trasferimento delle controversie riguardanti diritti soggettivi dal contenzioso amministrativo al contenzioso ordinario: era convinto, come lo erano gli esponenti della maggioranza, che non c'era ragione di mantenere giudici speciali per decidere controversie riguardanti diritti soggettivi, sol perché tali controversie avevano come parte convenuta la pubblica amministrazione. Si rendeva perfettamente conto che i giudici del contenzioso amministrativo erano funzionari amministrativi e, come tali, non erano né indipendenti né ina-

movibili, al contrario dei giudici ordinari.

Il punto di divergenza dalla maggioranza, anzi la ragione di scontro con essa, riguardò soltanto le controversie riguardanti quelli che allora venivano chiamati diritti minori o interessi "ragionevoli, rispettabili, legittimi nell'ordine delle convenienze e delle utilità private e sociali" (P.S. Mancini, seduta 9 giugno 1864, *res. sten.*, p. 5150), eventualmente lesi da "atti di pura amministrazione".

Mentre la maggioranza riteneva che tali controversie dovevano essere decise dagli organi dell'amministrazione attiva, non potendole considerare controversie giuridiche (nonostante il loro possibile forte valore economico) per difetto di situazioni giuridiche giuridicamente riconosciute e tutelate, Crispi (ed altri), superando la impostazione formalistica del problema, si batterono perché anche queste controversie avessero giudici in qualche modo imparziali, quindi diversi dagli organi di amministrazione attiva, e tali potevano essere appunto gli organi dell'amministrazione contenziosa.

Infatti Crispi presentò un emendamento sul solo art. 3 del progetto governativo, come riformulato dalla Commissione della Camera: con esso proponeva di lasciare in vita i tribunali del contenzioso amministrativo soltanto per queste controversie, trasferendo ai tribunali ordinari le controversie su diritti soggettivi: "Tutti gli altri affari non compresi nell'articolo precedente e pei quali erano competenti i tribunali del contenzioso amministrativo nella legislazione degli antichi Stati d'Italia saranno decisi dai Consigli di prefettura in udienza pubblica con rito breve e sommario e con decreto motivato. Contro i decreti di questi Consigli, quando la somma eccede le lire 300, si ammetterà il ricorso al Consiglio di Stato, il quale potrà anche provvedere per la sospensione della esecuzione, in vista di una manifesta ingiustizia o d'infrazione alla legge" (seduta 17 giugno 1864, *res. sten.*, p. 5444).

Presentando, nel 1888, il suo progetto di legge disse: "noi, coll'art. 3 della legge del 20 marzo 1865, abbiamo abbandonato al potere esecutivo una immensa serie di attribuzioni e non abbiamo dato ai cittadini la garanzia di un giudizio quale richiedevano coloro che nel 1864 avevano fatto rilevare il vizio della legge che allora si discuteva" (seduta Senato 21 marzo 1888, *res. sten.*, p. 1183). Infatti la legge del 1889 lasciò inalterata la giurisdizione del giudice ordinario; si limitò a prevedere un nuovo giudice e un nuovo processo per le controversie non attinenti a diritti soggettivi.

Ma, come mette bene in evidenza Gaetano Armao, le riforme Crispi della fine degli anni Ottanta riguardarono ben altri aspetti dell'ordinamento giuridico-amministrativo: esse "mutarono strutturalmente l'organizzazione ministeriale, quella degli enti locali, ampliarono le funzioni pubbliche, in particolare nel settore sociale e sanitario" (p. 95).

Si ispirarono ad un tempo ad una migliore e più aggiornata redazione tecnica della legislazione di settore e ad una maggiore decentralizzazione delle attribuzioni amministrative.

Sotto questo secondo profilo va rammentato che fu con la legge comunale e provinciale del 1889 che il governo rinunciò a nominare i sindaci dei comuni di maggiori dimensioni (art. 123 r. d. 10 febbraio 1889, n. 5921) e divennero elettivi i presidenti delle deputazioni provinciali, per l'innanzi presiedute dai prefetti (art. 200). Fu la stessa legge a riordinare i poteri e i mezzi di ingerenza dello Stato nell'amministrazione dei comuni e delle province (artt. 219 e seguenti).

Sotto il primo profilo va rammentata, invece, la legge sul riordinamento dell'amministrazione centrale dello Stato, con la quale – e lo mette bene in evidenza Armao – si realizzò il primato e l'autonomia dell'esecutivo, "autonomia affermata in materia di organici, di organizzazione interna e di attribuzioni" (p. 123). Venne tra l'altro introdotta la figura del Sottosegretario.

Opportunamente Armao si sofferma in modo particolare sulla nuova disciplina sanitaria. Si ha per la prima volta una organizzazione pubblica della sanità, dotata di personale tecnico (medici, veterinari, ingegneri). Per l'innanzi, in base all'Allegato C alla legge del 1865, l'amministrazione sanitaria era affidata esclusivamente a personale politico o burocratico (Ministro dell'Interno, Prefetti, Sotto-prefetti, Sindaci). La legge Crispi introduce il medico e il veterinario provinciale e, a livello comunale, il medico e la levatrice condotti, aventi questi – lo si deve sottolineare – il compito di curare gratuitamente i poveri.

È tuttavia la parte della legge che si occupa della igiene del suolo e dell'abitato, dell'igiene degli alimenti, delle misure contro la diffusione delle malattie infettive, della polizia mortuaria, a fare la differenza fondamentale con la disciplina anteriormente in vigore.

Si può ben dire, e Armao lo mette bene in evidenza, che Crispi dotò il Paese di una disciplina della igiene e sanità pubblica di avanguardia, che ha retto bene per circa novant'anni, fino alla riforma del 1978.

Non si può che convenire con Armao, quando afferma che il complesso di riforme dovute a Crispi ha inciso profondamente sulla "morfologia dell'amministrazione statale e di quella locale" e che è restata in vigore "ben oltre la vita politica del suo artefice" (p. 128).

L'opera che si recensisce costituisce sì una biografia di Francesco Crispi, ma una biografia di un giurista emerito, scritta da un giurista contemporaneo, con attenzione critica continua sulle innovazioni introdotte nell'ordinamento positivo, esaminate alla luce dei principi vigenti al tempo ed illustrando gli effetti che ne sono derivati nella evoluzione successiva, fino a tempi recenti. Con particolare riguardo, in questo caso, alle riforme pensate, progettate da Crispi, ma non potute realizzare per mancanza del tempo o delle condizioni necessarie.

Gli Autori e le Autrici:

Domenico D'Orsogna
Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Sassari

Ambrogio De Siano
Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Vincenzo Desantis
Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento

Fabrizio Figorilli
Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia

Francesco Giacalone
Dottorando di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti, Università degli studi di Palermo

Marcella Gola
Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Karin Kassmayer
Professora do Mestrado Profissional do IDP, Brasília

Isabella Maria Lo Presti
Ricercatrice di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Palermo

Vanessa Manzetti
Professoressa associata di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Pisa

Sergio Pignataro
Dottore di ricerca in Diritto pubblico e cultura dell'economia, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Giuseppe Andrea Primerano
Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Bianca Nicla Romano
Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università di Napoli Parthenope

Pablo Sánchez Molina
Profesor ayudante de Derecho constitucional, Universidad de Malaga

Franco Gateano Scoca
Professore emerito di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Stefano Salvatore Scoca
Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Teramo