



Rivista
di Diritto
ed Economia
dei Comuni



Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni

Registrazione al Tribunale di Roma n. 136/2022 del 30.11.2022
Registro degli Operatori di Comunicazione n. 39826

Settembre-Dicembre n. 3/2023

Direttore Scientifico: **Harald Bonura**

Direzione Scientifica: **Luigi Caso, Marcello Clarich,
Michele Corradino, Margherita Interlandi, Bernardo Giorgio Mattarella,
Guido Meloni, Veronica Nicotra**

Comitato Scientifico: **Vincenzo Antonelli, Gaetano Armao, Antonio Barone,
Daniela Bolognino, Carlo Buonauro, Elisa D'Alterio, Fabrizio Dall'Acqua, Daniele Donati,
Giuliano Fonderico, Felice Giuffrè, Tommaso Giupponi, Mario Gorlani, Nicola Lupo,
Luciano Monti, Pasquale Passalacqua, Aldo Sandulli, Giovanni Valotti, Antonio Viscomi**

Comitato di redazione: **Gianpiero Madeo e Massimiliano Maitino (Coordinamento
Responsabilità e Controllo), Gianluca Briganti, Pierfrancesco Miele,
Alessandro Popolato, Anna Laura Rum, Federica Zaccarelli**

Coordinamento di redazione: **Annalisa D'Amato, Maria Rosaria Di Cecca**

Direttore Responsabile: **Stefania Dota**

Editore: **Comunicare - ANCI comunicazione ed eventi srl unipersonale
Via dei Prefetti, 46 - 00186 Roma**

Progetto grafico e impaginazione: **Francesco Botteri**

Stampa: **Tipografia Facciotti srl
Vicolo Pian due Torri, 74- 00146 - Roma**

Finito di stampare nel mese di Gennaio 2024

www.rivistagiuridicadeicomuni.eu



<https://www.linkedin.com/company/93206826/admin/>



<https://twitter.com/RivistaCOMUNI>

INDICE GENERALE

Prospettive

Investire sui Comuni vuol dire investire sul futuro.....	15
--	----

DI SERGIO MATTARELLA

Memorie

Luigi Giampaolino	19
-------------------------	----

DI LUIGI CASO

Saggi

Codice dei contratti pubblici e verifica preventiva dell'interesse archeologico (<i>Vpia</i>)	25
--	----

DI GAETANO ARMAO

Il rapporto tra politica e amministrazione nei Comuni	35
---	----

DI STEFANO BATTINI

<i>Flex-time e flex-place</i> : transizione digitale e organizzazione del lavoro	43
--	----

DI MARCO BIASI

Autonomia responsabile. Trent'anni dopo. Osservazioni su alcune linee di tendenza dal d.lgs. n. 29 del 1993 a oggi	51
---	----

DI DANIELA BOLOGNINO

Infrastrutture, contratti pubblici e sostenibilità ambientale e sociale nel nuovo Co- dice: <i>quid novi</i> ?	69
---	----

DI EDOARDO CARUSO

Il regime di responsabilità nel rapporto con la scriminante politica	89
--	----

DI LUIGI CASO

Sistema elettorale comunale, dinamica politico-partitica e stabilità di governo.

Un bilancio a trent'anni dall'introduzione della legge 81/1993.....	111
---	-----

DI ALESSANDRO CHIARAMONTE

Fondi strutturali europei e capacità di *governance*.

Un'analisi per le regioni europee	125
---	-----

DI GIANLUIGI COPPOLA, SERGIO DESTEFANIS, GIORGIA MARINUZZI, WALTER TORTORELLA

La disciplina delle concessioni demaniali marittime alla luce della giurisprudenza nazionale ed eurounitaria	139
---	-----

DI AURORA LENTO

Organizzazione degli uffici pubblici e specificità del management delle pubbliche
amministrazioni. Analisi dei costi dei fattori della produzione relativi alle funzioni
e ai servizi pubblici: presupposti e condizioni di realizzabilità

DI FEDERICA SCALIA, ROSARIO SCALIA

Il ruolo e i poteri del Sindaco e la loro evoluzione	211
--	-----

DI CLAUDIA TUBERTINI

Cantieri aperti: l'ecosistema delle autonomie locali tra organizzazione e regolazione	223
---	-----

DI ANTONIO VISCOMI

Note

Ordine di demolizione e nuda proprietà: anche la mancata ottemperanza da parte del nudo proprietario comporta l'acquisizione del bene al patrimonio comunale (Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 ottobre 2023, n. 16) 235
DI ANNA LAURA RUM

La natura dell'illecito da mancata ottemperanza all'ordine di demolizione e il connesso atto di acquisizione (Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 ottobre 2023, n. 16) 253
DI NURIA FEDERICA NICOLÒ

È illegittima l'ordinanza di demolizione emanata prima della definizione dell'istanza di condono (Nota a Tar Veneto, Venezia, sez. II, 10 ottobre 2023, n. 1411) 259
DI ANNA LAURA RUM

La limitazione dell'autonomia dei Comuni in favore della partecipazione ad Autorità d'Ambito, nella gestione di servizi pubblici (Nota a Tar Campania, Salerno, 14 dicembre 2023, n. 2958) 263
DI ANNA LAURA RUM

Contratti pubblici e terzo settore: brevi riflessioni a margine di due recenti pronunce del Consiglio di Stato (Nota a Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2023, nn. 5217 e 5218) 273
DI LUCREZIA TURRIZIANI COLONNA

Giurisprudenza e Controllo..... 291

Trasporto pubblico locale	
Corte di Giustizia UE, sez. V, sentenza 19 ottobre 2023, C-186/22.....	345
Enti locali	
Corte costituzionale, 6 novembre 2023, n. 200	345
Concessioni demaniali	
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 novembre 2023, n. 32559	346
Enti locali	
Corte di Cassazione, Civile, sez. I, 13 novembre 2023, n. 31550.....	347
Enti locali	
Corte di Cassazione, Civile, sez. II, 27 ottobre 2023, n. 29828.....	347
Enti locali	
Corte di Cassazione, Civile, sez. I, 13 ottobre 2023, n. 28542.....	347
Contratti pubblici	
Consiglio di Stato, sez. V, 11 dicembre 2023, n. 10640.....	348
Pianificazione urbanistica	
Consiglio di Stato, sez. IV, 4 dicembre 2023, n. 10487.....	348
Accesso agli atti	
Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2023, n. 9622.....	348
Pianificazione urbanistica	
C.G.A.R.S., 7 novembre 2023, n. 472.....	349
Contributo ANAC	
Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9186.....	350
Libertà di iniziativa economica privata	
Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2023, n. 9071.....	350
Procedimento amministrativo	
Consiglio di Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610	351
Titolo edilizio	
Consiglio di Stato, sez. VII, 27 settembre 2023, n. 8553.....	353
Edilizia residenziale pubblica	
Tar Lazio, Roma, sez. V, 15 dicembre 2023, n. 19048.....	353
Procedimento amministrativo	
Tar Marche, Ancona, sez. I, 12 dicembre 2023, n. 833.....	353

Procedura di gara ad evidenza pubblica	
Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 5 dicembre 2023, n. 891.....	354
Valutazione d’Impatto Ambientale	
Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2023, n. 18141.....	354
Servizi pubblici	
Tar Lazio, Roma, sez. II, 1° dicembre 2023, n. 18072.....	355
Procedura di gara ad evidenza pubblica	
Tar Toscana, Firenze, sez. I, 24 novembre 2023, n. 1084.....	356
Procedimento amministrativo	
Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 7 novembre 2023, n. 845.....	356
Procedura di gara ad evidenza pubblica	
Tar Puglia, Lecce, sez. II, 31 ottobre 2023, n. 1208.....	357
Attività produttive	
Tar Campania, Napoli, sez. III, 25 ottobre 2023, n.5817.....	357
Titolo edilizio	
Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sez. Unica, 18 ottobre 2023, n. 159.....	358
Servizi pubblici	
Tar Lombardia, Milano, sez. I, 16 ottobre 2023, n. 2334.....	358
Servizi pubblici	
Tar Lombardia, Milano, sez. I, 16 ottobre 2023, n. 2331.....	358
IMU – Terreni agricoli	
Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 10 ottobre 2023, n. 3021.....	359
Abuso edilizio	
Tar Veneto, Venezia, sez. II, 10 ottobre 2023, n. 1411.....	359
Intervento di nuova costruzione	
Tar Marche, Ancona, sez. I, 9 ottobre 2023, n. 607.....	359
Minore, infanzia e maternità	
Tar Calabria, Reggio Calabria, 5 ottobre 2023 n. 748.....	360
Contratti pubblici	
Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 28 settembre 2023, n. 1171.....	360
Intervento di nuova costruzione	
Tar Lazio, Roma, sez. II, 1° dicembre 2023, n. 18072.....	361
Contabilità armonizzata	
Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 12 dicembre 2023, 290/2023/PAR.....	361

Contabilità armonizzata	
Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 5 dicembre 2023, 283/2023/PAR.....	362
Contabilità armonizzata	
Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 4 dicembre 2023, n. 18/SEZAUT/2023/QMIG.....	362
Contabilità armonizzata	
Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 25 novembre 2023, n. 17/SEZAUT/2023/QMIG.....	363
Contabilità armonizzata	
Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, 23 novembre 2023, n. 152/2023/PAR.....	364
Contabilità armonizzata	
Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 23 ottobre 2023, n. 15/SEZAUT/2023/QMIG.....	364
Contabilità armonizzata	
Corte Conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 3 ottobre 2023, n. 150/2023/VSG.....	365
Spesa di personale	
Corte Conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, 25 settembre 2023, n. 136/2023/PAR.....	365
Contabilità armonizzata	
Corte Conti, Sezione regionale di controllo per le Marche, 25 settembre 2023, n. 144/2023/PAR.....	365
Spesa di personale	
Corte Conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, 8 settembre 2023, n. 239/2023/PAR.....	366
Responsabilità amministrativa	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale d'appello regionale per la Sicilia, 22 novembre 2023, n. 62.....	366
Responsabilità amministrativa	
Corte dei conti, II sezione giurisdizionale centrale d'appello, 13 novembre 2023, n. 337.....	367
Responsabilità amministrativa	
Corte dei conti, I sezione giurisdizionale centrale d'appello, 2 novembre 2023, n. 429.....	367
Responsabilità amministrativa	
Corte dei conti, I sezione giurisdizionale centrale d'appello, 6 ottobre 2023, n. 473.....	367

Procedura SUAP

Corte dei conti, II sezione giurisdizionale centrale d'appello, 6 ottobre 2023, n. 270	368
--	-----

Responsabilità amministrativa

Corte dei conti, II sezione giurisdizionale centrale d'appello, 6 luglio 2023, n. 185	368
---	-----

Enti pubblici economici

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Emilia-Romagna, 4 dicembre 2023, n. 119	368
--	-----

Responsabilità amministrativa

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Friuli Venezia Giulia, 21 novembre 2023, n. 32	369
--	-----

Giudizio di conto

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Toscana, 16 ottobre 2023, n. 330	369
--	-----

Responsabilità amministrativa

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Sicilia, 28 settembre 2023, n. 404	369
--	-----

Responsabilità amministrativa

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Toscana, 8 settembre 2023, n. 278	370
---	-----

Gaetano Armao - Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo. Delegato del Rettore per la condizione di insularità, dirige il Master in "Progettazione europea" ed è autore di oltre 250 pubblicazioni. Avvocato cassazionista, è Presidente della Commissione tecnica-specialistica per le autorizzazioni ambientali della Sicilia ed è stato Vicepresidente della Regione Siciliana (2017-22).

Stefano Battini - Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi della Toscana.

Marco Biasi - Professore associato di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Milano.

Daniela Bolognino - Ricercatrice di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale. Docente di Contabilità Pubblica presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali-LUISS Guido Carli.

Edoardo Caruso - Ricercatore TDA di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Ferrara. Docente a contratto presso la SSPL "Enrico Redenti", *Alma Mater Studiorum*, Università di Bologna.

Luigi Caso - Magistrato della Corte dei conti.

Alessandro Chiamonte - Professore ordinario in Scienza Politica presso l'Università degli Studi di Firenze.

Gianluigi Coppola - Ricercatore confermato in Economia Politica presso l'Università degli Studi di Salerno. Dottore di ricerca in Economia del Settore Pubblico. *Visiting student* al Master di Macroeconomia presso l'Università Pomeu Fabra (Spagna).

Sergio Destefanis - Professore ordinario di Economia presso l'Università degli Studi di Salerno. Ha un Ph.D. dell'Università di Cambridge, Regno Unito. Ha vinto nel 1995 il premio Tarantelli della Associazione Italiana di Economia del Lavoro, e nel 1999 il premio Banco di Napoli per la ricerca più innovativa sull'economia del Mezzogiorno. Dal 2010 al 2013 è stato presidente dell'Associazione Italiana degli Economisti del Lavoro.

Aurora Lento - Magistrato del TAR, Presidente di sezione interna.

Giorgia Marinuzzi - Economista, è responsabile dell'Ufficio Analisi ed Elaborazione Dati Economia Territoriale dell'Istituto di Economia e Finanza Locale (IFEL)-Fondazione ANCI. Esperta di economia dello sviluppo e del territorio. È autrice di numerosi articoli in materia di personale comunale, Fondi strutturali, gestioni associate comunali e PPP. È curatrice del rapporto annuale "*La dimensione territoriale della politica di coesione*". Ha collaborato e insegnato con diverse università pubbliche e private (Roma Tre, Politecnico di Milano, Link Campus University di Roma) sui temi dello sviluppo economico e della statistica economica.

Nuria Federica Nicolò – Esperta di contratti pubblici, è dipendente del Dipartimento Appalti e Contratti della Città metropolitana di Milano.

Anna Laura Rum – Avvocato, è Assistente di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura. È coautrice del volume *“La riforma dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 31.03.2023, n. 36”* e autrice di numerose pubblicazioni scientifiche in materia di diritto amministrativo, civile, fallimentare e penale.

Federica Scalia – Avvocato, è ricercatrice presso l’Istituto “Max Weber”.

Rosario Scalia – Presidente aggiunto onorario della Corte dei conti.

Walter Tortorella - Economista, è responsabile del Dipartimento Economia Locale e Direttore della Scuola di Formazione di IFEL-Fondazione ANCI. Esperto di politiche pubbliche e sviluppo economico, è stato Direttore del Centro Documentazione e Studi dei Comuni Italiani ANCI-IFEL. È autore di numerosi articoli in materia di *public management* e politiche di sviluppo.

Claudia Tubertini - Professore associato di Diritto Amministrativo presso l’*Alma Mater Studiorum*, Università degli Studi di Bologna.

Lucrezia Turriziani Colonna - Dottoranda di ricerca in “Pubblica amministrazione e imprese per l’innovazione e lo sviluppo del territorio” presso l’Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

Antonio Viscomi - Professore ordinario di Diritto del Lavoro presso l’Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro. Direttore del Centro di Ricerca “Transizione Digitale, Autonomie Negoziali e Relazioni di Lavoro”.

Investire sui Comuni vuol dire investire sul futuro*

DI SERGIO MATTARELLA

Rivolgo un saluto – il più cordiale - a tutti i Sindaci e amministratori locali presenti. Un saluto al presidente della Camera, al vice presidente del Senato, un ringraziamento al presidente del Consiglio per il suo messaggio, per la sua presenza poc'anzi, un saluto al presidente della Regione, alle altre autorità. Un saluto al Presidente Decaro, ringraziandolo tanto per il ricordo del Presidente Napolitano e per le parole così cortesi nei miei confronti. Ma desidero, soprattutto, ringraziarlo subito per la importante opera svolta in questi anni alla guida dell'ANCI: un'opera efficace, autorevole e sempre indipendente, al servizio dei Comuni e dell'Italia, come indica la fascia tricolore che ha poc'anzi con orgoglio indossato. Saluto il Sindaco di Genova, capitale, oggi, dei Comuni d'Italia. Città che ha saputo affrontare la inaccettabile tragedia del ponte Morandi, dando prova di grande impegno. L'importante risultato realizzato non chiuderà comunque mai la ferita, che resta insanabile per la città e per l'intera Italia. Saluto tutti gli amministratori dei Comuni d'Italia, quelli che operano con la responsabilità della maggioranza e quelli che svolgono il prezioso ruolo dell'opposizione. Hanno tutti l'onore e il privilegio di essere protagonisti della vita dei nostri quasi ottomila Comuni, l'istituzione più prossima ai nostri concittadini. Con la consapevolezza di recuperare il senso della parola "Municipio" che, dalla nostra tradizione, tratta dal latino, si traduce nell'assumere un compito, un dovere, un obbligo nei confronti dei cittadini. I Comuni sono l'articolazione capillare della Repubblica, espressione dei valori costituzionali come ogni altra istituzione democratica.

Più delle altre istituzioni hanno la responsabilità del contatto diretto, immediato, con le esigenze di chi vive nei loro territori. Di tutte le loro istanze, sovente anche oltre le funzioni comunali. Di raccogliere le loro preoccupazioni, le loro attese. Passa da qui la tenuta della coesione sociale e, aggiungo, lo sviluppo dell'Italia. Questa caratteristica dei Comuni ne fa istituzioni dinamiche, non statiche. Istituzioni in movimento. Gli stessi rapporti tra le articolazioni della Repubblica ne traggono vantaggio. I Comuni sono, infatti, termometri immediati dello stato di salute della nostra comunità. Indicatori sensibili di quali effetti possono provocare situazioni di crisi, scarsità di risorse, scelte compiute a livello regionale e statale. Ne sono testimonianza i temi – poc'anzi evocati - dal presidente Decaro. I Comuni, con le loro esperienze, sono - nell'attenzione alle necessità e nella ricerca di risposte - la prefigurazione di ciò che, sovente, viene poi raccolto nella legislazione e nelle scelte di governo. Lo sono stati sin dallo sviluppo dell'unità d'Italia, quando il tema come la conoscenza dei fenomeni sociali venne affidato alla Unione Statistica delle Città Italiane (l'ISTAT sarebbe venuta decenni dopo l'USCI) o quando, per corrispondere all'ansia di sviluppo delle città e alla elevazione delle condizioni di vita degli abitanti, si dette avvio a formule allora nuove sul terreno di servizi come l'acqua potabile, l'assistenza e la salute, l'energia e i trasporti, l'edilizia

* Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia di apertura della 40° Assemblea annuale ANCI – Associazione Nazionale Comuni Italiani

popolare, l'istruzione tecnica: esempi di welfare locale. I Municipi sono stati centro e protagonisti dei processi di grande modernizzazione. Sono permanenti laboratori di nuova partecipazione democratica e il pensiero corre al vissuto del decentramento amministrativo nei quartieri delle grandi città e nelle frazioni nei Comuni che si sviluppò negli anni Sessanta, capace di promuovere progetti civici. I Comuni sono il primo banco di prova della vitalità di una democrazia, della nostra democrazia, e sarebbe un errore privilegiare scorciatoie su questo terreno. Proprio la vitalità che caratterizza il rapporto tra le persone e i Comuni indica che va perseguita con ostinazione la strada del sempre maggiore coinvolgimento dei cittadini, elemento certamente non secondario di legittimazione. Anche per contrastare la preoccupante tendenza al disimpegno elettorale.

L'Italia è ricca della varietà di specifiche caratteristiche territoriali. La sua bellezza, la sua storia, la sua cultura, persino le sue latitudini sono plurali. Le diversità accrescono il valore del nostro Paese. I Comuni rappresentano queste diversità, danno loro voce, nell'ampia cornice della Repubblica. Investire sui Comuni vuol dire, quindi, investire sulla concretezza della vita dell'Italia, sul suo futuro. La pluralità richiede sempre collaborazione. Avete, difatti, sempre dimostrato saggezza nel non attardarvi nella logica delle piccole patrie per essere, invece, una grande forza nazionale, consapevole degli interessi generali, che dà senso e contribuisce alla direzione dell'Italia.

Ci uniscono un compito e una responsabilità collettive: l'attuazione della Costituzione, che pone sempre al centro la persona, la sua libertà, l'uguaglianza, lo sviluppo integrale. Oggi è il tempo della prova di dare piena attuazione al Piano nazionale di ripresa e resilienza. Tante risorse, tanti progetti costituiscono nel loro insieme un'occasione storica per il nostro Paese, con la mobilitazione di importi ingenti, addirittura superiori a quelli del provvidenziale e mitico "Piano Marshall" nel dopoguerra. Si tratta di un grande, decisivo contributo per innovare e migliorare l'Italia e l'Europa nella capacità produttiva, nella sostenibilità dello sviluppo futuro, nella coesione sociale. Abbiamo conosciuto le stagioni dell'ammodernamento infrastrutturale. Abbiamo iniziato, negli anni Duemila a ridurre le distanze con l'alta velocità ferroviaria e a collegare le varie parti d'Italia con le reti wi-fi. Abbiamo iniziato e questi percorsi vanno completati. Siamo di fronte a nuove stagioni sul terreno della mobilità, del digitale, della formazione, che cambiano il modo di vivere e abitare, di produrre, di fare ricerca. È un'occasione irripetibile nel medio periodo per migliorare la qualità della vita delle famiglie italiane, delle nostre comunità. È questione che interviene anche sul tuttora irrisolto problema dei divari tra aree montane, rurali e insulari e aree metropolitane. Va implementata positivamente la Strategia nazionale Aree interne, in coordinamento con le altre risorse destinate, con una visione complessiva che sfugga la tentazione dei compartimenti stagni.

Centrare gli obiettivi del Piano è, in tutta evidenza, un traguardo a cui istituzioni, imprese, forze sociali sono chiamate a cooperare con il massimo impegno. Questa è la vera posta in gioco: il salto in avanti che possiamo fare insieme. Avete orgogliosamente rivendicato di aver svolto fin qui i compiti che vi erano stati assegnati, e di aver rispettato le tappe previste. E chiedete di ricevere – com'è bene – l'attenzione dovuta. Il presidente Decaro ha ampiamente illustrato quanto questa partita sia cruciale. Ai Comuni è chiesto, spesso, di intervenire come pronto soccorso, di decidere in fretta, senza sovente avere certezza delle risorse necessarie ad affrontare le emergenze, con i Sindaci in prima linea. È il caso delle calamità naturali. È il caso di flussi migratori di dimensioni non previste. Ciascuno deve fare al meglio la sua parte, sapendo che le politiche di mitigazione delle calamità devono essere accompagnate da adeguate politiche di prevenzione, così come è necessario dotarsi di visioni di ampio respiro per affrontare fenomeni epocali come le migrazioni, con cui ci si confronta in realtà da

anni. Il vostro lavoro, il lavoro della comunità degli amministratori locali, si fa sempre più complesso e impegnativo.

Rinnovo solidarietà ai Sindaci che hanno subito minacce, che affrontano pericoli e ostilità e continuano nel loro lavoro con sacrificio e dedizione. La Repubblica è consapevole del servizio che rendete alla comunità nazionale e, per questo, vi è riconoscente. È dai Comuni, dalle città, dai paesi, che riparte la fiducia. Una fiducia non astratta, ma fondata su lavoro concreto, consapevole della forza da cui trae origine. Celebriamo i cent'anni dalla nascita di Italo Calvino e siamo qui in Liguria, la regione dove, da giovane, si è formato. Ne "Le città invisibili", Calvino sogna e descrive luoghi immaginari, dove però il reale è vivo e l'ideale continuamente lo interroga e lo sfida. Definisce le città, definizione che si aggiunge a quella che poc'anzi il senatore e maestro Renzo Piano ci ha presentato: "La città – scrive Calvino - ti appare come un tutto in cui nessun desiderio va perduto, e di cui tu fai parte".

I nostri centri abitati sono storia, progetto, impegno, speranza, percorso verso il futuro. Ciascuno di voi si propone di lasciarli più belli, più vivibili, più civili di quando li ha avuti affidati dal consenso elettorale. Un sogno e una promessa che ciascuno di voi avrà certamente fatto a sé stesso. I Comuni sono i luoghi di democrazia dove questo percorso può essere condiviso. Auguri di buona Assemblea. L'Italia conta su di voi.

In ricordo di Luigi Giampaolino

DI LUIGI CASO

La vastità di esperienze e competenze di Luigi Giampaolino - magistrato ordinario e poi della Corte dei conti, vincitore del concorso per Avvocato dello Stato, Capo del Gabinetto e dell'Ufficio legislativo di prestigiosi Ministeri, Presidente dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e della Corte dei conti - impone, al fine di tracciare l'evoluzione del suo operato di giurista, l'esame non solo della sua ampia produzione dottrinale ma anche dei numerosi atti che ne hanno costellato l'attività istituzionale: le proposte normative fatte come Capo degli uffici che ha diretto, i discorsi pronunciati da Presidente dell'AVCP e della Corte dei conti, le azioni concrete con le quali ha diretto entrambe tali strutture e ne ha indirizzato l'attività per il futuro.

L'aver partecipato attivamente all'azione dell'Amministrazione nella sua forma apicale gli aveva consentito, da un lato, di poter concretamente concorrere all'attuazione di quella visione istituzionale che lucidamente si rappresentava in forza degli ideali etici che lo animavano e, dall'altro, di guardare all'ordinamento non solo dal punto di vista del magistrato che giunge, *ex post*, a ricostruire il percorso giuridico che ha portato all'emanazione del provvedimento ma anche da quello dell'amministrazione attiva che quel medesimo atto ha dovuto non solo preventivamente immaginare ma altresì portare a compimento in maniera legittima ed efficace.

Punto di partenza di tutta la riflessione di Giampaolino era la definizione data da Giorgio Berti della pubblica amministrazione, intesa come "ordinamento in sé concluso" (G. Berti, *Strutture politico-giuridiche dell'amministrazione e responsabilità dei funzionari*, in *Giustizia e Costituzione*, 1984), cui conseguiva un'attenta meditazione sul concetto di riserva di amministrazione.

In tale visione, si iscrivono le sue riflessioni sulla legge sulla Protezione civile, alla cui genesi ed alla cui attuazione Giampaolino aveva partecipato in maniera diretta, preoccupato non solo di dare ordine allo slancio solidale di amministrazioni ed organismi pubblici e privati ma, prima ancora, di riportare nell'ambito dell'ordinamento un fenomeno normativo eccentrico quale quello delle cosiddette "ordinanze di protezione civile".

Una simile analisi, come spesso accadeva con Giampaolino, non restava pura speculazione dottrinale ma si traduceva in concreta azione amministrativa; in tal senso, basti pensare alle riflessioni svolte, come Presidente dell'AVCP, sul rischio che l'utilizzo estremamente ampio dello strumento delle ordinanze di protezione civile per realizzare lavori pubblici - anche se indifferibili ed urgenti - producesse gravi effetti distortivi sul relativo mercato, pensiero che poi sviluppò ulteriormente come Presidente della Corte dei conti e che portò - temporaneamente - all'introduzione nel nostro ordinamento del controllo preventivo della medesima Corte su tali ordinanze, controllo che, sia pure per un breve tempo, consentì un vaglio su tali atti, finalizzato a mantenerli nell'ambito di quell'eccezionalità nella quale, secondo la visione di Giampaolino, dovevano essere confinati.

Una ancor più nitida visione dell'ordinamento e dei rapporti tra i diversi poteri che lo integrano si evidenziò nella stesura, cui Giampaolino partecipò attivamente,

della legge 11 febbraio 1994, n.109, c.d. Legge Merloni, con la quale il Legislatore intese intervenire per riordinare il settore degli appalti pubblici, dopo quella dolorosa pagina di storia, contrassegnata da gravi scandali, che fu catalogata sotto il nome di “Tangentopoli”.

Questo nuovo approccio, che molto deve alla visione ordinamentale di Giampaolino, nasceva dall’analisi della lezione che veniva dagli studiosi di diritto amministrativo (Pototsching, I pubblici servizi, Padova, 1964; Nigro, La funzione organizzativa della Pubblica Amministrazione, Milano, 1966; Allegretti, L’imparzialità amministrativa, Milano, 1965; Pastore, La burocrazia, Padova, 1967; Berti, La Pubblica Amministrazione come organizzazione; Padova, 1963; Bachelet, Principi giuridici dell’organizzazione amministrativa, Milano, 1965) che avevano saputo leggere talune clausole generali, di rango costituzionale - l’imparzialità, il buon andamento, la legalità - alla luce di esigenze molto avvertite anche nel campo sociale, immettendo una nuova linfa in vecchi organismi, chiamandoli così a nuova vita in ragione di un più retto, funzionale e moderno modo di essere e di agire della Pubblica Amministrazione.

Con la legge Merloni, proprio grazie anche all’intuizione di Giampaolino, si tentò di individuare il rimedio alla corruzione non nell’esercizio dell’azione penale ma in una riforma organizzativa e funzionale del settore, con l’obiettivo di ridare vigore e dignità, in questo ambito, all’amministrazione, considerata, per l’appunto, un ordinamento in sé concluso, ricostituendo quelle istanze e quelle misure che l’avrebbero resa capace di trovare al suo interno rimedi e sanzioni alle sue stesse disfunzioni.

Questo approccio caratterizzò il pensiero di Giampaolino anche con riferimento ad un tema che lo appassionò sempre e al quale dedicò gran parte delle sue riflessioni: la lotta alla corruzione o, meglio, come pure amava dire, alla “mal’amministrazione”, intesa come fenomeno di portata più ampia e più lesiva della prima, in quanto ricomprendente al proprio interno anche il fenomeno del c.d. malgoverno delle risorse finanziarie nell’ambito delle pubbliche amministrazioni.

Giampaolino individuava, quali ulteriori rimedi contro una simile emergenza, quelli che lui chiamava i cd. quattro pilastri: la trasparenza, la semplificazione, il controllo collaborativo, l’etica.

Sotto il primo profilo, Giampaolino riteneva che la trasparenza - da intendersi come “accessibilità totale” alle informazioni che riguardano l’organizzazione e l’attività delle PA - costituisse la strada maestra per favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche.

E se, da un lato, notava lucidamente come, nell’epoca di internet, il riferimento al “controllo diffuso” non poteva che chiamare in causa la possibilità dei cittadini e degli utenti dei servizi di controllare attraverso la “rete” le azioni delle pubbliche amministrazioni, dall’altro, non mancava di evidenziare come lo scopo di agevolare il controllo coinvolgesse direttamente ed inequivocamente le funzioni della Corte dei conti, il cui compito precipuo è proprio quello di vigilare sul perseguimento dei fini istituzionali e sul corretto utilizzo delle risorse da parte delle pubbliche amministrazioni.

Parimenti originale e svolto in una chiave sistemica era l’approccio di Giampaolino al tema della semplificazione la cui realizzazione, nella sua lettura, imponeva anche la soluzione del problema, a lungo denunciato, dell’iper-regolamentazione, cui imputava l’irrigidimento e l’eccessiva burocratizzazione dell’ordinamento, esiziale soprattutto in quei settori - quale in particolare quello dei contratti pubblici - caratterizzati, invece, da un mercato dinamico che richiedeva (e richiederebbe ancora) strumenti normativi snelli e di agevole applicabilità. Un aspetto del medesimo tema, ad avviso di Giampaolino era quello della invasività giudiziaria, con la ricorrente tentazione della sostituzione del giudice all’amministrazione.

Più complesso era l'approccio utilizzato da Giampaolino per esaminare la terza misura che lui proponeva al fine di contrastare la corruzione e, cioè, i controlli, in quanto una simile riflessione gli imponeva necessariamente una ancor più profonda analisi del ruolo e della funzione della stessa Corte dei conti.

Nel suo pensiero, si trattava di una funzione coesistente della democraticità dell'intero ordinamento: garanzia che le amministrazioni svolgano con competenza ed efficienza le "missioni" loro affidate dal Parlamento e dalle Assemblee regionali; che le risorse – specie se scarse – vengano impiegate nella maniera più efficiente ed economica; che le amministrazioni siano avvertite di eventuali devianze dalle regole ad esse imposte dalla politica economica e finanziaria generale; che la gestione delle amministrazioni si svolga nel rispetto dei parametri normativi e finanziari dettati all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea; che, infine, le amministrazioni operino con strutture e procedimenti che spostino a favore dei cittadini il rapporto fra spesa strumentale (quella per il mantenimento degli apparati) e spesa finale (quella per i servizi e le prestazioni al pubblico).

In questa visione ordinamentale, Giampaolino ebbe l'indubbio merito di cogliere la posizione strategica della Corte dei conti all'interno del disegno ordinamentale nazionale ed europeo, ancorandola saldamente, da un lato, al processo di riforma della *governance* economica europea (quel complesso di regole, cioè, che ha preso le mosse dal Trattato di Lisbona nell'ormai lontano 13 dicembre 2007) e, dall'altro, al federalismo fiscale introdotto a seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione.

Lucidamente, Giampaolino collocò la Corte all'interno del nuovo assetto ordinamentale, caratterizzato dal *continuum* Unione europea - Stato - Autonomie territoriali, come istituzione che tutte le attraversa e che attua la funzione di garanzia del corretto uso delle risorse pubbliche (ivi comprese quelle di provenienza comunitaria), con riferimento non solo allo Stato-apparato ma, nel nuovo quadro costituzionale, anche allo Stato-comunità: un'interlocuzione, dunque, rivolta all'amministrazione come all'intera collettività nazionale e, per essa, al Parlamento e alle Assemblee legislative regionali, in modo da accentuare la sua gravitazione ausiliare, specie nei confronti delle assemblee rappresentative di tutte le istituzioni che "costituiscono" la Repubblica: Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato (art. 114 Cost.).

In questo disegno, Giampaolino assegnava un posto preciso anche alla funzione giurisdizionale della Corte, considerata quale momento di chiusura del sistema, di cui evidenziava la forza evolutiva connessa all'espansione dell'intervento pubblico nell'economia che aveva configurato sempre più la responsabilità amministrativa come istituto di garanzia di valori costituzionalmente tutelati (artt. 81, 97, 119 Cost.) e dalla Corte stessa sempre più avvertiti.

Figlia di questa sua visione ordinamentale e delle profonde riflessioni sull'azione dell'amministrazione e sulla missione della Corte è la normativa introdotta con il decreto legislativo 10 ottobre 2012, n. 174, che ha rappresentato un momento di cambiamento notevole nella pur lunga storia della Corte dei conti.

All'origine della nuova normativa ci fu la riflessione di Giampaolino, all'epoca Presidente della Corte dei conti, sulla necessità che – nel sistema conseguente alla riforma del Titolo V della Costituzione - il controllo sulla legittimità e regolarità delle gestioni degli enti locali non potesse che essere affidato alla Corte dei conti, in quanto magistratura - e, dunque, estranea rispetto al Governo centrale – costituzionalmente competente nelle materie di contabilità pubblica.

Il decreto comportò un rafforzamento della partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria delle Regioni, con l'introduzione in particolare del giudizio di parifica sul rendiconto generale della Regione e di un referto sulle leggi di spesa regionali nonché con l'estensione alle Regioni dei controlli di regolarità finan-

ziaria e contabile sperimentati negli Enti locali; un rafforzamento dei controlli nelle Province e nei Comuni, con la verifica della legittimità e regolarità delle loro gestioni e del funzionamento dei controlli interni, e con un'articolata "proceduralizzazione" delle misure volte a conseguire e preservare il riequilibrio finanziario pluriennale (il c.d. predissesto) in caso di squilibri strutturali di bilancio tali da provocare il dissesto dell'ente locale (evento che era da considerarsi, nella visione di Giampaolino, assolutamente eccezionale, dovendo l'azione della Corte mirare soprattutto a guidare l'ente lungo un percorso di risanamento); una configurazione ed una puntualizzazione del ruolo della Corte nell'analisi, nell'accertamento e nella razionalizzazione della spesa pubblica degli Enti locali.

Assolutamente innovativa e piena di conseguenze - forse non ancora del tutto esplorate - fu l'intuizione di collegare la funzione di controllo con quella giurisdizionale, prevedendo la possibilità di ricorrere avverso le delibere emanate dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in tema di piani di riequilibrio finanziario innanzi ad un nuovo organo, creato *ad hoc*, le Sezioni riunite in speciale composizione, costituito da magistrati adibiti alle due funzioni.

Ma nessuna di queste intuizioni avrebbe avuto le felici ricadute che sono state esposte se, a renderle vive e feconde, non ci fosse stata la forte tensione etica che animava tutta la riflessione di Giampaolino.

In più occasioni Giampaolino ricordava, infatti, la necessità di *"spendere un impegno anche personale per dare un maggiore senso civico a tutta la classe dirigente e una migliore diffusione di comportamenti virtuosi, rispettosi delle norme e improntati alla massima considerazione del bene comune ... (affinché i pubblici dipendenti) si identifichino con l'Ufficio, realizzando quella immedesimazione organica che costituisce, nella sua concreta realizzazione, il primo valido congegno per un buon funzionamento della macchina amministrativa... E a ciò si deve raggiungere, come suggeriscono l'OCSE e le istituzioni europee, la corretta, anzi sempre più meritocratica, provvista del personale da parte delle Pubbliche Amministrazioni ed, in particolare, dei suoi dirigenti."*

L'impegno per una selezione sempre più meritocratica dei pubblici dipendenti assumeva, per Giampaolino, un rilievo particolare che non si fermava alla mera attuazione dell'articolo 54, comma 2, della Costituzione ma assumeva la funzione di prima forma di lotta e prevenzione contro la corruzione; in tal senso, amava ripetere una frase di Amendola (Amendola, "Una scelta di vita"): *"Il valore degli esami è essenzialmente morale"*.

Per tutti quelli che hanno avuto la fortuna di conoscerlo e di lavorarci insieme, il ricordo di Luigi Giampaolino sarà arricchito dai tanti ulteriori particolari che è quasi impossibile rendere in un testo scritto: la sua forte e vivacissima personalità, la sua vasta cultura - non solo giuridica ma artistica, musicale, letteraria - la sua carica di umanità e generosità, l'acutezza delle sue battute, capaci di dipingere un intero mondo o una singola persona con poche e misuratissime parole.

Ma, senza dubbio, le virtù che lo hanno reso degno di far parte, insieme a Giovanni Giolitti, Costantino Mortati, Ferdinando Carbone e Francesco Staderini, del Pantheon della Corte dei conti sono quelle che lui attribuiva alla sua amata Corte: "colta, serena, integerrima".

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Codice dei contratti pubblici e verifica preventiva dell'interesse archeologico (*Vpia*)*

SOMMARIO: 1. La verifica preventiva dell'interesse archeologico (*Vpia*): un'introduzione. 2. La genesi dell'istituto. 3. La *Vpia* nel codice dei contratti pubblici del 2023. 4. *Vpia* e PNRR tra archeologia preventiva ed accelerazione investimenti.

DI GAETANO ARMAO

ABSTRACT: La verifica preventiva dell'interesse archeologico (*Vpia*) ha assunto un rilievo crescente nella disciplina dei beni culturali e dei contratti pubblici. Il codice dei contratti pubblici del 2023 recepisce il percorso sinora svolto dalla legislazione offrendo nuove e più flessibili forme di regolazione. Al contempo, si assiste all'introduzione di talune deroghe introdotte nell'ambito della speciale disciplina degli investimenti connessi al PNRR. Emerge un tessuto regolativo articolato ed in fieri, nel quale, tuttavia, assume una nitida configurazione la rilevanza dell'interesse archeologico nella realizzazione di lavori pubblici.

ABSTRACT: *The preventive verification of archaeological interest (Vpia) in the Italian legal system has become increasingly important in the regulation of cultural heritage and public contracts. The 2023 Public Contracts Code incorporates the path taken so far by legislation by offering new and more flexible forms of regulation. At the same time, certain derogations introduced under the special rules on investments related to PNRR have been introduced. An articulated and in fieri regulatory fabric emerges, in which, however, the importance of archaeological interest in the realization of public works takes on a clear configuration.*

1. La verifica preventiva dell'interesse archeologico (*Vpia*): un'introduzione.

Per una Nazione che annovera circa trecento tra parchi ed aree archeologiche e che non ha certo terminato di rinvenire e censire siti caratterizzati dalla presenza di resti di natura fossile o di manufatti o strutture preistoriche o di età antica - che costituiscono rilevanti infrastrutture culturali e fattori di crescita per i territori - la quale, al contempo, ha anche un grave ritardo negli investimenti in opere pubbliche, era essenziale dotarsi di una compiuta disciplina che compendiasse tutela e valorizzazione del patrimonio archeologico e tempestività nella realizzazione di infrastrutture e lavori pubblici. Come osservato in altra analisi⁽¹⁾, tale tendenza si iscrive in quella più ampia di crescente ricucitura della trama di diverse discipline pubblicistiche, in termini più

* Questo scritto è dedicato alla memoria dell'Avv. Pippo Castronovo, recentemente scomparso, primo Presidente della Sezione italiana dell'Agenzia Internazionale per la Prevenzione della Cecità, giurista siciliano appassionato ed impegnato nella difesa dei diritti dei ciechi e degli ipovedenti a livello regionale e nazionale, promotore della stampa Braille della Sicilia e del polo tattile multimediale.

1 Per più articolate considerazioni in merito sia consentito rinviare al mio contributo *Il Governo del territorio tra archeologia pubblica e preventiva*, in *ambienteditto.it*, 2-2023.

complessi rispetto alle vicende ordinarie di tutela, valorizzazione e promozione di un bene o un'area archeologica.

La verifica preventiva dell'interesse archeologico (*Vpia*, già *ViArch*) è divenuta, progressivamente, oggetto di una disciplina sempre più dettagliata, da ultimo con il codice dei contratti pubblici, come noto, approvato con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36⁽²⁾.

La definizione di tale istituto si rinviene all'art. 1 del d.p.c.m. 14 febbraio 2022⁽³⁾, alla stregua del quale la verifica preventiva dell'interesse archeologico è volta a valutare l'impatto della realizzazione di un'opera pubblica o di interesse pubblico rispetto alle esigenze di tutela del patrimonio archeologico “*riorientandone eventualmente le scelte progettuali ed esecutive*”.

Il regime della verifica preventiva dell'interesse archeologico, per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico, siccome introdotta dall'art. 28, quarto comma, del codice dei beni culturali e del paesaggio (decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e s.m.i.)⁽⁴⁾, rientra nel più ampio contesto della c.d. *archeologia preventiva* o *predittiva*⁽⁵⁾, che adesso, a norma dell'art. 41, quarto comma del codice dei contratti, si “*svolge con le modalità procedurali di cui all'allegato I.8*”, che sostanzialmente recepi-

2 Sono molteplici i commentari già pubblicati in materia, si tratta di studi di diversa prospettiva, alcuni di semplice commento alla normativa codicistica, altri di ricostruzione dottrinale. Si richiamano i principali: L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Milano, 2023; R. BERLOCO, U. REALFONZO, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Palermo, 2023; M. CORRADINO, L. IANNOTTA, A.L. RUM, *La Riforma dei Contratti pubblici*, Milano, 2023; R. GIOVAGNOLI (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023; A. NAPOLEONE, F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *I Nuovi Contratti Pubblici*, Roma, 2023; P. COSMAI, A. BUONANNO, *La riforma del codice degli appalti*, Milano, 2023; B. BRUNO, M. MARIANI, E. TOMA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*. Commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Torino, 2023; C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici*, Napoli, 2023; A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2023; F. DALL'ACQUA, A. MEOLA, A. S. PURCARO (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Pisa 2023; S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Principi e regole in cerca di ordine*, Roma, 2023; F. ELEFANTE (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2023; AA.VV., *Un primo sguardo sulla recente riforma dei contratti pubblici*, Messina, 2023; A. LUBERTI, *La (ri)codificazione dei contratti pubblici*, in questa Rivista, 1-2023, 23 e ss.

Con particolare riferimento ai principi declinati dal Codice v. per tutti AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023 con introduzione di F.G. SCOCA e G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale dir. amm.*, 3/2023, 287 e ss.

3 Recante “*Approvazione delle linee guida per la procedura di verifica dell'interesse archeologico e individuazione di procedimenti semplificati*”, la disciplina di dettaglio della procedura è stata dettata vigente ancora il precedente codice del 2016 (d.lgs. n.50), come precisa lo stesso documento le linee guida sono finalizzate “*ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di verifica dell'interesse archeologico, individuando termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera*”.

4 Sull'evoluzione della disciplina in materia di *Vpia*: L. MALNATI, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico*, in Aedon, 3-2005; A. ROCCELLA, *sub Art. 28*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 169 e ss.; P. CARPENTIERI, *Le garanzie e la verifica della progettazione. La verifica preventiva dell'interesse archeologico*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008, III, 2369 ss.; A.L. TARASCO, *Misure cautelari e preventive (Sub art. 28)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2011, 302 ss. spec. 306 ss.; A. SAU, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, in Aedon, 1-2017; A. ROCCELLA, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico nella normativa vigente*, in Riv. trim. app., 2019, 790 e ss.; C. VIDETTA, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico: inquadramento giuridico*, in *AR&T*, 2-3, 2020, 26 e ss. (<http://art.siat.torino.it>). Appare opportuno ricordare che il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, conv. con mod. dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, recante: “*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*”, ha introdotto un regime speciale temporaneo per la verifica preventiva dell'interesse archeologico delle aree prescelte per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico stabilendo che “*fino al 31 dicembre 2020, possono essere oggetto di riserva anche gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 25 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell'accordo bonario di cui all'articolo 205 del medesimo decreto legislativo*” (art. 1, decimo comma).

5 Il tema dell'archeologia preventiva è ormai sviluppato sul piano delle realizzazioni, si pensi in Sicilia all'esecuzione della tratta “*Fiumetorto*” (Termini Imerese) e *Cefalù Ogliastrillo*, sulla linea *Palermo-Messina*, nei pressi dell'antica Città di Himera, sul quale v. F. PALAZZO, I. MAGGIOROTTI, A. IACONO, F. FRANDI, P. BARBINA, *Archeologia preventiva: il caso di Himera nella realizzazione del raddoppio della linea Messina-Palermo*, in *AR&T*, 12/2020, 68 e ss.; F. SPATAFORA, *Himera. Un'occasione di ricerca*, in AA.VV., *Himera: archeologia e nuove linee ferroviarie, un esempio di pianificazione e programmazione nel rispetto del territorio antico*, in Argomenti. Riv. Quad. F.S. S.p.A., 7-2010, 134-135.

scono il previgente regime.

Ci troviamo di fronte ad una fattispecie di rinvio ad allegato da parte delle norme codicistiche che attiene, tuttavia, a materia (la tutela e la valorizzazione dei beni culturali) che risulta di preminente competenza regionale.

L'intento di svolgere alcune riflessioni introduttive su tale istituto non ne consente una disamina approfondita, ma è di tutta evidenza l'obiettivo perseguito dal legislatore di introdurre il principio del c.d. “*developer pays*” e limitare i casi di c.d. “*sorpresa archeologica*” nell'esecuzione dei lavori pubblici al fine di preservare il patrimonio archeologico da distruzioni ed alterazioni e, nel contempo, di scongiurare, dopo la scoperta “*in corso d'opera*”, sospensione dei lavori, onerose varianti e, sovente, anche contenziosi che dilatano i tempi di realizzazione, incrementano i costi ed aggravano le esigenze di copertura finanziaria⁽⁶⁾.

2. La genesi dell'istituto.

Le misure di archeologia preventiva, come noto, vanno ricondotte alle previsioni della “*Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico*”, c.d. Convenzione de La Valletta, del 16 gennaio 1992⁽⁷⁾, ratificata soltanto dopo ventitré anni con la l. 29 aprile 2015, n. 57, offrendo un quadro di riferimento che, nel linguaggio tecnico degli archeologi, è definito della “*post-Malta archaeology*”⁽⁸⁾.

La Convenzione, all'art. 6, impegna gli Stati aderenti ad assicurare il finanziamento pubblico della ricerca archeologica e ad accrescere le misure destinate all'archeologia preventiva adottando disposizioni utili affinché, in caso di lavori pubblici o privati di

6 In tema di appalti pubblici e “*sorpresa archeologica*”, si vedano, tra le altre, Corte di Cassazione, sez. I, 17 febbraio 2014, Ord. n. 3670/2014, secondo la quale: “*la forza maggiore idonea a determinare la sospensione dell'esecuzione dei lavori ai sensi dell'art. 30, primo comma, del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 è integrata dal mero collegamento con l'area di cantiere della cosiddetta “sorpresa archeologica”, tanto se essa venga ad emergere totalmente o parzialmente dal cantiere stesso, quanto se la sua emersione sia configurata come possibile dal provvedimento del competente organo della P.A. che imponga un'attività di indagine, essendo sufficiente, a tal fine, la probabile reperibilità del reperto e, cioè, che sia accertata la sussistenza di un quadro che renda ineludibile far precedere il normale corso dell'esecuzione dell'appalto da un'attività di “esplorazione” archeologica*”, ne discende che “*la sospensione disposta dalla stazione appaltante, non avendo natura discrezionale per ragioni di interesse pubblico, non consente all'appaltatore di richiedere, ai sensi dell'art. 30, comma 2, del medesimo d.P.R., lo scioglimento del contratto ove la stessa superi i termini ivi stabiliti e, in caso di rifiuto da parte del committente, di ottenere l'indennizzo dei maggiori oneri sopportati*”, così Corte di Cassazione, I, 5 febbraio 2016, n. 2316 e, da ultimo, Tribunale di Roma, Sez. XVI-Impr., 3 gennaio 2022, n. 16. Le pronunce del 2014 e del 2016 sono annotate da I. PAGANI, *Sorpresa archeologica e sospensione dei lavori per causa di forza maggiore*, in Urb. e app., 2014, 5, 520 e ss. e Id., *Sospensione per sorpresa archeologica e iscrizione di riserva per illegittimità sopravvenuta*, ivi, 2016, 4, 406 e ss.

7 Consultabile in <https://rm.coe.int/168007bd45>. La Convenzione firmata nel 1992 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, è stata sottoscritta da quarantasei Paesi, dei quali quarantadue hanno proceduto alla ratifica, ed ha quale obiettivo quello di proteggere il patrimonio archeologico “*in quanto fonte della memoria collettiva europea e strumento di studio storico e scientifico*”. La Convenzione della Valletta è stata elaborata partendo dal convincimento che fossero stati raggiunti in gran parte gli obiettivi delle disposizioni della precedente Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico, stipulata a Londra il 6 maggio 1969 (e ratificata dall'Italia con la legge 12 aprile 1973, n. 202), ma anche dall'avvertita necessità di rafforzare la conservazione e la valorizzazione del patrimonio archeologico proprio nelle politiche urbane e di pianificazione, fornendo la nozione di bene archeologico ed individuando gli obblighi che gravano sugli Stati in materia di protezione del patrimonio archeologico. Tra le finalità della Convenzione vi è quella di garantire l'integrazione tra la pianificazione e la gestione territoriale e l'introduzione di un principio analogo a quello di matrice ambientale (*polluter pays*) alla stregua del quale gli oneri della tutela sono a carico dei soggetti che attraverso lavori di trasformazione territoriale rendono necessaria l'attivazione della tutela medesima, recependo i principi della c.d. “*compliance driven archaeology*” e “*development funded archaeology*”. Sulla Convenzione de La Valletta cfr., tra gli altri, P. J. O'KEEFE, *The European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage*, in *Antiquity*, 1993, 406 ss.; G. TROTZIG, *The New European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage*, ivi, 414-415; P. FLORJANOWICZ (ed.), *When Valletta meets Faro. The reality of European Archaeology in the 21st century*, Budapest, 2016; A. ROCCELLA, *Ladesione dell'Italia alla Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico*, in S. LUSUARDI SIENA, C. PERASSI, F. SACCHI, M. SANNAZARO (a cura di), *Archeologia classica e post-classica tra Italia e Mediterraneo: scritti in ricordo di Maria Pia Rossignani*, Milano, 2016, 561 e ss.

8 Cfr. M. P. GUERMANDI, K. S. ROSSENBACH (eds.), *Twenty years after Malta: preventive archaeology in Europe and in Italy*, Bologna, 2013.

rilievo, siano stanziare risorse finanziarie di matrice pubblica o privata, che coprano la totalità dei costi delle operazioni archeologiche necessarie connesse ai lavori che debbono prevedere gli studi e le ricerche archeologiche preliminari, i documenti scientifici di sintesi, nonché le comunicazioni e le pubblicazioni integrali delle scoperte⁹.

Come ricordato, già l'art. 28 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, poi completato, nel solco di precedenti norme in materia di appalti¹⁰, dall'art. 25 del d.lgs. 18 n. 50/2016 e s.m.i. (*Codice dei contratti pubblici*), avevano definito una disciplina¹¹ che consentiva di valutare l'impatto della realizzazione di un'opera pubblica o di interesse pubblico rispetto alle esigenze di tutela del patrimonio archeologico, con la possibilità di incidere sulle scelte progettuali ed esecutive sino all'eventuale "riorientamento" al fine di compendiare la realizzazione dall'infrastruttura e la tutela del sito o dei beni archeologici¹².

Soluzione che, peraltro, ha recentemente trovato riscontro estensivo nella legislazione regionale siciliana che ha inteso rafforzare le interrelazioni tra archeologia pre-

9 Il riferimento all'*archeologia preventiva* della Convenzione è alle Raccomandazioni dell'UNESCO sulla Conservazione del patrimonio culturale minacciato da lavori pubblici o privati (19 novembre 1968), del Consiglio d'Europa n. R(89)5 e della Carta ICOMOS e grava sui soggetti che realizzano rilevanti lavori pubblici o privati, gli oneri, le prospezioni archeologiche e la responsabilità di preservare gli eventuali rinvenimenti, nel presupposto che gli oneri della tutela non gravino sul pubblico laddove essi derivino da attività svolte a beneficio di interessi privati.

10 La norma ha riformulato, con alcune significative modifiche, la procedura di "Verifica preventiva dell'Interesse Archeologico" (VIArch), contenuta agli artt. 95 e 96 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m.i. Si trattava di una previsione che ha ulteriormente inverteo gli indirizzi della Convenzione di Valletta per quanto concerne la realizzazione dei lavori pubblici, mentre, nel caso di lavori privati, condizioni simili possono essere applicate qualora gli enti locali abbiano così disposto tramite i loro piani urbanistici e territoriali. A compendio della compiuta normativa sull'archeologia preventiva è sopravvenuta una più articolata disciplina attuativa attraverso le previsioni del codice dei contratti pubblici su tale peculiare disciplina, a compendio della quale era intervenuta la Circolare del MIBAC n. 1 del 2016 recante: "Disciplina del procedimento di cui all'art. 28, comma 4, del D.lgs. n. 42/2004, ed agli articoli 95 e 96 del D.lgs. n. 163/2006, per la verifica preventiva dell'interesse archeologico", v. per tutti L. PERFETTI, *sub artt. 95 e 96*, in Id. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, 1269 ss.

11 La normativa è stata introdotta in Italia con gli artt. 2 ter e 2 quater della legge n. 109 del 2005, "Disposizioni urgenti per lo sviluppo e la coesione territoriale, nonché per la tutela del diritto d'autore, e altre misure urgenti" (in sede di conversione del decreto legge 26 aprile 2005, n. 63 e poi successivamente inserita nel d.lgs. n. 163/2006, "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"), agli artt. 95-96, e successivamente confluita nel d.lgs. n. 50/2016 all'art. 25 come "Verifica preventiva dell'interesse archeologico". Giusta il d.p.r. 12 settembre 2016, n. 194, nell'ipotesi di un prolungamento eccessivo del procedimento relativo a opere "di rilevante impatto sul territorio", ovvero di "infrastrutture e insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese", si è previsto che la stazione appaltante possa accedere alla procedura di c.d. *fast track* al fine di conseguire un accorciamento dei tempi ed attivare il potere sostitutivo del Presidente del Consiglio dei ministri, prevedendosi, inoltre, che la stazione appaltante vi ricorra anche nel caso in cui non siano stati rispettati i termini dell'accordo di collaborazione e coordinamento che stazione appaltante e Soprintendenza possono stipulare entro trenta giorni dall'avvio della fase esecutiva ai sensi dell'art. 26, comma 14g, con l'obiettivo precipuo di attenuare la complessità del procedimento di verifica preventiva, riducendone fasi e contenuti e contingentandone i tempi.

Per quanto concerne la Regione Siciliana giova richiamare il parere reso all'Ufficio legislativo e legale-Presidenza della Regione che interpellato dall'Assessorato ai lavori pubblici (oggi che infrastrutture) si è pronunciato per la diretta applicazione dell'istituto della verifica preventiva nel presupposto che la Regione, sebbene titolare di competenza legislativa esclusiva in materia di beni culturali, non ha mai emanato una propria disciplina organica sostanziale sulla materia o su taluni aspetti di essa, sicché ha ritenuto trovi "applicazione di pieno diritto" anche in ambito regionale la disciplina di fonte statale, alla quale va riconosciuta efficacia suppletiva, nel senso che può operare in ambito regionale se e fino a quando la Regione non abbia predisposto una propria disciplina" e ciò in "conseguenza del vuoto normativo lasciato dal legislatore regionale" e "sino a quando la competenza regionale esclusiva non verrà in concreto esercitata" (Par. n. 325.11.2006, "Beni culturali-Verifica preventiva dell'interesse archeologico, art. 95 e 96, D.Lgs. n.163/2006, Applicazione in Sicilia."), in *gurs.regione.sicilia.it*.

12 In particolare, tra le diverse forme di tutela, la norma prevede, al comma 4, che: "in caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico, anche quando per esse non siano intervenute la verifica di cui all'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 13, il soprintendente può richiedere l'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese del committente". Comma modificato dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, sostituendo l'espressione originale "opere pubbliche" con quella di "lavori pubblici" di portata più estesa e potendo così annoverare: "attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere" (art. 3, c. 1, lett. nm), d.lgs. n. 50/2016). Questa estensione anticipatoria esprime per la dottrina il concetto di un interesse di carattere "presuntivo o indiziario", in tal senso G. SCIULLO, *Tutela*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 156.

ventiva e pianificazione territoriale⁽¹³⁾.

Il ricordato art. 25 del d.lgs. n. 50/2016, ormai abrogato⁽¹⁴⁾, ha offerto un corpo normativo per una disciplina complessa ed articolata, attraverso la fluidificazione del circuito informativo tra stazioni appaltanti e Soprintendenze, volta a consentire una compiuta valutazione della sussistenza dell'interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione, con finalità per certi versi predittive, ai fini dell'avvio del procedimento vero e proprio di verifica preventiva⁽¹⁵⁾ e ad accertare, prima di iniziare i lavori, la sussistenza di giacimenti archeologici ancora conservati nel sottosuolo ed evitarne così la distruzione⁽¹⁶⁾.

La verifica preventiva dell'interesse archeologico è così inserita nell'ambito della progettazione di fattibilità tecnica ed economica, rendendola applicabile a tutti i progetti assoggettati a VIA, con la conseguenza che tutte le *“opere a iniziativa privata di pubblica utilità assoggettabili a VIA risultano automaticamente assoggettate alla procedura di Vpia”*⁽¹⁷⁾.

3. La Vpia nel codice dei contratti pubblici del 2023.

La legge 21 giugno 2022, n. 78, come noto, ha conferito al Governo la delega in materia di contratti pubblici, senza particolari riferimenti alla verifica preventiva di interesse archeologico⁽¹⁸⁾ e l'esecutivo ha affidato al Consiglio di Stato il compito di elaborare uno schema dettagliato del codice dei contratti pubblici⁽¹⁹⁾, che è stato poi emanato con il d.lgs. n. 36/2023.

Il codice dei contratti pubblici approvato offre, ancora una volta, specifica disciplina sulla verifica preventiva di interesse archeologico ricollegandoli espressamente non solo alla ricordata norma del Codice dei beni culturali, ma espressamente anche alla citata Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico, ratificata dall'Italia nel 2015.

13 Giusta l'art. 26, primo comma, della legge regionale 13 agosto 2020, n. 19 e s.m.i., che detta nuove norme per il governo del territorio, si prevede che per la redazione del *Piano urbanistico generale comunale* siano obbligatori e propedeutici, oltre agli studi agricolo-forestale e geologico e demografico e socio-economico, anche uno *“studio archeologico, redatto dalla competente Soprintendenza per i beni culturali e ambientali e presentato entro sessanta giorni dalla richiesta da parte del comune”*.

In merito sia consentito richiamare il contributo *Il Governo del territorio tra archeologia pubblica e preventiva*, in *ambienteditto.it*, 2-2023.

14 A norma dell'art. 226, primo comma, del codice dei contratti pubblici.

15 E conseguentemente di prevedere eventuali variazioni progettuali, in attuazione del disposto dell'art. 20 del D.Lgs. 42/2004 e ss.mm.ii.: *“I beni culturali non possono essere distrutti, deteriorati, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione”*. La procedura, con opportune misure di flessibilità, gradualità ed interlocuzione, si componeva, ma si tratta di struttura sostanzialmente recepita, come si avrà modo di verificare, nel nuovo Codice dei contratti pubblici di una fase necessaria volta alla verifica della sussistenza dell'interesse archeologico delle aree sulle quali è allocato l'intervento infrastrutturale o il lavoro pubblico, ed una eventuale che seguisse alla declaratoria di tale interesse con la conseguenti varianti progettuali e d'opera.

16 Come ricordato col d.p.c.m. 14 febbraio 2022, in attuazione del richiamato art. 25, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, sono state approvate le linee guida per la procedura di verifica dell'interesse archeologico, con l'obiettivo di snellire, semplificare ed accelerare le modalità procedurali e operative che assicurino il coordinamento tra le attività di progettazione delle opere pubbliche o di interesse pubblico e le attività di verifica preventiva della sussistenza dell'interesse archeologico negli ambiti territoriali e nelle aree prescelte per la localizzazione delle opere nel rispetto della tutela del patrimonio archeologico. Ulteriore obiettivo del provvedimento del 2022 e l'individuazione dei procedimenti semplificati, con termini certi, che garantissero la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera garantendo, al contempo, il contenimento dei costi e dei tempi di realizzazione delle opere, deflazionando un contenzioso giudiziale altrimenti paralizzante.

17 Si veda, recentemente, la Circolare del Ministero della cultura del 22 dicembre 2022, n. 53.

18 Tra i primi commenti alla disciplina di riforma si vedano M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista*, dicembre 2022; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, ivi, 2 cit.; L. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio, in Urb. e appalti*, 1-2023, 5 e ss. e ID., *L'avvio di un dibattito sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, ivi, 2-2023, 145 e ss.

19 Si veda al riguardo la relazione agli articoli ed agli allegati, che precede lo Schema definitivo di codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della l. n. 78/2022, trasmesso dal Consiglio di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri il 7 dicembre 2022, poi rielaborato prima della trasmissione conclusiva all'esecutivo.

In particolare, all'art. 41, quarto comma, del codice si prevede che tale verifica venga svolta con le modalità procedurali di cui all'allegato I.8, con un peculiare intervento regolativo articolato in tre tempi: un primo, quello delineato dallo stesso allegato al codice, un secondo, contenente semplificazioni e fluidificazioni da emanare con d.p.c.m. entro il 31 dicembre 2023⁽²⁰⁾, ed un terzo, a regime, lasciato alla competenza regolamentare del Governo, tale regolamento sostituirà l'allegato stesso⁽²¹⁾.

Va segnalato che la richiamata disposizione del codice attribuisce alle Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano la possibilità di dotarsi di una disciplina specifica della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico per le opere di loro competenza sulla base di quanto disposto dal predetto allegato. Si tratta di uno dei pochi riferimenti in tal senso presenti nel codice, a differenza dei precedenti testi del d.lgs. n. 163/2006 e del d.lgs. n. 50/2016 che espressamente prevedevano una disciplina delle competenze regionali in materia e sulla scorta delle quali si è svolto l'esercizio della potestà legislativa delle Regioni⁽²²⁾.

Non risulta, tuttavia, che i legislatori regionali intervenuti in materia di contratti pubblici siano intervenuti in merito. Non può, quindi, revocarsi in dubbio la singolare circostanza che il legislatore regionale, proprio laddove ne viene indicata la specifica competenza regolatoria, abbia ritenuto di declinarla, sebbene non può non auspicarsi, anche in ragione della peculiare potestà legislativa in materia di beni culturali di alcune tra queste come la Regione Siciliana, che tale lacuna venga colmata al più presto⁽²³⁾.

Tornando a trattare della disciplina della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico, va ricordato che per le opere sottoposte all'applicazione delle disposizioni della normativa di riforma dei contratti pubblici del 2023⁽²⁴⁾ si prevede che: *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti trasmettono al soprintendente territorialmente competente, prima dell'approvazione, copia del progetto di fattibilità dell'intervento o di uno stralcio di esso sufficiente ai fini archeologici”* con gli indicati allegati tecnici.

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti si avvalgono, a tal uopo, dei dipartimenti archeologici delle Università e di qualificati professionisti iscritti in apposito elenco tenuto dal Ministro della cultura che ne disciplina con decreto del Ministro la formazione⁽²⁵⁾ e debbono farsi carico dei costi della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico, degli adempimenti tecnici ed indagini volti a perlustrare

20 Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, è previsto venga emanato su proposta del Ministro della cultura, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, per l'adozione delle linee guida *“finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di cui al presente articolo. Con il medesimo decreto sono individuati procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera”*.

21 L'allegato, in sede di prima applicazione del codice, regola la fattispecie sino alla data di entrata in vigore di un *“corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della cultura, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”*. Si tratta di un meccanismo regolativo che determina la delegificazione della fattispecie, conclusione che non risulta irrilevante ai fini dell'impatto sugli ordinamenti regionali che hanno potestà legislativa primaria in materia.

22 Sia consentito in merito richiamare, anche per i riferimenti in dottrina, al mio contributo *Autonomie territoriali speciali e contratti pubblici*, in AA.VV., *Un primo sguardo sulla recente riforma dei contratti pubblici*, cit., 84 e ss. al quale si rinvia per più ampi riferimenti sulla legislazione regionale, anche successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, nonché alla dottrina ed alla giurisprudenza costituzionale in materia.

23 La Regione Siciliana con la recente legge 12 ottobre 2023, n. 12, ha recepito il codice dei contratti pubblici del 2023, per un primo commento alla quale ci si permette di rinviare al contributo *L'applicazione del Codice dei contratti pubblici del 2023 nell'ordinamento della Regione Siciliana (l.r. n.12 del 2023)*, in *Codice dei contratti pubblici della Regione Siciliana*, Palermo, 2023, 23 e ss.

24 La trasmissione della documentazione suindicata non è richiesta per gli interventi che non comportino nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti.

25 Nelle more resta, secondo la richiamata disciplina contenuta nell'allegato, valido l'elenco degli istituti archeologici universitari e dei soggetti in possesso della necessaria qualificazione esistente e continuano ad applicarsi i criteri per la sua tenuta adottati con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali 20 marzo 2009, n. 60.

l'eventuale esistenza di emergenze archeologiche⁽²⁶⁾.

Sulla base di un sommario esame del progetto di fattibilità la Soprintendenza, laddove ravvisi “*l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione*”, provvede a richiedere, entro il perentorio termine di trenta giorni (*sessanta per i progetti di grandi opere infrastrutturali o a rete*)⁽²⁷⁾, l'assoggettamento o meno dell'intervento alla procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico, comunicando gli esiti della verifica di assoggettabilità in sede di conferenza di servizi anche nell'ipotesi in cui si ravvisi un rischio archeologico basso, molto basso o addirittura nullo⁽²⁸⁾. Il perfezionamento della comunicazione alla conferenza di servizi dell'esito della verifica di assoggettabilità consente di definirne gli adempimenti per quanto attiene ai profili archeologici, salve ed impregiudicate le valutazioni nel caso in cui detta verifica sia attivata.

Con riguardo ai tempi di definizione procedurale si prevede che la Soprintendenza debba concludere il procedimento di verifica con la produzione della verifica archeologica definitiva che detta le eventuali prescrizioni sugli interventi conseguenti, entro il termine perentorio di novanta giorni dalla richiesta con la redazione della relazione approvata dal soprintendente di settore territorialmente competente. Tale verifica deve contenere la descrizione analitica delle indagini eseguite, con i relativi esiti e le conseguenti prescrizioni.

La valutazione della Soprintendenza, come nella precedente disciplina, può, in relazione alle consistenze rilevate: constatare l'insussistenza dell'interesse archeologico nell'area interessata dai lavori, richiedere misure necessarie ad assicurare la conoscenza, la conservazione e la protezione dei rinvenimenti archeologicamente rilevanti, salve le misure di tutela eventualmente da adottare relativamente a singoli rinvenimenti o al loro contesto.

Infine, nel caso di sussistenza di complessi la cui conservazione “*non può essere altrimenti assicurata che in forma contestualizzata mediante l'integrale mantenimento in situ*”, il provvedimento detta prescrizioni per l'assoggettamento a tutela dell'area interessata dai rinvenimenti con conseguente avvio del procedimento di dichiarazione di cui agli artt. 12 e 13 del codice dei beni culturali e del paesaggio⁽²⁹⁾.

4. *Vpia* e PNRR tra archeologia preventiva ed accelerazione investimenti.

A compendio della breve illustrazione svolta occorre ricordare, in quanto tale disciplina interseca quella sinteticamente richiamata sulla verifica preventiva dell'interesse archeologico, che giusta l'art. 29 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, conv.

26 Giusta il punto due dell'allegato “*la trasmissione della documentazione suindicata non è richiesta per gli interventi che non comportino nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti*”.

27 Entrambi i termini sono eccezionalmente prorogabili di ulteriori quindici giorni nel caso di necessità di approfondimenti istruttori o acquisizioni documentali.

28 In tali ultimi casi la Soprintendenza potrà emanare prescrizioni mirate come l'assistenza archeologica in corso d'opera nell'ipotesi di aree con potenziale archeologico presunto, ma non agevolmente delimitabile.

29 Per le ipotesi in cui, per esigenze obiettive, il procedimento di *Vpia* debba protrarsi oltre l'avvio della procedura di affidamento dei lavori, la disposizione allegata prevede che il capitolato speciale del progetto posto a base dell'affidamento dei lavori: “*deve rigorosamente disciplinare, a tutela dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera, i possibili scenari contrattuali e tecnici che potrebbero derivare in ragione dell'esito della verifica medesima. In ogni caso, la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico deve concludersi entro e non oltre la data prevista per l'avvio dei lavori*”.

con mod. ed int. della legge 29 luglio 2021, n. 108⁽³⁰⁾, è stata istituita, presso il Ministero della cultura, la *Soprintendenza speciale per il PNRR*⁽³¹⁾, con l'obiettivo di garantire la più efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR, la cui operatività permane al 2026⁽³²⁾.

A questo riguardo va da ultimo precisato che, alla stregua delle previsioni dell'art. 14, comma 5-ter, del decreto legge 24 febbraio 2023, n. 13, conv. con mod. ed int. dalla legge 21 aprile 2023, n. 41, che giova sottolineare incide sulle previsioni della disciplina dei contratti pubblici del 2016, nel frattempo sostituite da quelle del nuovo codice, nella peculiare fattispecie in esame le risultanze della valutazione di assoggettabilità alla *Vpia* sono acquisite “nel corso della conferenza di servizi” e non più in termini preliminari.

Nel caso in cui non emerga la sussistenza di uno specifico interesse archeologico, le risultanze della valutazione di assoggettabilità alla *Vpia*: “sono corredate delle eventuali prescrizioni relative alle attività di assistenza archeologica in corso d'opera”. Nell'ipotesi, invece, di esito positivo dell'interesse archeologico il soprintendente avvia il procedimento “tenuto conto del cronoprogramma dell'intervento”, secondo le linee guida approvate con apposito decreto del Presidente del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici⁽³³⁾.

La normativa, con l'intento di fluidificare ulteriormente l'assunzione delle decisioni in ragione dei tempi (invero assai stringenti) di attuazione delle misure del PNRR, è stata inoltre integrata dall'art. 20, primo comma, del citato d.l. n. 13/2023 conv. con mod. ed int. dalla l. n. 41/2023, alla stregua del quale la *Soprintendenza speciale* svolge le funzioni di tutela dei beni culturali e paesaggistici nei casi in cui i beni in questione

30 Recante: “Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure” c.d. “decreto semplificazioni bis”. Sul sostanziale affastellamento di norme apparentemente semplificative delle procedure relative all'emergenza pandemica prima ed al PNRR si veda per tutti: L. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in Urb. e appalti, 4, 2022, 441 e ss., che sottolinea come piuttosto che di semplificazioni le norme dei decreti “semplificazioni” e “semplificazioni bis” abbiano introdotto “deroghe emergenziali”. Per una lettura della complessa evoluzione del quadro normativo di riferimento del Piano si veda, da ultimo, N. LUPO, *PNRR e cicli politico-elettorali, tra Unione europea e Stati membri*, Federalismi.it, 28/2023, al quale si rinvia per i puntuali riferimenti normativi e dell'ampia dottrina giuspubblicistica che si è occupata del tema, mentre per alcune considerazioni critiche sugli sviluppi del Piano nazionale v. per tutti G. VIESTI, *Riuscirà il PNRR a rilanciare l'Italia?*, Roma, 2023, 111 ss., e T. BOERI, R. PEROTTI, *PNRR. La grande abbuffata*, Milano, 2023, 5 ss.

31 La Soprintendenza speciale è dotata di una segreteria tecnica composta da personale di ruolo del Ministero e da un contingente di esperti di comprovata qualificazione professionale. Sull'organizzazione della Soprintendenza speciale si veda altresì il del d.p.c.m. 24 giugno 2021, n. 123. Va parimenti ricordato che per tutti i procedimenti aventi per oggetto beni culturali e paesaggistici interessati da finanziamenti PNRR, avviati a partire dal 25 febbraio 2023, il richiedente deve inviare l'istanza sia alla Soprintendenza competente per territorio che alla *Soprintendenza speciale per il PNRR*.

Per una valutazione dei profili organizzatori che scaturiscono dagli ultimi interventi sulla struttura ministeriale si veda in dottrina L. CASINI, *Il Ministero della Cultura di fronte al PNRR*, in Aedon, 2-2021.

32 Come noto, il piano prevede l'obbligo di rendicontazione entro giugno 2026, con il conseguente definanziamento delle opere nel caso di mancato completamento.

Resta, tuttavia, ancora controversa la compatibilità tra la normativa in questione, che all'art. 66 *sexies* reca la ricorrente clausola di salvaguardia (“Le disposizioni del presente decreto si applicano nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti speciali e con le relative norme di attuazione”) e l'ordinamento della Regione Siciliana nel quale le competenze in materia sono attribuite in via esclusiva giusta l'art. 14 St. con riguardo alla: lett. n) “tutela del paesaggio, conservazione delle antichità e delle opere artistiche” e lett. r) “musei, biblioteche ed accademie”. Le competenze in tema di beni culturali sono state esercitate a partire dal 1975, con l'emanazione delle norme di attuazione dello Statuto in materia di “biblioteche e accademie” (d.lgs. n. 635) e in materia di “paesaggio, antichità, musei, e belle arti” (d.lgs. n. 637).

In termini generali appare tuttavia auspicabile una risoluzione in via amministrativa della questione mediante la stipula di un accordo tra l'amministrazione statale e quelle regionali.

33 Con decreto del Presidente del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, n. 26 del 23 gennaio 2023, sono state approvate le “Linee guida per la disciplina attuativa della verifica preventiva dell'interesse archeologico all'interno del procedimento tecnico-amministrativo di cui all'art. 44 del d.l. n. 77/2021”, consultabili in <https://www.mit.gov.it/normativa>.

siano interessati dagli interventi previsti dal PNRR, adottando il provvedimento finale “in sostituzione delle Soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio, avvalendosi di queste ultime per l’attività istruttoria”.

In sintesi, la disciplina sulle procedure semplificate relative al PNRR introduce una serie di innovazioni (ex artt. 44 e 44-bis del d.l. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. 108/2021⁽³⁴⁾) così articolate:

a) in primo luogo, le risultanze della valutazione di assoggettabilità alla *verifica preventiva dell’interesse archeologico* vanno ponderate nel contesto della conferenza di servizi sul progetto (come noto, anche di fattibilità tecnico-economica).

Qualora non emerga la sussistenza di un interesse archeologico, le risultanze della valutazione di assoggettabilità alla *Vpia* sono corredate delle eventuali prescrizioni relative alle attività di assistenza archeologica in corso d’opera (c. 5 *ter* inserito all’art. 48 del d.l. n. 77/2021, conv. con mod., dalla l. n. 108/2021, il primo decreto-legge sul PNRR)⁽³⁵⁾.

Nei casi in cui, in esito alla *Vpia*, emerga l’esistenza di un interesse archeologico, il vertice della competente Soprintendenza, avuto riguardo al cronoprogramma dell’intervento e, comunque, non oltre la data prevista per l’avvio dei lavori, tenendo conto delle “preminenti esigenze di appaltabilità dell’opera e della sua realizzazione entro i termini previsti dal PNRR” (art. 44 c. 6 del d.l. n. 77/2021), dispone le indagini archeologiche e tutte le prescrizioni ritenute cessare ai fini della tutela del patrimonio archeologico noto e presunto anche attraverso la sorveglianza archeologica in corso d’opera o varianti progettuali o specifiche soluzioni tecniche da introdurre quali condizioni ambientali nel provvedimento di VIA a sua volta integrato nella determinazione conclusiva della conferenza di servizi.

Laddove vengano rinvenuti beni di interesse archeologico nel corso dell’indagine eseguita in ottemperanza alle condizioni ambientali, ovvero in corso d’opera, permane la possibilità di chiedere ulteriori approfondimenti e dettare le prescrizioni ritenute necessarie per la tutela di tali beni.

b) all’art.19 si prevede poi un’integrazione dell’art. 25 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e s.m.i. (“codice dell’ambiente”), con il comma 2-sexies stabilendo che in ogni caso l’adozione del parere e del provvedimento di VIA non è subordinata alla conclusione della procedura di verifica preventiva dell’interesse archeologico o all’esecuzione dei saggi archeologici preventivi prevista dal codice dei beni culturali.

Emerge con nitore una modalità procedimentale che consente di comunicare in sede di conferenza servizi l’esito della verifica preventiva di interesse archeologico, da ciò discende che le procedure si devono svolgere parallelamente, di guisa che l’adozione del provvedimento di valutazione ambientale non può essere subordinato alla definizione delle attività inerenti la verifica preventiva di interesse archeologico⁽³⁶⁾.

34 Giova ricordare che rientrano nella speciale disciplina esclusivamente gli interventi indicati nell’All. IV e nell’All. IV-bis di cui al citato D.L. 77/2021, in quanto trattasi di opere speciali di rilevanza nazionale.

35 Che come noto “definisce il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, nonché dal Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018”.

36 La circolare della Soprintendenza speciale per il PNRR del Ministero della cultura n. 1 del 27 gennaio 2023 precisa, al riguardo, che: “pertanto, considerato che per i progetti in questione l’esecuzione della *VPIA* è consentita anche in un momento successivo alla conclusione della conferenza di servizi di cui all’art. 44, c. 4, del D.L. 77/2021, le indagini archeologiche a farsi e tutte le ulteriori prescrizioni ritenute necessarie ai fini della tutela del patrimonio archeologico noto e presunto (ad es. sorveglianza archeologica in corso d’opera, varianti progettuali e/o specifiche soluzioni tecniche) dovranno essere contenute quali condizioni ambientali nel provvedimento di VIA, a sua volta compreso nella determinazione conclusiva della conferenza di servizi”. Le modalità di esecuzione delle indagini archeologiche così come della redazione e consegna della relativa documentazione saranno dettagliate negli accordi sottoscritti ai sensi della disciplina dei contratti pubblici.

POLITICA E AMMINISTRAZIONE

Il rapporto fra politica e amministrazione nei Comuni*

SOMMARIO: **1.** Il secolo breve: - autonomia locale, + imparzialità amministrativa. **2.** La svolta del 1990: + autonomia locale, + imparzialità amministrativa. **3.** La torsione maggioritaria: + autonomia locale – imparzialità amministrativa. **4.** Conclusioni: la deriva fiduciaria del sistema amministrativo locale e la valutazione retrospettiva della legge n. 81 del 1993.

DI STEFANO BATTINI

ABSTRACT: Il contributo illustra le principali fasi evolutive del rapporto tra la politica e l'amministrazione nei Comuni, mettendo in luce, in chiave analitica e critica, i relativi cambiamenti storici nel particolare equilibrio tra autonomia locale e imparzialità amministrativa, con un *focus* sul sistema dello *spoils system* all'italiana.

ABSTRACT: *The paper illustrates the main evolutionary stages of the relationship between politics and administration in municipalities, highlighting, in an analytical and critical way, the relevant historical changes in the particular balance between local autonomy and administrative impartiality, with a focus on the Italian-style spoils system.*

1. Il secolo breve: - autonomia locale, + imparzialità amministrativa

Nel 1912 F. Cammeo scrisse un famoso saggio⁽¹⁾ sulla legge n. 144 del 1902, che concesse la stabilità a tempo indeterminato al segretario comunale, così come in precedenza era avvenuto per i maestri comunali e i medici condotti, stabilendo anche che analoghe garanzie di stabilità dovessero essere previste, con regolamento comunale per gli altri impiegati dell'ente locale. Cammeo osservava che tale legge “ha avuto dinanzi il fatto indubbiamente gravissimo che gli impiegati locali, specie quelli comunali, e i più importanti fra loro (maestri, segretari e medici) si trovavano esposti alle mutevoli simpatie dei partiti, delle consorterie locali: che la permanenza del vincolo veniva quindi a dipendere non tanto da considerazioni obiettive della idoneità morale, intellettuale e fisica degli impiegati stessi, quanto dalle mutevoli simpatie dei vari amministratori degli enti. Ciò allontanava da tali uffici i migliori possibili aspiranti, o minacciava l'indipendenza di coloro che si inducevano ad accettare la nomina, potendo inclinarli ad agire piuttosto con l'intento di soddisfare le aspirazioni momentanee degli amministratori *pro tempore*, che di provvedere alle esigenze del servizio”.

La frase di Cammeo è importante perché esprime una idea di fondo, che ha connotato a lungo l'ordinamento italiano: la relazione di proporzionalità inversa fra autonomia politica dell'ente locale rispetto allo Stato, da un lato, e autonomia dell'amministrazione locale rispetto alla politica locale, dall'altro. In questa prospettiva, lo Stato deve comprimere l'autonomia dell'ente locale, regolando con legge la burocrazia locale, per proteggere l'imparzialità rispetto alle ingerenze della politica locale. Se lo Stato lascia troppa libertà all'ente locale, rischia di dover rinunciare a garantire l'imparziali-

* Il saggio rielabora l'intervento al convegno, promosso dalla Rivista, “Sindaci e amministrazioni comunali a trent'anni dalla legge n. 81/1993 sull'elezione diretta”. Venezia, 3 novembre 2023

1 F. CAMMEO, *Il licenziamento per fine periodo di prova degli impiegati comunali stabili*, in *Giur.it.*, 1912, III, 360.

tà dell'amministrazione rispetto alla politica locale, essendo illusorio immaginare che quest'ultima limiti le proprie prerogative con le proprie fonti, in mancanza di un intervento dall'alto. Esiste in altre parole, secondo questa visione, un nesso strutturale necessario fra accentramento, nei rapporti fra Stato e autonomie locali, e imparzialità, nei rapporti fra politica e amministrazione negli enti locali. La regolazione con legge statale dell'impiego locale determinava l'attrazione nell'orbita del diritto pubblico di un rapporto di lavoro cui si riconosceva, in precedenza natura privatistica. La pubblicizzazione consentiva infine una maggior tutela della stabilità dei dipendenti locali, ponendo questi ricorrere ad una giunta provinciale amministrativa, inizialmente in grado di giudicare perfino nel merito gli atti di gestione del rapporto di lavoro, riquilificati come atti amministrativi, e di offrire al dipendente il beneficio della reintegrazione nel posto in caso di licenziamento illegittimo.

Questi caratteri continuarono a connotare l'assetto dell'impiego locale fino pressoché alla fine del secolo scorso, in modo più o meno accentuato. I tratti si accentuarono nel periodo fascista, quando, cessata ogni preoccupazione di garantire l'autonomia politica dell'ente locale, che con l'istituto podestarile perse perfino il proprio carattere rappresentativo, il testo unico del 1934 dettò una regolazione penetrante dell'impiego locale e il segretario comunale, vertice della burocrazia locale, divenne addirittura un funzionario dello Stato, mentre al giudice amministrativo venne attribuita in tema di impiego pubblico, anche locale, la giurisdizione esclusiva. Nel complesso, questo assetto resistette a lungo anche nel periodo repubblicano, paradossalmente convivendo con un disegno costituzionale che non solo ripristinava il carattere rappresentativo degli organi di governo degli enti locali, ma istituiva le regioni e riformava in senso autonomistico l'intero impianto dei poteri pubblici.

2. La svolta del 1990: + autonomia locale, + imparzialità amministrativa

Nel 1990 del secolo scorso si registra il punto di svolta, rappresentato dall'approvazione della legge n. 142 del 1990, la quale corresse la relazione di proporzionalità inversa fra autonomia dell'ente locale (verso lo Stato) e autonomia dell'amministrazione locale (verso la politica). La riforma del 1990, infatti, mirava ad introdurre, nel sistema degli enti locali, maggiore autonomia e, al contempo, maggiore imparzialità, secondo una relazione di proporzionalità diretta.

Attuando finalmente il principio autonomistico della Costituzione, la l. n. 142/1990 ha delegificato la disciplina dell'impiego locale, abrogando il testo unico del 1934 e sostituendolo con una disciplina di principio. Per il resto, la regolamentazione dell'impiego locale venne affidata in parte agli statuti e regolamenti degli enti locali⁽²⁾ e in parte ad accordi sindacali⁽³⁾, divenuti poi, dopo la generale privatizzazione dei rapporti di impiego del 1993, contratti collettivi veri e propri, sia nazionali sia decentrati. Dunque, alla sequenza legge statale-diritto pubblico-giudice amministrativo, si sostituì la sequenza fonti autonome-diritto privato-giudice ordinario. Nel complesso, si accrebbe l'autonomia dell'ente locale nella disciplina della propria burocrazia.

Il decentramento non si abbinò, però, come detto, ad una maggiore ingerenza della politica locale sull'apparato amministrativo, perché tra i principi dettati dalla l. n. 142/1990 figurava, per la prima volta, quello di separazione fra politica e amministra-

2 Art. 51, legge 01 gennaio 1990 n. 142 (versione originaria): "I comuni e le province disciplinano con appositi regolamenti la dotazione organica del personale e, in conformità allo statuto, l'organizzazione degli uffici e dei servizi, in base a criteri di autonomia, funzionalità ed economicità di gestione e secondo principi di professionalità e responsabilità".

3 Art. 51, legge 08 gennaio 1990, n. 142 (versione originaria): "Lo stato giuridico ed il trattamento economico dei dipendenti degli enti locali è disciplinato con accordi collettivi nazionali di durata triennale resi esecutivi con decreto del Presidente della Repubblica secondo la procedura prevista dall'articolo 6 della legge 29 marzo 1983, n. 93".

zione, che, come è noto, sarà poi successivamente ripreso e generalizzato nel 1993, fino a godere oggi di copertura costituzionale, essendo stato ricondotto dalla Corte costituzionale al principio di imparzialità amministrativa. L'art. 51, c. 2, ha inaugurato una fortunata formula normativa: "Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti che si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi elettivi mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti". La disciplina della dirigenza, e perciò del rapporto fra politica e amministrazione, è dunque affidata all'autonomia normativa dell'ente locale, che tuttavia deve rispettare il principio di imparzialità amministrativa. Tale principio, diversamente dai tempi di Cammeo, è declinato non solo e non tanto in termini di garanzie del rapporto di impiego dei funzionari, cioè di stabilità nel posto di lavoro, ma anche e soprattutto in termini di autonomia della dirigenza locale nelle scelte gestionali di competenza dell'ufficio rivestito, pur nel quadro degli indirizzi politici impartiti dagli organi elettivi e di controlli sui risultati gestionali. Quanto al rapporto di impiego, va detto anzi che la l. n. 142/1990 introduceva la possibilità di inserire, nel corpo della dirigenza locale, figure dirigenziali a contratto e incarichi a tempo determinato, secondo una tendenza destinata a svilupparsi nella fase successiva.

3. La torsione maggioritaria: + autonomia locale – imparzialità amministrativa

La l. n. 142/1990, che introdusse il principio di distinzione fra politica e amministrazione nell'ordinamento degli enti locali, fu difatti ancora una riforma amministrativa della c.d. "prima Repubblica". Lo fu anche il decreto legislativo n. 29 del febbraio del 1993, che estese quel principio al resto delle amministrazioni pubbliche e che rappresentò uno dei provvedimenti qualificanti del primo governo Amato, sostenuto da DC, PSI, PLL, PSDI. Il principio di distinzione fra politica e amministrazione è dunque figlio, avuto in età molto avanzata, della stagione "pre-maggioritaria". Appena nato, esso dovette confrontarsi con l'avvento di un nuovo regime politico, una "seconda Repubblica" strutturatasi attorno a nuovi partiti e ad una logica maggioritaria e bipolare.

L'introduzione di sistemi elettorali maggioritari avvenne, come è noto, nel 1993, ancora una volta prima a livello locale, con la legge n. 81, (di cui si celebra il trentennale e che per la verità fu ancora opera del primo governo Amato), e poi a livello nazionale, con la "legge Mattarella", approvata all'esito del referendum abrogativo della precedente legge elettorale del Senato. La legge n. 43 del 1995 completò il quadro includendo nella logica maggioritaria anche il livello regionale. La storia del maggioritario, come è noto, presenta, fra il livello statale e locale, elementi comuni ma anche grandi differenze. Il principale elemento comune è che, ovunque, le riforme elettorali maggioritarie hanno perseguito, e almeno in certa misura raggiunto, l'obiettivo di influire sull'assetto del sistema politico, incentivando i (nuovi) partiti politici a formare coalizioni alternative, nel quadro di uno schema bipolare che, mimando il bipartitismo dei sistemi politici di altri ordinamenti, mira a garantire la possibilità di una effettiva alternanza di governo e restituire al giudizio degli elettori il potere di determinare o premiando il governo precedentemente in carica. Il principale elemento di differenza è che a livello nazionale le riforme elettorali non sono state accompagnate da coerenti riforme di un assetto istituzionale che era stato immaginato dai costituenti presupponendo l'esistenza di una legge elettorale proporzionale. Il maggioritario non ha così corretto la tradizionale instabilità politica, producendo diciassette diversi governi dal 1993 ad oggi. Ciò ha prodotto insoddisfazione e continue modificazioni della legge elettorale, che ha cambiato ben sei formule, dal 1993 ad oggi, talora introdotte per via politica, tal'altra per via giudiziaria, tutte connotate da diverse miscele di elementi maggioritari

e proporzionali. Diversamente, a livello locale, la riforma del sistema elettorale è stata accompagnata da una coerente riforma istituzionale, con l'investitura diretta del vertice dell'esecutivo, il quale può contare su una maggioranza consiliare artificialmente garantita dal sistema elettorale, resa più stabile dalla clausola *simul stabunt simul cadent*. Ciò ha prodotto più stabilità degli esecutivi – ai diciassette governi nazionali, ad esempio, hanno corrisposto solo cinque sindaci di Milano negli ultimi trenta anni – e una complessiva soddisfazione circa il sistema elettorale, che resta ancor oggi quello disegnato dalla l. n. 81/1993.

La logica maggioritaria si è dunque affermata in modo più compiuto e stabile a livello locale. E pertanto tale livello rappresenta il terreno di verifica più appropriato per misurare l'impatto della stagione maggioritaria sul problema qui preso in esame, che è quello dell'interazione fra il rapporto centro-periferia, da un lato, e il rapporto politica-amministrazione, dall'altro. L'impatto della logica maggioritaria sul rapporto centro-periferia, peraltro, era abbastanza scontato. Il rafforzamento dell'organo di vertice dell'esecutivo locale, investito personalmente da una investitura democratica diretta, ha determinato una maggiore indipendenza della politica locale rispetto a quella nazionale, di cui il c.d. "partito dei sindaci" ha rappresentato una plastica espressione. La più accentuata *accountability* del sindaco, o del presidente della provincia, che deve rispondere del proprio operato sottoponendosi al giudizio degli elettori, mal tollera interferenze nazionali e richiede invece un adeguato margine di autonomia nella definizione di un indirizzo politico-amministrativo che interpreti gli interessi generali della specifica comunità locale rappresentata. Il principio maggioritario è dunque coerente con il principio autonomistico, che aveva ispirato la l. n. 142/1990, e si è perfettamente sposato con le successive riforme amministrative di impronta federalistica, approvate nella seconda metà degli anni Novanta e poi culminate, come è noto, con la riforma costituzionale del 2001, che ha modificato in senso autonomistico la stessa forma di Stato.

Meno scontato era invece l'impatto della logica maggioritaria sul rapporto fra politica e amministrazione. Nel 1995, in un denso saggio intitolato "Maggioranza e minoranza", Sabino Cassese espresse l'idea secondo la quale la torsione maggioritaria dei sistemi elettorali, che trasformano una minoranza di voti in una maggioranza di governo, richiede di essere accompagnata da una concezione del sistema istituzionale che rafforzi i contrappesi e i controlli (*checks and balances*), a tutela delle opposizioni. Fra i contrappesi e bilanciamenti necessari, un posto di primo piano veniva naturalmente assegnato alla imparzialità, e perfino indipendenza, degli apparati amministrativi, posti al servizio non già della parte politica che conquista la maggioranza ed esprime il governo, ma dell'intera collettività, in una prospettiva *bi-partisan* o *non-partisan*. In base a questa concezione, il principio di distinzione fra politica e amministrazione, affermato dalla l. n. 142/1990, è coerente con la logica maggioritaria, nel senso che ne rappresenta un essenziale contrappeso. Il maggioritario richiede di preservare tanto l'imparzialità dell'amministrazione rispetto agli organi elettivi locali, quanto l'autonomia di questi ultimi rispetto ai poteri centrali: + autonomia e + imparzialità. In effetti, le riforme amministrative successive hanno sempre confermato e rafforzato, fino ad oggi, il principio di distinzione fra le funzioni di gestione, attribuite alla dirigenza, e le funzioni di indirizzo e controllo, riservate al vertice politico. Tuttavia, all'indomani delle riforme maggioritarie, si affermò anche, e divenne prevalente, un ragionamento diverso, per certi versi opposto. Si ritenne infatti che la logica maggioritaria richiedesse un assetto istituzionale più congeniale al pieno dispiegarsi dei meccanismi di *accountability* propri di un sistema politico bipolare, basato sull'alternanza di governo. In questa prospettiva, dato che il sindaco, al termine della legislatura, deve rispondere agli elettori dei risultati conseguiti, allora egli deve essere non solo autonomo verso

l'esterno, rispetto ai poteri centrali, ma deve anche poter disporre, all'interno, di tutte le leve che consentono di determinare il risultato di cui è responsabile, incluso il controllo degli apparati amministrativi e delle scelte gestionali, da cui dipende l'effettiva realizzazione delle politiche pubbliche. In base a questa concezione, il principio di distinzione fra politica e amministrazione, figlio di un sistema politico proporzionale in crisi di legittimazione, si rivelava disarmonico rispetto alla rilegittimazione di un sistema politico maggioritario. La disarmonia non fu però risolta, come detto, sopprimendo il principio di distinzione fra politica e amministrazione, che al contrario ha finito per assumere rango costituzionale. Fu risolta su un piano diverso, che è quello della progressiva precarizzazione e fidelizzazione politica dei titolari delle funzioni di gestione amministrativa, cioè della dirigenza. Il vertice politico deve rispondere dei risultati dell'amministrazione cui è preposto e, visto che non può assumere direttamente gli atti di gestione, a causa del principio di separazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa, allora deve quantomeno poter affidare a persone di propria fiducia la titolarità degli uffici che assumono tali atti.

L'idea della fiducia fra politica e amministrazione emerge dunque, anche come conseguenza del nuovo assetto maggioritario e bipolare del sistema politico, nella seconda metà degli anni Novanta, secondo schemi da allora in poi applicati sia a livello nazionale, sia a livello locale: ampia discrezionalità di affidamento temporaneo delle posizioni dirigenziali e meccanismi di *spoils system*. Solo su questi ultimi si sono appuntati dubbi di legittimità costituzionale, relativi alla compatibilità con il principio di imparzialità amministrativa.

Anche in questo caso, il livello locale presenta tuttavia peculiarità proprie, che chiamano in causa l'interazione fra il rapporto centro-periferia e il rapporto politica-amministrazione.

La peculiarità più evidente è la figura del Segretario comunale e provinciale, che nel corso del secolo breve era divenuto l'emblema del centralismo. La l. n. 142/1990, pur tesa a valorizzare le autonomie locali, aveva affrontato il problema in modo perplesso, confermando il segretario come funzionario statale, non solo con funzioni di collaborazione e consulenza giuridico-amministrativa, ma anche con il compito di sovrintendere allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e di coordinarne l'attività (art. 52). È chiaro che ciò contraddiceva sia il principio autonomistico, perpetuandosi l'idea ormai anacronistica di un vertice dell'amministrazione locale tratto dall'amministrazione centrale, sia lo stesso principio di distinzione fra politica e amministrazione, perché fra gli indirizzi del vertice politico e gli atti di gestione della dirigenza locale veniva ad inframmettersi la funzione di coordinamento del segretario, secondo modalità non precisate, tanto che la legge stessa rimbalzava sul regolamento "le modalità dell'attività di coordinamento tra il segretario dell'ente e i dirigenti".

Il problema, eluso dalla l. n. 142/1990, avrebbe peraltro potuto conoscere una soluzione piuttosto semplice: la soppressione del segretario comunale e provinciale. Ma non fu tale la soluzione prefigurata dalla legge n. 127 del 1997, la quale, con marginali modifiche, è giunta fino ai giorni nostri. La legge ha delineato per il segretario un complesso assetto di competenze a geometria variabile, nell'ambito del quale i compiti di coordinamento dei dirigenti sono solo eventuali, conferiti cioè al segretario solo qualora il sindaco o presidente della provincia non intenda attribuirli invece ad un direttore generale (art. 17.67), "che provvede ad attuare gli indirizzi e gli obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente, secondo le direttive impartite dal sindaco o dal presidente della provincia, e che sovrintende alla gestione dell'ente, perseguendo livelli ottimali di efficacia ed efficienza" (art. 6.10). Il Direttore generale, nominato e revocato dal vertice politico, è poi sottoposto a *spoils system*, dato che la durata del suo incarico non può eccedere quella del mandato del sindaco o del presidente della

provincia. Peraltro, la l. n. 127/1997 configurò in termini fiduciari anche lo *status* del segretario comunale, indipendentemente dal tipo di funzioni esercitate, stabilendo che sia scelto discrezionalmente dal sindaco o dal presedente della provincia fra tutti quelli iscritti all'albo e che anche il suo incarico, come quello del direttore generale, ha durata corrispondente a quella del mandato del sindaco o del presidente della provincia che lo ha nominato (art. 17.71-72).

Questa disciplina complessa e barocca si spiega con il fatto che il legislatore ha voluto risolvere, sovrapponendoli, due diversi problemi: da un lato quello di completare il disegno autonomistico, per cui sarebbe bastato eliminare la figura del segretario, dall'altro quello di correggere e temperare il principio di distinzione fra politica e amministrazione. A quest'ultimo fine occorre anche politicizzare e fidelizzare il vertice amministrativo, in teoria per allinearsi al nuovo spirito maggioritario, in pratica assecondando un sistema politico rilegittimatosi con il maggioritario nella ricerca di nuovi spazi amministrativi. La commistione di tali due diversi obiettivi ha avuto l'effetto di risvegliare, rovesciandola, l'antica idea di Cammeo, che contrapponeva l'autonomia dell'ente locale all'imparzialità amministrativa, stabilendo fra i due termini una relazione di proporzionalità inversa. La legge del 1902 sulla stabilità dei segretari comunali, secondo Cammeo, comprimeva gli spazi di regolazione autonoma dei comuni al fine di preservarne l'apparato amministrativo dalle ingerenze della politica locale. La legge del 1997 sullo *spoils system* dei segretari comunali (e dei direttori generali) ha invece dovuto sacrificare l'imparzialità amministrativa per restituire maggiore autonomia agli organi rappresentativi degli enti locali, liberi di scegliere gli amministratori di proprio gradimento.

Il principio autonomistico ha assunto in tal modo il ruolo di fattore di giustificazione dello *spoils system*, come è dimostrato dalla *ratio decidendi* della sentenza con cui la Corte costituzionale (n. 23 del 2019) ha confermato la compatibilità dello *spoils system* dei segretari comunali con il principio di imparzialità amministrativa, perfino nei casi in cui i segretari stessi si limitino alle tradizionali funzioni di consulenza e collaborazione giuridico-amministrativa. Non è infatti senza significato che la Corte, nel ricostruire l'evoluzione della disciplina del segretario comunale abbia affermato che l. n. 127/1997, “in coerenza con un contesto riformatore che intende accentuare l'autonomia degli enti locali” ha introdotto “il principio secondo cui la durata dell'incarico di segretario comunale ... corrisponde a quella del mandato del sindaco che lo ha nominato”. “In quel contesto – ha proseguito la Corte - il principio è anche frutto della diffusa convinzione secondo cui, negli enti locali, le scelte politiche e quelle gestionali risulterebbero spesso frammiste, e la responsabilità amministrativa finirebbe col diventare un elemento della stessa responsabilità politica del sindaco eletto direttamente, deducendosene così la necessità di attribuire a quest'ultimo l'individuazione dei suoi più stretti collaboratori amministrativi, fra i quali vien fatto rientrare il segretario comunale”. Dunque, secondo la Corte costituzionale, l'elezione diretta del sindaco e l'accentuazione delle autonomie locali hanno giustificato lo *spoils system* dei segretari comunali, che sempre secondo la Corte “non raggiunge la soglia oltre la quale vi sarebbe violazione dell'art. 97 Cost., non traducendosi nell'automatica compromissione né dell'imparzialità dell'azione amministrativa, né della sua continuità”.

4. Conclusioni: la deriva fiduciaria del sistema amministrativo locale e la valutazione retrospettiva della legge n. 81 del 1993

La pronuncia della Corte costituzionale ha un complessivo effetto di legittimazione dello *spoils system*, che, forse per le ragioni rammentate dalla Corte stessa, si è manifestato a livello locale più che a livello nazionale. Secondo una ricognizione pru-

denziale⁽⁴⁾, sono oggi sottoposte a *spoils system* duemilatrecento quarantadue posizioni segretario comunale e provinciale (art. 99 TUEL), sessantotto posizioni di direttore generale di comuni o province (art. 108 TUEL) e millenovecentosettantasette posizioni dirigenziali o di alta specializzazione a contratto (art. 110 TUEL). A queste posizioni vanno poi aggiunti novemilaottocentoventiquattro rappresentanti dei comuni e delle province nel sistema delle società partecipate locali, cui si applica lo *spoils system* ai sensi dell'art. 50, comma 8 e 9 del TUEL, come interpretato dalla Corte di Cassazione (Cassazione civile, Sezioni Unite, 18 giugno 2019, n. 16335), ad avviso della quale il mutamento del titolare del vertice elettivo dell'ente locale costituisce giusta causa di revoca degli amministratori delle società.

La cifra totale, che ammonta a poco meno di quindicimila posizioni, indica che, a conclusione della vicenda descritta, il rapporto fra politica e amministrazione negli enti locali è oggi caratterizzato da una diffusa politicizzazione dell'amministrazione locale. Può dirsi che tale sia stato l'effetto della riforma del sistema elettorale e della forma di governo degli enti locali introdotta dalla l. n. 81/1993, che dunque, in una valutazione retrospettiva, potrebbe meritare un giudizio negativo da parte di quanti hanno a cuore l'imparzialità dell'amministrazione?

La risposta è negativa, per diverse ragioni.

In primo luogo, perché la fidelizzazione politica della dirigenza amministrativa collima solo con una possibile interpretazione, peraltro interessata, della logica maggioritaria, la quale potrebbe ben richiedere, secondo una interpretazione opposta, che venga accentuato invece il principio di imparzialità amministrativa, come necessario strumento di compensazione dello strapotere del governo prodotto da elezioni maggioritarie e investiture democratiche dirette.

In secondo luogo, la fidelizzazione politica della dirigenza amministrativa è avvenuta in misura massiccia anche a livello nazionale, pur quando i sistemi elettorali maggioritari hanno ceduto il passo a formule prevalentemente proporzionali e anche in assenza di riforme costituzionali che prevedessero investiture democratiche dirette dell'esecutivo. Ciò conferma che lo *spoils system* e i suoi derivati, una volta sdoganati e legittimati, si diffondono per forza propria, cioè per gli appetiti dei partiti, non a causa di particolari contesti istituzionali.

In terzo luogo, la politicizzazione dell'amministrazione locale ha prodotto meno danni di quella dell'amministrazione statale, proprio grazie alla l. n. 81/1993. A livello statale, vi è stato uno *spoils system* senza stabilità di governo. Questo significa che la tradizionale instabilità politica si è tradotta in una corrispondente instabilità amministrativa: ogni due anni cambia il governo, cessano gli incarichi amministrativi e, quindi, si sospende l'attività amministrativa. A livello locale, la l. n. 81/1993 garantisce maggiore stabilità politica e, quindi, lo *spoils system* prova minore pregiudizio per la continuità amministrativa.

In definitiva, se si vuole proteggere l'imparzialità dell'amministrazione locale, non bisogna cancellare la l. n. 81/1993, ma contrastare l'idea che l'autonomia locale, la logica maggioritaria, l'investitura elettorale diretta richiedano una amministrazione fidelizzata al sindaco o presidente *pro-tempore*. Se poi proprio si desidera una amministrazione fidelizzata alla politica, allora comunque è meglio che ciò si accompagni alla l. n. 81/1993 piuttosto che avvenga in un disordinato contesto di instabilità politica e amministrativa.

⁴ I criteri del calcolo e i risultati complessivi sono illustrati in S. Battini, *Fenomenologia dello spoils system: un nuovo Stato patrimoniale?* In Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 3 del 2023, p. 997 e ss.

LAVORO NELLE P.A.

Flex-time e flex-place: transizione digitale e organizzazione del lavoro*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il passato prossimo: dalle “nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa” promosse dalla l. n. 124/2015 al lavoro agile nella P.A. di cui alla Dir. n. 3/2017 (sullo sfondo dell’art. 18, comma 3, l. n. 81/2017). 3. La stagione di mezzo: la torsione funzionale del lavoro agile (anche) nelle P.A. durante la stagione pandemica. 4. Il presente: il “ritorno in presenza” e il “lavoro a distanza” nella tornata contrattuale 2021-2023. 5. Il futuro: le sfide del lavoro agile (e da remoto) nel prisma dell’innovazione tecnologica.

DI MARCO BIASI

ABSTRACT: Nel contributo viene offerta una chiave di lettura diacronica sulla più recente evoluzione della regolazione del lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni, nel confronto con i modelli del passato (in particolare, con il telelavoro) e con la disciplina del lavoro agile nel settore privato. Lo scopo è di comprendere il grado di flessibilità temporale e spaziale che caratterizza l’istituto all’indomani dell’ultima stagione contrattuale, che ha visto le parti sociali dedicare al tema una notevole attenzione e, soprattutto, adottare soluzioni innovative e significativamente proiettate verso il futuro.

ABSTRACT: *The short essay provides a diachronic construction of the most recent policies in matter of remote work in the Italian Public Sector, in comparison with the previous regulation of telework and with rules on agile work in the Private Sector. The aim is to ascertain the degree of flex-time and flex-place marking the regulation of remote work in the Public Sector, also in view of the attention devoted by the social partners to remote work as a valuable tool to cope with the future challenges of labor and organization.*

1. Introduzione

Il titolo del presente intervento rimanda alla scomposizione, per effetto della rivoluzione digitale, dei luoghi e dei tempi di lavoro⁽¹⁾, che si presentavano viceversa strutturalmente unitari, al pari del vertice dell’impresa, nel diritto del lavoro delle origini⁽²⁾.

Invero, una prima, significativa iniezione di “flex” o, se vogliamo, di autonomia nel rapporto subordinato – e, di converso, di “subordinazione” nell’autonomia⁽³⁾ – si era già registrata nella seconda metà del Secolo Breve⁽⁴⁾, in uno con l’emersione dell’economia dei servizi, tra i cui precipitati possono ascrivere la disciplina, tanto del lavoro a

* Il saggio rielabora l’intervento al convegno, promosso dalla Rivista, “Trent’anni dopo. Il lavoro nel sistema delle autonomie locali. Modelli organizzativi e paradigmi regolativi”. Roma, 24 novembre 2023.

1 Cfr., anche per i riferimenti, G. BANDELLONI, *Distanza*, in M. NOVELLA, P. TULLINI, *Lavoro digitale*, Torino, Giappichelli, 2022, 47 ss.

2 Sull’unità di tempo, di luogo e di comando all’interno dell’azienda come “paradigma aristotelico” del diritto del lavoro delle origini, B. VENEZIANI, *The Employment Relationship*, in B. HEPPLER, B. VENEZIANI (a cura di), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Portland, Hart, 2009, 114.

3 D’obbligo il rinvio a A. SUPLOT, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, OUP, 2001, *passim*.

4 F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, 317 ss.

domicilio⁽⁵⁾, quanto del telelavoro⁽⁶⁾.

È stato solo con la successiva digitalizzazione, però, che, attraverso l'impiego di mezzi tecnologici sofisticati ed "intelligenti"⁽⁷⁾, una quota significativa – ma di certo non la totalità⁽⁸⁾ – della forza lavoro ha sperimentato una più decisa tensione verso l'autonomia operativa⁽⁹⁾, tra i corollari della quale si collocano la proiezione verso un risultato⁽¹⁰⁾, la (conseguente) superfluità sia di un'incessante supervisione da parte del datore di lavoro⁽¹¹⁾, sia, per quel che qui più rileva, di una costante presenza fisica all'interno della sede aziendale o dell'amministrazione di riferimento⁽¹²⁾.

Mette conto evidenziare sin d'ora che l'allontanamento "materiale" dalla sede di lavoro non implica alcuna "fuga dalla subordinazione", tanto è vero che l'odierno lavoro agile, in ambito tanto privato quanto pubblico, rientra pacificamente (e testualmente) nell'alveo del lavoro dipendente, pur presentando alcuni marcati tratti, per l'appunto, di "flex"⁽¹³⁾, relativamente non solo ed ovviamente al luogo, ma anche e forse soprattutto al tempo di lavoro⁽¹⁴⁾.

Lo scopo delle brevi riflessioni che seguono è proprio di offrire una chiave di lettura diacronica sulla più recente evoluzione della regolazione del lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni, nel confronto con i modelli di lavoro a distanza del passato (in particolare, con il telelavoro) e con la disciplina del lavoro agile nel settore privato.

A tale fine, verranno isolati quattro momenti fondamentali, corrispondenti a passaggi ritenuti dirimenti in ragione, tanto dei mutamenti normativi intervenuti, quanto dei fattori esogeni (v., in particolare, la pandemia) incidenti al pari, se non forse di più, dei primi sulla diffusione dell'istituto in discussione:

- i) il passato prossimo: dalla promozione, da parte della legge delega "Madia" (art. 14 legge 7 agosto 2015, n. 124), di "nuove modalità spatio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa" al lavoro agile nella P.A. (art. 18, comma 3, legge 22 maggio 2017, n. 81, e Direttiva 1° giugno 2017, n. 3);
- ii) la stagione di mezzo: la torsione funzionale del lavoro agile (anche nelle P.A.) durante la stagione pandemica;
- iii) il presente: il "lavoro a distanza" (agile e da remoto) nella tornata contrattuale 2021-2023;
- iv) il futuro: la (eventuale e verosimilmente parziale) traslazione del lavoro da remoto (anche pubblico) nella dimensione virtuale.

5 Cfr. legge 18 dicembre 1973, n. 877, sul lavoro a domicilio: in tema v., per tutti L. NOGLER, sub *Art. 2128*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2000.

6 Cfr., in ambito pubblico, legge 16 giugno 1998, n. 191, decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70, e A.Q. 23 marzo 2000; L. GAETA, P. PASCUCCHI, Poti (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Il Sole 24 Ore, 1999; A. TAMPIERI, *Telelavoro e lavoro agile*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2019, 682 e ss.

7 G. BERTA, *Produzione intelligente: un viaggio nelle nuove fabbriche*, Torino, Einaudi, 2014.

8 Cfr. M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 2, 468 ss.

9¹ FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del diritto del lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, Giappichelli, 2018, 169.

10 M. CORSO, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 4, 980.

11 L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, Vita & Pensiero, 2018, 30; O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 4, 974 ss.

12 F. SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Modena, ADAPT, 2017, 11.

13 V., da ultimo, G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazione*, Milano, Giuffrè, 2023.

14 V., per tutti, M. BROLLO, *Le dimensioni spatio-temporali dei lavori – Il rapporto individuale di lavoro*, Relazione AIDLASS, Campobasso, 25-26 maggio 2023, dattiloscritto, spec. 28 ss.

2. Il passato prossimo: dalle “nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa” promosse dalla l. n. 124/2015 al lavoro agile nella P.A. di cui alla Dir. n. 3/2017 (sullo sfondo dell’art. 18, comma 3, l. n. 81/2017).

Se una spinta verso la digitalizzazione del lavoro nelle amministrazioni pubbliche risale già alla metà della prima decade del nuovo Millennio⁽¹⁵⁾, un più chiaro ed evidente impulso è successivamente giunto con la c.d. legge delega Madia (l. n. 124/2015), che, all’art. 14, ha invitato il Governo ad adottare misure per la promozione del telelavoro (in quel momento, utilizzato dalla risibile quota dello 0,1% dei dipendenti pubblici) e, soprattutto, per la sperimentazione di “nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa”, da realizzarsi attraverso “misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali [...] oggetto di valutazione nell’ambito dei percorsi di misurazione della performance organizzativa e individuale”.

Non risulta difficile individuare, dietro tale ultimo richiamo, il rinvio alla disciplina, allora *in fieri*, del lavoro agile, la quale è stata “anticipata”, in ambito pubblico, non tanto e non solo dalla citata l. n. 124/2015, ma anche dalla Dir. n. 3/2017 in materia di telelavoro e lavoro agile, emanata dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione ancor prima dell’entrata in vigore del c.d. “Statuto del lavoro agile”⁽¹⁶⁾.

È sin troppo noto che, in linea generale, tra le caratteristiche (elementi essenziali) della fattispecie del lavoro agile tratteggiato dalla l. n. 81/2017 si annoverano lo svolgimento, sulla base dell’accordo (individuale) tra le parti, dell’attività lavorativa i) in parte all’interno e in parte all’esterno dei locali aziendali, e ii) l’assenza di «precisi vincoli» di luogo e di orario.

Parimenti risaputo è che l’istituto si presenta teleologicamente orientato al duplice obiettivo della conciliazione vita-lavoro e dell’incremento della produttività del lavoro (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017), nonché, per la P.A., dell’efficienza (v. art. 14, comma 3, l. n. 124/2015).

Per espressa previsione dell’art. 18, comma 3, l. n. 81/2017, la normativa in materia di lavoro agile si applica ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni “in quanto compatibile [...] e fatta salva l’applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti”.

Tra queste ultime, assume un primario rilievo la già menzionata Dir. n. 3/2017, che, come osservato in dottrina, ha svolto il ruolo di *trait d’union* tra la l. n. 124/2015 e la l. n. 81/2017, nell’articolare un modello di lavoro agile nel lavoro pubblico caratterizzato da un minore grado di “flex” rispetto alla disciplina vigente nel settore privato⁽¹⁷⁾, tanto è vero che si è parlato, sia pure in senso atecnico, di una “variante del tipo”⁽¹⁸⁾.

15 Sul codice dell’amministrazione digitale del 2005, v., per ulteriori riferimenti, M. DE FALCO, *Le competenze digitali per la trasformazione smart del lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2022, 4, 792.

16 Come noto, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della l. n. 81/2017, risale al 13 giugno 2017.

17 Sul lavoro agile in ambito pubblico, v., *ex multis*, M. BROLLO, *Il lavoro agile nell’era digitale tra lavoro privato e lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2017, 1, 122 ss.; M. ALTIMARI, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2018, 3, 843 e ss.; S. CAIROLI, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2018, 1, 79 ss.; A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Padova, 2018, 471 ss.; A. TAMPIERI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: opportunità o illusione?*, in *giustiziacivile.com*, 28 maggio 2018; C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, I, 128 ss.; D. CALDERARA, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: prime ipotesi applicative*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2018, 2, 69 ss.; A. RICCIO, *Lavoro agile e telelavoro*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2021, 353 ss.; V. TALAMO, *Impatto della digitalizzazione e nuove modalità di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni: le sfide e le opportunità*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2019, 3, 74; M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l’emergenza*, Piacenza, 2020, 147 ss.; P. SARACINI, *Lo smart working nel settore pubblico*, in U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *Smart working: tutela e condizioni di lavoro*, Roma, 2021, 87 ss.

18 Tecnicamente, non si è naturalmente al cospetto di una variante del tipo contrattuale, che, nel caso del lavoro agile, è pur sempre il lavoro subordinato. Cfr. M. BIASI, *Lavoro digitale*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, Aggiornamento, IX, 2022, 264.

Sia in proposito sufficiente ricordare, oltre all'ineludibile applicazione del principio di parità di trattamento (anche) nell'accesso al lavoro agile, come la Dir. n. 3/2017, pur nell'intento di «superare la tradizionale logica del controllo sulla prestazione», abbia mostrato di privilegiare la modalità di lavoro agile in cui la prestazione “interna” risultasse prevalente su quella da svolgersi all'esterno (in tal modo deviando rispetto alla modalità di lavoro agile “quasi solo esterna” piuttosto frequente nel settore privato) ed in cui le parti individuassero (e, dunque, predefinissero), all'interno dell'accordo, il luogo esterno per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Tali tratti distintivi hanno indubbiamente reso il lavoro agile nel settore pubblico meno... agile rispetto al settore privato, ma, come si è persuasivamente argomentato, si spiegano con la necessità di calare l'istituto all'interno di una più rigida cornice di regole inderogabili⁽¹⁹⁾, le quali a loro volta discendono dall'imperativo di rispondere alle esigenze delle amministrazioni pubbliche ed alla destinazione della relativa attività all'interesse della collettività.

3. La stagione di mezzo: la torsione funzionale del lavoro agile (anche) nelle P.A. durante la stagione pandemica

Nonostante gli auspici della c.d. riforma Madia e l'introduzione di una disciplina specifica per il lavoro agile nella P.A., l'istituto *de quo* non ha trovato sin da subito un'ampia diffusione, tanto è vero che, sulla base dei dati relativi al gennaio del 2020, solo l'1,7% dei dipendenti pubblici risultava farvi al tempo ricorso⁽²⁰⁾.

Se ne dovrebbe dedurre che la sola cornice normativa non si è rivelata sufficiente ad innescare quel mutamento organizzativo che, viceversa, parrebbe costituire il prologo necessario per lo sviluppo capillare del lavoro agile (e, più in generale, a distanza).

Del resto, il “decollo”⁽²¹⁾ di quest'ultimo è coinciso con l'intervento di un fattore esogeno ed imprevedibile come la crisi pandemica, per fronteggiare la quale le imprese e le pubbliche amministrazioni si sono viste costrette ad un massiccio impiego proprio dello strumento introdotto – ma per tutt'altra finalità – dalla l. n. 81/2017⁽²²⁾.

Se a marzo 2020 e a maggio 2020 il lavoro agile veniva utilizzato, rispettivamente, dal cinquantasei per cento e dal sessantaquattro per cento dei dipendenti pubblici⁽²³⁾, è perché lo stesso era stato individuato dalla legislazione emergenziale come la “modalità ordinaria” di svolgimento della prestazione lavorativa, salvo che per le attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza e di quelle indifferibili da rendere in presenza⁽²⁴⁾.

Tuttavia, è sin troppo agevole notare che, a dispetto dell'etichetta, il lavoro agile pandemico si è notevolmente distanziato dal modello prefigurato dalla l. n. 81/2017 (in combinato disposto, per il settore pubblico, con la Dir. n. 3/2017)⁽²⁵⁾, apparendo

19 Cfr. G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazione*, cit., 351.

20 FormezPA, *Monitoraggio sull'attuazione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, 2020, www.funzione-pubblica.it.

21 L'espressione è tratta da P. ICHINO, *Se l'epidemia mette le ali allo smart working*, in www.lavoce.info, 28 febbraio 2020.

22 A. ZILLI, *Opportunità e interessi nella remotizzazione del lavoro (pubblico e privato)*, in A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Torino, Giappichelli, 2022, 201.

23 V. ancora FormezPA, *Monitoraggio sull'attuazione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, 2020, www.funzione-pubblica.it.

24 Cfr. art. 87, comma 1, decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.

25 Sulla disciplina del lavoro agile emergenziale nelle amministrazioni pubbliche, v., *ex multis*, L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT, 421/2020, 1 ss.; R. ZUCARO, *Pubblica amministrazione e smart working, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in Lav. Pubbl. Amm., 2020, 2, 81 ss.; M.C. CATAUDELLA, *Lo smart working “emergenziale” nelle Pubbliche Amministrazioni*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Lav. Prev. Oggi, 2020, suppl., 35 ss.; A. TOPO, G. PENSABENE LIONTI, *Smart working ai tempi del coronavirus: lavorare a distanza nella p.a. Un focus sull'università*, in Lav. Pubbl. Amm., 2021, 2, 295 ss.

piuttosto simile ad una forma di lavoro a domicilio coatto⁽²⁶⁾.

In questo senso, si può affermare che l'istituto ha subito una torsione funzionale che lo ha privato dell'originaria spinta verso la *flex* non tanto e non solo del luogo, ma anche, se non soprattutto, del tempo di lavoro, come dimostra la prepotente emergenza, proprio durante gli anni dell'emergenza sanitaria, dell'istanza di protezione del diritto dei lavoratori agili alla disconnessione, da più parti evocata come necessario antidoto nei confronti della rarefazione dei confini tra lavoro e non lavoro alla quale erano andati incontro coloro i quali si erano trovati – non solo in Italia – ad operare dal proprio domicilio in tempi di pandemia⁽²⁷⁾.

Senonché, oltre alle (plurime e drammatiche) rovine, alla pandemia si deve, come si è efficacemente scritto in dottrina, anche qualche benefico lascito⁽²⁸⁾.

Non può tacersi, in proposito, della maturata consapevolezza, da parte del legislatore, della centralità della dimensione organizzativa ai fini dello sviluppo del lavoro agile, nonché, più in generale, dell'intrinseco collegamento tra quest'ultimo e la *performance*⁽²⁹⁾, come si evince dall'introduzione dell'obbligo per le P.A. di redigere e aggiornare annualmente il Piano Organizzativo del Lavoro Agile (POLA)⁽³⁰⁾, successivamente confluito nel Piano Integrato di Attività e Organizzazione della Pubblica Amministrazione (PIAO), al cui interno un ampio spazio viene dedicato proprio alla mappatura delle attività e delle piattaforme per il lavoro agile, nonché al programma di sviluppo dell'istituto all'interno della singola amministrazione⁽³¹⁾.

D'altro canto, se con la legislazione emergenziale si è riconosciuto a favore di alcune categorie di lavoratori e lavoratrici il diritto al lavoro agile⁽³²⁾, merita di essere sottolineato che si è trattato pur sempre di una garanzia condizionata alla valutazione, talora contestata in sede giudiziaria⁽³³⁾, concernente la compatibilità di tale modalità

26 V. ancora, per i riferimenti, M. BIASI, *Lavoro digitale*, cit., 266, ed ivi la riconduzione del lavoro agile pandemico ad una "deviazione dal tipo".

27 Si consenta il rinvio a M. BIASI, *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2022, 2, 400 ss., e ivi richiami alle eterogenee regolamentazioni del diritto alla disconnessione nell'esperienza comparata ed all'iniziativa europea *in re*.

28 Cfr. B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, I, 215 ss.

29 Cfr. decreto legislativo 27 ottobre 2009 n. 150; art. 14, comma 1, l. n. 124/2015; decreto legge 19 maggio 2020 n. 34: per una visione d'insieme, v. M. BIASI, *La valutazione della performance all'indomani della IV Riforma del lavoro pubblico*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2020, 2, 323 ss.

30 Art. 1, comma 2, decreto-legge 30 aprile 2021 n. 56: in tema, v. L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'ossificazione delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del P.O.L.A.*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2021, 1, 3 ss.; M. L. VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in *AA.VV.*, *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quad. Riv. Giur. Lav.*, 2019, 4, 170; S. CAIROLI, *Lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione entro ed oltre i confini dell'emergenza epidemiologica*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2021, 1, 5 ss.

31 Cfr. art. 6 decreto-legge 9 giugno 2021 n. 80. In dottrina, v. M. BROLLO, *Il patto di lavoro agile nelle pp.aa. verso il post-emergenza*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2022, 3, 458 ss.; P. MONDA, *Il lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche: scenari e prospettive dopo la pandemia*, in R. SANTAGATA DE CASTRO, P. MONDA (a cura di), *Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata*, Napoli, ES, 2022, 129 ss.; L. ZOPPOLI, *Lavoro agile, persone e amministrazioni: le sfide post-pandemia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2022, I, 203 ss.

32 Si tratta, come noto, dei lavoratori disabili (art. 39, comma 1, d.l. n. 18/2020), dei lavoratori dipendenti del settore privato affidatari di un figlio minore di anni 14 (art. 90 d.l. n. 34/2020; cfr. art. 5 decreto legge 8 settembre 2020, n. 111); dei lavoratori fragili, ovvero immunodepressi o maggiormente esposti a rischi per la salute (art. 90, secondo periodo, d.l. n. 34/2020, così come modificato, in sede di conversione, dall'art. 1, comma 1, l. 17 luglio 2020, n. 77; cfr. anche art. 26, comma 2, d.l. n. 18/2020) e, in seguito, dei lavoratori (super)fragili ai sensi del DM 4 febbraio 2022 (v., da ultimo, art. 1, comma 306, legge 29 dicembre 2022, n. 197; art. 9, comma 4-ter, legge 24 febbraio 2023, n. 14; art. 28-bis decreto legge 4 maggio 2023, n. 48; decreto legge 29 settembre 2023, n. 132). Cfr., anche per i riferimenti, C. TIMELLINI, *I lavoratori fragili: personaggi in cerca di...tutela*, in M. BIASI, F. FERRARO, D. GRIECO, S. ZIRULIA (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale. Atti del II Convegno Annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"*, 15-18 marzo 2021, Milano, Giuffrè, 2021, 291 ss.

33 Tribunale Bologna 23 aprile 2020, Tribunale Grosseto 23 aprile 2020, in *Labor*, 2020, 4, 531, con nota di A. ZILLI; Tribunale Roma 20 giugno 2020; Tribunale Mantova 26 giugno 2020, in *Lav. Giur.*, 2021, 294, con nota di I.C. MAGGIO; Trib. Roma 5 ottobre 2020, Trib. Roma 28 ottobre 2020, in *giustiziavivile.com*, 5 febbraio 2021, con nota di C. LAZZARI; Trib. Roma 21 gennaio 2021, in *Labor*, 2021, 4, 486, con nota di M.L. VALLAURI.

con le caratteristiche della prestazione, evidentemente da condursi avendo come punto di riferimento primario l'interesse pubblico all'efficienza del servizio⁽³⁴⁾.

4. Il presente: il “ritorno in presenza” e la riforma del lavoro da remoto nella tornata contrattuale 2021-2023

L'affievolirsi dell'emergenza pandemica è coinciso con l'apertura della stagione del (tendenziale) rientro in presenza, il quale si ricollega ad una certa sfiducia dei *policy makers* verso il lavoro agile o, quanto meno, verso un suo impiego generalizzato⁽³⁵⁾: prova ne è che nel D.P.C.M. del 23 settembre 2021 si afferma che il ritorno in presenza come “modalità ordinaria” della prestazione lavorativa si sarebbe reso necessario al fine di “consentire alle pubbliche amministrazioni di dare il massimo supporto alle ripresa delle attività produttive e alle famiglie”⁽³⁶⁾.

Lo “*sboom* del lavoro agile”⁽³⁷⁾ ha, innanzitutto, comportato il superamento del diritto di talune categorie di lavoratori e lavoratrici al lavoro agile (*v. retro*), a favore di una – meno incisiva – garanzia di priorità delle relative richieste di accesso all'istituto⁽³⁸⁾.

Tuttavia, il ritorno allo schema volontaristico che aveva segnato la genesi del lavoro agile (e, ancor prima, dello *smart working* nel settore privato)⁽³⁹⁾ non ha avuto né il significato né l'effetto di privare la contrattazione collettiva di un ruolo chiave nella definizione delle regole di utilizzo dello strumento in parola, come non a caso avvenuto nell'ambito della tornata contrattuale 2019-2021⁽⁴⁰⁾.

Sulla scia delle linee guida recanti le modalità di svolgimento del lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche del 30 novembre 2021⁽⁴¹⁾, la contrattazione di comparto ha operato una netta distinzione, all'interno del *genus* del lavoro a distanza, tra il lavoro agile ed il lavoro da remoto, caratterizzati per un assai diverso livello – riprendendo nuovamente il titolo del presente contributo – di “*flex*”, in riferimento tanto al tempo quanto al luogo della prestazione.

Prendendo in esame, *ratione loci*, le previsioni del CCNL Funzioni Locali⁽⁴²⁾, emerge come, nel lavoro agile, l'articolazione della fascia di lavoro venga sostanzialmente rimessa all'autonomia, a monte, delle parti contrattuali e, a valle, del prestatore di lavoro.

34 Cfr. A. ZILLI, *Opportunità e interessi*, cit., 210.

35 Cfr. R. BRUNETTA, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, in WP ADAPT, 2021, 10.

36 Cfr. già decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, e DM 8 ottobre 2021.

37 Così M. BROLO, *Il patto di lavoro*, cit., 460.

38 V. art. art. 18, comma 3-bis, l. n. 81/2017 (introdotto dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, in attuazione della dir. 2019/1158/UE), in base al quale i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici e dai lavoratori (i) con figli fino a dodici anni di età o (ii) senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità, nonché (iii) dei lavoratori con disabilità in situazione di gravità accertata, o, ancora, (iv) che siano *caregivers* ai sensi dell'art. 1, comma 255, legge 27 dicembre 2017, n. 205: cfr. M. BROLO, *Il patto di lavoro*, cit., 470-471; R. ZUCARO, *Lavoro agile tra equilibrio e porosità dei tempi di vita e tempi di lavoro*, in U. CARABELLI (a cura di), *Riforme parallele e disequilibrio vita-lavoro*, Quad. Riv. Giur. Lav., 2023, 8, 83 ss.

39 Sulla distinzione, concettuale e non solo terminologica, tra lavoro agile e *smart working*, v. M. BIASI, *Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale, tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)*, in Lav. Prev. Oggi, 2021, 3/4, 160 ss.

40 Cfr. il Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale del 10 marzo 2021, su cui v. C. SPINELLI, *Il lavoro agile post pandemico nelle pubbliche amministrazioni*, in Lav. Dir. Eur., 2021, 4, 4. V. anche l'art. 2, comma 1-ter, decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30, che, nel riconoscere a favore del lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, ha fatto salva, relativamente al lavoro pubblico, la disciplina dell'istituto del lavoro agile prevista nei contratti collettivi nazionali.

41 Così anche V. PASQUARELLA, *La modalità di lavoro a distanza: dal telelavoro al lavoro agile*, in A. ALLAMPRESE, M. D'ONGHIA (a cura di), *Materiali didattici su diritto del lavoro e digitalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2023, 60.

42 Ma v. già il contratto collettivo “apripista” Funzioni Centrali, sottoscritto il 9 maggio 2022: cfr. A.C. FISCHETTI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: recenti novità CCNL Comparto Funzioni Centrali*, in *salvis iuribus*, 18 gennaio 2023.

ro, sia pur sempre nei limiti dell'orario di lavoro massimo⁽⁴³⁾.

Mette conto in proposito evidenziare come, oltre che nel tempo di non lavoro (tipicamente, nelle ore notturne), il lavoratore non possa venire in alcun modo contattato dal datore di lavoro all'interno della fascia temporale di espletamento della prestazione lavorativa, salvo che nell'intervallo, definito nell'accordo individuale, di c.d. "contattabilità".

In questo modo, non solo il diritto alla disconnessione si espande sino a comprendere (una parte de) il tempo di lavoro, ma anche e soprattutto il prestatore di lavoro gode di un notevole autonomia in punto di organizzazione del proprio lavoro, la quale si riduce inevitabilmente con l'allargamento della durata del periodo di contattabilità fissato nell'accordo individuale sul lavoro agile e, comunque, postula che la verifica del corretto adempimento si basi sul parametro, non già del tempo, bensì degli obiettivi raggiunti. Del resto, le parti sociali mostrano di avere ben chiaro che il lavoro agile è finalizzato a conciliare il benessere e le esigenze di flessibilità dei lavoratori con gli obiettivi di miglioramento del servizio pubblico. Ciò implica che spetta all'amministrazione verificare la sussistenza delle necessarie condizioni tecniche ed organizzative per il ricorso – su base volontaria e consensuale – all'istituto in esame⁽⁴⁴⁾.

Se, dunque, il lavoratore agile gode di un elevato grado di "flex-time", non altrettanto si può dire in punto di "flex-place": le parti sociali hanno infatti stabilito, non discostandosi nella sostanza dalla soluzione già contemplata dalla Dir. n. 3/2017, che, nella scelta dei luoghi di svolgimento della prestazione lavorativa a distanza, il dipendente è tenuto ad accertare la presenza delle condizioni che garantiscono la sussistenza delle condizioni minime di tutela della salute e sicurezza, nonché la piena operatività della dotazione informatica, nonché ad adottare tutte le precauzioni e le misure necessarie e idonee a garantire la più assoluta riservatezza sui dati dell'ente. e sulle informazioni in possesso dell'ente che vengono trattate dal lavoratore stesso.

Soprattutto, "ove necessario", il luogo esterno per lo svolgimento della prestazione è concordato dalle parti e non individuato unilateralmente dal lavoratore, il che costituisce l'ulteriore riprova della volontà delle parti sociali di contemperare, nella fase di esecuzione dell'accordo, le esigenze del lavoratore agile e dell'amministrazione.

Come anticipato, il CCNL Funzioni Locali regola l'utilizzo, non solo del lavoro agile, ma anche del lavoro da remoto, che costituisce una seconda forma di lavoro a distanza la quale si caratterizza per la sostanziale traslazione spaziale di un'attività lavorativa svolta in presenza⁽⁴⁵⁾.

Nello schema da ultimo citato, infatti, il lavoratore risulta soggetto ai medesimi obblighi derivanti dallo svolgimento della prestazione lavorativa presso la sede dell'ufficio, a partire dal necessario rispetto delle disposizioni in materia di orario di lavoro⁽⁴⁶⁾.

Se il minor grado di flex-time rispetto al lavoro agile appare evidente, altrettanto può invero dirsi in riferimento al flex-place. Non solo la prestazione da remoto deve essere effettuata in luogo idoneo e diverso dalla sede dell'ufficio al quale il dipendente è assegnato⁽⁴⁷⁾, ma l'amministrazione è anche tenuta a concordare con il lavoratore il luogo o i luoghi ove viene prestata l'attività lavorativa e a farsi carico della verifica della relativa idoneità, non diversamente da quanto già previsto nella disciplina del telelavoro, di cui il lavoro da remoto pare in effetti costituire l'erede⁽⁴⁸⁾.

43 Art. 66 Funzioni Locali (2019-2021).

44 Artt. 63 e 64 CCNL Funzioni Locali (2019-2021).

45 Art. 68 ss. CCNL Funzioni Locali (2019-2021).

46 Art. 68, comma 1 CCNL Funzioni Locali (2019-2021).

47 V. art. 68, comma 2, CCNL Funzioni Locali (2019-2021), ove, quali luoghi di espletamento della prestazione, si menzionano, a titolo esemplificativo, il domicilio del dipendente, le sedi di *coworking* e i centri satellite.

48 Cfr. art. 70 CCNL Funzioni Locali (2019-2021).

5. Il futuro: le sfide del lavoro agile (e da remoto) nel prisma dell'innovazione tecnologica

All'esito della sintetica ricostruzione proposta, pare potersi affermare che, (anche) nel settore pubblico, il legislatore e le parti sociali hanno costruito e modulato nel tempo un assetto di regole in materia di lavoro agile (e, più in generale, di lavoro a distanza) che appare allo stato completo e "pronto all'uso", oltre che, per certi versi e con tutti i caveat del caso (v. *retro*), già rodato nel corso dell'esperienza pandemica.

Di tal guisa, la sfida, come è stato puntualizzato in dottrina, si sposta ora dal piano normativo a quello organizzativo⁽⁴⁹⁾, dipendendo il successo dello strumento in parola dalla sua idoneità a soddisfare, alla prova dei fatti, tanto l'interesse all'efficienza ed all'efficacia dell'azione amministrativa, quanto l'istanza di un'ottimale conciliazione vita-lavoro dei dipendenti operanti, nell'architettura disegnata dalle parti sociali, con un significativo grado di "flex-time"⁽⁵⁰⁾, prima ancora che di "flex-space".

Non va, tuttavia, trascurata un'ulteriore sfida, che interessa in particolare il progresso tecnologico.

Da più parti si è infatti suggerito che l'ultima frontiera della remotizzazione del lavoro potrebbe implicare il futuro spostamento di (una parte) delle prestazioni lavorative nella dimensione virtuale⁽⁵¹⁾.

Sono, del resto, ben note le sperimentazioni concernenti, nelle imprese più innovative ed avanzate, il lavoro (da intendersi in senso lato, comprendente perciò la attività di formazione) nel Metaverso⁽⁵²⁾.

È fuor di dubbio che ipotizzare che ciò possa avvenire anche in ambito pubblico potrebbe oggi apparire prematuro, se non proprio avveniristico.

Al contempo, però, va pure dato conto di come, nell'ambito di una recentissima iniziativa della Commissione Europea avente ad oggetto i mondi virtuali («*EU strategy to lead on Web 4.0 and virtual worlds*»)⁽⁵³⁾, sia stata ritenuta prioritaria la creazione di un ambiente digitale "aperto, sicuro, affidabile, corretto ed inclusivo", appannaggio dei cittadini, delle imprese e, non da ultimo, delle stesse pubbliche amministrazioni.

Considerata pure l'apertura, nell'ultima stagione contrattuale, verso la diffusione di "altre forme di lavoro a distanza"⁽⁵⁴⁾, verrebbe da chiedersi se, quanto meno in una visione prospettica, Metaverso e lavoro pubblico siano destinati a rimanere per sempre "mondi paralleli", o se, invece, lo sviluppo del mondo virtuale possa in qualche modo partecipare delle stesse esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e, del pari, di conciliazione vita/lavoro – ma anche di inclusione, come ci ricorda il film *Avatar*⁽⁵⁵⁾ – che si pongono alla base dello stesso lavoro agile.

49 A. VISCOMI, *Il lavoro da remoto nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il Foro Vibonese*, 28 luglio 2023.

50 Sul vantaggio reciproco delle parti come presupposto per il successo del lavoro a distanza, v. anche M. BROLLO, *Il patto*, cit., 474.

51 V. MAIO, *Diritto del lavoro e metaverso. Se il lavoro non è un (video)gioco*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 2, pp. 42 ss.

52 M. BIASI, *Il decent work e la dimensione virtuale: spunti di riflessione sulla regolazione del lavoro nel Metaverso*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2023, 1, 1 ss.

53 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3718.

54 V. il titolo del Capo II del CCNL Funzioni Locali (2019-2021), nonché l'art. 68, comma 2, lett. b), CCNL Funzioni Locali (2019-2021), in punto di forme di lavoro da remoto alternative alla modalità dal domicilio del lavoratore.

55 Come ben noto, nel film del 2009, prodotto e diretto da James Cameron, il protagonista è un *marine* paraplegico che torna a combattere, cambiando però fronte, attraverso il proprio *Avatar*.

LAVORO NELLE P.A.

Autonomia responsabile trent'anni dopo

Osservazioni su alcune linee di tendenza dal d.lgs. n. 29 del 1993 a oggi *

SOMMARIO: **1.** Premessa: “autonomia responsabile” nel policentrico quadro delle riforme degli anni Novanta. **2.** La distinzione tra politica e amministrazione e le possibili interferenze: i punti di analisi. **3.** Il coerente collegamento fiduciario/oggettivo tra politica e dirigenza di vertice. Brevi riflessioni sullo *spoils system* a regime. **4.** Autonomia dirigenziale e contrattualizzazione del rapporto di lavoro della dirigenza: un fattore neutro. **4.1.** Autonomia dirigenziale: criteri e trasparenza del conferimento degli incarichi. **4.2.** Autonomia dirigenziale e incarichi a termine. **5.** Autonomia della dirigenza e disfunzioni/squilibri in tema di responsabilità dirigenziale.

DI DANIELA BOLOGNINO

ABSTRACT: Il saggio analizza “l’autonomia responsabile” quale segmento del più complesso rapporto tra “politica e amministrazione”, tenuto conto delle riforme degli anni Novanta di contrattualizzazione del lavoro pubblico da una parte e di spostamento del baricentro, istituzionale e amministrativo, dal “centro” verso le autonomie territoriali, accompagnando la declinazione efficientistica del buon andamento, ai principi di autonomia, decentramento e sussidiarietà. Ne deriva una riflessione sul quadro normativo multilivello e sulle dinamiche applicative dello stesso che tenta di verificare: i) la coerenza, con la distinzione politica-amministrazione, di un modello fiduciarmente oggettivo tra dirigenza apicale e vertice politico; ii) le possibili crepe nel modello di autonomia dirigenziale in riferimento al conferimento degli incarichi dirigenziali (generali e di base) con particolare al fattore “tempo”; iii) l’importanza della trasparenza e del c.d. interpellato; iv) il collegamento tra valutazione dalle *performances* e responsabilità dirigenziale, evidenziando una menomazione del modello già in fase legislativa, da cui le conseguenti distorsioni, normative e applicative anche per l’applicazione della responsabilità manageriale pubblica (ex art. 21, d.lgs. n. 165/2001), che sembra aver assunto un “ruolo marginale” nel nostro sistema in questi trent’anni.

ABSTRACT: *The essay analyzes “accountable autonomy” as a segment of the more complex relationship between “politics and administration,” taking into account the reforms of the 1990s of contractualization of public work on the one hand and of shifting the center of gravity, institutional and administrative, from the “center” to the territorial autonomies, accompanying the efficientist declination of good performance, to the principles of autonomy, decentralization and subsidiarity. The result is a reflection on the multilevel regulatory framework and its application dynamics that attempts to verify: i) the consistency, with the political-administration distinction, of a fiducially objective model between top management and political leadership; ii) the possible cracks in the managerial autonomy model with reference to the conferral of managerial positions (general and basic) with particular reference to the “time” factor; iii) the im-*

* Il saggio rielabora l’intervento al convegno, promosso dalla Rivista, “Trent’anni dopo. Il lavoro nel sistema delle autonomie locali Modelli organizzativi e paradigmi regolativi”. Roma, 24 novembre 2023.

portance of transparency and the c. d. “notice posts available”; iv) the link between evaluation from performance and managerial responsibility, highlighting an impairment of the model already at the legislative stage, hence the consequent distortions, normative and applicative also for the application of public managerial responsibility (ex art. 21, legislative decree no. 165/2001), which seems to have assumed a “marginal role” in our system in these thirty years.

1. Premessa: “autonomia responsabile” nel policentrico quadro delle riforme degli anni Novanta.

Autonomia responsabile: un binomio che coglie ciò che avrebbe dovuto essere l’essenza delle riforme della dirigenza pubblica avviata oramai trent’anni fa con la contrattualizzazione del lavoro pubblico. La prospettiva da cui occorre guardare in questa sede il tema a me assegnato è complessa e caleidoscopica, in quanto:

- a) “autonomia responsabile” è un segmento del più complesso rapporto tra “politica e amministrazione”, la cui linea di confine è stata lasciata “mobile” nella Carta costituzionale, che oscilla tra una amministrazione imparziale, indipendente e al servizio della Nazione (artt. 97 e 98 Costituzione) e un’amministrazione come apparato servente della politica (art. 95 Cost.)⁽¹⁾; sicché è spettato e spetta al legislatore nazionale la ricerca di un equilibrio in base al mutare del contesto socio-economico-politico del Paese;
- b) le riforme avviate negli anni Novanta, quali contrattualizzazione del lavoro pubblico, distinzione tra politica e amministrazione, amministrazione che opera per obiettivi e *new public management*, si intrecciano con le riforme che contestualmente hanno spostato il baricentro, istituzionale e amministrativo, dal “centro” verso le autonomie territoriali⁽²⁾. Dunque, il modello efficientistico di declinazione del buon andamento che ha ispirato (anche) la contrattualizzazione del lavoro pubblico e la managerializzazione della dirigenza pubblica, si è accompagnato al decentramento amministrativo prima e alla riforma - sia pur parziale e incompleta - del Titolo V, parte II, Cost., poi e dunque ai principi di pluralismo, autonomia e sussidiarietà⁽³⁾;
- c) nel 1993 è intervenuta la riforma dell’elezione diretta dei sindaci e dei presidenti delle province con legge n. 81, importante sperimentazione a livello locale e sintomo di una democrazia matura⁽⁴⁾, che ha reso più forte l’esigenza della politica locale di rispondere alle istanze dei cittadini (elettori), incidendo conseguentemente sul posizionamento della linea di confine tra politica e amministrazione.

È in questo complesso assetto di riforme che occorre affrontare il tema “Autonomia

1 S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent’anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, in *Istituzioni del federalismo*, 2021, n. 2, 291-335; D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità (dalla legge delega n. 421/92 alle prospettive di riforma)*, Cedam, Padova, 2007; S. CASSESE, M. SACCONI, V. TALAMO, L. LANZILLOTTA, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, in *LPA*, 2005, fasc. 6, 1039-1066; G. D’ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in *LPA*, 2007, fasc. 2, 349-373; G. GARDINI, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una storia difficile*, in *Diritti fondamentali*, 2018, fasc. 1, 26 ss.; V. TALAMO, *Incarichi dirigenziali e poteri datoriali: le regole del diritto e le torsioni della politica*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2022, n. 1, 4.

2 G. C. DE MARTIN, *Le funzioni amministrative delle Regioni e degli enti locali dopo la legge n. 42/09*, in *Amministrare*, 2010, n. 3, 485-493; V. NICOTRA, *Rapporti fra centro e periferia: spunti su questi 30 anni di federalismo all’italiana*, in *Questa Rivista*, 2023, n. 1, 13-17.

3 T. GROPPI E OLIVETTI (a cura di), *La repubblica delle autonomie, Regioni ed enti locali, nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2001; G. BERTI E G. C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo della Costituzione*, Roma, LUISS, 2002; D. BOLOGNINO E G. D’ALESSIO, *Le fonti del lavoro pubblico a trent’anni dalla contrattualizzazione*, in *questa rivista*, 2023, 2, 25-56;

4 V. NICOTRA, intervento al convegno *Sindaci e Amministrazioni comunali a trent’anni dalla legge n. 81/1993 sulle elezioni dirette*, Venezia, Università Ca’ Foscari, 3 novembre 2023.

responsabile. Controllori e controllati nel sistema delle autonomie locali”, che in questa sede si procederà ad analizzare nella “sola” prospettiva del lavoro pubblico.

In particolare, si tenterà non un bilancio, ma una analisi delle linee di tendenza, coerenti o distoniche, rispetto al modello originario immaginato dal legislatore per questa autonomia responsabile; cercando di mettere in evidenza i chiaroscuri dell'evoluzione normativa, evidenziando:

- sia gli interventi coerenti con il modello originario e che hanno dunque rafforzato il binomio “autonomia responsabile”;
- sia gli interventi legislativi isolati e distonici rispetto al modello originario, che, accompagnati talvolta da una prassi applicativa distorta, hanno inciso negativamente su tale distinzione.

Si tenterà inoltre di effettuare tale analisi nella dimensione multilivello e policentrica del nostro ordinamento e dunque nella prospettiva delle amministrazioni centrali e delle autonomie locali.

2. La distinzione tra politica e amministrazione e le possibili interferenze. I punti di analisi.

Le autonomie locali sono state modello di straordinarie sperimentazioni⁽⁵⁾ e proprio la distinzione tra politica ed amministrazione, con una reciproca riappropriazione delle sfere di competenza, abbandonando il modello gerarchico a favore dell'autonomia funzionale, prima ancora che nel decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, compare nell'art. 51 della legge 8 giugno 1990, n. 142, che stabilisce ai co. 2, 3 e 4⁽⁶⁾ che:

- i) *statuti e regolamenti ... si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi elettivi;*
- ii) *la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti, cui spetta la direzione degli uffici e dei servizi;*
- iii) *i dirigenti sono direttamente responsabili, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa e dell'efficienza della gestione.*

La formulazione risente della sentenza della Corte costituzionale n. 453 del 1990⁽⁷⁾, che in applicazione del principio di imparzialità dell'agire dell'amministrazione, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, primo e terzo comma, della legge della Regione Siciliana 2 dicembre 1980, n. 125, laddove le commissioni giudicatrici operavano “*come vere e proprie “commissioni consiliari”, destinate a rispecchiare le parti politiche dell'organo rappresentativo, con la conseguenza di privilegiare gli interessi particolari degli schieramenti politici di appartenenza dei singoli commissari sull'interesse pubblico alla oggettiva selezione dei migliori*”.

La distinzione tra politica e amministrazione è dunque portata avanti e richiesta dalla Corte costituzionale a fini di imparzialità, per salvaguardare la procedura concorsuale (e l'attività gestionale più in generale) “*da ogni rischio di deviazione verso interessi di parte o comunque diversi da quelli propri del concorso, il cui obiettivo non può essere altro che la selezione dei candidati migliori*”.

5 G. MELONI, *Prendersi cura dell'autonomia locale*, in *Questa Rivista*, 2023, n. 2, 8-14.

6 Art. 51, legge n. 142 del 1990: 2. *Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti che si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi elettivi mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti.*

3. *Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, che la legge e lo statuto espressamente non riservino agli organi di governo dell'ente. Spettano ad essi in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto, la presidenza delle commissioni di gara e di concorso, la responsabilità sulle procedure d'appalto e di concorso, la stipulazione dei contratti.*

4. *I dirigenti sono direttamente responsabili, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa e dell'efficienza della gestione.*

7 Depositata il 26.09.1990

Dunque, la distinzione tra politica e amministrazione fu consacrata prima nella legge n. 142/1990 e successivamente dal d.lgs. n. 29/93, dove in origine l'art. 3, (oggi art. 4 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165) delinea i rispettivi ambiti di competenza, per cui alla politica spetta “la funzione di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare verificando la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione rispetto agli indirizzi impartiti”, ed alla dirigenza compete “l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati”.

La visione del succitato binomio “autonomia responsabile” si interseca dunque in un meccanismo più ampio, il rapporto politica-amministrazione e si declina in “indirizzo-gestione-controllo-responsabilità”⁽⁸⁾. In questo contesto di riforme il legislatore degli anni Novanta aveva e ha inteso valorizzare il ruolo della dirigenza pubblica nel tentativo di renderla, anche attraverso l'utilizzo di metodologie privatistiche nell'attività di gestione e di organizzazione⁽⁹⁾, espressione di una nuova managerialità pubblica (c.d. *new public management*). Nella “visione” innovatrice del legislatore la dirigenza pubblica diviene il fulcro della riforma⁽¹⁰⁾, quale momento di concreta gestione delle scelte effettuate in sede politica, in un'autonomia gestionale cui fa (o avrebbe dovuto fare) da contrappeso la responsabilità manageriale⁽¹¹⁾, elemento imprescindibile e legato allo svolgimento dei poteri gestionali ed organizzativi.

A livello nazionale la distinzione tra politica ed amministrazione si rafforza ulteriormente con la seconda stagione di riforme laddove si sottolinea maggiormente la non ingerenza del Ministro con la modifica dell'art. 14, comma 3, d.lgs. n. 29/93⁽¹²⁾, precludendo (quasi) ogni forma di intervento diretto dall'alto tipica della subordinazione gerarchica come interventi in via successiva di secondo grado, quali la revoca, la riforma, la riserva nonché l'adozione in prima battuta di atti e provvedimenti di competenza dei dirigenti. Residua il potere di nomina del commissario *ad acta*, laddove ricorrano i presupposti fissati per legge (inerzia e grave inosservanza delle direttive con pregiudizio per l'interesse pubblico) ed il cui operato è soggetto a limiti procedurali (fissazione di un termine perentorio entro cui adottare l'atto da parte del dirigente, contestazione).

8 D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità (dalla legge delega n. 421/92 alle prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 2007.

9 E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro, un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2002; A. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, cit., 3-5; H. BONURA, *L'organizzazione degli uffici*, in *Lavoro pubblico*, V. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), Milano, Giuffrè, 2019, 85-146.

10 G.C. DE MARTIN, *Gli obiettivi del convegno*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), in *Il nuovo assetto del lavoro pubblico. Bilanci della prima tornata contrattuale, nodi problematici, prospettive*, Quaderni ARAN, Franco Angeli, 1999, 25; G. D'ALESSIO, *La riforma della dirigenza amministrativa nella prima elaborazione giurisprudenziale, (1998 - 2000)*, in *Lav. p.a.*, 2001, I, 45 s.s.; G. D'AURIA, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, in *Lav. p.a.*, 2001, I, 15 ss..

11 G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali*, Torino, 2011; L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale dopo il decreto legislativo n. 29/93*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, n. 3-4, 299 ss.; G. DI GASPARE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa ed indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?* in *Diritto Pubblico*, 2001, 2, 678.

12 L'originaria versione dell'art. 14, comma 3, d.lgs. n. 29/1993 prevedeva un potere di avocazione in capo al Ministro in caso di necessità ed urgenza da specificare nel provvedimento di avocazione (da comunicare al Presidente del Consiglio dei ministri). L'atto di avocazione, espressione di un modello di organizzazione gerarchico e della discrezionalità del vertice politico, è stato considerato come potenzialmente lesivo delle competenze funzionali del dirigente, in particolare sono stati sollevati problemi relativi alla assenza di una previsione di messa in mora del dirigente e alla possibilità di far rispondere in termini di responsabilità il dirigente per scelte effettuate da altri.

In parallelo per il personale degli enti locali, il cui coordinamento nell'applicazione della normativa è previsto all'art. 70, co. 2 e 3, decreto legislativo n. 165/2001⁽¹³⁾, l'attuale decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (di seguito anche solo Tuel) prevede:

- trasfondendo l'art. 51, l. n. 142/1990 e modificandone il contenuto, la competenza funzionale della dirigenza per l'attività gestionale che impegna l'amministrazione verso l'interno e verso l'esterno, all'art. 107, Tuel;
- l'applicazione della responsabilità manageriale in via esclusiva alla dirigenza in relazione agli obiettivi dell'ente, alla correttezza amministrativa, alla efficienza e dei risultati della gestione (art. 107 Tuel);
- l'applicazione del decreto n. 29/1993 (oggi d.lgs. n. 165/2001) all'ordinamento degli uffici e del personale degli enti locali "compresi i dirigenti e i segretari comunali" (art. 88 Tuel), fermo restando quanto indicato dall'art. 70, comma 2, d.lgs. n. 165/2001;
- l'applicazione dei principi di valutazione di cui all'allora vigente (oggi abrogato) art. 5, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 (vedremo poi l'adattamento a seguito dell'intervenuta riforma Brunetta del 2009);
- la non ingerenza nelle attività gestionali anche per gli uffici di diretta collaborazione del vertice politico, laddove all'art. 90, co. 3-bis⁽¹⁴⁾ Tuel stabilisce che "*Resta fermo il divieto di effettuazione di attività gestionale anche nel caso in cui nel contratto individuale di lavoro il trattamento economico, prescindendo dal possesso del titolo di studio, è parametrato a quello dirigenziale*".

Tuttavia, una prima crepa nel muro viene aperta dal legislatore in modo diretto "a fini di contenimento della spesa pubblica" con la legge finanziaria per il 2001 (art. 53, comma 23, della legge n. 388 del 2000)⁽¹⁵⁾ che per i piccoli comuni (ossia quelli con popolazione inferiore ai 5000 abitanti), in deroga all'articolo 3, co. 2, 3 e 4, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e all'articolo 107 del Tuel, prevede che nei loro regolamenti possano attribuire "*ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale*".

Come spesso accade, la deroga – sebbene a regime – non è stata inserita nel Tuel, forse perché occhio non vede e cuore non duole, ma è una deroga importante laddove si pensi, che da dati ANCI, si riferisce al 69% dei comuni italiani⁽¹⁶⁾.

Al di là di questa deroga espressa, va però evidenziato che negli anni vi è stato un costante tentativo ideologico, prima ancora che positivo, del legislatore di distinguere l'amministrazione dal Governo e allo stesso tempo di tutelarla dall'azione del "Gover-

13 Art. 70, comma 2 e 3, d.lgs. n. 165/2001: "2. *Restano ferme le disposizioni di cui al titolo IV, capo II del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, riguardanti i segretari comunali e provinciali, e alla legge 7 marzo 1986, n. 65 - esclusi gli articoli 10 e 13 - sull'ordinamento della Polizia municipale. Per il personale disciplinato dalla stessa legge 7 marzo 1986, n. 65 il trattamento economico e normativo è definito nei contratti collettivi previsti dal presente decreto, nonché, per i segretari comunali e provinciali, dall'art. 11, comma 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 4 dicembre 1997, n. 465.*

3. *Il rapporto di lavoro dei dipendenti degli enti locali è disciplinato dai contratti collettivi previsti dal presente decreto nonché dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*".

14 Tale precisazione è stata inserita con l'art. 11, comma 4, decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

15 Il comma stabilisce che "Gli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti fatta salva l'ipotesi di cui all'articolo 97, comma 4, lettera d), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, anche al fine di operare un contenimento della spesa, possono adottare disposizioni regolamentari organizzative, se necessario anche in deroga a quanto disposto all'articolo 3, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e all'articolo 107 del predetto testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. Il contenimento della spesa deve essere documentato ogni anno, con apposita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio".

16 Atlante piccoli comuni ANCI, aggiornato a luglio 2019. <https://www.anci.it/atlante-dei-piccoli-comuni/>

no quale organo politico⁽¹⁷⁾”, senza tuttavia giungere a delineare un’autonomia compiuta e stabile della dirigenza pubblica.

Vedremo che sebbene negli interventi organici di riforma sulla dirigenza pubblica il principio di distinzione di competenze tra politica ed amministrazione non sia mai stato messo in discussione dai legislatori che nel tempo si sono avvicinati, ciò che ha subito continuamente modifiche è la linea di confine tra politica e amministrazione per effetto di modifiche, occasionali, ma dentro e fuori dal d.lgs. n. 165/2001, accompagnate da una prassi applicativa distorta di alcuni strumenti teoricamente neutri.

La conseguenza è stata:

- da una parte l’emersione di possibili influenze indirette della politica in grado di comprimere l’autonomia della dirigenza; ciò emerge dall’analisi dei fondamentali e delicati temi del conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, del proliferare di istituti fiduciari, sia attraverso forme improprie di *spoils system*, sia attraverso l’espansione degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni, dall’attuazione in larga parte solo formale della valutazione delle *performances*, dallo snaturarsi della responsabilità dirigenziale, non più prevalentemente manageriale pubblica, ma sostanzialmente per inadempimento;
- all’altra una controproducente co-responsabilità nell’anestetizzare alcuni istituti di garanzia (es.: valutazione delle *performance*) e l’emersione di improprie forme di garanzia, sul versante economico, in sede contrattuale (espressione forse di un nuovo equilibrio dello scambio sicurezza contro potere)⁽¹⁸⁾.

In questa sede, tentando una lettura parallela della dimensione delle amministrazioni centrali e delle autonomie locali, concentreremo l’attenzione, per ragioni di tempo, solo su:

- a) la coerenza, con la distinzione politica-amministrazione, di un modello fiduciarmente oggettivo tra dirigenza apicale e vertice politico, per altro avallata dalla Corte costituzionale;
- b) le possibili crepe nel modello di autonomia dirigenziale in riferimento al conferimento degli incarichi dirigenziali (generali e di base) con particolare al fattore “tempo”;
- c) l’importanza della trasparenza in riferimento alle posizioni dirigenziali disponibili e dunque al valore positivo del c.d. interpello;
- d) il collegamento tra valutazione delle *performances* e responsabilità dirigenziale, laddove la prima da strumento di garanzia per la dirigenza pubblica e punto di riferimento per il controllo politico sembra essere la grande assente sulla scena, con ricadute sia in fase di conferimento dell’incarico, sia in fase di applicazione della responsabilità;
- e) le conseguenti distorsioni, normative e applicative del modello di responsabilità manageriale pubblica.

Non affronteremo per questione di tempo sia i pur importanti temi dell’ampliamento degli istituti fiduciari di conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni (ex art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001 e art. 110 Tuel), sia l’emersione di eccessi di garanzie sul trattamento economico in sede contrattuale.

17 M.S. GIANNINI, *Parlamento, Governo ed amministrazione*, in *La burocrazia*, F. FERRARESI A. SPREAFICO (a cura di), Bologna, 1975, 452.

18 D. BOLOGNINO, *Una visione multilivello della distinzione tra politica e amministrazione: i due “centri di potere” alla luce e all’ombra delle evoluzioni-involuzioni normative e delle prassi applicative*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2021, 449-465.

3. Il coerente collegamento fiduciario/oggettivo tra politica e dirigenza di vertice.

Brevi riflessioni sullo *spoils system* a regime.

Occorre partire da un dato di fatto prima che normativo: è fisiologico che debba esserci un rapporto di fiducia tra politica e vertice dell'amministrazione; lo richiede o non lo impedisce la Costituzione (a seconda della interpretazione che si voglia dare)⁽¹⁹⁾, è fondamentale per garantire che vi sia un "anello di congiunzione" tra politica e amministrazione⁽²⁰⁾.

Lo strumento principe che ha consacrato questo rapporto di fiducia è certamente lo *spoils system* all'italiana, nella sua versione a regime di cui all'art. 19, co. 8, d.lgs. n. 165/2001. L'istituto comparve con la c.d. seconda privatizzazione, quando anche i dirigenti generali, abbandonato lo *status* pubblicistico, furono destinatari di incarico a termine, e qualora rivestano incarichi apicali (art. 19, comma 3, d.lgs. n. 165/2001) soggetti a possibile revocabilità "nel caso in cui cambi il vertice politico che li ha conferiti"⁽²¹⁾. L'art. 19, co. 8, d.lgs. n. 165/2001 originario stabiliva la possibilità, entro novanta giorni dal voto di fiducia del Governo, di conferma, revoca, modifica o rinnovo degli incarichi dirigenziali apicali di Segretario generale di ministeri, di incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e di livello equivalente (ossia gli incarichi ex art. 19, co. 3, d.lgs. n. 165/2001). Ove nessun provvedimento fosse stato posto in essere nel periodo in questione, gli incarichi si intendevano confermati sino alla loro naturale scadenza. Con la legge 15 luglio 2002, n. 145⁽²²⁾ si rafforzò ulteriormente il legame di fiduciarità che intercorre tra politica e vertice amministrativo, prevedendo che gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al co. 3, cessino decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo. Tale riformulazione dell'art. 19, co. 8, d.lgs. n. 165/01 è attualmente in vigore.

Ragionando al contrario in riferimento alle pronunce della Corte costituzionale che si sono susseguite, possiamo ritenere pacificamente legittimo il meccanismo di *spoils system* a regime. Si ricorderà infatti che la sentenza (madre) ossia la n. 103 del 2007, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il solo c. d. *spoils system* "una tantum"⁽²³⁾ introdotto con l'art. 3, co. 7, della l. n. 145/2002, perché prevedeva la cessazione automatica, *ex lege* e generalizzata degli incarichi dirigenziali di livello generale (art. 19, co. 4, d.lgs. n. 165/2001) al momento dello spirare del termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge n. 145/2002 (quindi incarichi altri e diversi da quelli apicali di cui all'art. 19, co. 3, l. n. 165/2001, per una sola volta in capo a quel Governo ecco perché *una tantum*). Se così è, al contrario, è da ritenersi legittimo lo *spoils system* riferito "a posizioni apicali" del cui supporto l'organo di governo "si avvale per svolgere l'attività di indirizzo politico amministrativo"⁽²⁴⁾.

Nella stessa direzione l'orientamento della Corte costituzionale per l'anello di congiunzione tra politica e amministrazione nelle autonomie locali, ossia il Segretario comunale. Il legislatore nazionale coniuga per questa figura esigenze di alta professio-

19 D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità (dalla legge delega n. 421/92 alle prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 2007, 1-16.

20 Si vedano Corte cost., sentenza n. 313 del 1996 e n. 103 del 2007.

21 M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, 11.

22 C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello stato dopo la l. n. 145 del 2002*, in LPA, 2002, 929 ss.

23 D. BOLOGNINO, *Nuove ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale: alcune riflessioni sulle "estensioni" legislative dello spoils system e sulla valutazione del personale con incarico dirigenziale*, in LPA, 2008, 58-103; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in Il Foro amministrativo TAR, 2011, 2968-2977.

24 A. BOSCATI, *La privatizzazione della dirigenza generale promossa a pieni voti dalla Consulta*, in Lav. pubbl. amm., 2002, 310 ss.

nalità accertate con il concorso per l'iscrizione all'Albo dei segretari, necessarie per la nomina da parte del sindaco ed esigenze di collaborazione fiduciaria oggettiva, delineando un legame di "dipendenza funzionale" dal vertice politico, anche con un collegamento tra la durata dell'incarico del segretario comunale e il mandato del sindaco che lo ha nominato. Sicché, salvo che per la revoca dell'incarico per violazione dei doveri d'ufficio (art. 100 Tuel) "*la nomina ha durata corrispondente a quella del mandato del sindaco o del presidente della provincia che lo ha nominato*" (art. 99, co. 1, Tuel).

Questo collegamento fiduciario in senso oggettivo è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 23 del 2019. La Consulta ha affrontato il tema a tutto tondo nella prospettiva dell'evoluzione normativa della figura e del ruolo del segretario comunale, del collegamento con l'introduzione dell'elezione popolare diretta dei sindaci, con la legge 25 marzo 1993, n. 81 e con il decentramento che negli anni novanta hanno accentuato l'autonomia degli enti locali, ricordando che è nel complesso di questo quadro normativo che la legge 15 maggio 1997, n. 127⁽²⁵⁾ ha introdotto un parallelismo tra il mandato del sindaco e la durata dell'incarico di segretario comunale (poi trasfuso nell'art. 99 del Tuel).

Il ruolo del segretario comunale è stato ripetutamente riformato⁽²⁶⁾, per cui abbiamo ad oggi di fronte un soggetto che da una parte è funzionario statale assunto per concorso, ma dall'altro preposto allo svolgimento delle sue funzioni con nomina "*relativamente discrezionale del sindaco; non revocabile ad nutum durante il mandato (salvo che per violazione dei doveri d'ufficio), ma destinato a cessare automaticamente dalle proprie funzioni al mutare del sindaco (salvo conferma), eppure anche in tal caso garantito nella stabilità del suo status giuridico ed economico e del suo rapporto d'ufficio*"⁽²⁷⁾.

Alla luce di tali peculiarità e tenendo conto della giurisprudenza costituzionale in materia di meccanismi di *spoils system*, la Consulta stabilisce che "*il segretario comunale è certamente figura apicale e altrettanto certamente intrattiene con il sindaco rapporti diretti, senza intermediazione di altri dirigenti o strutture amministrative*". Tra il segretario comunale e il vertice politico si instaura infatti:

- un rapporto di fiduciarietà oggettiva, laddove la nomina - pur fiduciaria e condotta *intuitus personae* - avviene tra chi è iscritto all'Albo dei segretari (iscrizione avvenuta per concorso) e "*presuppone l'esame dei curricula di coloro che hanno manifestato interesse alla nomina e richiede quindi non solo la valutazione del possesso dei requisiti generalmente prescritti, ma anche la considerazione, eventualmente comparativa, delle pregresse esperienze tecniche, giuridiche e gestionali degli aspiranti*";
- il rapporto che si instaurerà col vertice del Comune lo porterà a coadiuvare e supportare sindaco e giunta nella fase preliminare della definizione dell'indirizzo po-

²⁵ Art. 17, comma 70, legge 15 maggio 1997, recante *Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*.

²⁶ Si veda il decreto-legge 31 maggio del 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, ha riportato il segretario comunale ad avere un rapporto d'ufficio, come funzionario del Ministero dell'interno (e non più con la soppressa Agenzia) e un rapporto di servizio con il Comune, in virtù della nomina del sindaco, e della dipendenza funzionale dal Comune; sicché l'amministrazione datrice di lavoro (Ministero dell'interno) continua a non coincidere con quella che ne utilizza le prestazioni

²⁷ La giurisprudenza di legittimità e quella amministrativa sottolineano concordemente che il segretario comunale, benché dipenda personalmente dal sindaco, intrattenendo un rapporto funzionale con l'amministrazione locale, resta tuttavia un funzionario statale, e il suo *status* giuridico, ancorché particolare, è interamente disciplinato dalla legislazione statale (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza 11 agosto 2016, n. 17065; Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 5 aprile 2005, n. 1490).

litico-amministrativo e – dice la Consulta “non potrà quindi non influenzarli”⁽²⁸⁾.

Ne deriva che la scelta del legislatore “di uno *spoil system a regime*” anche per il segretario comunale, figura apicale dell’amministrazione, “non è irragionevole” in quanto funzionale a permettere “al sindaco neoeletto di non servirsi necessariamente del segretario in carica” (Corte cost. n. 23 del 2019).

Parimenti la Corte costituzionale tutela il segretario da ingerenze politiche “nel corso del suo incarico”, si veda la recente sentenza della Corte cost. n. 95 del 2021⁽²⁹⁾, che analizza la questione relativamente allo status giuridico del segretario comunale nell’ordinamento dell’autonomia speciale del Trentino Alto-Adige. La norma che viene censurata differisce dal Tuel a partire dall’instaurazione del rapporto di lavoro in assenza di una procedura concorsuale per l’iscrizione all’albo, che meriterebbero attenzione, ma che in tal sede non si ha il tempo di affrontare. Tuttavia ciò che preme evidenziare è la scelta della Consulta di tutelare “nel corso dell’incarico” il segretario, dichiarando illegittime le disposizioni⁽³⁰⁾ che consentono una revoca dell’incarico per valutazione negativa consecutiva per tre anni, omettendo tuttavia di indicare sia la procedura di garanzia per giungere all’applicazione della sanzione della revoca, sia di raccordarsi con la disciplina di valutazione del personale comunale di cui fa parte il segretario della Provincia autonoma, sia di specificare la necessità di obiettivi e criteri predeterminati ai fini della valutazione.

Dunque, da queste pronunce della Corte costituzionale emerge la conferma della legittimità delle scelte oggettivamente fiduciarie per gli incarichi apicali, e conseguentemente correlate da legittime, sia pur limitate forme di *spoil system a regime* e garanzie in corso di incarico anche per i soggetti apicali, assistiti da revoche legate al necessario sistema di valutazione delle *performances* (nervo scoperto come vedremo tra breve).

4. Autonomia dirigenziale e contrattualizzazione del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica: un fattore neutro.

A questo punto va evidenziato che non è stata e non è la contrattualizzazione che “precarizza la dirigenza e tenta di minarne l’autonomia”⁽³¹⁾. Gli strumenti individuati dalla contrattualizzazione, vedremo, sono tendenzialmente “neutri”, se non addirittura a favore dell’autonomia gestionale, è l’uso improprio che in alcuni casi viene fatto e le continue deroghe normative, che prescindono dal modello “privatistico o pubblicistico” utilizzato, che tentano di piegare l’istituto “conferimento degli incarichi” in forma impropriamente fiduciaria, quale che sia il livello dell’incarico da ricoprire. Come è noto, con la c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro della dirigenza pub-

28 Afferma la Consulta “non già nel senso di indicare o sostenere obiettivi specifici, piuttosto nella direzione di mostrare se quegli obiettivi possono essere legittimamente inclusi fra i risultati che gli organi di direzione politico-amministrativa intendono raggiungere, indicando anche, nel momento stesso in cui la decisione deve essere assunta, i percorsi preclusi, o anche solo resi più difficoltosi, dalla necessità di rispettare leggi, statuto e regolamenti. La Corte costituzionale evidenzia come vi sia stata in capo al legislatore la “diffusa convinzione secondo cui, negli enti locali, le scelte politiche e quelle gestionali risulterebbero spesso frammiste, e la responsabilità amministrativa finirebbe col diventare un elemento della stessa responsabilità politica del sindaco eletto direttamente, deducendosi così la necessità di attribuire a quest’ultimo l’individuazione dei suoi più stretti collaboratori amministrativi, fra i quali vien fatto rientrare il segretario comunale” (Corte cost. n. 23 del 2019).

29 Fortemente critico nei confronti del contenuto di questa sentenza G. D’AURIA, *Fiduciarità degli incarichi di segretario comunale (e degli incarichi per funzioni di controllo o di garanzia delle amministrazioni pubbliche)?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, n. 3, 1155-1167.

30 Per questa specifica fattispecie si fa riferimento alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, lettera g), della legge della Regione Trentino-Alto Adige 16 dicembre 2019, n. 8 (Legge regionale collegata alla legge regionale di stabilità 2020), nella parte in cui introduce l’art. 148-bis, il comma 4 e nella legge della Regione Trentino-Alto Adige 3 maggio 2018, n. 2 (Codice degli enti locali della Regione autonoma Trentino-Alto Adige).

31 G. D’ALESSIO, *I rapporti tra funzione di indirizzo politico amministrativo e compiti di gestione delle pubbliche amministrazioni e la disciplina della dirigenza*, in *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998)*, in M. D’ANTONA, P. MATTEINI, V. TALAMO, (a cura di), Milano, 2001, 37.

blica⁽³²⁾ si è delineato un sistema del tutto peculiare, dove il dirigente superato il corso-concorso per l'accesso alla dirigenza viene inserito nel ruolo unico (oggi ruoli dei singoli ministeri), instaurando il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nel quale si incardina di volta in volta un incarico conferito a termine⁽³³⁾. Tale sistema si delinea in maniera completa con la riforma del 1997-1998 (legge delega n. 59/97 e successivi decreti delegati), che ha permesso: a) sul piano strutturale, “il completamento dell'attuazione del processo di contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti, introducendo definitivamente il principio della temporaneità degli incarichi connessi al rapporto di ufficio”; b) sul piano delle competenze, “l'abbandono del modello incentrato esclusivamente sul principio della responsabilità ministeriale”, facendo perno sulla “distinzione tra il potere di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale svolta dai dirigenti” (così la Corte Costituzionale, sentenza n. 103 del 2007)⁽³⁴⁾. La ratio stessa della riforma normativa ha inteso incentivare l'autonomia dirigenziale, consentendo alla dirigenza di fuoriuscire dalla logica “di nascere e morire all'interno di un medesimo ufficio”, facendo sì che l'incarico a termine e la (in origine vigente) rotazione⁽³⁵⁾ degli incarichi favorisse lo sviluppo delle professionalità della dirigenza pubblica.

In questo contesto, relativamente al rapporto tra autonomia dirigenziale e sistema di conferimento degli incarichi, sono necessarie almeno due riflessioni:

- a) sui criteri di conferimento dell'incarico dirigenziale, in relazione all'oggettività dei criteri preordinati alla scelta del dirigente cui conferire l'incarico e alla trasparenza di tale iter;
- b) sull'incarico a termine.

Entrambi sono di fondamentale importanza per garantire l'autonomia dirigenziale, per cui si tenterà di mettere in luce gli interventi normativi che hanno favorito l'autonomia dirigenziale e quelli che, deviando rispetto al modello della contrattualizzazione disegnato in linea con la Costituzione⁽³⁶⁾, hanno incrinato l'autonomia in questione.

I ragionamenti che si svilupperanno sono in larga parte validi anche per la dirigenza delle autonomie locali, in virtù di quanto disposto: i) dall'adeguamento richiesto allo statuto e ai regolamenti ai principi del presente capo e del capo II del decreto legislativo del 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni ai sensi dell'art. 111 Tuel⁽³⁷⁾; ii) dalla formulazione dell'art. 109 Tuel recante la disciplina del conferimento di funzioni dirigenziali e dalla disciplina del Ccnl di Area che prevedeva l'adeguamento per gli enti alle regole sugli incarichi dirigenziali ai principi stabiliti dall'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, con particolare riferimento ai criteri per il conferimento e la revoca e per il passaggio ad incarichi diversi nonché per la relativa durata.

32 Si ricorda che la privatizzazione della dirigenza pubblica è avvenuta in due “fasi”, ossia con il d.lgs. n. 29/1993 si è contrattualizzata la dirigenza di base e con la l. d. n. 59/1997 si è estesa la contrattualizzazione anche alla dirigenza apicale.

33 G. D'ALESSIO, *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, seconda ed., Milano, 2000, I, 768 ss.; A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali ed il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. It.*, 2010, 2710 ss..

34 G. NICOSIA, *Le opinioni della Corte Costituzionale su spoils system, fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il “caso Speciale” è davvero speciale?*, in *LPA*, 2007, 497-515; F. JORIO, *Lo spoils system viene nuovamente ridisegnato dal Giudice delle leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007*, su: federalismi.it; F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*; *Forum dei Quaderni Costituzionali*.

35 Il principio della rotazione degli incarichi è stato abrogato dalla l. n. 145/2002.

36 Così si è puntualmente espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 103 del 2007.

37 Sul tema autorevolment S. DOTA, *La dirigenza degli enti locali e le novità del decreto legislativo n. 75/2017*, in *Guida Enti locali*, 2018, 472.

4.1. Autonomia dirigenziale e criteri e trasparenza per il conferimento degli incarichi.

I criteri individuati dal legislatore per il conferimento dell'incarico dirigenziale, ricorda la Corte Costituzionale (già nell'ordinanza n. 11/2002), sono di fondamentale importanza, in quanto sono posti affinché la P.A. effettui una scelta "oggettivamente fiduciaria", con garanzia tanto per il dirigente, che vede valorizzata la propria professionalità anche in base ai risultati ottenuti in precedenza, tanto per la P.A., che deve poter individuare il dirigente che, per le sue capacità professionali, sia idoneo a ricoprire un determinato incarico di funzione dirigenziale (garantendo dunque il buon andamento dell'azione amministrativa).

L'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, la cui formulazione ha subito numerose modifiche, di cui le più importanti ad opera della l. n. 145/2002 e da ultimo dal d.lgs. n. 150/2009, individua legislativamente i criteri, di carattere soggettivo e oggettivo, di cui si deve tener conto per il conferimento dell'incarico dirigenziale. La novità della normativa risiedeva e risiede non nel conferimento di funzioni dirigenziali astrattamente preordinate, ma nella configurazioni di incarichi specifici, commisurati alle caratteristiche dell'azione da svolgere, sicché "tutti gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale sono contraddistinti da caratteri di concretezza tali da giustificare il conferimento", tanto "sotto il profilo oggettivo della loro coerenza con il quadro dell'indirizzo politico amministrativo deliberato nell'anno dal governo", tanto "sotto il profilo soggettivo della sussistenza di idonee attitudini, e capacità professionalità dei singolo dirigenti, comprovate anche dai risultati conseguiti in precedenza" (Corte dei conti, delibera del 24 gennaio 2002, n. 6).

Nonostante questo dettato normativo è noto che vi sia stata una difficoltà nella concreta attuazione della disposizione, come a più riprese ha sottolineato la Corte dei conti, nell'ambito del suo potere di controllo preventivo di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), l. n. 20/94). Vi è stata una difficoltà nella predisposizione di incarichi dirigenziali "per obiettivi" che individuassero in maniera puntuale i compiti attribuiti a ciascun dirigente, e, nell'ambito di questi, gli obiettivi da perseguire e la relativa scala di priorità, necessari sia per una idonea collocazione del dirigente, in base alla propria professionalità, sia per poter effettuare una sua valutazione che permetta di stabilire l'esistenza di eventuali responsabilità (Corte dei conti, delibera del 22 marzo 2001, n. 19) e di conferire trattamenti retributivi diversificati legati al raggiungimento degli obiettivi assegnati.

Posto dunque che i criteri di conferimento dell'incarico dirigenziale sono stabiliti (anche) a garanzia del dirigente (in particolare della sua professionalità e autonomia), nel corso di questi trent'anni la tutela del dirigente delle amministrazioni centrali dello Stato per l'eventuale mancato rispetto dei criteri di conferimento dell'incarico dirigenziale è passata per diverse strade:

- i) il possibile stop della Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti ex art. 3, lett. b), l. 20/94;
- ii) la tutela risarcitoria accordata dal giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro ove abbia ravvisato, oltre al mancato rispetto dei criteri di conferimento dell'incarico (previsti dalla disposizione normativa e dalla contrattazione collettiva), anche la violazione dei principi di correttezza e buona fede⁽³⁸⁾;
- iii) un crescente ampliamento dell'applicazione del principio di trasparenza a seguito dell'introduzione dell'obbligo di interpello ad opera del decreto legislativo n. 150/2009.

³⁸ Per un approfondimento si rinvia a D. BOLOGNINO, *Garanzia e tutela del dirigente pubblico attraverso il rispetto dei criteri di conferimento dell'incarico*: nota alla sentenza della Corte di Cassazione, 14 aprile 2008, n. 9814, in LPA, 2008, n. 5, 845-860.

In riferimento a quest'ultimo punto il d.lgs. n. 150/2009 ha operato innanzitutto rafforzando il contenuto dell'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, stabilendo che per il conferimento degli incarichi dirigenziali occorre tener conto degli obiettivi prefissati, della complessità della struttura, dei risultati raggiunti e della valutazione ottenuta in precedenza dal dirigente stesso precisando, che la professionalità attestata nel sistema di valutazione è criterio in base al quale (unitamente agli altri) attribuire gli incarichi. Inoltre, la normativa è andata a favore della trasparenza⁽³⁹⁾ e della comparazione dei candidati, laddove al comma 1-bis ha introdotto l'obbligo del c.d. interpellò; l'amministrazione deve infatti “rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta”⁽⁴⁰⁾.

La disposizione normativa è stata salutata con favore essendo in gradi di garantire la dirigenza in fase di conferimento dell'incarico; tuttavia non sono mancate interpretazioni discutibili del comma 1-bis in questi anni, che in questa sede vale la pena ricordare; si fa in particolare riferimento ad alcune delibere della Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità, dove la Corte propone un ragionamento applicativo differente, a seconda della tipologia di incarico da conferire, ossia di dirigenza c.d. di base o incarico di dirigenza c.d. apicale.

In particolare, nella delibera n. 3 del 2013, la Corte dei conti, sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, ha ricusato il visto e rifiutato la registrazione del provvedimento di tre incarichi dirigenziali (di base)⁽⁴¹⁾ conferiti dal Ministero dei trasporti in assenza della pubblicazione dell'interpello di cui all'art. 19, comma 1 bis, d.lgs. n. 165/2001. La Corte dei conti ha stabilito come la disposizione normativa sia da interpretare in base “alle finalità fatte palesi dal legislatore che ha inteso contemperare le esigenze e le aspirazioni professionali dei dirigenti, ai quali la legge garantisce espressamente pari opportunità, con quelle della funzionalità delle amministrazioni. Corollario del suddetto quadro normativo è che l'amministrazione, per non creare forme di discriminazione e di odioso privilegio, debba mettere senza indugio a disposizione dei dirigenti tutti i posti vacanti allorquando si rendano disponibili, riservandosi di effettuare una valutazione ponderata tra coloro che hanno manifestato l'interesse a ricoprirli, attraverso la specifica procedura d'interpello”.

Tuttavia, la Corte dei conti è stata di diverso avviso per il conferimento di un incarico dirigenziale apicale nella deliberazione n. 3 del 2012, dove ha stabilito che la mancata applicazione dell'art. 19, comma 1-bis, d.lgs. n. 165/2001⁽⁴²⁾, per la nomina di soggetti che vanno ad assumere funzioni dirigenziali “apicali”⁽⁴³⁾ come quelle menzionate, non incide sulla legittimità del provvedimento all'esame. La delibera si è basata:

39 Lart. 48, Cnl Area funzioni locali richiama il medesimo principio di trasparenza laddove stabilisce che “L'incarico dirigenziale è conferito, con provvedimento dell'ente, nel rispetto delle vigenti norme di legge in materia e degli atti previsti dai rispettivi ordinamenti, in osservanza dei principi di trasparenza che gli stessi prevedono”.

40 Non sono mancate deroghe per singole amministrazioni, sia pur motivate da esigenze di riorganizzazione e limitate nel tempo: art. 2, comma 20-bis, d.l. 6 luglio 2012, n. 95: “Al fine di accelerare il riordino previsto dagli articoli 23-quater e 23-quinquies, fino al 31 dicembre 2012 alle Agenzie fiscali non si applica l'articolo 19, comma 1-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel caso in cui conferiscano incarichi di livello dirigenziale generale ai sensi del comma 6 del citato articolo 19 a soggetti già titolari di altro incarico presso le predette Agenzie o presso l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato”.

41 G. D'ALESSIO, A. FERRANTE, A. PIOGGIA, *La disciplina della dirigenza professionale*, in *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Il Mulino, 2008, 135 – 137.

42 M. M. C. COVIELLO, *L'interpello per il conferimento dell'incarico: procedura pubblicistica a connotazione negoziale?*, su Amministrazioneincammino.luiss.it; 24.09.2013.

43 In particolare, la Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato è stata chiamata a pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 19, co. 1-bis, d.lgs. n. 165/2001 agli incarichi dirigenziali generali di Capo Dipartimento e di Segretario Generale.

- sulla affermazione della natura di atti di alta amministrazione⁽⁴⁴⁾ degli atti di conferimento dell'incarico dirigenziale "apicale";
- sulla compressione del potere di controllo, circoscritto al controllo estrinseco di legittimità, relativo alla manifesta illogicità formali e procedurali, oltre alla sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto ed al rispetto delle regole sulla competenza. Sicché, può leggersi *"l'attività di collaborazione e di coordinamento con l'organo politico intestata al soggetto destinatario dell'incarico fa sottendere un rapporto fiduciario tacito che, se non anche completamente svincolato dal principio di legalità e da quella costituzionale di cui all'art. 113, in ordine alla impugnabilità degli atti amministrativi per lesione di diritti soggettivi ed interessi legittimi, denota ampi spazi di discrezionalità connessi al merito"*. Per la Corte dei conti *"il grado di fiducia personale tra dirigente amministrativo e dirigente politico, incorporato in una determinata posizione dirigenziale in modo tale da legittimare il potere politico a fare scelte insindacabili con il rispetto, tuttavia, del principio di legalità come sopra delimitato"*.

Tali ultimi ragionamenti non convincono, innanzitutto in riferimento alla natura dell'atto, sul cui tema si rinvia ad altra sede⁽⁴⁵⁾, né in riferimento alla collocazione sistematica dell'art. 19, co. 1-bis, d.lgs. n. 165/2001, in quanto non vi è alcuna indicazione che induca a ritenere che la sua applicazione sia circoscritta solo a parte degli incarichi da conferire ai sensi dell'art. 19, in questione; anzi, proprio la formulazione ampia e la collocazione in apertura dell'articolo prima dei commi riservati al conferimento dei singoli incarichi dirigenziali, fa in maniera lampante desumere che la disposizione sia applicabile tanto agli incarichi dirigenza c.d. di base, quanto agli incarichi c.d. apicali.

Sicché se è innegabile ed è giusto che sussista un rapporto fiduciario inteso in senso oggettivo tra il vertice politico ed il vertice amministrativo delle amministrazioni pubbliche (§ 3), ciò non viene in alcun modo messo in discussione dall'applicazione dell'art. 19, comma 1-bis, d.lgs. n. 165/2001. Tale istituto volto a favorire la trasparenza e la garanzia per la dirigenza di poter presentare domanda agli incarichi anche c.d. apicali ed all'amministrazione di poter scegliere il dirigente che più ritiene idoneo a ricoprire quel determinato incarico apicale.

Dunque, il vertice politico ha, come la normativa prevede, l'opportunità di scegliere il dirigente che più ritiene idoneo a ricoprire quel determinato incarico apicale tra tutte le domande dei dirigenti che hanno presentato domanda a seguito dell'interpello di cui all'art. 19, co. 1-bis, d.lgs. n. 165/2001, garantendo la dirigenza e anche la politica.

4.2. Autonomia dirigenziale e incarichi a termine.

L'incarico a termine, concepito nell'ottica della *ratio* ispiratrice della contrattualizzazione della dirigenza pubblica, è elemento che intende favorire l'autonomia dirigenziale e non minarla⁽⁴⁶⁾. A legislazione vigente, l'incarico dirigenziale a termine ha una durata minima di tre anni e massima di cinque anni. Questo arco di tempo permette da una parte l'insediamento del dirigente nella struttura pubblica e la possibilità di perseguire gli obiettivi preposti, dall'altra permette di essere valutati con riferimento agli obiettivi in questione.

Non ci si può però dimenticare di una stagione in cui la durata dell'incarico dirigenziale è stata usata quale grimaldello per assoggettare la dirigenza al volere po-

44 Consiglio di Stato, Sez.V., sentenza 27 luglio 2011, n. 4502.

45 D. BOLOGNINO, *Corte di Cassazione e Corte dei Conti a confronto sugli incarichi dirigenziali c.d. "apicali": tra punti d'arrivo (inapplicabilità della l. n. 241/90), ritorni al passato (atti di alta amministrazione per gli incarichi apicali) e nuove ipotesi di garanzia (Commissioni dell'AS 1577)*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, fasc. 5, 811-828.

46 M. D'ANTONA, *Dirigenti pubblici meglio se a tempo*, in CARUSO-SCIARRA (a cura di) *Opere*, vol. V, Milano, 433.

litico, con un "l'abuso normativo" del concetto di incarico a termine⁽⁴⁷⁾. Si pensi alla modifica dell'art. 19, co. 2 operata dalla legge n. 145/2002 (che per altro lo si ricordi, disposizione che intendeva ri-pubblicizzare l'incarico dirigenziale⁽⁴⁸⁾) dove si eliminava l'individuazione di un termine minimo di durata per il conferimento dell'incarico dirigenziale, consentendo così di conferire incarichi di breve anzi brevissima durata. Il che comportava innanzitutto una oggettiva difficoltà, nel breve periodo di perseguire gli obiettivi prefissati e di accertare il raggiungimento degli stessi, nell'ottica dell'attribuzione della retribuzione di risultato, della individuazione della responsabilità del dirigente e per il conferimento di nuovi successivi incarichi. In quel contesto storico la scelta del legislatore di eliminare il termine minimo di durata dell'incarico dirigenziale, sembrò una scelta "volontaria" di piegare la dirigenza alla volontà della politica⁽⁴⁹⁾, perché quale autonomia potrà mai avere chi sa di dover avere il rinnovo dell'incarico dirigenziale da chi glielo sta conferendo con termine di durata "minimale"? Ben poca. Tenderà a compiacere il dirigente generale o il soggetto politico (a seconda che sia un incarico ex comma 5 o comma 4) per il rinnovo dell'incarico, riproponendo in chiave moderna il concetto di scambio sicurezza contro potere.

Nella disciplina degli enti locali, l'art. 109 Tuel che stabilisce il conferimento degli incarichi a tempo determinato con provvedimento motivato del sindaco e la cui disciplina contrattuale⁽⁵⁰⁾ prevedeva l'adeguamento per gli enti alle regole sugli incarichi dirigenziali ai principi stabiliti dall'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, con particolare riferimento ai criteri per il conferimento e la revoca e per il passaggio ad incarichi diversi nonché per la relativa durata, prevedendo per quest'ultima che non potesse essere inferiore a due anni. Distoria tuttavia risolta con il vigente art. 48 del Ccnl Area funzioni locali che effettua un rinvio mobile alla normativa, stabilendo che "La durata dell'incarico è fissata nel rispetto delle durate minime e massime previste dalle vigenti disposizioni di legge".

L'intervento dell'art. 14-sexies, co. 1, legge del 17 agosto 2005, n. 168⁽⁵¹⁾ ripristinò (a distanza di 3 anni) il termine minimo di durata degli incarichi che ad oggi l'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 165/01, stabilisce che non può essere inferiore a tre anni.

All'epoca dell'introduzione della norma, pur accogliendo con indubbio favore tale ripristino, è stata fatta qualche considerazione maliziosa, in quanto tale disposizione è sembrata celare le mire "espansionistiche della classe politica uscente", che attraverso "una opzione normativa in sé ineccepibile, come quella sull'adeguamento della durata degli incarichi, in realtà risponderebbe a scopi meno nobili, come quello del consolidamento della posizione dei dirigenti "vicini" all'attuale governo."⁽⁵²⁾

Queste opposte scelte normative con cambiamenti repentini ad opera della medesima compagine governativa sono un esempio calzante di come uno strumento di per

47 "La breve durata degli incarichi, spesso inferiore a quella dei mandati elettorali, impedisce una programmazione strategica e vulnera l'autonomia di giudizio dei dirigenti" G.C. DE MARTIN, *I comportamenti e le responsabilità dell'alta amministrazione*, in *Human capital*, 2010, n. 5, 33.

48 Obiettivo dichiarato dal legislatore era la riconduzione nella sfera del diritto pubblico degli atti di conferimento degli incarichi, si veda in tal senso la circolare del 31 luglio 2002 del Dipartimento della funzione pubblica.

49 G. GARDINI, *Spoils system all'italiana: mito o realtà?*, in *Lav. P.A.*, 2002, 967; L. MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziale*, in *Lav. P.A.*, 2002, 1023; in senso contrario C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, in *Lav. P.A.*, 2002, 936; P. CERBO, *Responsabilità politica e responsabilità d'irigenziale*, in *Dir. Pub.*, 2003, n. 2, 647.

50 In particolare, l'art. 22 CCNL 10.4.1996, sostituito dall'art. 13 Ccnl del 23.12.1999 ed integrato dall'art. 10 Ccnl 22.2.2006.

51 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115, recante disposizioni urgenti per assicurare la funzionalità di settori della pubblica amministrazione. Disposizioni in materia di organico del personale della carriera diplomatica, delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2000/53/CE in materia di veicoli fuori uso e proroghe di termini per l'esercizio di deleghe legislative".

52 G. D'ALESSIO, *Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche*, in *LPA.*, 2005, 452.

sé “neutro” possa essere utilizzato dal potere politico, rendendolo in alcuni casi idoneo a piegare la dirigenza al proprio volere, piuttosto che a renderla autonoma nella propria attività gestionale.

5. Autonomia della dirigenza e disfunzioni/squilibri in tema di responsabilità dirigenziale.

A questo punto occorre effettuare alcune sia pur brevi considerazioni in merito alla responsabilità dirigenziale, come responsabilità manageriale pubblica. Le riforme degli anni Novanta orientate all'amministrazione “per obiettivi”, al *new public management* e alla “distinzione di competenze” tra politica ed amministrazione, in termini di attività di pianificazione e di gestione, hanno accompagnato all'autonomia gestionale l'emersione di una correlata dimensione di responsabilità in capo ai dirigenti. La responsabilità manageriale fu concepita affinché il dirigente rispondesse del proprio operato (non solo in funzione sanzionatoria, ma anche in funzione di intervento per il miglioramento generalizzato dell'azione amministrativa, garantendone il buon andamento ed il raggiungimento degli obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità). Tale *ratio*, come già precisato, si è tradotta (in linea teorica), oltre che nella distinzione tra indirizzo e gestione, nella previsione della “*responsabilità in via esclusiva dei dirigenti per l'attività amministrativa, la gestione ed i risultati*” (art. 4, co. 2, d.lgs. n. 165/2001).

La responsabilità dirigenziale, come responsabilità per mancato raggiungimento degli obiettivi o manageriale pubblica, sembra però aver assunto un “ruolo marginale” nel nostro sistema in questi trent'anni.

Lasciando sullo sfondo le sia pur importanti problematiche sulle modifiche alla formulazione teorica dell'art. 21, d.lgs. n. 165/2001⁽⁵³⁾, la constatazione della marginalità della responsabilità dirigenziale è emersa in questi anni innanzitutto da una carenza di effettività dell'applicazione della normativa in tema di valutazione della dirigenza pubblica.

C'è però da fare una importante precisazione: le riforme organiche, sia pur con ispirazione diversa, sono andate in senso coerente verso il rafforzamento del sistema di valutazione delle *performances* (si fa in particolare riferimento alle modifiche organiche al decreto legislativo n. 286 del 1999, il decreto legislativo n. 150 del 2009, la legge delega 7 agosto 2015, n. 124 e il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75⁽⁵⁴⁾ e il d.P.R. n. 105 del 2016). Tali riforme erano consapevoli che per delineare il nuovo ruolo del dirigente pubblico il sistema di valutazione delle *performances* era ed è determinante in quanto elemento di garanzia in grado di sottrarre la dirigenza dal giogo del “mero gradimento politico”, in aggiramento dei principi di cui all'art. 97 Cost., tanto nel momento del conferimento dell'incarico dirigenziale quanto in quello di applicazione della responsabilità manageriale, con revoca dall'incarico o recesso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato⁽⁵⁵⁾. La dirigenza, infatti, per essere autonoma, deve essere certa che il conferimento di nuovi e successivi incarichi, il trattamento economico legato al raggiungimento dei risultati e l'applicazione delle eventuali sanzioni in caso di rilevata responsabilità manageriale siano esclusivamente diretta conseguenza del proprio operato, in base a quanto emerge dal sistema di valutazione delle *performances*.

In tal sede non è possibile, per ragioni di tempo, approfondire l'ampio tema della

53 D. BOLOGNINO, *La disciplina della responsabilità dirigenziale*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, il Mulino Editore, 2008, 179-199.

54 B.G. MATTARELLA, *La L. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in GDA, 217, 5, 565 ss.; B. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la “legge Madia” e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell’eterno ritorno” allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in B. CARUSO (a cura di) *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, Quaderno della rivista *Diritti lavori mercati*, 2019, 56.

55 In tal senso, Corte cost., sentenza n. 103 del 2006.

valutazione delle *performances* e dei problemi applicativi di tale modello teorico, per il quale si rinvia ad altri scritti⁽⁵⁶⁾; tuttavia occorre effettuare alcune considerazioni innanzitutto sul mutevole quadro normativo, che ha determinato un procedere, già in linea teorica, in senso inverso rispetto al quadro teorico sopra delineato. Si fa innanzitutto riferimento al decreto-legge n. 78/2010 “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”⁽⁵⁷⁾ che:

- da una parte, ha abrogato l’apprizzato art. 19, co. 1-ter, secondo periodo introdotto dal d.lgs. n. 150/2009⁽⁵⁸⁾, che imponeva all’amministrazione in presenza di una valutazione positiva del dirigente, ma che alla scadenza dell’incarico non intendeva confermarlo, di darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico;

- dall’altra, ha inserito con l’art. 9, co. 32, d.l. n. 78/2010⁽⁵⁹⁾ sostanzialmente l’irrilevanza dei risultati della valutazione ai fini del conferimento e della conferma dell’incarico venuto a scadenza⁽⁶⁰⁾.

La stessa compagine governativa si è contraddetta in un arco temporale 1210222brevisimo, sicché se l’intento dichiarato dal Ministro Brunetta era stato, tra gli altri, anche la promozione del merito, non andò in tal senso l’intervento del Ministro Tremonti che con questo decreto stabilisce che l’operato del dirigente è indifferente nella fase di rinnovo degli incarichi dirigenziali. Così il dirigente non si troverà ad operare in un contesto in cui vige la logica della meritocrazia e dove autonomamente perseguirà gli obiettivi assegnatigli, ma in un contesto dove per vedersi rinnovato l’incarico dovrà operare alla ricerca di un gradimento politico⁽⁶¹⁾, in un *do ut des* che è contrario al buon andamento

56 D. BOLOGNINO, *Una lettura giuridica della valutazione della performance individuale nel c.d. decreto Brunetta: ruolo del dirigente, garanzie “procedimentali” e conseguenze derivanti dalla conclusione dell’iter valutativo*, in G. URBANI (a cura di), *Valutare le pubbliche amministrazioni: tra organizzazione ed individuo*, Franco Angeli, 2010, 32-56; D. BOLOGNINO G. D’ALESSIO, *Il dirigente come soggetto “attivo” e “passivo” della valutazione. La responsabilità dirigenziale legata al sistema di valutazione e la responsabilità per omessa vigilanza su produttività ed efficienza*, in F. PIZZETTI A. RUGHETTI (a cura di), “*La riforma del lavoro pubblico*”, collana Studi CIS ANCI, EDK, 2010, 166 – 182; F. CARINIS S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2019, n. 150, aggiornato al Collegato lavoro*, Milano, Ipsoa, 2011. Si leggano inoltre molto autorevolmente G. NICOSIA, *La gestione delle performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della “misurazione” e “valutazione” individuale*, su: WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”IT – 103/2010; G. VECCHI, *Valutazione delle performance e valutazione delle risorse umane. Proposte per l’utilizzo della Riforma Brunetta*, in G. URBANI (a cura di), *Valutare le pubbliche amministrazioni: tra organizzazione e individuo. Visioni dei valutatori italiani per performance e competitività*, Milano, 2010, 95; L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di “apprendimento istituzionale*”, in “*La Dirigenza*”, Quaderni di “*Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*”, n. 31, 2009; S. BATTINI B. CIMINO, *La valutazione delle performances nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 255- 270.

57 Convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, L. 30 luglio 2010, n.122

58 Tale articolo stabiliva che “gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all’art. 21, comma 1, secondo periodo. L’amministrazione che in dipendenza dei processi di riorganizzazione ovvero alla scadenza, in assenza di valutazione negativa, non intende confermare l’incarico conferito al dirigente è tenuta a darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico”. Si veda G. D’ALESSIO, *Incarichi dirigenziali: Tremonti corregge Brunetta*, in *Rassegna ASTRID* di lunedì 14 giugno 2010, n. 116 (numero 11/2010)

59 L’articolo in questione prevede: “A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento le pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 che, alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l’incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore. Non si applicano le eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli; a decorrere dalla medesima data è abrogato l’art. 19, comma 1-ter, secondo periodo, del decreto legislativo n. 165 del 2001. Resta fermo che, nelle ipotesi di cui al presente comma, al dirigente viene conferito un incarico di livello generale o di livello non generale, a seconda, rispettivamente, che il dirigente appartenga alla prima o alla seconda fascia”.

60 D. BOLOGNINO, *Riflessioni sulla valutazione della performance della dirigenza pubblica nel d.lgs. n. 150/09 alla luce del rapporto tra politica ed amministrazione*, in *Human Capital*, supplemento al n. 3/2001, EDK Editore, 2011, 27 -37.

61 F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza. Principi costituzionali e disciplina legislativa*, in *Nuova Rassegna*, 2008, n. 21/22, 2257-2270.

dell'amministrazione ed al soddisfacimento del cittadino (ex art. 97 Cost.).

Alle difficoltà emerse in “fase attuativa” della normativa sulla valutazione si accompagna poi l'inapplicabilità di fatto dell'art. 21, d.lgs. n. 165/2001. Ne è evidenza la quasi assenza di contenzioso sulla sua applicazione. Ciò deriva dal fatto che il processo di valutazione è l'antecedente logico all'accertamento di responsabilità e dunque all'applicazione dell'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, sicché ove la valutazione del personale con incarico dirigenziale sia stata ridotta ad un adempimento meramente formale (dal momento che non ingenera effetti “organizzativi” rilevanti) ne deriva una conseguente menomazione della catena “pianificazione–gestione–controllo–responsabilità”, che si ripercuote anche sull'eventuale “accertamento” di responsabilità.

Sicché in teoria la “conferma” o la “revoca” dell'incarico dovrebbero essere legate all'effettiva valutazione dell'operato del dirigente, ma la menomazione di tale *iter*, per effetto di problemi applicativi della valutazione delle *performances* e per effetto delle succitate norme che azzerano l'influenza delle valutazioni.

Ciò è concausa di ulteriori scelte incoerenti con il modello teorico, che hanno contribuito a far perdere di effettività la responsabilità dirigenziale. Si fa in particolare riferimento al proliferare di istituti fiduciari, per citare i più macroscopici:

1. lo *spoils system* “una tantum” (art. 3, comma 7, l. 145/2002), poi dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza n. 103 del 2007 della Corte costituzionale;
2. l'introduzione dell'art. 1, co. 18⁽⁶²⁾, del decreto-legge del 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, che prevede una ipotesi anticipata di revoca dell'incarico dirigenziale per motivi organizzativi, che per la sua formulazione in chiaroscuro, da un lato paventa ipotesi di ottimizzazione nell'utilizzo delle risorse dirigenziali e di risparmi di spesa (sebbene con modalità in parte discutibili), dall'altro fa correre il rischio di minare il già delicato equilibrio nella distinzione tra politica ed amministrazione, vanificando la centralità del momento valutativo, quale elemento in grado di garantire la costituzionalità del sistema (in base a quanto ripetutamente richiesto dalla Corte costituzionale)⁽⁶³⁾.

Alla marginalizzazione della responsabilità dirigenziale di risultato si è accompagnato il proliferare di norme che stabiliscono una responsabilità per “mancato adempimento”, che il legislatore qualche volta in modo a-tecnico qualifica come responsabilità dirigenziale, mentre più coerentemente si tratta di una disciplinare, creando un risultato che è stato definito paradossale dove “*un dirigente è obbligato a regole di condotta ma l'osservanza pedissequa di questi obblighi ne riduce ad un tempo l'autonomia privatistica e conferma il carattere pletorico della responsabilità dirigenziale per i risultati, che diviene anche per questa via un orpello inutile*”⁽⁶⁴⁾.

A trent'anni dal decreto legislativo n. 29/1993 abbiamo dunque delle linee di tendenza

62 L'articolo stabilisce che: “al fine di assicurare la massima funzionalità e flessibilità, in relazione a motivate esigenze organizzative, le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono disporre, nei confronti del personale appartenente alla carriera prefettizia ovvero avente qualifica dirigenziale, il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza dell'incarico ricoperto prevista dalla normativa o dal contratto. In tal caso il dipendente conserva, sino alla predetta data, il trattamento economico in godimento a condizione che, ove necessario, sia prevista la compensazione finanziaria, anche a carico del fondo per la retribuzione di posizione e di risultato o di altri fondi analoghi”.

63 G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Rassegna ASTRID*, lunedì 24 ottobre 2011, n. 145 (numero 18/2011).

64 In tal senso, V. TALAMO, *Incarichi dirigenziali e poteri datoriali: le regole del diritto e le torsioni della politica*, in *LPA*, 2022, 1, 10. L'Autore aggiunge “*La proliferazione degli obblighi di condotta anzi, schiude lo spazio per quella burocrazia difensiva in cui non vengono esercitati i poteri gestionali privatistici perché da questi possono derivare responsabilità certe a fronte di guadagni del tutto incerti o teorici. A fronte della curvatura penalistica che ha assunto l'ordinamento amministrativo (sulla spinta, da ultimo, della normativa di contrasto alla corruzione e da una Corte dei conti sempre più aggressiva nel riscontrare i danni erariali da immagine o da disservizio), il dirigente si rifugia sempre più nel mero adempimento richiesto dalle norme*”.

in chiaroscuro che, come è stato già evidenziato in altra sede⁽⁶⁵⁾, inducono ad ipotizzare un intervento innanzitutto abrogando ciò che sta fuori dal Testo unico pubblico impiego e effettuare un intervento di manutenzione del d.lgs. n. 165/2001 “*senza stravolgere il senso della riforma iniziata trent’anni fa, ponendo in essere un intervento di “risanamento conservativo” che realizzi una ricucitura del tessuto normativo, eliminando strappi, incongruenze e superfetazioni e introducendo anche elementi innovativi, ma congruenti con l’impianto complessivo già definito*”⁽⁶⁶⁾... con un auspicabile “ricomincio da tre”⁽⁶⁷⁾.

65 D. BOLOGNINO e G. D’ALESSIO, *Le fonti del lavoro pubblico a trent’anni dalla contrattualizzazione*, in *Questa rivista*, 2023, 2, 23-56.

66 D. BOLOGNINO e G. D’ALESSIO, *Le fonti del lavoro pubblico a trent’anni dalla contrattualizzazione*, in *Questa rivista*, 2023, 2, 56.

67 M. TROISI, *Ricomincio da tre*, 1981 (Soggetto e Regia di M. Troisi).

CODICE DEI CONTRATTI

Infrastrutture, contratti pubblici e sostenibilità ambientale e sociale nel nuovo Codice: *quid novi?**

SOMMARIO: **1.** Inquadramenti preliminari (sui contenuti e sugli obiettivi del lavoro e sul c.d. “sistema CAM”). **2.** Il paradigma della sostenibilità nella fase di definizione della caratteristica dell’infrastruttura. La conferma (integrale) del carattere mandatory del “sistema CAM”. **2.1.** L’affermarsi di un approccio mandatory anche a livello Ue. **3.** La rilevanza degli interessi c.d. orizzontali nella fase di selezione degli offerenti nel prisma della distinzione tra funzione strategica *positiva e negativa*. **4.** Contratti pubblici sostenibili e requisiti particolari per l’esecuzione del contratto. **4.1.** Le rilevanti novità del d.lgs. n. 36/2023 in tema di clausole sociali di prima, seconda e terza generazione. **4.2.** La definitiva consacrazione della verifica sul rispetto delle clausole sociali come questione riguardante (anche) la “fase di gara”. **4.2.1.** L’effettività degli obblighi sociali e ambientali nel nuovo Codice: profili di criticità. **5.** Notazioni conclusive e di sintesi sui contratti pubblici e infrastrutture sostenibili nel nuovo Codice.

DI EDOARDO CARUSO

ABSTRACT: Il contributo analizza i concetti di infrastruttura e di contratto pubblico sostenibile nella ricerca dei possibili punti di contatto tra gli stessi; intersezioni che hanno condotto all’elaborazione della nozione di *sustainable infrastructure*.

ABSTRACT: *The essay analyzes the concepts of infrastructure and sustainable public contract in the search for possible points of contact between them; intersections that led to the development of the notion of “sustainable infrastructure”.*

1. Inquadramenti preliminari (sui contenuti e sugli obiettivi del lavoro e sul c.d. “sistema CAM”).

Il concetto di infrastruttura e quello di contratto pubblico sostenibile presentano certamente dei punti di contatto o, meglio, di intersezione, ben colti dalla dottrina che ha coniato la nozione di «*sustainable infrastructure*»⁽¹⁾. Quanto ampia sia la sovrapposizione tra i rispettivi cerchi concentrici dipende, però, da quale specifica definizione si accoglie di questi due concetti.

Con riguardo al primo, possono riprendersi le recenti notazioni di autorevole dottrina che ha distinto tra una nozione lata di infrastruttura che analizza la categoria da una prospettiva socio-economica, «talmente ampia da ricomprendere qualsiasi opera

* Il presente contributo è destinato al volume a cura di G. PIPERATA, *Città, infrastrutture e contratti pubblici. Le sfide del nuovo codice* di prossima pubblicazione, contenente gli atti del convegno tenutosi presso l’Università IUAV di Venezia in data 8 e 9 maggio 2023.

1 Cfr. L. TREVIÑO-LOZANO, O. MARTIN-ORTEGA, *Sustainable public procurement of infrastructure and human rights: linkages and gaps*, in O. MARTIN-ORTEGA, L. TREVIÑO-LOZANO (a cura di), *Sustainable Public Procurement of Infrastructure and Human Rights. Beyond Building Green*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023, che, oltre a osservare come «both the existence and the absence of infrastructure have direct impacts on individual’s human rights and sustainable development» (19), fanno propria una nozione di “infrastruttura sostenibile” che ricomprende la «infrastructure planned, designed, constructed, operated and decommissioned in a manner that ensures economic and financial, social, environmental (including climate resilience) and institutional sustainability over entire life cycle of the project» (2).

pubblica e forse anche le opere private con un rilievo di interesse pubblico», e una nozione più ristretta, volta a rafforzarne la pregnanza e l'autonomia concettuale sul piano giuridico. Secondo questa seconda nozione, sarebbero qualificabili quali infrastrutture (solo) le opere e gli impianti *pubblici*, progettati e realizzati mediante l'intervento, a qualunque titolo, dei pubblici poteri volto alla costruzione di una rete o di un sistema non facilmente duplicabile, strumentale all'esercizio di una funzione o di un servizio pubblico ovvero di un diritto o di una libertà fondamentale⁽²⁾.

Questa distinzione, "interna" alla nozione di infrastruttura, è certamente di rilievo nell'economia del presente contributo, il cui fine ultimo è verificare se il nuovo Codice, adottato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, possa ritenersi, rispetto al previgente, più o meno in linea rispetto all'obiettivo di rendere la politica infrastrutturale del Paese, la loro realizzazione e gestione, funzionali al paradigma olistico della sostenibilità. Pur risultando necessario introdurla, essa può, tuttavia, rimanere sullo sfondo dal momento che le considerazioni che seguono risultano pertinenti con riguardo tanto alla nozione lata di infrastruttura (che ricomprenda anche opere pubbliche quali le scuole, gli ospedali e le prigioni), quanto a quella più ristretta, circoscritta alle opere strumentali alla mobilità, ai trasporti, alle telecomunicazioni, ai servizi idrici ed energetici⁽³⁾.

Di maggior rilievo ai nostri fini risultano, invece, le precisazioni (e le delimitazioni) riguardanti il concetto di contratto pubblico sostenibile, potendosi ravvisare due distinte modalità attraverso cui l'agire negoziale dell'amministrazione può costituire uno strumento al servizio di obiettivi di sostenibilità, sociale o ambientale⁽⁴⁾.

In primo luogo, l'infrastruttura che l'amministrazione decide di acquisire può essere di per sé rivolta a soddisfare esigenze di sostenibilità. Per chiarire il concetto, si può richiamare la Missione 9 dell'Agenda 2030 («Imprese, innovazione e infrastrutture») ove si sottolinea l'importanza degli investimenti in infrastrutture «per realizzare lo sviluppo sostenibile e per rafforzare le capacità delle comunità in molti paesi», come pure la costruzione di una scuola che richiede alla p.a. di aggiudicare un appalto il cui oggetto è *ex sé* rivolto al perseguimento degli obiettivi di sostenibilità oggetto della Missione 4 sull'"istruzione di qualità"⁽⁵⁾. In tal caso la prospettiva della sostenibilità attiene a scelte politiche sull'allocazione delle risorse pubbliche rispetto alle quali, a ben vedere, il Codice dei contratti pubblici certamente rileva, ma in termini limitati e indiretti. La disciplina sulla programmazione⁽⁶⁾, infatti, disciplina soprattutto le *modalità* con cui vanno compiute tali scelte (più che i contenuti), sebbene non manchino previsioni che incidono, più o meno direttamente, sul merito delle scelte programmatiche: si pensi, sempre in via esemplificativa, alla priorità riconosciuta alle opere incompiute o a quelle oggetto di specifici finanziamenti, come pure ai possibili riflessi sulle scelte

2 G. PIPERATA, voce *Infrastrutture, strade e mobilità*, in *Enc. dir., I Tematici, III - Funzioni Amministrative*, diretto da B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Milano, Giuffrè, 2022, 685 ss., spec. 687-688.

3 Ciò che rileva ai fini della presente trattazione nostri fini è che la realizzazione ed, eventualmente, la gestione dell'opera pubblica siano sottoposte al rispetto del diritto euronitario dei contratti pubblici.

4 Questa distinzione è stata puntualmente sottolineata da F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 243 ss., spec. 245.

5 Come notato L. TREVIÑO-LOZANO, O. MARTÍN-ORTEGA, *Sustainable public procurement*, cit., 19, ma maggior parte degli obiettivi richiamati dalle Missioni dell'Agenda 2030 sono strettamente legate alla realizzazione delle infrastrutture e all'attività contrattuale della p.a.; in generale su questo legame, cfr. A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, Il Mulino, 2021, 73 ss. D'altronde,

6 Cfr. sul tema F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione*, in F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, in corso di pubbl.; R. DIPACE, *Programmazione e progettazione*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 81 ss.; R. GRECO, *Programmazione e progettazione. Le novità del nuovo codice*, in www.giustizia-amministrativa.it

allocativa delle operazioni di dibattito pubblico⁽⁷⁾ o, ancora, al peculiare regime previsto per le infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale che richiede alle amministrazioni di considerare profili relativi al riequilibrio economico-sociale e alla sostenibilità ambientale (cfr. art. 39, co. 3 del Codice)⁽⁸⁾.

In secondo luogo, il rapporto tra sostenibilità, sociale o ambientale, e contratti pubblici (e quindi infrastrutture) può riguardare la fase successiva alla scelta sulla destinazione delle risorse pubbliche, quando cioè si tratta di rendere sostenibile l'infrastruttura che si è scelto di acquistare e la sua realizzazione, al netto di quale sia l'interesse specifico del contratto; si pensi sempre alla Missione 9 dell'Agenda 2030 che, in aggiunta a quanto sopra osservato, richiede di sviluppare infrastrutture, affidabili, resilienti e sostenibili, a prescindere dall'interesse primario che con essa si intende realizzare; o, ancora, si pensi all'acquisto di calzature da lavoro e accessori in pelle caratterizzato dall'attenzione per aspetti etici e sociali lungo tutta la catena di fornitura.

In questa seconda prospettiva, di maggior rilievo per il diritto dei contratti pubblici strettamente inteso, e oggetto di precipua attenzione nel presente contributo, le finalità sociali o ambientali condizionano trasversalmente o, meglio, *orizzontalmente* l'operazione contrattuale, giustapponendosi all'interesse specifico del contratto⁽⁹⁾.

L'inserimento di interessi orizzontali⁽¹⁰⁾ può interessare l'intero ciclo di vita della prestazione oggetto del contratto e, più in generale, dell'operazione contrattuale. Invero, alle condizioni sociali e/o ambientali viene di norma garantito rilievo *a*) nella definizione delle caratteristiche dell'infrastruttura e del relativo processo di produzione o di altra fase del suo ciclo di vita (tramite l'elaborazione di apposite specifiche tecniche, cfr. art. 79 e Allegato II.5); *b*) nella definizione delle caratteristiche soggettive dell'aggiudicatario ("in positivo" tramite i requisiti speciali di partecipazione e "in negativo" tramite le cause di esclusione, cfr. artt. 99 ss. e 94 ss.; su tale distinzione v. *infra* § 3); *c*) infine, tramite l'imposizione di specifici oneri e/o modalità che l'aggiudicatario deve rispettare nell'esecuzione del contratto che trovano concretizzazione in apposite clausole contrattuali o, più tecnicamente, nei «requisiti particolari per l'esecuzione del contratto» (cfr. art. 113). Carattere trasversale presenta, invece, il meccanismo/strumento dei criteri di aggiudicazioni (cfr. 108 e Allegato II.8 sul criterio dei costi del ciclo di vita), tramite cui è possibile attribuire un punteggio premiale per aspetti sociali che riguardano tanto le caratteristiche della prestazione oggetto del contratto e le modalità di esecuzione della prestazione, quanto le caratteristiche soggettive dell'offerente (in quest'ultima ipotesi, però, è necessario che tali profili soggettivi possano avere «un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto»)⁽¹¹⁾.

Al riguardo, è possibile giungere a una prima, preliminare, conclusione: nel disciplinare i richiamati meccanismi della procedura di affidamento, il nuovo Codice ripropone tutte le previsioni che legittimano le stazioni appaltatrici a inserire considerazioni

7 Cfr. E. GUARNEIRI, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti pubblici: variazioni oltre la semplificazione amministrativa*, nel volume a cura di G. PIPERATA, *Città, infrastrutture e contratti pubblici. Le sfide del nuovo codice*, di prossima pubblicazione.

8 Cfr. A. MAGLIARI, *I contratti pubblici per le infrastrutture nel prisma del PNRR*, nel volume a cura di G. PIPERATA, *Città, infrastrutture e contratti pubblici. Le sfide del nuovo codice*, di prossima pubblicazione.

9 S. ARROWSMITH - P. KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 9 ss.; A. MASSERA, F. MERLONI, *Leterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 587 ss.

10 Dal momento che è questa la prospettiva seguita nel presente contributo, si utilizzerà l'espressione interessi orizzontali tutte le volte in cui risulterà irrilevante la distinzione tra profili sociali e ambientali.

11 La condizione legittimante criteri premiali concernenti caratteristiche soggettive dell'offerente e dei suoi dipendenti («organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto»), ovvero che queste possano «avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto», non è espressamente prevista nel nuovo Codice; tale condizione, tuttavia, va ritenuta tuttora vigente stante la corrispondente previsione nel diritto Ue (cfr. art. 67 par. 2, lett. b direttiva appalti 2014/24/Ue).

di naturale sociale e/o ambientale. Detto in altri termini, viene confermato il “nucleo minimo” del quadro regolatorio sulla funzione sociale dei contratti pubblici, ovvero quelle previsioni che concretano l’approccio abilitante (c.d. “*enabling approach*”) seguito dal legislatore europeo nella redazione delle direttive sui *public procurement* del 2014 (*infra*, § 2.1). Al tempo stesso, vengono confermati i limiti previsti dal previgente Codice all’utilizzo strategico del contratto da parte delle p.a., tra cui innanzitutto il necessario collegamento con l’oggetto del contratto di tutte le considerazioni sociali e ambientali; rimane quindi fermo, per legislatori e amministrazioni nazionali, il divieto di incidere, tramite la contrattualistica pubblica, sulla politica aziendale generale degli operatori economici⁽¹²⁾.

Appurato tale profilo, nei successivi paragrafi l’attenzione sarà rivolta a verificare se e in che termini il nuovo Codice, per un verso, rafforzi il c.d. *mandatory approach* attraverso previsioni che impongono alle p.a. di introdurre, negli atti di gara, clausole sociali e/o ambientali; per altro verso, sia idoneo a indirizzare la discrezionalità delle stazioni appaltati, sicuramente rafforzata dal binomio fiducia-risultato (artt. 1 e 2), verso il raggiungimento di obiettivi coerenti con il paradigma della sostenibilità.

Prima di procedere in tal senso, pare opportuna una precisazione ulteriore, sempre riguardante i “momenti” dell’operazione contrattuale che consentono l’ingresso di considerazioni sociali e ambientali nel singolo acquisto della p.a. Ancorché si tratti di fasi logicamente e temporalmente distinte, la loro “colorazione” in termini di sostenibilità avviene a monte e in modo unitario. D’altronde, la stessa costruzione degli atti di gara dovrebbe rappresentare l’attuazione di una chiara e predefinita strategia di sostenibilità, da perseguire (anche) attraverso l’attività negoziale⁽¹³⁾. Sul punto va però criticamente segnalata l’assenza nel nuovo Codice, così come nelle normative previgenti, di previsioni volte a imporre e/o favorire l’elaborazione da parte delle pubbliche amministrazioni di strategie di sostenibilità (del ciclo di vita) degli acquisti⁽¹⁴⁾.

Questa lacuna è almeno in parte compensata dal c.d. “sistema dei criteri ambientali minimi” o “sistema CAM” e, in particolare, dal “Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica amministrazione” (di seguito, PAN GPP), di recente “aggiornato” ad opera del d.m. 3 agosto 2023⁽¹⁵⁾, che sostituisce la previgenti versioni nell’ottica di recepire le più recenti indicazioni ordinarie (da quelle del *Green Deal* a quelle del *NextGenerationEU*), tra cui il principio del “*Do No Significant Harm*” (DNSH)⁽¹⁶⁾. Nel Piano – la cui ultima versione si caratterizza per far propria una concezione ancor più olistica di sostenibilità – sono infatti individua-

12 Così il considerando n. 97 della direttiva appalti 97

13 S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018.

14 Si consideri, invero, che la gradualità della decisione dell’amministrazione, e la riduzione delle asimmetrie informative che essa di norma comporta, rileva non solo in termini di garanzia per il mercato, ma anche come strumento per consentire agli operatori economici di attrezzarsi per offerte maggiormente idonee a soddisfare i bisogni sociali e ambientali evidenziati dalla p.a. (in questa direzione v. G. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 171 ss.) Peraltro, dal momento che una delle possibili funzioni dei contratti pubblici è orientare le imprese verso scelte sostenibili, solo una strategia chiara e ben definita a monte può dirsi in grado di raggiungere tale obiettivo. Sull’importanza di considerare, in una logica di sostenibilità, l’intero ciclo degli acquisti, cfr. A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell’Agenda 2030*, cit., 73 ss.

15 G.U. n. 193 del 19.08.23.

16 Tale sistema trova fondamento normativo nell’art. 1, co. 1126 ss. della l. 27 dicembre 2006, n. 296 («Legge finanziaria 2007») che dà attuazione a indicazioni provenienti dall’ordinamento comunitario, in particolare dalla comunicazione della Commissione, «*Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*», 18 giugno 2003, COM(2003) 302 def.

te alcune macro finalità ambientali, sociali ed economiche⁽¹⁷⁾ il cui perseguimento è rimesso innanzitutto ai decreti ministeriali riguardanti specifici settori merceologici, contenenti i singoli criteri ambientali minimi (*infra* § 2) e, in seconda battuta, ad atti normativi e/o pianificatori di livello regionale e/o locale (inclusi Piani d'azione regionali)⁽¹⁸⁾. Non è escluso, infatti, che le singole amministrazioni, adeguatamente “aggregate” nell'esercizio della loro autonomia organizzativa e della loro potestà regolamentare, sviluppino specifiche strategie di sostenibilità, al fine di attuare e/o integrare il PAN GPP; e ciò anche alla luce delle più recenti indicazioni ordinarie in tema di pianificazione integrata, sempre più orientata alla produzione di valore pubblico e incentrata su approcci “mission oriented”⁽¹⁹⁾.

Per concludere questo inquadramento preliminare, vale osservare come la trasversalità con cui il tema infrastrutture attraversa il diritto dei contratti pubblici impone un confronto con gran parte del Codice, venendo in rilievo non solo la disciplina sugli appalti di opera pubblica nei settori ordinari, ma anche la disciplina sui settori speciali e, soprattutto, quella sul partenariato pubblico-privato e sulle concessioni⁽²⁰⁾; d'altronde, delle due ragioni che hanno contribuito alla fortuna dello strumento partenariale per la realizzazione delle infrastrutture, ovvero la carenza delle competenze tecniche e di risorse economiche⁽²¹⁾, la seconda è destinata ad acuirsi una volta che saranno esaurite le risorse del PNRR.

2. Il paradigma della sostenibilità nella fase di definizione della caratteristica dell'infrastruttura. La conferma (integrale) del carattere *mandatory* del “sistema CAM”.

Quanto al primo dei tre momenti sopra individuati, relativo all'inserimento di considerazioni orizzontali nella definizione delle caratteristiche dell'infrastruttura, vengono in rilievo prevalentemente esigenze di sostenibilità ambientale, mentre tra i profili sociali vi è spazio principalmente per aspetti di accessibilità per le persone con disabilità; d'altronde, nemmeno nel nuovo Codice si rintraccia – in linea con l'assenza di indicazioni in tal senso nella legge delega – un significativo passo in avanti rispetto all'obiettivo (per vero, non semplice) di rendere gli acquisti della p.a. uno strumento per tutelare i diritti umani lungo la catena (internazionale) di fornitura⁽²²⁾.

Con specifico riferimento alla disciplina sulla fase di progettazione⁽²³⁾, una valutazione complessiva e di insieme, l'unica possibile in questa sede, porta a un giudizio di sostanziale equivalenza rispetto al quadro normativo previgente. Non che manchino

17 Migliorare l'efficienza nell'uso dei materiali e ridurre la produzione di rifiuti per la promozione di modelli di economia circolare; riduzione delle emissioni di gas climalteranti al fine della mitigazione ai cambiamenti climatici e adattamento ai cambiamenti climatici; ridurre l'utilizzo e l'emissione di sostanze pericolose per prevenire e ridurre l'inquinamento; migliorare innovatività e competitività delle imprese nazionali; tutelare gli aspetti etici e sociali anche lungo le filiere produttive.

18 Cfr. par. 5, PAN GPP 2023

19 Sul tema, P. LOMBARDI, *PIAO e prevenzione della corruzione: verso l'orizzonte del Valore Pubblico*, in *Federalismi.it*, 19/2023, 186 ss.; A. CORRADO, *La difficile strada della semplificazione imboccata dal PIAO*, in *Federalismi.it*, 27/2022, 186 ss.; C. TUBERTINI, *La nuova pianificazione integrata dell'attività e dell'organizzazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2022, 614 ss.

20 Sulle concessioni nel nuovo Codice, e in particolare sul delicato tema dell'equilibrio contrattuale, cfr. F. PELIZZER, commento sub artt. 177 e 179, in G. MORBIDELLI, G.F. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2023; G. TORELLI, *Le concessioni di lavori e servizi tra vecchio e nuovo codice: i nodi dell'equilibrio contrattuale*, nel volume a cura di G. PIPERATA, *Città, infrastrutture e contratti pubblici. Le sfide del nuovo codice*, di prossima pubblicazione. V. pure, con riguardo a un settore specifico, A. SANDULLI, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 513 ss.

21 cfr. G. PIPERATA *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, 3 ss.

22 Per quanto, va detto, il “sistema CAM” dedichi tradizionalmente attenzione a questo profilo; cfr. p. 3.2.5 del PAN GPP 2023.

23 Cfr. i riferimenti dottrinali sub nt 4.

novità sul tema rispetto al Codice del 2016 ma, nella prospettiva di analisi intrapresa, circoscritta all'attenzione riservata alla sostenibilità ambientale dell'opera pubblica in fase di progettazione, si tratta di innovazioni che non configurano né grossi passi in avanti nella direzione della sostenibilità né brusche frenate.

Per un verso, dagli obiettivi di semplificazione e snellimento procedurale posti dalla delega legislativa, che trovano riflesso anche nella nuova disciplina sulla progettazione, potrebbe conseguire un arretramento, ancorché minimale, della logica preventiva nella tutela degli interessi ambientali⁽²⁴⁾. Si fa riferimento non tanto alla riduzione da tre a due livelli di successivi approfondimenti tecnici (il “progetto di fattibilità tecnico-economica” e il “progetto esecutivo”)⁽²⁵⁾, che appare neutra rispetto alla prospettiva di indagine intrapresa, quanto al rilievo dei documenti progettuali rispetto agli atti programmatori. Nello specifico, ci si riferisce alla non obbligatorietà del primo livello di progettazione (PFTE) ai fini dell'inserimento negli elenchi annuali dei lavori di importo superiore a 1 mln di euro (come già previsto dall'art. 21, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016), come pure all'ulteriore semplificazione, rapportata al valore degli interventi, relativa agli adempimenti “tecnico-progettuali” richiesti per l'inserimento negli atti di programmazione⁽²⁶⁾.

Per altro verso, la funzionalità della fase di progettazione agli obiettivi di sostenibilità potrebbe risultare rafforzata non solo dal più esplicito richiamo al rispetto del «principio della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell'intervento (...)» contenuto nell'art. 41, co. 1, lett. f), ma anche dall'introduzione, tra le relazioni del progetto di fattibilità tecnico-economica, della “*Relazione di sostenibilità*” (cfr. art. 11, Allegato I.7). Questo documento, oltre a descrivere gli obiettivi primari dell'opera in relazione alla comunità e ai territori interessati, illustra gli eventuali contributi dell'opera in relazione ad almeno uno o più degli obiettivi ambientali individuati a livello Ue⁽²⁷⁾. Tramite esso il RUP deve dar conto delle stime – rapportate al “ciclo di vita” dell'intervento – degli impatti energetici dell'opera, nonché di quelli di natura socio-economica, con particolare riferimento alla promozione dell'inclusione sociale, alla riduzione delle disuguaglianze e dei divari territoriali, al miglioramento della qualità della vita dei cittadini, nonché all'individuazione delle misure di tutela del lavoro dignitoso (inclusa l'indicazione dei CCNL applicati), in relazione all'intera filiera dell'appalto.

Per quanto risulti prematuro sbilanciarsi sul suo effettivo impatto, l'obbligo di redigere la Relazione di sostenibilità dovrebbe indurre le stazioni appaltanti a riservare maggiore attenzione agli impatti ambientali e sociale dell'opera, così da rafforzare il ruolo degli appalti pubblici nella direzione della transizione ecologica e della sostenibilità degli acquisti⁽²⁸⁾.

In ogni caso, di centrale rilievo nell'ottica di rinvolvere ai suddetti obiettivi la fase di definizione delle caratteristiche dell'infrastruttura è il “sistema CAM” e, nello specifico, la sua “parte *mandatory*” volta a imporre l'inserimento negli atti di gara di alcuni criteri ambientali minimi previsti dagli appositi decreti ministeriali.

La torsione obbligatoria che caratterizza il sistema CAM a partire dal primo corret-

24 R. DIPACE, *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione di lavori pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 6, 453 ss.

25 *Amplius* F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione*, cit., 301-302 ss.

26 *Ibidem*.

27 Mitigazione dei e adattamenti ai cambiamenti climatici; uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine; transizione verso un'economia circolare; prevenzione e riduzione dell'inquinamento; protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

28 Cfr., M. COZZIO, *Transizione ecologica e appalti verdi: nuove regole e soluzioni dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Studium iuris*, in corso di pubbl.

tivo del Codice del 2016 è stata confermata dal d.lgs. n. 36/2023⁽²⁹⁾ che, in linea con le indicazioni della legge delega⁽³⁰⁾, ha ribadito che le stazioni appaltanti devono inserire negli atti di gara, indipendentemente dalla tipologia contrattuale (appalto o concessione) e dal settore (ordinario o speciale)⁽³¹⁾, almeno le *specifiche tecniche* e le *clausole contrattuali* previste negli appositi decreti, dovendo invece limitarsi a «tenere in considerazione» i profili ambientali previsti quali criteri di aggiudicazione (art. 57, co. 2). Rimane quindi attuale quell'indirizzo giurisprudenziale che, con riguardo all'art. 34 del d.lgs. n. 50/2026, ha puntualmente sottolineato come i CAM, «lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti», nell'ottica di garantire «che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, “circolari” e nel diffondere l'occupazione “verde”»⁽³²⁾.

Va precisato che, in relazione alla asserita continuità del carattere *mandatory* dei criteri ambientali minimi nei due Codici, si rintracciano letture in parte diverse in dottrina. È stato invero osservato che il d.lgs. n. 36/2023 avrebbe annacquato il sistema CAM, stemperandone almeno in parte il carattere cogente. In tal senso vengono richiamati alcuni passaggi dell'art. 57, co. 2, in particolare quello secondo cui «Le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi», nonché quello volto a differenziare i CAM «ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione»⁽³³⁾.

In merito al primo periodo pare possibile (e preferibile, anche alla luce del tenore della legge delega) una lettura di opposto tenore, secondo cui esso non indebolirebbe ma anzi promuoverebbe la sostenibilità degli acquisti pubblici⁽³⁴⁾. Questa diversa soluzione interpretativa ha come presupposto quanto sopra osservato circa l'illegittimità che colpisce gli atti di una procedura non conformi ai criteri ambientali obbligatori (specifiche tecniche alle condizioni contrattuali); avrebbe poco senso, in altri termini, una previsione che richiede alle stazioni appaltanti di promuovere determinati affidamenti sol perché conformi alla legge e, quindi, non illegittimi. Pertanto, le «procedure conformi» ai CAM che, secondo il nuovo art. 57, co. 2, le stazioni appaltanti dovrebbero valorizzare economicamente sarebbero quelle in cui sono stati inseriti, in aggiunta alle specifiche tecniche alle condizioni contrattuali obbligatorie, anche i criteri am-

29 Così anche A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”?*, in *Ceripap*, n. 3/2023.

30 Cfr. art. 1, co.2, lett. f, legge delega 21 giugno 2022, n. 78: «previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, in particolare attraverso la definizione di criteri ambientali minimi, da rispettare obbligatoriamente, differenziati per tipologie ed importi di appalto e valorizzati economicamente nelle procedure di affidamento».

31 Con riguardo ai settori speciali, rileva il richiamo all'art. 57 operato dall'art. 141, mentre con riguardo alle concessioni è lo stesso art. 57 a prenderle in considerazione insieme agli appalti.

32 Così Cons. St., sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773 (richiamando Cons. St., sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934) che precisa come tale evoluzione contribuisca a «connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd. *green public procurements* si connotano per essere un “segmento dell'economia circolare”».

33 L'introduzione, nella nuova normativa, di questa seconda disposizione va considerata congiuntamente alla mancata riposizione dell'ultimo periodo del previgente art. 34 secondo cui i relativi obblighi si applicavano agli «affidamenti di qualunque importo».

34 In termini simili, seppur non coincidenti, cfr. S. VERNILE, «Nuovo Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare», in *Riv. giur. amb.*, 3, 2023, 979 ss., spec. 989; v. pure G. MORBIDELLI, G.F. FERRARI (a cura di), *Commento sub art. 57, in Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2023 ove si osserva che «anche sulla scorta della legge delega, si deve privilegiare in proposito un'interpretazione nel senso dell'attribuzione di un punteggio aggiuntivo alle offerte che rispondano ai cd. criteri preferenziali, anch'essi identificati dai CAM stessi, fermo restando che le offerte debbono comunque conformarsi, quale requisito di ammissibilità, ai criteri ambientali minimi».

bientali *non mandatory* (es. criteri di aggiudicazione, requisiti speciali di partecipazione, specifiche tecniche aggiuntive, criteri sociali). In ogni caso, a prescindere dalla bontà dell'interpretazione suggerita, non si può evitare un giudizio critico nei confronti dei redattori del Codice che hanno introdotto una disposizione oggettivamente imprecisa, senza peraltro fornire alle amministrazioni alcuna indicazione operativa su come “valorizzare” le commesse conformi ai CAM.

In relazione al secondo periodo che dispone un'applicazione “graduabile” dei CAM sulla base del valore del contratto, va innanzitutto osservato come la relativa previsione sia rivolta al MATTIM, non direttamente alle stazioni appaltanti; saranno quindi i decreti ministeriali a dover differenziare, ove tecnicamente possibile e in una logica di proporzionalità, i singoli criteri ambientali alla luce del valore della commessa. Nel riflettere sui possibili impatti di tale previsione sulla cogenza del sistema CAM va in aggiunta considerato che il quadro normativo previgente, pur in assenza di una previsione analoga, non imponeva un'applicazione necessariamente meccanica e uniforme dei CAM, ammettendone invece possibili graduazioni da parte delle stesse stazioni appaltanti. A supporto di tale conclusione si può richiamare l'ultima versione dei CAM edilizia (G.U. n. 183 del 6.8.2022) ove si valorizza l'importanza della “Relazione tecnica e relativi elaborati di applicazione CAM” (c.d. “relazione CAM” prevista dagli artt. 14 ss. del d.P.R. n. 207/2010)⁽³⁵⁾ nell'ottica di consentire al RUP di dare evidenza «delle modalità di contestualizzazione delle specifiche tecniche alla tipologia di opere oggetto dell'affidamento» nonché «dei motivi di carattere tecnico che hanno portato all'eventuale applicazione parziale o mancata applicazione delle specifiche tecniche»⁽³⁶⁾.

Per sintetizzare, nemmeno la previsione sulla possibilità di graduare i CAM pare riflettere l'intenzione del legislatore delegato di definire un rinnovato assetto degli interessi caratterizzato da una minor pregnanza degli obiettivi di sostenibilità; semmai, la maggiore flessibilità che connota l'art. 57, co. 2 sarebbe volta ad agevolare la compatibilizzazione tra l'interesse specifico del contratto e le finalità orizzontali, a tutela del risultato amministrativo ma anche, si ritiene, di una maggiore “stabilizzazione” della funzione sociale dei contratti pubblici⁽³⁷⁾. Il fatto che l'applicazione graduabile dei CAM sia rimessa al Ministero nella redazione dei decreti (e non alle singole stazioni appaltanti) rende senz'altro meno probabile che la maggior flessibilità del nuovo sistema venga utilizzata quale pretesto per “stemperare” la cogenza del sistema CAM⁽³⁸⁾.

2.1. L'affermarsi di un approccio *mandatory* anche a livello Ue.

Se a livello nazionale l'approccio obbligatorio ai contratti pubblici sostenibili può dirsi oramai consolidato, diversa è la situazione a livello europeo. Nel dibattito legislativo preliminare all'adozione delle direttive sui *public procurement* del 2014, è stato affrontato anche il tema relativo all'opportunità di continuare a disciplinare solamente le modalità cui le amministrazioni *possono* ricorrere per rendere sostenibili i loro acquisti («*how to buy*») oppure, in alternativa, di introdurre previsioni volte a imporre alle p.a. di acquistare beni, lavori o servizi sostenibili dal punto di vista ambientale e/o

35 “CAM per l'affidamento del servizio di progettazione ed esecuzione dei lavori di interventi edilizi” (c.d. “CAM edilizia”), approvati con DM 23 giugno 2022 n. 256, GURI n. 183 del 8 agosto 2022, pg. 36-37.

36 Ciò fermo restando che «le stazioni appaltanti hanno l'obiettivo di applicare sempre e nella misura maggiore possibile i CAM»; così “CAM edilizia”, loc. cit.

37 Per questa prospettiva sia consentito rinviare a E. Caruso, *La garanzia dell'equo trattamento nel nuovo Codice tra tutela dei lavoratori e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, in corso di pubbl.

38 Ciò è ad esempio avvenuto con riguardo alle clausole di occupazione promozionale di cui all'art. 47 del d.l. n. 77/2021 che, a determinate condizioni, ammette la possibilità per la stazione appaltante di non inserire tali clausole negli atti di gar; come rilevato da ANAC (cfr., “Reazione annuale 2023”) il 70% degli appalti è stato avviato in deroga alla clausola sulle assunzioni di giovani e donne.

sociale («*what to buy*»)⁽³⁹⁾. È stata seguita interamente la prima soluzione (le direttive, infatti, si limitano a disciplinare l'*how to buy* in termini quasi sempre meramente abilitanti) e tale scelta è stata giustificata sulla base delle «differenze tra i singoli settori e mercati» tali da far ritenere preferibile rimettere alla disciplina settoriale il compito di «fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente».

Nell'arco temporale immediatamente successivo, questo intento è stato perseguito solo in parte: la Commissione Ue ha profuso un intenso sforzo per sviluppare criteri soprattutto di natura ambientale cui le stazioni appaltanti nazionali possono far riferimento per i loro acquisti i quali, però, continuano ad avere carattere “volontario”⁽⁴⁰⁾; peraltro, anche a livello di legislazione settoriale sono rimaste residuali le previsioni riconducibili all'approccio *mandatory*⁽⁴¹⁾.

Questa tendenza è stata invertita dal *Green Deal europeo*⁽⁴²⁾ nonché dal relativo Piano di investimenti⁽⁴³⁾ *ove si rimette alla Commissione il compito di prevedere, in successivi atti settoriali, «criteri o obiettivi verdi obbligatori minimi per gli appalti pubblici»*. In linea con tale indicazione, nei successi interventi attuativi delle *policy* individuate dal *Green Deal* (ad esempio in tema di transizione verso l'economia circolare⁽⁴⁴⁾, neutralità climatica⁽⁴⁵⁾ ed efficienza energetica) sono presenti previsioni volte a imporre alle p.a. di prendere in considerazione profili di sostenibilità nei loro acquisti.

Possono richiamarsi in tal senso il Regolamento relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie (art. 70)⁽⁴⁶⁾ e la direttiva sull'efficienza energetica, anch'essa di recente adozione (EED *recast*, art. 7)⁽⁴⁷⁾. Con riguardo ai settori di maggior rilievo rispetto alla materia infrastrutture, va richiamata la proposta di direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia (EPBD, art. 7)⁽⁴⁸⁾ e, soprattutto, la proposta di regolamento che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione⁽⁴⁹⁾. In particolare, l'art. 84 di quest'ultima proposta conferisce alla Commissione di integrare il regolamento mediante atti delegati «stabilendo requisiti di sostenibilità applicabili agli appalti pubblici» che possono assumere «la forma di *specifiche tecniche obbligatorie*, criteri di selezione, criteri di aggiudicazione, clausole sull'esecuzione dell'appalto od

39 Questo dibattito è ricostruito da G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Riv.*

quad. dir. amb., 2016, 3, p. 4 ss

40 Cfr. https://green-business.ec.europa.eu/green-public-procurement/gpp-criteria-and-requirements_en.

41 Cfr. Direttiva 2009/33/CE sulla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico, modificata dalla direttiva 2019/1161/Ue.

42 Da ultimo sul tema, D. BEVILAQUA, E. CHITI, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, Il Mulino, in corso di pubbl.

43 Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*, del 14 gennaio 2020 COM(2020) 21, final.

44 Comunicazione della Commissione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva dell'11 marzo 2020*, COM(2020) 98 final.

45 Comunicazione della Commissione “Pronti per il 55 %”: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica del 14 luglio 2021, COM(2021) 550 final.

46 Regolamento (UE) 2023/1542 del 12 luglio 2023.

47 Direttiva 2023/1791/Ue del 13 settembre 2023.

48 Proposta di direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia del 15 dicembre 2021, COM(2021) 802 final. Sul tema, in dottrina, E.N. FRAGALE, *Un nuovo corollario dello sviluppo sostenibile: il principio dell'efficienza energetica prima di tutto*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2023, 1 ss.

49 Proposta di regolamento che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione, modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e abroga il regolamento (UE) n. 305/2011, Bruxelles, 30.3.2022 COM(2022) 144.

obiettivi, a seconda dei casi»⁽⁵⁰⁾.

Alla luce di questi e di altri interventi normativi, la dottrina più attenta ha ravvisato nella normativa europea un «paradigm shift» nel senso di un «development from *voluntary* legal requirements towards *mandatory* sustainability requirements», avviando un primo tentativo di sistematizzazione delle differenti modalità attuative⁽⁵¹⁾.

Per concludere va osservato come l'approccio *mandatory* in luogo di uno meramente abilitante, affermatosi in Italia già in vigore del Codice del 2016 e ora fatto proprio anche a livello europeo, non solo dovrebbe rafforzare del paradigma dello sviluppo sostenibile⁽⁵²⁾, ma potrebbe anche incidere positivamente sul rapporto tra le stazioni appaltanti e gli operatori del mercato. È stato invero osservato come l'approccio vincolante «può produrre effetti positivi anche sul lato dell'offerta, dal momento che, determinando una maggior standardizzazione, nonché semplificazione delle procedure di aggiudicazione, evita la frammentazione del mercato interno, come pure riduce le asimmetrie informative tra stazioni appaltanti e operatori economici e, conseguentemente, rende maggiormente prevedibili le decisioni amministrative»⁽⁵³⁾.

3. La rilevanza degli interessi c.d. orizzontali nella fase di selezione degli offerenti nel prisma della distinzione tra funzione strategica *positiva* e *negativa*.

L'inquadramento del possibile rilievo di interessi sociali e ambientali nella fase di definizione delle caratteristiche soggettive dell'aggiudicatario offre l'occasione per introdurre una distinzione di assoluto rilievo per comprendere come le amministrazioni possono utilizzare strategicamente il loro potere d'acquisto. Si fa riferimento alla differenza tra utilizzo strategico *positivo* e *negativo* dei contratti pubblici. Rileva la prima nozione allorquando tramite i contratti pubblici si «innalza» il livello di protezione sociale e/o ambientale, cioè si garantisce uno *standard* di tutela che non è altrimenti assicurato dall'ordinamento. Può invece configurarsi un utilizzo strategico *negativo* ove l'appalto pubblico è di norma considerato uno strumento per rafforzare il rispetto di obblighi sociali/ambientali e *standard* di tutela che, per legge o per altra fonte vincolante, gli operatori economici sono già tenuti a rispettare nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

Trattasi di una distinzione rilevante anche dal punto di vista operativo: solo le clausole orizzontali riconducibili alla funzione strategica positiva devono rispettare la condizione del loro *necessario collegamento con l'oggetto del contratto* che, come sopra ricordato, impedisce alle stazioni appaltanti di prevedere negli atti di gara «*criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale*» (cons. 97 direttiva appalti); di contro, questa condizione non rileva rispetto alla funzione strategica negativa, potendo le amministrazioni, in sede di ammissione alla gara o di verifica dell'anomalia, prendere in considerazione l'attività «generale» dell'offerente in termini di conformità agli obblighi sociali e ambientali, senza che rilevi, in termini limitativi, la condizione del legame con l'oggetto del contratto.

50 Non mancano tuttavia profili perfezionabili: per alcune condivisibili riflessioni critiche su tale proposte, in particolare nella parte in cui l'art. 84 prevede che la Commissione, nello stabilire i requisiti indicati nel testo, tenga conto della «fattibilità economica per le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori di acquistare prodotti più sostenibili dal punto di vista ambientale, senza che ciò comporti costi sproporzionati», v. R. CARANTA, *Towards mandatory SPP for buildings/works*, in *European journal of public procurement markets*, 4, 2022 p. 9 ss., spec. 16 ss.

51 W. JANSSEN, R. CARANTA (a cura di), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law. Reflections on a Paradigm Shift*, Oxford, Bloomsbury, 2023, *passim*. Il corsivo è ripreso da W. JANSSEN, *Shifting Towards Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Context, Relevance and a Typology*, *ivi*, 4.

52 M. COZZIO, *Public Procurement as a Tool to Promote Sustainable Business Strategies: The Way Forward for European Union*, in *International Community Law Rev.* 24, 2022, spec. 176

53 Così A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale*, cit.

Come si evince da questo esempio, tale distinzione tra queste due differenti modalità di uso strategico dei contratti pubblici trova evidenti riflessi nella fase di selezione degli offerenti e, nello specifico, nella sua articolazione in requisiti di ordine generale (a) e requisiti speciali di partecipazione (b).

a. La disciplina sui requisiti di ordine generale, ricavabili a contrario dalle cause di esclusione di cui agli artt. 94 ss., definisce i soggetti da cui la p.a. “non può comprare”. Essa è certamente strumentale ad impedire che le risorse pubbliche siano messe a disposizione di un soggetto privo dei necessari requisiti di integrità e moralità, a consentire l'accesso al mercato delle commesse pubbliche ai soli operatori economici affidabili e capaci di fornire alla stazione appaltante, come pure ad assicurare condizioni di *level playing field* e di concorrenza leale (ciò vale soprattutto per quei motivi di esclusione da cui può derivare un ingiusto vantaggio economico per l'operatore economico che ha commesso la violazione).

A questa disciplina, tuttavia, può attribuirsi anche una funzione ulteriore, ovvero evitare che attraverso i *public procurement* si consolidino situazioni contrastanti con determinati obiettivi di *policy* cui l'ordinamento attribuisce carattere prioritario, innanzitutto quella c.d. orizzontali. In questo senso si è espressa anche la Corte di giustizia nella sentenza relativa alla causa *Tim* che l'ha portata a confrontarsi con le previsioni della direttiva appalti riconducibili alla suddetta *funzione strategica negativa*. Si tratta, nello specifico, di quelle previsioni che dispongono l'esclusione (in fase di selezione o di verifica di anomalia) o la mancata aggiudicazione nelle ipotesi di violazione e degli obblighi in materia sociale, ambientale e del lavoro previsti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi con efficacia *erga omnes* e da specifiche convenzioni internazionali⁽⁵⁴⁾. Secondo i giudici europei, da questo quadro normativo si ricava come il rispetto di tali obblighi sociali e ambientali costituisca un «valore cardine» del nuovo sistema regolatorio⁽⁵⁵⁾.

Sebbene la disciplina del nuovo Codice in tema di cause di esclusione sia stata oggetto di novità significative, a partire dal differente inquadramento dei gravi illeciti professionali e dall'ampliamento dell'ambito operativo del *self cleaning*, circoscrivendo l'attenzione alle sole previsioni rilevanti rispetto all'utilizzo strategico (negativo) dei contratti pubblici si ravvisa una sostanziale continuità con la disciplina del d.lgs. n. 50/2016. Invero, l'art. 95, co. 1, lett. a del Codice del 2023 ripropone la causa di esclusione per violazione degli obblighi in materia sociale, ambientale e del lavoro di cui all'art. 18, par. 2 della direttiva appalti. Come ben chiarito dalla Commissione incaricata della redazione del Codice nella *Relazione agli articoli e agli allegati* (di seguito, *Relazione*), la diversa formulazione della rubrica dell'articolo 95 (recante cause di esclusione “non automatiche” invece di “facoltative”) si limita a meglio chiarire il potere valutativo rimesso dalla norma all'amministrazione: esso concerne non l'*opportunità* dell'esclusione, bensì la sussistenza del presupposto enucleato dalla legge, ovvero l'incidenza della violazione dell'obbligo sull'integrità/affidabilità etica e/o sociale degli operatori economici⁽⁵⁶⁾. D'altronde, in più occasioni la CGUE ha chiarito come i legislatori nazionali, pur potendo rendere obbligatorie le cause di esclusione previste dalle direttive Ue come “facoltative” (art. 57, par. 4 direttiva appalti), non possano equipararle in tutto e per tutto a quelle automatiche (art. 57, par. 1-3): nei casi di esclusioni facoltative, infatti, il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l'amministrazione compia una valutazione sulla gravità della violazione e sulle

54 Cfr. cons. 37, 40 e 41 e artt. 18, par. 2, 56, par. 2; 69, par. 3 e art. 57, par. 4, lett. a) della direttiva appalti 24/2014/ Ue.

55 Corte giust. 30 gennaio 2020, C-395/18, *Tim SpA*.

56 Su tal profilo sia consentito rinviare a E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2021, 307 ss. e 313 ss.

peculiarità del caso concreto e che l'operatore economico possa dimostrare di essere comunque affidabile⁽⁵⁷⁾.

Nell'estendere l'analisi, per le ragioni chiarite al § 1, agli affidamenti diversi dagli appalti nei settori ordinari, va osservato che l'art. 95, co. 1, lett. a (norma "base" della funzione strategica negativa insieme agli artt. 107, co. 2, sui principi in materia di selezione, e 110, co. 5 lett. a in tema di verifica di anomalia) contiene una disciplina di applicazione "generalizzata": esso è infatti oggetto di espresso richiamo da parte degli artt. 167-168 per i settori speciali e nell'art. 183 per le concessioni. D'altronde, l'ambiguo inciso, contenuto in entrambe le previsioni, secondo cui l'esclusione opera «con riferimento agli accordi internazionali elencati negli allegati delle direttive», non appare in alcun modo volto limitare l'operativa del motivo di esclusione per violazione di obblighi sociali e ambientali nei settori speciali e nelle concessioni (più semplicemente, sembra trattarsi di una formulazione volta a recepire, seppur in termini perfettibili, la disciplina UE)⁽⁵⁸⁾.

b. La disciplina sui requisiti speciali di partecipazione di cui all'art. 100 è invece espressione della *funzione strategica positiva*, consentendo all'amministrazione di far partecipare alla gara solamente operatori economici in possesso di capacità tecniche e professionali rilevanti sotto il profilo sociale e ambientale.

Difficilmente il nuovo Codice avrebbe potuto affrontare i principali limiti all'ingresso di considerazioni sociali nella fase di ammissione alla gara. Tali limiti sono infatti riconducibili alle restrittive posizioni della CGUE (*Max Havelar*) e della Commissione⁽⁵⁹⁾, implicitamente confermate dalle direttive del 2014, che finiscono per circoscrivere significativamente lo spazio per requisiti speciali di partecipazione di natura sociale, finendo così per "confinare" tali interessi ad altri "meccanismi", in particolare ai criteri di aggiudicazione e alle condizioni di esecuzione.

Stupisce invece l'assenza nella nuova disciplina di riferimenti ai "sistemi di gestione ambientale", ovvero a uno dei principali strumenti tramite cui "colorare di verde" la fase di ammissione. Tale assenza non dovrebbe mettere in discussione la possibilità delle stazioni appaltanti di richiedere il possesso di tali certificazioni soggettive; in tal senso rileva, infatti, sia la disciplina sui sistemi di gestione ambientali di livello UE (cfr. art. 62 della direttiva appalti) sia la disciplina, nazionale e sovranazionale, sui rapporti/mezzi di prova e sulle certificazioni delle qualità (cfr. art. 105 e all'Allegato II.8 del Codice). Non risulterebbe quindi possibile una (ipotetica) lettura che, anche alla luce degli artt. 3 e 10 del d.lgs. n. 36/2023, riconduca il mancato richiamo ai sistemi di gestione ambientale a un diverso bilanciamento rispetto alla disciplina previgente, più favorevole alle esigenze del *favor participationis* e di massima apertura alla concorrenza.

⁵⁷ Corte giust. 13 dicembre 2012, C- 465/11, *Forposta SA*

⁵⁸ Cfr. art. 30 direttiva 2024/23/UE secondo cui «Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X»; contenuto analogo presenta l'art. 36 della direttiva 2024/25/UE.

⁵⁹ Corte giust. 10 maggio 2012, C-368/10, *Commissione c. Paesi Bassi* ove la Corte ha ritenuto non riconducibile ai requisiti di capacità tecnica previsti dall'art. 48 della direttiva 2004/18/CE una clausola del bando che faceva riferimento al modo in cui l'offerente soddisfa i criteri di sostenibilità degli acquisti e di responsabilità sociale delle imprese, nonché contribuisce al miglioramento della sostenibilità del mercato del caffè e a una sua produzione responsabile sotto il profilo ambientale, sociale ed economico. Si ritiene che la CGUE abbia escluso la legittimità di tale requisito di partecipazione poiché lo ha ritenuto non riconducibile alla nozione di capacità tecnica, ricavata dall'elenco dei mezzi di prova elencati dalla direttiva. Ne consegue che la possibilità di dar rilievo, nella fase di selezione, ad aspetti sociali risulti circoscritta ai motivi generali di esclusione, cioè alle ipotesi violazione di obblighi formalizzati che già gravano in capo all'operatore economico. La preferenza del legislatore UE per acquisti della p.a. ove i profili di sostenibilità siano riconducibili al rispetto di «specific legal obligations and/or administrative provision» è stata sottolineata da B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the EU: a new deal?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 4, 1129 ss.

4. Contratti pubblici sostenibili e requisiti particolari per l'esecuzione del contratto.

Il perseguimento di *horizontal policies* mediante l'attività negoziale dei soggetti pubblici può infine concretarsi nell'imposizione all'aggiudicatario di specifici oneri e/o modalità da rispettare nella fase di esecuzione del contratto che, ovviamente, devono essere già previste dagli atti di gara sotto forma di apposite clausole contrattuali o, più precisamente, di «requisiti particolari per l'esecuzione del contratto» (art. 113).

Rispetto agli altri meccanismi, in questo caso si pone in termini più problematici il tema di garantirne l'effettività dal momento che, trattandosi di obblighi relativi alla fase di esecuzione del contratto, non sempre è possibile verificarne il rispetto già in fase di gara senza che da ciò derivi una lesione della *par condicio* tra gli operatori economici.

Questa osservazione per un verso certamente giustifica un trattamento differenziato rispetto alle specifiche tecniche e ai requisiti speciali di partecipazione che vanno invece sempre soddisfatti sin dalla presentazione dell'offerta. Per altro verso, non dovrebbe giustificare la rigida posizione delle Istituzioni Ue, che ha trovato diversi riscontri anche a livello nazionale, secondo cui le condizioni di esecuzione non possono avere alcun ruolo nell'individuazione dell'aggiudicatario e, più in generale, nella fase di gara; la verifica sul loro rispetto costituirebbe, seguendo questa impostazione, una questione interamente circoscritta alla fase esecutiva⁽⁶⁰⁾. In altri termini, anche allorché l'analisi dell'offerta potrebbe consentire alla stazione appaltante di verificare (mediante una valutazione prognostica e senza che ciò produca conseguenze contrarie alla *par condicio*) l'inadempimento degli obblighi posti quali condizioni di esecuzione, quest'ultima non potrebbe procedere all'escussione, dovendosi limitare a verificare la mera accettazione "formale" di tale obbligo da parte dell'offerente⁽⁶¹⁾.

Il nuovo Codice introduce importanti novità sul punto, ma solo in relazione agli aspetti sociali/lavoristici, comportando così una non giustificata distinzione con gli aspetti ambientali. Tali profili verranno trattati al § 4.2, dopo aver inquadrato quali interessi orizzontali sono tutelati, con approccio *mandatory*, mediante tale strumento. Pure su tale distinto profili, infatti, si registrano novità di rilievo, riguardanti (anche in questo caso) solamente la dimensione sociale; in relazione agli appalti verdi, invece, viene in rilievo quanto già osservato sul sistema CAM e, nello specifico, sull'art. 57, co. 2 che, in continuità con l'art. 34 del previgente Codice, impone alle p.a. di inserire negli atti di gara le *clausole contrattuali* (i.e. le condizioni particolari per l'esecuzione) previste dagli appositi decreti ministeriali.

4.1. Le rilevanti novità del d.lgs. n. 36/2023 in tema di clausole sociali di prima, seconda e terza generazione.

Le principali innovazioni riguardano gli interessi di natura sociale e, in particolare, la tutela dell'equo trattamento dei lavoratori impiegati nell'esecuzione del contratto (a), la loro stabilità occupazionale, nonché il *favor* all'occupazione di determinate categorie di lavoratori (giovani, donne, persone con disabilità o svantaggiate) (b).

a. *Il rafforzamento dell'equo trattamento dei lavoratori impiegati nell'esecuzione del*

60 Cons. St., sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795; sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; 23 agosto 2019, n. 5806; 29 luglio 2019, n. 5308; Tar Campania, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 848; v. pure i pareri sulla normativa dell'ANAC, 30 aprile 2014, AG 19/14 e 8 febbraio 2012, AG 3/12.

61 *Amplius*, E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., 416. Secondo ANAC, Linee guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali", approvate con delibera n. 114 del 13.2.2019, «La mancata accettazione della clausola sociale costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara».

contratto. Cenni⁽⁶²⁾.

Con riguardo alla tutela dell'equo trattamento, normativo e retributivo, dei lavoratori impiegati nelle commesse pubbliche viene in rilievo il quadro regolatorio composto dagli artt. 11, 41 commi 13 e 14, 57 comma 1, 102, 108 comma 9, 110 commi 4 e 5, 119 commi 2 e 6 ss. del nuovo Codice.

Un primo merito che può riconoscersi all'ultimo processo di codificazione è di aver espressamente attribuito, tramite un miglior coordinamento tra le previsioni richiamate, all'art. 11 il ruolo di architrave di un micro sistema normativo volto a chiudere il più possibile gli spazi alla concorrenza tra operatori economici basata sul ribasso dei costi della manodopera – riprendendo i contenuti del previgente art. 30, co. 4, queste disposizione contiene l'obbligo per l'aggiudicatario di applicare un contratto collettivo rispettoso dei tre criteri normativamente definiti⁽⁶³⁾.

Inoltre, se nella definizione di tali criteri sono state confermate le importanti evoluzioni già raggiunte con l'art. 30 comma 4 del Codice del 2016, il nuovo art. 11 porta al culmine la risalita tra i principi generali della materia della garanzia dell'equo trattamento e, soprattutto, affronta (e tendenzialmente risolve) la principale questione rimasta ambigua in vigenza della precedente disciplina. Invero, la notevole frammentazione intersettoriale e intrasettoriale che caratterizza la contrattazione collettiva in Italia ha fino ad ora comportato che, soprattutto per gli affidamenti di prestazioni ibride e/o eterogenee, rimanesse in capo all'operatore economico un certo margine di scelta nell'individuazione del CCNL da applicare in fase esecutiva, nonostante la pregnanza e il rigore dei tre criteri previsti dall'art. 30, comma 4. Tale margine di scelta per gli operatori economici era preservato, anche a fronte dei tentativi di talune stazioni appaltanti di indicare il CCNL da applicare, da quell'indirizzo giurisprudenziale prevalente, che rifletteva il timore di una possibile violazione degli artt. 39 e 41 Cost., secondo cui la scelta del contratto collettivo non può che rientrare tra le prerogative dell'imprenditore⁽⁶⁴⁾. In questo modo, seppur entro i confini del rispetto dell'art. 30 comma 4, si ammetteva un certo grado di *shopping* contrattuale e di *dumping* sociale, con possibile nocumento di tutte quelle esigenze cui l'equo trattamento dei lavoratori risulta funzionale.

L'art. 11, nel prevedere al comma 3 la possibilità per gli operatori economici di indicare nella propria offerta un contratto collettivo differente da quello indicato dagli atti di gara «*purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele*»⁽⁶⁵⁾, riconosce espressamente il potere della stazione appaltante di individuare il livello di tutela minimo che deve essere garantito ai lavoratori (inclusi quelli del subappaltatore, cfr. art. 119, co. 12), in tal modo andando oltre l'indirizzo giurisprudenziale in precedenza richiamato. Alla luce di tale novità, i costi del personale calcolati negli atti di gara dalla p.a. diventano un parametro più *rigido* e *uniforme*, risultando tutti gli offerenti vincolati al trattamento normativo e retributivo individuato dalla p.a.

A tal riguardo vale precisare, da un lato, che tale maggiore omogeneità nello standard normativo ed economico da garantire ai lavoratori rafforza non solo la loro tutela, ma anche la garanzia di una *fair competition* tra gli operatori economici e presumi-

62 Per una più ampia trattazione di tali profili v. A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici, Federalismi*, n. 14/2023, 98 ss.; sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *La garanzia dell'equo trattamento nel nuovo Codice*, cit.

63 Criterio settoriale/territoriale, criterio soggettivo/rappresentativo e criterio della stretta connessione con l'oggetto del contratto da affidare.

64 Tra le tante, da ultimo, Cons. St., sez. V, 9 agosto 2021, n. 5795.

65 L'ANAC, nella Nota Illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, par. 7, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, ha fornito alle stazioni appaltanti utili indicazioni operative con riguardo sia all'individuazione del CCNL da applicare sia alla valutazione di equivalenza tra il contratto indicato e quello differente utilizzato dall'impresa.

bilmente anche il buon andamento dell'attività contrattuale dell'amministrazione e, quindi, del risultato amministrativo. Dall'altro, che l'effettività dell'obbligo previsto, in capo all'aggiudicatario, dall'art. 11 di applicare un CCNL *leader* non può ritenersi in alcun modo "annacquato" dal contenuto dell'art. 57, co. 1 che richiede alla stazione appaltante di inserire nei bandi e negli avvisi apposite clausole sociali aventi a oggetto un siffatto obbligo. Ne consegue che, nell'attuale quadro regolatorio, quelle di equo trattamento sono condizioni di esecuzione *sui generis* in quanto la fonte dell'obbligo non è la *lex specialis* (nonostante la «ritrovata centralità» che sembra attribuirgli l'art. 57, co. 1), bensì direttamente la legge ordinaria⁽⁶⁶⁾.

b. Le clausole sociali di seconda generazione (riassorbimento) e di terza generazione (occupazione promozionale)

In aggiunta, il medesimo art. 57 comma 1 richiede alla stazione appaltante, per tutti gli appalti «di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione», di inserire «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire» le «*pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate*» e la «*stabilità occupazionale del personale impiegato*».

Rispetto alla corrispondente previsione del previgente Codice (art. 50), la nuova disciplina amplia, per un verso, l'ambito applicativo dell'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere clausole sociali di seconda generazione (cioè quelle volte ad assicurare, compatibilmente con le scelte organizzative dell'impresa, la stabilità occupazionale dei lavoratori nei casi di cambio appalto)⁽⁶⁷⁾; alla luce di questa novità, si rafforza la coerenza degli obblighi previsti dall'art. 57, co. 2 per gli affidamenti aventi a oggetto la costruzione o l'ammodernamento delle infrastrutture. Per altro verso, la medesima disposizione amplia lo spettro di interessi sociali cui le stazioni appaltanti sono tenute a dar rilievo negli atti di gara, includendovi la promozione dell'occupazione di giovani, donne, persone con disabilità o svantaggiate.

La scelta di "sovraccaricare" i profili funzionali della disposizione, includendovi le clausole sociali di terza generazione, non appare frutto di una particolare meditazione, come attestano il relativo iter legislativo⁽⁶⁸⁾ e, soprattutto, le difficoltà che si stanno registrando nelle prime esperienze applicative. Invero, non sempre tutte le finalità sociali indicate da tale disposizione possono essere agevolmente perseguite contemporaneamente, nell'ambito della stessa procedura di affidamento. Anzi, in diverse ipotesi di cambio appalto, la tutela la stabilità occupazionale del precedente aggiudicatario può rivelarsi ostativa alla promozione dell'occupazione di giovani, donne, disabili e lavoratori svantaggiati, quantomeno se entrambe le finalità vanno perseguite, come richieste dall'art. 57, mediante *requisiti necessari dell'offerta* (senza cioè la possibilità di ricorrere a soluzioni graduali quali i criteri di aggiudicazione).

Allo stato attuale, questo possibile cortocircuito va stemperato in via interpretati-

66 Come condivisibilmente osservato da ANAC nella Relazione illustrativa delle Linee guida ANAC n. 13, cit., pg. 3, si è in presenza di una clausola sociale in senso tecnico quando la stazione appaltante inserisce tali obblighi nella *lex specialis* e nel contratto.

67 In precedenza, infatti, il carattere *mandatory* della clausola sociale di riassorbimento si riteneva circoscritto ai soli affidamenti ad alta intensità di manodopera; quantomeno, questa è stata l'interpretazione fatta propria da ANAC (Linee guida n. 13) e, in modo unanime, dalla giurisprudenza amministrativa.

68 Clausole sociali di terza generazione (o di occupazione promozionale) che sono state valorizzate dal d.l. n. 77/2021 per i contratti del PNRR nonché dalla l. 21 giugno 2022, n. 78 ("Delega al Governo in materia di contratti pubblici"; cfr. art. 1, co. 2 lett. h), mentre sono state "marginalizzate" nel nuovo Codice soli contratti riservati di cui all'art. 61 e all'Allegato II.3. Per un inquadramento delle misure relative ai contratti PNRR v. D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove aut.*, 3, 2021, 799 ss. e F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, 25/2022, 169 ss. In generale, sull'impatto del PNRR sul settore dei contratti pubblici, E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, 667 ss.

va, ravvisandosi al riguardo due possibili direttrici esegetiche.

In primo luogo, indicazioni su come “bilanciare” gli interessi in potenziale antagonismo potrebbero ricavarsi dalla legge delega che riconosce maggior peso alla stabilità occupazionale (che va «garantita») rispetto all’occupazione promozionale (da “promuovere”)⁽⁶⁹⁾; in altre parole, la legge delega legittimerebbe non certo la totale pretermissione della seconda finalità, bensì operazioni di bilanciamento più favorevoli alla prima. In secondo luogo, dal binomio fiducia-risultato e dalla valorizzazione dello “spazio” dell’amministrazione⁽⁷⁰⁾, entrambi elementi “portanti” del nuovo Codice, si dovrebbe ricavare la centralità del ruolo della stazione appaltante nel porre in essere le suddette operazioni di bilanciamento, tenendo ovviamente conto delle caratteristiche del singolo affidamento e del suo oggetto; ciò senza che si intenda disconoscere l’importanza e l’utilità di un eventuale intervento dell’Autorità di regolazione del settore, che dovrebbe però avere una funzione di supporto (non di sostituzione) dell’amministrazione, ad esempio attraverso l’enucleazione di “good practice”.

4.2. La definitiva consacrazione della verifica sul rispetto delle clausole sociali come questione riguardante (anche) la “fase di gara”.

Con riguardo agli strumenti per assicurare l’effettività delle clausole sociali, va richiamato l’art. 102 che impone alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori economici – negli atti di gara e tenuto conto delle prestazioni oggetto del contratto – di assumere l’impegno a rispettare l’obbligo di applicazione del CCNL di cui all’art. 11 nonché gli obblighi di riassorbimento e di occupazione promozionale di cui all’art. 57, co. 1 del Codice. Ai sensi del co. 2 dello stesso art. 102, l’operatore economico deve illustrare nell’offerta «le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni», mentre la stazione appaltante deve verificare «l’attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all’articolo 110, solo nei confronti dell’offerta dell’aggiudicatario».

Concentrando l’attenzione sull’impatto dell’art. 102 sulle le clausole sociali in senso stretto (*i.e.* quelle di seconda e di terza generazione), esso introduce un meccanismo nella sostanza corrispondente al c.d. «progetto o piano di riassorbimento» il cui utilizzo era stato suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva in relazione agli obblighi posti dall’art. 50 del Codice del 2016.

Si tratta di soluzione da giudicare senz’altro con favore che, innanzitutto, dovrebbe consentire di superare i profili problematici riscontrati in vigenza del precedente Codice, ove che la “flessibilità” delle clausole sociali, in combinato con la garanzia della libertà di impresa cui la suddetta flessibilità è funzionale, potevano costituire “pretesti” tali da consentire agli operatori economici di “aggirare” l’obbligo di riassorbimento se non addirittura di adottare comportamenti opportunistici⁽⁷¹⁾.

Inoltre, dagli obblighi posti dall’art. 102 in capo a stazioni appaltanti e operatori economici sembra potersi ricavare, come già anticipato, il definitivo superamento della portata generale della (discussa)⁽⁷²⁾ regola di origine pretoria circa la tendenziale irrilevanza in fase di gara degli obblighi posti quali condizioni di esecuzione: la finalità della disposizione è proprio quella di anticipare, rispetto al momento strettamente esecutivo, la verifica sull’effettiva intenzione dell’impresa di rispettare gli obblighi di

69 L. delega n. 78/2022, cit., art. 1, co. 2 lett. h.

70 Cfr. M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 24/2023, 222 ss.

71 Cfr. D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l’opportunist*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 1, 47 ss.;

72 L. ANKERSMIT, *The contribution of EU public procurement law to corporate social responsibility*, in *Eur. Law J.*, 2020, 1-2, 16; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. II, 3^a ed., Londra, Sweet & Maxwell, 2018, 756.

riassorbimento e di occupazione promozionale che, è bene precisare, altro non sono che specifiche ipotesi di “requisiti per l’esecuzione dell’appalto” di cui all’art. 113.

4.2.1. L’effettività degli obblighi sociali e ambientali nel nuovo Codice: profili di criticità.

Nonostante risulti evidente come l’art. 102 rafforzi, in modo peraltro significativo, l’effettività delle clausole sociali, si ritiene che il Codice del 2023 abbia perso l’occasione per affrontare in modo compiuto e sistematico il delicato tema dell’effettività degli obblighi contrattuali volti a imporre peculiari modalità di esecuzione all’aggiudicatario per esigenze di sostenibilità.

Non convince la mancata estensione dell’art. 102 (o di un meccanismo simile) alle condizioni di esecuzione di natura ambientale e, nello specifico, ai criteri ambientali minimi previsti sotto forma di *clausole contrattuali*⁽⁷³⁾, obbligatori ex art. 57, co. 2; a questi, infatti, trova applicazione solamente l’art. 113, co. 2 che si limita a sancire l’obbligo degli operatori economici di dichiarare, in sede di offerta, «di accettare i requisiti particolari nell’ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari». In tal modo, il nuovo Codice opera una distinzione tra profili ambientali e profili sociali che non sembra trovare alcuna plausibile giustificazione. Peraltro, un intervento del legislatore sul punto sarebbe risultato opportuno alla luce di alcuni indirizzi giurisprudenziali che tendono a confinare la verifica sul rispetto dei criteri ambientali minimi alla fase esecutiva, anche quando ciò non è in alcun modo richiesto dal rispetto dei principi di ragionevolezza, parità di trattamento e proporzionalità⁽⁷⁴⁾.

Non convince nemmeno la scelta di non riproporre l’interessante soluzione prevista dall’art. 47 del d.l. n. 77/2021 (recentemente seguita anche dal legislatore europeo⁽⁷⁵⁾), di rendere *ex lege* obbligatorio l’inserimento negli atti di gara di clausole penali e altri strumenti volti a sanzionare l’inadempimento del contraente degli obblighi di natura sociale: se è vero che la fase dell’esecuzione rappresenta il “tallone d’Achille” della sostenibilità della contrattualistica pubblica, questa soluzione avrebbe rappresentato un importante correttivo.

Più in generale, abbandonando la distinzione fin qui seguita tra le varie fasi dell’operazione contrattuale, si può sostenere che il nuovo Codice ha perso l’occasione di individuare, come suggerito da attenta dottrina, un «custode della sostenibilità dei contratti», non ravvisandosi alcun ampliamento delle ipotesi di impugnabilità dei bandi non conformi requisiti di sostenibilità *mandatory* e dei soggetti titolari del relativo potere⁽⁷⁶⁾. Anzi, con riguardo al sistema CAM non è stata riprodotta la previsione secondo cui ANAC, attraverso la sezione centrale dell’Osservatorio, avrebbe dovuto provvedere a monitorare l’applicazione dei criteri ambientali minimi e il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal PAN GPP; sul punto, tuttavia, si condivide la tesi secondo cui la verifica della corretta attuazione dell’art. 57, co. 2, rientri in ogni caso tra i compiti generalmente attribuiti ad ANAC, cui spetta il controllo rispetto della

73 Diversamente, i CAM previsti dai decreti ministeriali sotto forma di specifiche tecniche – anch’esse da inserire obbligatoriamente negli atti di gara ex art. 57, co. 2 del Codice – vanno “rispettate” dagli operatori economici sin dal momento della presentazione dell’offerta.

74 Tar Lazio, sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 727; Tar Bologna, sez. I, 25 marzo 2021, n. 305.

75 Cfr. considerando 57 e art. 24 della direttiva 2023/970/UE sulla parità di retribuzione tra uomini e donne.

76 Così Cfr. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile*, cit., 260. Non privi di profili problematici appare la soluzione della etero-integrazione della disciplina di gara che non prevede i CAM obbligatori: se è vero che offrirebbe il vantaggio di «consentire agli operatori (...) di far valere l’illegittimità dell’aggiudicazione

(...) in caso di offerta difforme dai CAM vigenti» (così S. VERNILE, “Nuovo” *Codice dei contratti pubblici*, cit., 992), non va però trascurato come questa soluzione impedisca la contestualizzazione dei CAM alle caratteristiche del singolo affidamento (cfr. *supra* § 2) oggi più che mai opportuna (se non propria necessità) alla luce del principio del risultato.

disciplina dei contratti pubblici⁽⁷⁷⁾.

5. Notazioni conclusive e di sintesi su contratti pubblici e infrastrutture sostenibili nel nuovo Codice.

Un'analisi ad ampio spettro del nuovo Codice nella prospettiva dei contratti pubblici per le infrastrutture sostenibili fa emergere profili di criticità ulteriori a quelli sopra richiamati.

Non va certo nella direzione di stimolare le amministrazioni a utilizzare strategicamente il loro potere di acquisto, né di orientare la più ampia discrezionalità oggi riconosciuta a funzionari e dirigenti pubblici al principio dello sviluppo sostenibile, l'assenza di una previsione corrispondente al previgente art. 38, co. 4 che dava rilievo all'applicazione dei requisiti di sostenibilità tra i criteri preminenti da considerare ai fini della qualificazione delle stazioni appaltanti. Ancor più significativa in tal senso è la mancata riproposizione dell'art. 30, co. 1 del d.lgs. 50/2016 che espressamente legittimava le stazioni appaltanti a subordinare il principio di economicità a criteri ispirati a esigenze di sostenibilità.

Questi profili regolativi, già oggetto di notazioni critiche in letteratura⁽⁷⁸⁾, sembrerebbero *prima facie* confermare la lettura di autorevole dottrina che, sottolineando l'assenza di riferimenti allo *sviluppo sostenibile* tra i principi del nuovo Codice, ha osservato che l'ultima riforma ci ricorderebbe di guardare ai contratti pubblici “senza romanticismo e idealismo”, prestando preminente attenzione alle esigenze di approvigionamento⁽⁷⁹⁾. In effetti, la tesi secondo cui i redattori del nuovo Codice avrebbero voluto dar seguito alle posizioni critiche rispetto all'utilizzo strategico dei contratti pubblici potrebbe trovare ulteriore supporto e fondamento in una possibile lettura del principio del risultato (art. 1), volta a ritenerlo mera espressione del primato logico della realizzazione dell'opera, dell'espletamento del servizio e del conseguimento della fornitura⁽⁸⁰⁾.

Si ritiene, tuttavia, di non aderire a queste letture, né a quelle che sembrano circoscrivere la valenza teleologica dell'art. 1 alla c.d. funzione di committenza e/o al c.d. interesse realizzativo⁽⁸¹⁾.

Ad avviso di chi scrive, infatti, la precisazione di cui all'art. 1 – secondo cui il principio del risultato «è perseguito nell'*interesse della comunità* e per il *raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*» – consente di ricomprendervi il principio dello sviluppo sostenibile; in altri termini, il richiamo all'*interesse della comunità* e agli *obiettivi* *Ue* andrebbe riferito proprio agli “obiettivi sociali comuni”, tra cui quelli sociali e ambientali, che l'ordinamento sovranazionale sempre più mostra di volere perseguire tramite i contratti pubblici⁽⁸²⁾. A ben vedere, questa interpretazione del principio del risultato risulta coerente con il quadro normativo fin qui analizzato: con le previsioni

77 S. VERNILE, *op.cit.*, 991 che inoltre osserva come «ciò parrebbe consentire ad ANAC di intervenire solamente in caso di violazione dell'obbligo di introdurre i CAM, mentre una più generale attività di monitoraggio del raggiungimento degli obiettivi fissati dal PAN GPP parrebbe riguardare altresì le clausole facoltative e, dunque, potenzialmente più idonee a favorire un innalzamento del livello di tutela ambientale».

78 Cfr. R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12, in Urb. app.*, 1950 ss.; M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2 ss.; A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale*, cit.; A. LUPO, *La disciplina sulle clausole ambientali, in La riforma dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023), Documento del Gruppo di lavoro AIPDA*, in corso di pubbl.

79 Così G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 288.

80 Si tratterebbe, a dire il vero, di una lettura tutt'altro che peregrina, che anzi trova diversi riscontri, a partire da alcuni passaggi della *Relazione* allo schema di Codice.

81 Le espressioni sono riprese, rispettivamente, da G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit. 287 ss., e da L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 5 ss.

82 *Amplius*, E. CARUSO, *La garanzia dell'equo trattamento nel nuovo Codice*, cit. Nello stesso senso v. pure E. GUARNIERI, *Contratti pubblici e risultato, tra continuità e innovazione*, in *Dir. amm.*, in corso di pubbl.

che riporgono la disciplina del d.lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii. in tema di contratti pubblici sostenibili e soprattutto con quelle, concernenti principalmente la dimensione sociale dei *procurement*, che rafforzano il carattere *mandatory* e l'effettività delle clausole sociali.

Difficilmente, quindi, può attribuirsi al nuovo Codice una vera e propria inversione di rotta rispetto al *favor* per i contratti pubblici sostenibili che ha caratterizzato gli interventi normativi, nazionali ed europei, dal 2014 in avanti. Una delle strade da percorrere per inverare il concetto di “infrastruttura sostenibile” introdotto all'inizio di questo lavoro trova, tuttora, piena garanzia a livello normativo.

Con tale conclusione non si intende negare un atteggiamento di particolare prudenza da parte dei redattori del Codice del 2023, rintracciabile soprattutto nei confronti della dimensione ambientale della sostenibilità, nonostante la centralità oggi riconosciuta alla questione verde e al tema della transizione ecologica. Tale atteggiamento, più che dalla volontà di rinnegare la funzione sociale o strategica dei contratti, appare tuttavia dettato dal timore che l'elevato livello di implementazione degli appalti verdi raggiunto dal nostro ordinamento in vigenza del Codice del 2016 difficilmente possa essere ulteriormente implementato senza pregiudicare la capacità del mercato di metabolizzarlo e quindi, in ultima istanza, l'interesse realizzativo. Trattasi di timori legittimi che avrebbero però meritato, si ritiene, risposte differenti volte a “consolidare” i risultati raggiunti in tema di appalti verdi; in altri termini, sarebbero risultati opportuni interventi specifici e aggiustamenti per correggere i profili perfettibili del Codice del 2016 come pure per addivenire a una migliore compatibilizzazione tra la pluralità di interessi pubblici oggi sottesi all'attività contrattuale dell'amministrazione.

RESPONSABILITÀ ERARIALE

Il regime di responsabilità nel rapporto con la scriminante politica*

SOMMARIO: 1. L'obbligo della responsabilità. 2. Le funzioni della Corte dei conti: la sua attività di "magistratura speciale". 3. L'esercizio dei poteri: "amministrare". 4. La prospettiva storica della attuale giustizia contabile. 5. L'equilibrio tra politica e responsabilità erariale. 6. La discrezionalità della Corte dei conti. 7. La scriminante politica nella responsabilità erariale. 8. L'articolo 248 del TUEL: la responsabilità da dissesto. 9. La giurisdizione contabile: il momento di chiusura del sistema dei controlli.

DI LUIGI CASO

ABSTRACT: Il saggio approfondisce il tema della "responsabilità" (nelle sue diverse articolazioni) nel rapporto con la c.d. "scriminante politica", in una prospettiva di ricostruzione della diversa attenzione riservata, nelle varie fasi storiche, al tema della corretta amministrazione, nonché dell'evoluzione della giurisprudenza contabile.

ABSTRACT: *The essay delves into the theme of "responsibility" (in its various articulations) in the relationship with the so-called "political justification", with a view to reconstructing the different attention paid, in the various historical phases, to the topic of correct administration, as well as the evolution of accounting jurisprudence.*

1. L'obbligo della responsabilità.

L'etimologia della parola responsabilità⁽¹⁾ rende evidente come questa sia la conseguenza di un impegno assunto, sia nella vita privata che in quella pubblica.

Chi assume un impegno, soprattutto sul piano pubblico, non può sottrarsi all'obbligo di risponderne (non solo agli elettori ma, prima ancora, all'intera collettività che si è impegnato a governare). Del resto, come affermato recentemente dalla Cassazione a Sezioni Unite (Cassazione, Sezioni Unite, n. 2370 del 25 gennaio 2023), "nel sistema costituzionale non vi è potere senza responsabilità".

E, dunque, se la normativa di cui oggi si celebra il trentennale ha costituito una svolta nei rapporti tra i Sindaci e la cittadinanza, elevando la valenza rappresentativa dei primi, è indubbio che la stessa abbia posto le basi anche per un innalzamento della relativa soglia di responsabilità, non solo sul piano politico ma anche su quello giuridico.

* Il saggio rielabora l'intervento al convegno, promosso dalla Rivista, "Sindaci e Amministrazioni Comunali a Trent'anni dalla Legge n. 81/1993 sull'elezione diretta". Venezia, 3 novembre 2023

¹ In latino la particella *re-* sta a indicare l'azione che consegue ad un'altra e, unita al verbo *spondere* (promettere, obbligarsi, dare la propria parola, dare garanzia) indica che il responsabile è colui che è chiamato a rispondere degli obblighi assunti, sia nella vita pubblica che in quella privata (*sponsio* o *sponsum*, infatti, è la promessa solenne ma è anche la radice della parola "sponsali").

2. Le funzioni della Corte dei conti: la sua attività di “magistratura speciale”.

L'individuazione della linea di confine tra politica e magistratura (*l'actio finium regundorum*, come avrebbero detto i giuristi romani) è questione evocata spesso con riferimento alle questioni penali, che più frequentemente guadagnano l'attenzione dell'opinione pubblica; sul piano sistematico, però, tale tema costituisce la questione più rilevante - possiamo dire la questione ontologica - della Corte dei conti.

È noto come su natura, funzioni e collocazione costituzionale di questa magistratura prosperi da sempre un continuo e serrato dibattito, per il quale valgono le stesse considerazioni che Umberto Eco riservava alla difficoltà di classificare l'ornitorinco negli stretti ambiti della tassonomia linneiana⁽²⁾.

Evidenti ostacoli a tale opera classificatoria risiedono nella numerosità delle sue attribuzioni e funzioni (non riscontrabile in nessuna delle altre magistrature consorelle: giurisdizionale, di controllo, consultiva, requirente e referente al Parlamento) e nell'apparente disomogeneità tra il suo scopo istitutivo (essere la guardiana del Governo per conto del Parlamento o, per dirla con le parole del Ministro delle Finanze del 1862 Sella, “vegliare a che il Potere esecutivo non mai violi la legge; ed ove un fatto avvenga il quale al vostro alto discernimento paia ad essa contrario, è vostro debito il darne contezza al Parlamento”) e la sua qualificazione, nella Costituzione repubblicana, di organo ausiliario del medesimo Governo (ed infatti, Costantino Mortati, padre costituente e magistrato contabile, aveva suggerito di qualificarla quale organo ausiliario del Parlamento).

Di tutte le varie definizioni date della Corte dei conti, forse le più calzanti sono quelle di Aldo Maria Sandulli, che la qualificava, con esclusivo riferimento alle funzioni di controllo e tralasciando quelle tipicamente giurisdizionali, “potere a sé dello Stato nell'ordinamento vigente”⁽³⁾ ovvero quella coniata da un illustre Presidente della Corte dei conti, Ferdinando Carbone, il quale amava definire la sua magistratura

2 U. ECO, *Kant e l'ornitorinco*, Milano, 2016.

3 A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.

la “cerniera dell’ordinamento”⁽⁴⁾.

Conformemente, quindi, al disegno istitutivo, la Corte, mantiene uno stretto rapporto con il Parlamento, cui non solo riferisce in diverse occasioni e su diverse tematiche (nel giudizio di parificazione sul Rendiconto generale dello Stato, nella relazione sulla copertura delle leggi di spesa o sui costi dei contratti collettivi, nelle delibere sulla gestione degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria) ma dal quale viene altresì sistematicamente audita su ogni provvedimento legislativo che abbia significativi effetti economici.

Contemporaneamente, la Corte ha sviluppato, attraverso l’esercizio delle tante e diverse tipologie di controllo che via via le sono state affidate, un’estesa attività di affiancamento all’azione di Governo, seguendone passo per passo l’evoluzione, dalla genesi di taluni provvedimenti fino alla valutazione dell’efficacia di intere gestioni amministrative.

Con la creazione poi delle sezioni regionali, tale analisi approfondita dell’azione amministrativa si è andata estendendo dal livello centrale a quello locale. In particolare, si è assistito negli anni ad un notevole ampliamento dell’attività di controllo sui bilanci degli enti locali, avendo la legislazione, nata sulla scorta dell’introduzione in Costituzione del vincolo dell’equilibrio di bilancio, imposto una particolare attenzione su tale settore, demandando alla Corte dei conti il compito di assicurare la legittimità contabile dell’intero ordinamento.

Infine, i collegamenti che da sempre la Corte dei conti intrattiene sia con le istituzioni europee (prima tra tutte la Corte dei conti europea) e poi con quelle internazionali (in particolare, con l’INTOSAI, organizzazione internazionale che riunisce le

4 La felice espressione del Presidente Carbone ha una duplice chiave di lettura: con il termine cerniera, infatti, ci riferiamo sia a quel congegno di snodo che permette di collegare due elementi sia a quella sorta di serratura a incastro che si usa quotidianamente per chiudere borse o abiti. Intesa in quest’ultimo senso, l’azione della magistratura contabile si pone come momento di chiusura dell’ordinamento, sia perché il controllo e la giurisdizione di responsabilità si pongono necessariamente a valle dell’azione amministrativa che intendono controllare o sanzionare sia perché la consapevolezza dell’esistenza di un momento successivo teso al controllo o, nei casi più gravi, alla sanzione (seppure intesa nella sua funzione recuperatorio-risarcitoria e non già afflittiva) completa la stessa norma attributiva del potere amministrativo in quanto vi aggiunge la necessaria previsione della simmetrica responsabilità (senza la quale il primo rischia di sconfinare nell’arbitrio). In questo senso, si può dire che la magistratura contabile, come la nottola di Minerva citata da Hegel, spicca il volo al tramonto, quando il potere esecutivo ha ormai svolto la sua azione. Ma la Corte può essere assimilata ad una cerniera anche con riferimento al suo significato di elemento di collegamento tra le varie istituzioni del Paese. In tal senso, si può cogliere la posizione strategica della Corte dei conti all’interno del disegno ordinamentale nazionale ed europeo, in quanto ancorata saldamente, da un lato, al processo di riforma della *governance* economica europea (quel complesso di regole, cioè, che ha preso le mosse dal Trattato di Lisbona nell’ormai lontano 13 dicembre 2007) e, dall’altro, al federalismo fiscale introdotto a seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione. La Corte, infatti, si colloca all’interno del nuovo assetto ordinamentale, caratterizzato dal *continuum* Unione europea - Stato - Autonomie territoriali, come istituzione che tutte le attraversa e che attua la funzione di garanzia del corretto uso delle risorse pubbliche (ivi comprese quelle di provenienza comunitaria), con riferimento non solo allo Stato-apparato ma, nel nuovo quadro costituzionale, anche allo Stato-comunità: un’interlocuzione, dunque, rivolta all’amministrazione come all’intera collettività nazionale e, per essa, al Parlamento e alle Assemblee legislative regionali, in modo da accentuare la sua gravitazione ausiliare, specie nei confronti delle assemblee rappresentative di tutte le istituzioni che “costituiscono” la Repubblica: Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato (art. 114 Cost.). La complessiva attività svolta dalla Corte concorre a svolgere una funzione coesenziale della democraticità dell’intero ordinamento: garanzia che le amministrazioni svolgano con competenza ed efficienza le “missioni” loro affidate dal Parlamento e dalle Assemblee regionali; che le risorse – specie se scarse – vengano impiegate nella maniera più efficiente ed economica; che le amministrazioni siano avvertite di eventuali devianze dalle regole ad esse imposte dalla politica economica e finanziaria generale; che la gestione amministrativa si svolga nel rispetto dei parametri normativi e finanziari dettati dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea; che, infine, le strutture della Repubblica operino con modalità e procedimenti tali da spostare in favore dei cittadini il rapporto fra spesa strumentale (quella per il mantenimento degli apparati) e spesa finale (quella per i servizi e le prestazioni al pubblico). Riguardata attraverso questa complessa rete di rapporti, emerge la storia della Corte dei conti che assume il profilo di un’istituzione complessa che, pur nell’immutato rispetto del suo compito originario - provvedere cioè che il Potere politico ed amministrativo rendano il conto del proprio operato, specie nel campo finanziario, ai cittadini e che rispettino la legge che è fonte e misura del suo potere – si è dimostrata capace di adattarsi a tutte le mutazioni dell’ordinamento costituzionale e del più vasto quadro normativo sovranazionale, fino a diventare elemento indispensabile di un compiuto sistema democratico e punto di riferimento europeo ed internazionale nei processi di governo della finanza pubblica.

istituzioni superiori di controllo), hanno da sempre contraddistinto la Corte dei conti italiana come un anello di congiunzione tra l'ordinamento nazionale e quello europeo e transnazionale.

Volendo, però, trovare un elemento unificante delle varie funzioni della Corte dei conti e che, in un certo senso, ne giustifichi l'esistenza come magistratura speciale, lo dobbiamo ricercare proprio nel rapporto con il potere politico.

Limitandoci alla funzione giurisdizionale, è facile rendersi conto di come la gran parte dei giudizi instaurati innanzi alle diverse magistrature ruotino intorno ad un interesse privato, che può essere contrapposto ad un altro interesse privato (come nei giudizi civili) ovvero ad un interesse pubblico, spesso tradotto in un provvedimento (come nei giudizi amministrativi o tributari).

La centralità dell'interesse pubblico contraddistingue, invece, quelle poche tipologie di giudizio in cui l'iniziativa spetta ad un soggetto incaricato di agire a tutela degli interessi collettivi dell'intero ordinamento e, cioè, il pubblico ministero, figura che noi ritroviamo prevalentemente nel processo penale (con la sua variante del giudizio innanzi alla magistratura militare) e nel processo di responsabilità contabile (ovviamente, in tale giudizio il pubblico ministero non svolge la medesima funzione del suo collega penale ma, analogamente a quanto avviene per i rarissimi casi di presenza del pubblico ministero nel processo civile, agisce in nome dell'intera collettività per la difesa dei relativi interessi generali).

Mentre però l'interesse collettivo alla repressione delle condotte sanzionate penalmente è immediatamente percepibile anche dal *quisque de populo*, al punto che si può dire che la nascita dello Stato consegua proprio all'esigenza di centralizzare l'uso della forza, sottraendolo ai cittadini (*ne cives ad arma ruant*), l'interesse collettivo alla tutela del corretto uso delle risorse pubbliche è di difficile e non immediata percezione; raramente, infatti, si riesce a percepire il nesso indissolubile che esiste tra tutela dell'erario e tutela dei diritti dei cittadini.

Infatti, quasi sempre nel dibattito – non solo politico ma anche giuridico – sui diritti viene rimossa una considerazione tanto scontata quanto fondamentale: quelle pretese individuali o collettive che eleviamo al rango di diritti possono ricevere un'ineffettiva soddisfazione solo nella misura in cui l'ordinamento fornisca loro non solo riconoscimento e tutela, ma anche specifiche e congrue risorse.

In altri termini, i diritti hanno dei costi⁽⁵⁾; ciò vale non soltanto per i diritti positivi ma anche per quelli c.d. negativi: entrambi dipendono dall'intervento attivo dello Stato, anche solo per la creazione e il finanziamento di quelle strutture (*in primis* le forze dell'ordine e la magistratura) che ne assicurino la tutela e consentano ai titolari di difenderli e farli valere. La tutela di un diritto implica sempre una scelta sull'allocatione delle relative risorse; essa comporta, cioè, lo spostamento delle risorse disponibili da una voce ad un'altra del bilancio, ovvero il sacrificio di altre opportunità. Dire che la tutela effettiva dei diritti dipende dalle risorse disponibili, ovvero dal bilancio e quindi dal volume delle tasse raccolte, significa mettere in rilievo, da un lato, che essa dipende da scelte politiche, dall'altro, che i diritti, al di là della retorica circa la loro inviolabilità, indisponibilità e inderogabilità, sono "pretese di carattere relativo", fondate sempre su dei compromessi e non "assi piglia tutto"⁽⁶⁾.

È, dunque, indispensabile, al fine di consentire che l'impalcatura di qualsiasi Stato di diritto rimanga salda, non solo assicurare che le risorse necessarie a sopportare il

5 S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, New York 1999, trad. it. "Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse", Il Mulino, Bologna 2000, pp. 246; L. CASO, "Il costo dei diritti e della loro tutela tra unione europea e autonomie territoriali", Atti della II rassegna di diritto pubblico dell'economia, Varese, 2018, in *Rivista della Corte dei conti*, fasc. 3-4, 2018, pp. 454 e seg.

6 R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 2010

costo dei diritti siano reperite (in primo luogo attraverso quella forma di esazione coattiva che è la tassazione) ma, al contempo, che i soldi destinati a tal fine siano spesi nel modo corretto, così da evitare non solo ruberie e malversazioni ma, prima ancora, sprechi o utilizzi errati.

E qui sorge la più grande differenza tra la giurisdizione penale e quella contabile: può capitare che l'attività di accertamento dei reati porti in territori limitrofi a quelli della politica (circostanza – fortunatamente – molto più rara di quanto la lettura dei quotidiani possa talvolta far immaginare) mentre l'attività della Corte dei conti riguarda sempre e comunque azioni “politiche”. La Corte dei conti, infatti, è il giudice che maggiormente si interfaccia con il potere politico, sia inteso come potere esecutivo che come potere legislativo.

Tutta l'attività della Corte (con riferimento sia alla funzione di controllo, che giurisdizionale che, infine, consultiva) ha un unico interlocutore, la Repubblica Italiana, seppure, volta per volta, questa si presenti sotto le vesti di uno dei tanti enti tra i quali è distribuito il potere politico nel nostro ordinamento, in ragione del profilo territoriale (Governo centrale, Regioni, enti locali) o funzionale (i diversi enti pubblici settorialmente competenti). Attraverso la vasta gamma di funzioni affidatele, la Corte segue l'attività amministrativa dalla sua genesi (tramite il controllo preventivo di legittimità sui più rilevanti atti del Governo centrale), durante la gestione o al termine di essa (tramite il controllo concomitante o successivo di gestione), talvolta contribuendo al suo espletamento sia nell'interlocuzione costante con il Parlamento sia con pareri su questioni generali in tema di contabilità pubblica nonché, in ipotesi residuali, giungendo a condannare i pubblici amministratori nei casi in cui, con la loro condotta gravemente colposa o addirittura dolosa, abbiano danneggiato il patrimonio pubblico.

In questo modo, la Corte viene a svolgere una funzione conformativa (se non addirittura maieutica) nei confronti dell'azione politico-amministrativa, indicando al Governo e alle altre amministrazioni quale sia il corretto modo di operare ed amministrare le risorse pubbliche. D'altro canto, la scelta di bilancio (sia esso il bilancio statale che quello di un qualsiasi altro ente pubblico, istituzionale o territoriale), quella cioè con la quale vengono allocate le risorse pubbliche, è la più politica delle scelte perché – come sappiamo bene – attribuire o meno una dotazione finanziaria adeguata non influisce solo sulla buona attuazione della decisione politica ma, spesso, ne condiziona la nascita o, quanto meno, le sue caratteristiche fondamentali⁷.

Si può, dunque, affermare che giudicare come si spende il pubblico denaro (quello che, con un'espressione ormai in voga, viene “tolto dalle tasche dei cittadini”) significa anche giudicare come si amministra la cosa pubblica e, cioè, come si fa politica.

3. L'esercizio dei poteri: “amministrare”.

Tale consapevolezza porta con sé l'obbligo di affrontare un ulteriore problema.

Tutti noi sappiamo bene che l'odierno sistema costituzionale, quello cioè posto a fondamento delle moderne democrazie, si basa sulla tripartizione dei poteri come el-

⁷ Di tutte le enunciazioni giuridiche che compongono un qualsiasi provvedimento normativo, una sola è quella da cui tutte le altre dipendono, in quanto capace di condizionarne non solo l'attuazione concreta ma, altresì, la stessa formulazione, con particolare riferimento alla relativa sfera di operatività, restringendola ovvero estendendola: si tratta di quella norma che viene generalmente posta in coda alle altre e alla quale viene generalmente attribuito il nome di norma di copertura. Pur essendo la norma finale, quella che normalmente chiude l'intervento normativo (e di cui raramente si trova traccia nei commenti dei giuristi), essa ne rappresenta il *prius* logico in quanto, in ragione delle risorse che sono disponibili si può definire l'ambito di applicabilità della nuova normativa e decidere se riguarderà talune categorie invece di tal altre o se avrà natura definitiva ovvero transitoria.

borata da Montesquieu⁸). Eppure, meno di un secolo dopo (*De l'esprit des lois* è del 1748), nel 1827, un altro francese, Henrion de Pansey nel suo *De l'autorité judiciaire en France*, avvertiva che “*Juger l'administration, c'est encore une fois administrer*”, mostrando agli studiosi se non proprio una crepa nella teoria della tripartizione dei poteri, quanto meno una zona di minor resistenza, una sorta di membrana osmotica dalla quale si può facilmente passare da un potere all'altro.

Ma, quando si parla di Corte dei conti, il rischio non è solo quello indicato da de Pansey ma, ancor di più, quello di passare dal giudizio sulla politica all'attività politica stessa e ciò proprio per le ragioni anzi dette; si tratta di un rischio enorme, perché viola il comandamento principale di ogni ordinamento democratico, quello cioè del primato della politica sugli altri poteri. Ne deriva la necessità di tracciare una precisa linea di confine tra l'esercizio di questi due poteri.

4. La prospettiva storica della attuale giustizia contabile.

Come sempre, un'analisi condotta secondo una prospettiva storica aiuta a comprendere meglio l'attualità.

Al momento della sua istituzione come prima magistratura italiana, la Corte dei conti venne “costruita” come guardiana dell'esecutivo in nome e per conto del Parlamento. In questa sua veste, alla Corte veniva attribuito il compito di tutelare un interesse diffuso – quello alla buona e legittima spendita del pubblico denaro – di cui era titolare l'intera collettività (oggi diremmo lo Stato-ordinamento). Si trattava di un interesse di ampiezza tale da far sì che nella relazione illustrativa alla legge istitutiva (la legge 800 del 1862) si può ancor oggi leggere che “la Corte stessa ha un'unica missione di far osservare la legge e che sotto questo aspetto ha quasi un carattere ministero pubblico” ed, anzi, “tutta la Corte è pubblico ministero”. Coerentemente con tale impostazione, l'art. 81 Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440 comma 2, (legge di contabilità di Stato), parlando del controllo preventivo della Corte dei conti, affermava che “La responsabilità dei funzionari predetti non cessa per effetto della registrazione o dell'applicazione del visto da parte della Corte dei conti sugli atti d'impegno e sui titoli di spesa”, e l'art. 27 Regio Decreto 12 luglio 1934, n. 1214 (testo unico delle leggi sulla Corte dei conti) ribadiva che “La responsabilità dei Ministri non viene mai meno in qualsiasi caso per effetto della registrazione e del visto della Corte.”

Il descritto regime di responsabilità è rimasto invariato fino al 1996⁹); pur tuttavia, per oltre un secolo, nessuno ha mai dubitato che l'azione politica, in quanto libera nei fini, fosse insindacabile da parte della magistratura contabile. Cosa è avvenuto, quindi, negli anni compresi tra l'istituzione della Corte e il 1996 per rendere necessaria l'introduzione di norme che esplicitamente limitassero la responsabilità erariale in caso di condotte espressive sia della discrezionalità amministrativa sia di quella politica?

Possiamo identificare almeno due cause scatenanti di tale mutamento normativo: da un lato, l'evoluzione del concetto di danno erariale e dall'altro quella particolare vicenda storica che viene definita “Tangentopoli”.

8 Per ovvie ragioni, non è questa la sede per affrontare *funditus* uno dei temi più sensibili del costituzionalismo moderno, quello cioè della tripartizione dei poteri all'interno dell'ordinamento; senza volerci addentrare nell'esegesi delle idee di Montesquieu e Locke né dei dubbi di Kelsen, ci si può limitare a ricordare che attualmente la dottrina e la stessa pratica costituzionale si sono rese consapevoli dell'impossibilità di applicare rigorosamente tale principio nella complessa dinamica costituzionale, in seno alla quale spesso emergono diversi meccanismi che sfuggono a tale rigida tripartizione (si pensi, ad esempio, al sempre più frequente esercizio di funzioni legislative delegate dal Parlamento al Governo o alla responsabilità politica del Governo verso le camere nei regimi parlamentari).

9 Successivamente, il decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, ha previsto l'esclusione di colpa grave quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo.

Con riferimento alla prima questione, occorre evidenziare una caratteristica, per così dire genetica, della responsabilità erariale, senza la quale tale evoluzione non avrebbe potuto aver luogo.

Com'è noto, il nucleo storico della responsabilità erariale nasce al momento dell'istituzione della Corte dei conti italiana nel 1862, con il giudizio sui conti giudiziali degli agenti contabili. Senza addentrarci troppo sulle specificità di tale giudizio, basterà dire che l'oggetto della valutazione del giudice consiste nell'accertamento della regolarità e della corrispondenza (pareggio) tra le risultanze (dare e avere) del conto. Pertanto, non solo il danno (saldo negativo tra le due partite) ha un oggetto squisitamente contabile ma il suo accertamento è strettamente connesso all'attività di controllo affidata alla Corte dei conti.

Già però nella legge di contabilità del 1869 (art. 61, poi trasfuso nell'art. 81 della legge di contabilità del 1923) veniva adombrata una nozione diversa e più ampia di responsabilità; l'istituto ha trovato, infine, la sua compiuta definizione nell'art. 82 del r. d. 18 novembre 1923, n. 2440, con il quale si prevede una forma di responsabilità, modellata su quella aquiliana di cui all'art. 1151 del codice civile del 1865 (i cui contenuti sarebbero stati poi trasfusi nell'art. 2043 del codice del 1942), sostanzialmente rimasta inalterata (al netto delle modifiche relative all'elemento soggettivo portate dalla novella del 1996), fino ad oggi.

La scelta del Legislatore del 1923 di optare per una definizione aquiliana di responsabilità, modulata cioè su condotte a forma libera, ha comportato l'atipicità delle ipotesi di danno erariale vagliate dalla giurisprudenza contabile, favorendone l'elaborazione in senso estensivo. Tale *vis expansiva* si è sviluppata, in oltre un secolo e mezzo, lungo tre distinte direttrici: l'estensione delle ipotesi di danno erariale indiretto; la creazione pretoria di nuove figure di danno erariale; l'introduzione per legge di casi di illecito erariale tipizzato.

In primo luogo, un ruolo propulsivo lo ha svolto il principio di solidarietà passiva tra soggetti legati da rapporto organico (art. 28 costituzione; art. 22, Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3; art. 55, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), in forza del quale la pubblica amministrazione è chiamata innanzi al giudice ordinario (ovvero amministrativo, ai sensi degli artt. 7, legge 21 luglio 2000, n. 205 e 30, 34 e 117 decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104) a rispondere (entro limiti e nel rispetto di condizioni la cui analisi richiederebbe un'apposita trattazione) dei danni arrecati a terzi dai propri dipendenti, salvo poi l'obbligo, in caso di condanna, di recuperarne doverosamente l'importo, denunciando tempestivamente alla Corte dei conti l'autore materiale dell'illecito (così da evitare la citazione del proprio rappresentante innanzi alla medesima Corte, ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge 14 gennaio 1994, n. 20).

Tale categoria di danno (c.d. danno indiretto) ha rappresentato la strada maestra per un progressivo ampliamento dell'area del danno erariale, nel cui ambito sono transitate le nuove categorie di danno elaborate dalla giurisprudenza civile (*ex multis*, il danno biologico, il danno esistenziale, il danno all'immagine, il danno da perdita di *chance*, il danno da irragionevole durata del processo e via dicendo), anche a seguito della riconosciuta risarcibilità (un tempo radicalmente esclusa) di situazioni giuridiche non riconducibili ai diritti soggettivi (quali i diritti condizionati e, soprattutto, gli

interessi legittimi⁽¹⁰⁾).

L'importazione, attraverso il meccanismo del danno indiretto, di nuove ipotesi risarcitorie ha favorito la genesi pretoria di nuove categorie di danno erariale (alcune delle quali, sono state in seguito recepite normativamente). A partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, infatti, si è assistito ad una progressiva dilatazione e dematerializzazione del concetto di bene e di patrimonio pubblico, così da ricomprendervi non solo la concreta e misurabile lesione del pubblico erario ma anche la lesione di beni pubblici non patrimoniali se non addirittura essenziali (quali, ad esempio, l'immagine dell'amministrazione).

Molte delle nuove tipologie di danno presentano una genesi comune, essendosi sviluppate all'interno dei giudizi contabili originati nell'ambito di Tangentopoli, fenomeno che, come è noto, ha avuto conseguenze non solo penali ma anche giuscontabili e che ha portato numerosissimi pubblici amministratori e funzionari ad essere condannati dalla Corte dei Conti (per i maggiori costi sostenuti dalla p.a. per aggiudicare appalti truccati, per i minori introiti fiscali derivanti da omessi accertamenti tributari, etc. etc.).

In particolare, frutto di tale sforzo pretorio sono il danno da tangente⁽¹¹⁾, da disser-

10 La risarcibilità dell'interesse legittimo è stata per lungo tempo esclusa dalla giurisprudenza della Cassazione (*ex pluribus*, Cassazione, Sezioni Unite, 2 giugno 1997, n. 4903, in *Corr. giur.*, 1997, 757; id., 17 maggio 1996, n. 5520, in *Foro it.*, 1996, I, 3736; id., 6 febbraio 1996, n. 1030, *ivi*, 1996, I, 842; id., 26 aprile 1994, n. 3963, *ivi*, 1994, I, 2712), ad eccezione delle sole ipotesi previste *ex lege*, da intendersi come previsioni di stretta interpretazione (cfr. Cassazione, Sezioni Unite, 5 marzo 1993, n. 2667, in *Foro it.*, 1993, I, 3062, con nota di BONECHI; id., sez. un., 10 novembre 1993, n. 11077, in *Corr. giur.*, 1994, 620, con nota di SAPORITO; id., sez. un., 20 aprile 1994, n. 3732, *ivi*, 1994, I, 3050, con nota di BENINI, in *Corr. giur.*, 1994, 577, con nota adesiva di CARBONE e in *Dir. proc. amm.*, 1996, 502). Sul piano normativo un'apertura alla risarcibilità dell'interesse legittimo si era avuta, in materia di appalti pubblici di lavori e forniture, con l'art. 13, legge 19 febbraio 1993, n. 142 (attuativo della direttiva CEE n. 665/89 del 21 dicembre 1989), poi esteso agli appalti degli enti erogatori di acqua ed energia elettrica e che forniscono servizi di trasporto dall'art. 11, legge 19 dicembre 1992, n. 489 (attuativa della direttiva comunitaria 92/13), e successivamente agli appalti di servizi dall'art. 11, lett. i), legge 22 febbraio 1994, n. 146 e dall'art. 30, Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, attuativo della direttiva 92/50 CEE). La similare previsione contenuta nell'art. 32, co. 3, legge 11 febbraio 1994, n. 109 è stata poi eliminata ad opera dell'art. 9-bis, legge 3 aprile 1995, n. 216 (di conversione del decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101). Il Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 aveva poi abrogato l'art. 13, l. n. 142 cit. (art. 35) ed aveva devoluto, a decorrere dal 1° luglio 1998 (art. 45, co. 18), alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (artt. 33 e 34) la cognizione delle controversie in materia di pubblici servizi, urbanistica ed edilizia, anche in ordine al profilo risarcitorio. Sulla scorta dell'evoluzione normativa sopra tratteggiata, del progressivo ampliamento (normativo e giurisprudenziale) del concetto di danno risarcibile e di una più estensiva lettura del concetto di «danno ingiusto» di cui all'art. 2043 c.c., la Corte di Cassazione, con la nota sentenza sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 (in *Foro it.*, 1999, I, 2487 e in *Foro amm.*, 1999, 1990 ss.), ha ammesso, in generale, la risarcibilità dell'interesse legittimo nel nostro ordinamento, ove sussistano i presupposti chiaramente esplicitati in sentenza. La legge 21 luglio 2000, n. 205 ha infine novellato l'art. 7, legge 6 dicembre 1971 n. 1034, statuendo che «Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali».

11 Per le prime pronunce in tema di c.d. danno da tangente, si vedano Corte dei conti, Sezione Lombardia, 18 febbraio 1995, n. 136, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 2, 122; id., Sezione I centrale, 20 aprile 1995, n. 62, in *Riv. C. conti*, 1995, 2, II, 91. *Recentior* C. conti, Sezione Lombardia, 12 febbraio 2018, n. 28; id. sez. I app., 26 ottobre 2017, n. 428; id. sez. I app., 17 marzo 2017, n. 74; id. sez. III app., 6 aprile 2016, n. 140; id. Sezione Lombardia, 13 ottobre 2015, n. 170; id. Sezione Lombardia, 21 aprile 2016, n. 79; id. Sezione Lombardia, 28 novembre 2016, n. 199; id. Sezione Piemonte, 15 ottobre 2014, n. 123; id. Sezione Lazio, 22 marzo 2011, n. 474, tutte in www.corteconti.it. Si veda anche Cassazione, Sezioni Unite, 2 aprile 1993, n. 3970, in *Giust. civ.*, 1994, 3, I, 767, con nota di CORSETTI-PADULA, *Danno da tangente e giurisdizione della Corte dei conti*.

vizio⁽¹²⁾, da lesione alla concorrenza⁽¹³⁾ e all'immagine dell'amministrazione⁽¹⁴⁾.

Nonostante le enormi differenze tra tutte le descritte tipologie di danno, è possibile individuarne alcuni elementi comuni. Dal punto di vista storico-sociale è indubbio che tutte le citate tipologie di danno scaturiscano dai medesimi episodi criminosi e che, sovente, nascano parallelamente a procedimenti penali inerenti le medesime vicende. Dal punto di vista giuridico, si rileva, in primo luogo, una graduale "dematerializzazione" del danno, evidente nel passaggio dall'analisi di una fattispecie a quella della successiva, nel senso che sempre più la definizione del danno si è allontanata dal dato contabile della diminuzione concreta e attuale del patrimonio pubblico per avviarsi verso ipotesi di diminuzioni possibili e meramente eventuali, fino ad addivenire alla qualificazione del danno all'immagine in termini esistenziali, configurandosi come danno in *re ipsa* che non corrisponde ad alcuna lesione concreta del patrimonio pubblico.

La reazione del Legislatore a tale *vis expansiva* del danno erariale è stata, in un certo senso, contraddittoria.

Nel lungo periodo il Legislatore (soprattutto negli anni 2000) ha assecondato tale moltiplicazione delle ipotesi di danno e ha, quindi, favorito la proliferazione di norme che hanno introdotto nell'ordinamento ipotesi di illecito erariale tipizzato, connotato in senso esplicitamente sanzionatorio (*ex multis* artt. 148 e 248, commi 5 e 5-bis, Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come novellati dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213, di conversione del Decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174; l'art. 53, comma 7, e 7-bis, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; l'art. 30, comma 15, legge 27 dicembre 2002, n. 289; l'art. 3, comma 44, legge 24 dicembre 2007, n. 244; art. 20, comma 12, Decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, che introduce un comma 111-ter all'articolo 1, l. 13 dicembre 2010, n. 220; art. 1, comma 727, legge 28 dicembre 2015, n. 208; l'art. 20, comma 7, decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175), spesso dando copertura normativa a ipotesi di danno erariale di genesi pretoria (il caso

12 C. conti, sez. I app., 12 marzo 2018, n. 114; id. sez. Veneto, 12 marzo 2018, n. 37; id. sez. II app., 9 marzo 2018, n. 167; id. sez. I app., 1° marzo 2018, n. 96; id. sez. Lombardia, 3 novembre 2017, n. 158; id., sez. Lombardia, 6 ottobre 2017, n. 143; id. sez. II app., 6 febbraio 2017, n. 70; id. sez. Calabria, 16 novembre 2016, n. 275; id., sez. III app., 11 gennaio 2013, n. 21; id., sez. Puglia, 10 maggio 2012, n. 621; tutte su www.corteconti.it; id. sez. III app., 4 febbraio 2011, n. 114, in *Riv. C. conti*, 2011, 1-2, 160; id. sez. Toscana, 27 dicembre 2010, n. 494, in *Riv. C. conti*, 2010, 6, 151; id., sez. Puglia, 6 luglio 2010, n. 444, in *Riv. C. conti*, 4, 118; id. sez. Piemonte, 12 giugno 2006 n. 138; id. sez. I app., 4 gennaio 2006, n. 2; id., sez. I, 4 febbraio 2004, n. 79/A; id., sez. II app. 27 dicembre 2004 n. 406; id. sez. Marche, 10 marzo 2003, n. 195, in *Riv. C. conti*, 2003, f. 2, 219; id. sez. Emilia-Romagna, 6 marzo 2003, n. 733, in *Riv. C. conti*, 2003, f. 2, 218; id., sez. Umbria, n. 51 del 2000, in www.amcorteconti.it; id., sez. Umbria, 4 marzo 1998, n. 252, in *Riv. C. conti*, 1998, f. 3, 187 e in *Foro amm.*, 1998, f. 10; id. sez. Umbria, 23 gennaio 1998, n. 1, in *Riv. C. conti*, 1998, f. 2, 99.

13 C. conti, sez. Piemonte, n. 57 del 2017; id. sez. Toscana, 30 marzo 2016, n. 91; id., sez. Piemonte, 23 marzo 2016, n. 6; id. sez. Toscana, 20 maggio 2015, n. 93; id. sez. Campania, 31 gennaio 2013, n. 141, tutte in www.corteconti.it; id. sez. I app., 14 gennaio 2012, n. 809, in www.lexitalia.it, f. 1, 2013 (con nota di VETRO); id. sez. Liguria, 31 luglio 2012, n. 187; id. sez. Campania, 26 marzo 2012, n. 376; id., sez. Abruzzo, 5 gennaio 2012, n.1; id., sez. Abruzzo, 20 gennaio 2011, n. 23; id., sez. Piemonte, nn. 11-35-44 del 2011, 96 del 2010 e 221 del 2009; id. sez. Lombardia, 30 settembre 2009, n. 598, id. sez. Lombardia, 5 settembre 2007, n. 448; id., sez. Lombardia, 14 luglio 2006, n. 447, in *Foro amm.* - *TAR*, 2006, f. 6-7, 2728 con nota di CORSETTI.

14 Fra le più risalenti sentenze in materia, che hanno fissato il paradigma di tale tipologia di danno, si vedano Corte conti, sez. Sardegna, 14 aprile 1997, n. 372, in *Panorama giuridico*, 1997, n. 3, 32; id., sez. Umbria, 23 maggio 1995, n. 211, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 3, II, 81; id., 13 marzo 1995, n. 77, *ivi*, 1995, f. 2, II, 131; id., 10 febbraio 1995, n. 20, *ivi*, 1995, f. 1, 186; id., sez. Lombardia, 12 gennaio 1996, n. 133, *ivi*, 1996, 2, 98; id. sez. II centrale, 27 aprile 1994, n. 11; id., sez. Lombardia, 24 marzo 1994, n. 3; id. sez. I centrale, 7 marzo 1994, n. 55, tutte in *Foro amm.*, 1994, 2586, con nota di TENORE.

più significativo è quello del danno all'immagine⁽¹⁵⁾).

Ma, negli anni Novanta, la reazione immediata a tale ampliamento delle ipotesi di illecito erariale ed al connesso attivismo della Corte dei conti si sostanziò in una drastica opera di riduzione dell'ambito della giurisdizione contabile di responsabilità (la circostanza che una fase storica che aveva fatto emergere una diffusa corruzione nell'amministrazione fu seguita da una radicale riduzione degli spazi di manovra proprio di quella magistratura deputata a garantirne la legittima e corretta attività non può non suscitare qualche perplessità).

Infatti, con Decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con legge 20 dicembre 1996, n. 639, il Legislatore novellò l'art. 1 della legge 20 del 1994 introducendo tre rilevanti modifiche: la non risarcibilità dei danni erariali posti in essere con colpa lieve (dando vita alla *querelle* mai sopita circa l'esatta definizione della colpa grave), l'insindacabilità delle scelte discrezionali e la non responsabilità degli organi politici per gli atti posti in essere in buona fede.

5. L'equilibrio tra politica e responsabilità erariale.

Tornando al tema del difficile equilibrio tra politica e responsabilità erariale, bisogna preliminarmente ricordare che nel potere esecutivo occorre distinguere due livelli: la funzione amministrativa e quella di indirizzo politico, sicché un'attenta riflessione sul tema dovrebbe partire dal rapporto tra azione di responsabilità erariale e discrezionalità amministrativa per poi giungere al rapporto tra la medesima azione e la discrezionalità politica.

Sul punto, può essere opportuna un'ulteriore precisazione. Com'è noto, con la legge 3 febbraio 1993, n. 29 il Legislatore aveva inteso separare nettamente la funzione amministrativa da quella politica. Semplificando il discorso, non sarebbe sbagliato dire che in un sistema di totale separazione tra le due funzioni, il tema della responsabilità dell'organo politico (competente solo a dettare gli indirizzi generali dell'azione amministrativa) non sussisterebbe. In realtà, il tema ha ancora la sua attualità perché, con le successive riforme portate dalla legge 31 marzo 1998, n. 80, dal Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e dal Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il principio di separazione, seppur confermato, è stato di fatto attenuato con l'introduzione di nuovi istituti ispirati all'idea di rafforzare la stabile e strutturale relazione fiduciaria fra il vertice politico ed il vertice dell'amministrazione (esempio massimo di tale "correzione di rotta" è l'istituto dello *spoils system*⁽¹⁶⁾).

6. La discrezionalità della Corte dei conti.

Il principio di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali dell'amministra-

15 Infatti, per combattere il diffuso fenomeno dell'assenteismo dei pubblici dipendenti e dei connessi reati di truffa e falso, il Legislatore ha introdotto nell'ordinamento alcune norme (artt. 67 e 69, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, attuativo della legge 4 marzo 2009, n. 15, cd. Riforma Brunetta e art. 1, comma 3-quater, d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 che, in attuazione della c.d. riforma Madia, ha novellato l'art. 55-quater, comma 3-quater, d.lgs. 165/2001) che hanno previsto la possibilità di promuovere azione di risarcimento del danno all'immagine nei confronti dei c.d. furbetti del cartellino, superando i limiti del c.d. lodo Bernardo (sia perché si consente di perseguire il danno all'immagine in presenza dei suddetti reati, non ricompresi nell'elenco richiamato dal citato lodo, sia perché viene espressamente superata la pregiudiziale penale). Sulla spinta, poi, della lotta alla corruzione, simili disposizioni sono state introdotte anche per promuovere la medesima azione per il risarcimento del danno all'immagine nei confronti del dirigente responsabile anticorruzione (art. 1, comma 12, l. 190 del 2012).

16 Sul punto, si veda S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, Riv. semestrale di diritto pubblico, f. 1, 2012; M. CUCCURU, *Il ruolo della dirigenza alla luce del principio di separazione fra politica e amministrazione*, in *Foro amm. - Tar*, 2003, 1409 ss.; con particolare attenzione agli enti locali P. EVANGELISTA, *Il riparto di competenze tra organi politici e gestionali negli enti territoriali. Principi generali e casistica giurisprudenziale*, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 6, 430 ss..

zione, sancito dal novellato art. 1, co. 1, l. n. 20 del 1994⁽¹⁷⁾, costituisce una conferma settoriale dell'illustrato principio del riparto dei poteri, ribadito dalla Corte dei conti a sezioni riunite⁽¹⁸⁾; il giudice non può sostituirsi all'amministrazione nel valutare quali siano le migliori scelte gestionali e i migliori strumenti da utilizzare, travalicando così la riserva di amministrazione (concetto che, seppur non esplicitato come quello della riserva di legge, si ritiene comunque garantito dall'art. 97 della Costituzione⁽¹⁹⁾).

Peraltro, secondo numerose decisioni, non è precluso alla Corte dei conti il sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica delle scelte operate dalla p.a., che, afferendo all'applicazione di regole di esperienza o tecniche di una determinata disciplina, esula dalla nozione di «merito», inteso come comparazione tra interesse pubblico prima-

17 Tra i più recenti studi sui limiti al sindacato del giudice contabile sull'esercizio del potere discrezionale dei funzionari della p.a. si vedano; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in AAVV, *La nuova Corte dei conti*, Milano, 2022, 271 e ss.; C. PINOTTI, *Profili di rilevanza delle regole tecniche nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 567; BORRELLI PORRECA, *Il pubblico ministero contabile e l'attività discrezionale*, in *Riv. C. conti*, 1996, II, 375; C. ASTRALDI DE ZORZI, *Colpa grave e dolo: responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Enti pubblici*, 1997, n. 1, 18; P. CREA, *La Corte dei conti e l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1997, 9, III, 919, ss.; P. VIRGA, *Preclusa alla Corte dei conti la sindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*, in *Nuova rass.*, 1997, 9 ss.; e in *Giust. amm. Sic.*, 1997, 243 ss.; SFRECOLA, *Il sindacato giurisdizionale della Corte dei conti sulle scelte discrezionali degli enti pubblici*, in *Amm. e cont.*, 1997, VI, 716; GALTIERI, *Il sindacato della Corte dei conti sulle scelte discrezionali*, in *Amm. e contab.*, 1997, 158 e ss.; REBECCHI, *L'evoluzione della responsabilità patrimoniale degli amministratori e funzionari pubblici con riguardo al sindacato sulle scelte discrezionali*, in *Riv. C. conti*, 1997, 3, IV, 319; A. POLICE, *Giudice contabile e sindacato delle scelte discrezionali*, in *Amm. it.*, 1998, 893 ss.; CACCIAVILLANI, *Legittimità dell'atto e responsabilità amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1999, 936 ss.; M.A. VISCA, *Sull'insindacabilità del giudice contabile nel merito delle scelte discrezionali* (nota a Cassazione, Sezioni Unite., 29 gennaio 2001, n. 33), in *Giust. civ.*, 2002, I, 2922; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, 267; C. PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità*, Padova, 2002, 139 ss. e 156 ss.; A. PALATIello, *Scelte discrezionali e giudizio contabile: fino a dove può spingersi il sindacato della Corte dei conti?*, in *Rass. Avv. Stato*, 2004, I, 306; CORSO, *Politici e scelte discrezionali: sindacato della Corte dei conti*, in AAVV *Lesioni delle situazioni giuridicamente protette e sindacato giurisdizionale*, Roma, 2004, 160, ss.; CIARAMELLA, *La tutela delle scelte discrezionali e di quelle imprenditoriali nel giudizio per responsabilità amministrativa*, in *Riv. C. conti*, 2005, f. 2, 290 ss.; C. PINOTTI, *Sulle scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche: limiti di valutabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2006, 496; G. D'AURIA, *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione di società pubbliche: a proposito di alcune sentenze delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2007, I, 2488; GRACILI, *La giurisdizione della Corte dei conti e l'insindacabilità delle scelte amministrative. L'insindacabilità del merito amministrativo quale limite esterno al sindacato giurisdizionale*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2006, 496; REBECCHI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione nella prospettiva della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 6, 421 ss.

18 Corte dei conti, Sezioni Riunite, 3 giugno 1996, n. 30/A, in *Riv. C. conti*, 1996, f. 4, 59. Id. sez. I app., 17 ottobre 2017, n. 407; id. sez. II app. 23 febbraio 2017, n. 94; id. sez. III app. 3 agosto 2016, n. 306, tutte in www.corteconti.it. Sul piano dogmatico, una compiuta analisi sui processi decisionali pubblici è effettuata nel basilare studio di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997. Anche la Cassazione ha più volte rimarcato (Cass. SSUU, 22 dicembre 2021, 41308, che richiama Cass. SSUU, 8848/2020 e 22811/2020, 19 dicembre 2018, n. 1408; 13 dicembre 2017, n. 29920 e 29921, i 25 maggio 2016, m. 10814, tutte in Ced Cassazione) che al giudice contabile è posto il divieto di sindacare nel merito le scelte discrezionali dell'amministrazione non potendo l'organo giurisdizionale sostituirsi all'amministrazione nel compiere scelte di opportunità, trasformandosi da operatore di giustizia in amministratore.

19 Secondo l'orientamento maggioritario vige ai sensi dell'art. 97 cost. una riserva di legge relativa che si estende oltre l'organizzazione e riguarda l'intera attività amministrativa. Già V. CRISAFULLI si era chiesto «[...] se l'esigenza di una separazione tra competenza a disporre in generale e in astratto, e competenza a provvedere in concreto non si desuma [tra le pieghe della Carta repubblicana e per l'esattezza] dagli artt. 97 e 113 Cost. [...] la soluzione dovrebbe essere affermativa: nel senso, cioè, del divieto alla legge di sostituirsi di volta in volta, caso per caso, agli organi dell'amministrazione nell'adottare concreti provvedimenti, che rientrerebbero, in base alla legislazione vigente, nelle sfere di attribuzione di ciascuno di essi. Soltanto così sarebbe realizzabile la "imparzialità" dell'amministrazione (come funzione ed attività), la quale implica che gli organi che la costituiscono siano distinti dagli organi legislativi; ed insieme sarebbe resa davvero operante la garanzia della tutela giurisdizionale avverso gli atti amministrativi, la quale, a sua volta, per esser piena presuppone che gli atti medesimi siano adottati da autorità amministrative e quindi sindacabili dai giudici ordinari e dai giudici speciali amministrativi [...]». Pronunciandosi in tema di legge-provvedimento emanata da una Regione, la Corte costituzionale (Corte costituzionale, sentenza n. 66 del 2018) ne ha statuito l'illegittimità in quanto la stessa violava la riserva di amministrazione inserita dal legislatore statale.

rio e interessi secondari coinvolti⁽²⁰⁾.

Tali scelte, tuttavia, non sono soggette alla giurisdizione della Corte dei conti sol perché adottate in violazione delle regole non scritte di opportunità e convenienza mentre lo possono essere se si pongono in contrasto con norme espresse o principi giuridici (atti *contra legem*), tra i quali la dottrina e la giurisprudenza ricomprendono anche i principi di buon andamento dell'azione amministrativa, di economicità, efficacia ed efficienza della stessa, nonché di «proporzionalità»⁽²¹⁾.

Ma la Corte dei conti, nonostante il ricordato principio, può avere, a determinate condizioni, giurisdizione anche sugli atti discrezionali veri e propri. Infatti, così come il giudice amministrativo può sindacare le scelte discrezionali qualora si traducano nel vizio di legittimità dell'eccesso di potere, la giurisprudenza contabile ha chiarito che va riconosciuta alla Corte dei conti giurisdizione sulle scelte discrezionali dei pubblici operatori, per impedire effetti lesivi dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa⁽²²⁾. Anche la Cassazione ritiene che i limiti esterni della giurisdizione contabile non siano superati quando in sede giurisdizionale intervenga un controllo di ragionevolezza sulle scelte della PA, onde evitare la deviazione di queste ultime dai fini istituzionali dell'ente e permettere la verifica della completezza dell'istruttoria, della non arbitrarietà e proporzionalità nella ponderazione e scelta degli interessi, nonché della logicità ed adeguatezza della decisione finale allo scopo da raggiungere.

Un evidente sintomo di scelta discrezionale illogica - come tale sindacabile - è dato, secondo costante giurisprudenza, dall'assente o carente motivazione⁽²³⁾ - con particolare riferimento alla comparazione degli interessi, pubblicistici e privatistici, coinvolti - in sede istruttoria. Difatti, proprio la ragionevolezza argomentativa è il basilare argomento difensivo per escludere l'incongruità di una scelta comportante un esborso pecuniario per la PA.

Come, peraltro, chiarito dalla Corte costituzionale (Corte cost. 22 ottobre 1999, n.

20 Tra le varie sentenze in materia di sindacato sulla discrezionalità tecnica, si vedano Corte dei conti, Sezione Puglia, 14 dicembre 1998, n. 68, in *Riv. C. conti*, 1999, f. 1, 144; id., sez. III, 7 febbraio 2000, n. 36, in *Riv. C. conti*, 2000, f. 1, 39.

21 Sul principio di «proporzionalità», si veda A. ATTANASIO, *Modulo consensuale nell'esercizio della potestà amministrativa. Brevi note sui profili di rilevanza nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in www.amcorteconti.it; G. COLOMBINI, *Il principio di proporzionalità nel sindacato del giudice contabile*, in Atti del seminario, *Le nuove prospettive della responsabilità amministrativo-contabile*, Venezia 2 ottobre 2001, in *Il diritto della Regione*, Padova, n. 1, 2002. In giurisprudenza, sull'accertamento del rispetto dei principi di razionalità, efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, tra le tante, Cassazione, Sezioni Unite, 19 gennaio 2018, n. 1408, in www.lexitalia.it, f. 1, 2018; Corte dei conti, Sezione I app., 1° marzo 2018, n. 95; id., sez. I app., 17 ottobre 2017, n. 407; id., sez. I app., 12 dicembre 2017, n. 533; id., sez. III app., 18 luglio 2011, n. 330; id., sez. III app., 6 luglio 2011, n. 302; id., sez. Lazio., 5 luglio 2011, n. 997, tutte in www.corrteconti.it.

22 Secondo Corte dei conti, Sezione Lazio, 10 novembre 2006, n. 2282 (in *Riv. C. conti*, 2006, f. 6, 190), in tema di sindacato del giudice contabile sull'attività discrezionale della p.a. il giudice non può sostituirsi all'operatore pubblico per individuare altre possibili scelte alternative, diverse da quella in concreto adottata, dovendosi limitare ad accertare se quest'ultima, in sé considerata, risponda a criteri di razionalità, individuati secondo i parametri di economicità ed efficacia cui è soggetta l'azione amministrativa, anche nell'ottica della esistenza di un rapporto di «ragionevole proporzionalità» tra «costi e benefici».

23 In *terminis* Cassazione, Sezioni Unite, 2 aprile 2007, n. 8096, in *Riv. C. conti*, 2007, 3, 264 con nota di TUC-CARI, secondo cui «non è revocabile in dubbio che, alla stregua di quanto stabilito dalla l. n. 20 del 1994, citato art. 1, comma 1, l'esercizio, in concreto, del potere discrezionale dei pubblici amministratori costituisce espressione di una sfera di autonomia che il legislatore ha inteso salvaguardare dal sindacato della Corte dei conti. Ma è altrettanto certo che detta disposizione deve essere messa in correlazione con la l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, comma 1, il quale stabilisce, in via generale, che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi a criteri di 'economicità' e di 'efficacia'. In virtù di tale specifica previsione, detti criteri, che costituiscono specificazione del più generale principio sancito dall'art. 97 Cost., comma 1, hanno acquistato 'dignità normativa, assumendo rilevanza sul piano della legittimità (e non della mera opportunità) dell'azione amministrativa (Cons. St., sez. VI, n. 847 del 2002; id., sez. IV, n. 6684 del 2002). La verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può quindi prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti».

392⁽²⁴⁾), la valutazione di ragionevolezza di una scelta discrezionale - della sua idoneità, cioè, a soddisfare l'interesse pubblico specifico individuato dalla PA o a raggiungere gli obiettivi prefissati - va fatta necessariamente *ex ante*, sulla base dei dati conoscitivi in possesso dell'amministrazione al momento di effettuare la scelta e non certo *ex post*, sulla base, cioè, del risultato concretamente raggiunto (criterio della prognosi postuma).

Sui limiti del potere sindacatorio che residua al giudice contabile per effetto della norma in esame, è intervenuta più volte anche la Cassazione a sezioni unite⁽²⁵⁾, chiarendo che: a) il sindacato delle sezioni unite della Cassazione sulle decisioni della Corte dei conti in sede giurisdizionale è circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione di detto giudice e quindi all'accertamento dei vizi che attengano all'essenza della funzione giurisdizionale e non al modo del suo esercizio, tal che rientrano nei limiti interni della giurisdizione, estranei al sindacato consentito, eventuali errore eventuali *errores in iudicando o in procedendo*⁽²⁶⁾; b) la Corte dei conti può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente pubblico ma non può estendere il suo sindacato all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore che rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali di cui la legge stabilisce l'insindacabilità; conseguentemente, può dare rilievo all'inadeguatezza dei mezzi prescelti dal pubblico amministratore solo nell'ipotesi di assoluta ed incontrovertibile estraneità degli stessi rispetto ai fini dell'ente⁽²⁷⁾.

7. La scriminante politica nella responsabilità erariale.

Oltre all'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, la novella della l. n. 639 del 1996, ha inserito nell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, il comma 1-ter che limita la responsabilità erariale dei componenti degli organi politici, sia pure per ipotesi molto circoscritte⁽²⁸⁾.

Prima di tale novella era frequentissima l'evocazione in giudizio innanzi alla Corte dei conti di amministratori pubblici e persino di Ministri: a tal proposito, la Suprema Corte di Cassazione aveva chiarito che il giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti presuppone la sussistenza di un rapporto di impiego o di servizio pubblico (anche onorario) in capo al soggetto cui la responsabilità viene ascritta e che rispetto ai Ministri tale presupposto ricorre in relazione agli atti di mera gestione della cosa pubblica, anche se inquadrabili tra quelli di «alta amministrazione», posto che questi non sono liberi nella scelta dei fini ma legati, pur nell'ampia discrezionalità che li carat-

24 Corte costituzionale, 22 ottobre 1999, n. 392, in *Riv. Amm. Repubblica Italiana*, 1999, f. 11, pag. 1031, con nota di SESSA, *In tema di immunità dei consiglieri regionali*.

25 Cassazione, Sezioni Unite, 14 febbraio 2020, n. 3809 afferma che "secondo costante giurisprudenza, non esce affatto dai confini della giurisdizione contabile, dovendosi ammettere la verifica della erariale anche con riferimento al corretto esercizio di attività e decisioni amministrative connesse a scelte o valutazioni aventi carattere discrezionale; salvo, ovviamente il finale accertamento giudiziale di merito circa l'esistenza dei suddetti poteri e il loro corretto impiego"; id. sez. un., 14 maggio 2014, n. 10416; id. sez. un., 21 febbraio 2013, n. 4283; id. sez. un., 14 maggio 2014, n. 10416; id. sez. un., 28 marzo 2006, n. 7024; Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 33, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2921, con nota di M.A. VISCA, *Sull'insindacabilità del giudice contabile nel merito delle scelte discrezionali*; in *D&G - Dir. e giust.*, 2001, f. 7, 28, con nota di DISTEFANO; in *Foro it.*, 2001, I, 1171 con nota di G. D'AURIA e in *Riv. C. conti*, 2001, f. 1, 252. *In terminis* Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6851, in *Foro it.*, 2003, I, 3404.

26 *Ex pluribus*, Cassazione, Sezioni Unite, 8 marzo 2005 n. 4956, in *Foro it.*, 2006, 5, I, 1517 e in *Diritto e Giustizia*, 2005, 30, 97, con nota di LAINO e BRIGUORI.

27 *Ex pluribus*, Cassazione, Sezioni Unite, 2 aprile 2007, n. 8096, in *Riv. Corte conti*, 2007, 3, 264 con nota di TUC-CARI; id. sez. un., 28 marzo 2006 n. 7024, in *Foro it.*, 2007, I, 2484 con nota di G. D'AURIA; id. sez. un., 25 gennaio 2006 n. 1379, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 1; id., sez. un., 8 marzo 2005 n. 4956; Cass., sez. un., 6 maggio 2003 n. 6851; id., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 33, tutte in *Ced Cassazione*.

28 «Nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione».

terizza, ai fini posti dalla legge e sono quindi soggetti, a differenza di quelli «politici», al sindacato da parte del giudice⁽²⁹⁾.

La novella, nel recepire il ricordato principio di separazione funzionale tra organi politici ed organi amministrativi o tecnici preposti alla gestione dell'apparato pubblico⁽³⁰⁾, ha altresì dato attuazione sia al principio di separazione dei poteri sia al principio di «insindacabilità del Legislatore» (dedotto dall'art. 68, comma 1 e 122, comma 4, Cost.) che porta ad escludere l'attività legislativa dall'operatività del principio del *ne-minem laedere* ex art. 2043 c.c., se non in caso di violazione del diritto comunitario⁽³¹⁾.

La scriminante, di cui si è fatta immediata applicazione in numerosi contenziosi innanzi alla magistratura contabile⁽³²⁾ - che ha tuttavia normalmente limitato la portata del principio ai soli organi politici di derivazione elettiva⁽³³⁾ - non ha una valenza generalizzata ma è ancorata all'accertamento da parte della magistratura contabile della «buona fede» del politico che assuma una deliberazione dannosa per l'erario sulla scorta di errori o omissioni nell'istruttoria condotta dai funzionari tecnici o amministrativi.

In tal senso, un rilevante peso, nella valutazione dell'organo giudicante, assumono sia la complessità di talune istruttorie — che può rendere non evidenti le predette carenze tecniche-amministrative — sia il livello medio di preparazione tecnico-giuridica di alcuni amministratori; in altri termini, la particolare difficoltà tecnica o giuridica costituisce elemento caratterizzante della scriminante⁽³⁴⁾, in assenza del quale si deve ritenere che l'evidenza dell'erroneità dell'atto sia tale da escludere la stessa buona fede dei titolari dell'organo politico⁽³⁵⁾.

Si può, dunque, affermare che la buona fede dell'organo politico è da ritenere sufficiente qualora la delibera dannosa sia stata condizionata, nei suoi presupposti conoscitivi-istruttori, dalle competenze degli organi tecnici e amministrativi. Al contrario, la cosiddetta «scriminante politica» non è applicabile ai casi in cui l'organo politico abbia esercitato un'attribuzione sua propria in riferimento alla quale l'apparato burocratico

29 Sulla giurisdizione contabile nei confronti di Ministri, v. Cass., sez. un., 13 novembre 2000, n. 1170, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 2223.

30 Sulla responsabilità dell'organo politico e sui rapporti con l'organo tecnico o amministrativo v. in dottrina V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in AAVV, *La nuova Corte dei conti*, Milano, 2022, 244 e ss.; REBECCHI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione nella prospettiva della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 6, 400 ss.; BASTA, *La non assoggettabilità al giudizio di responsabilità amministrativa degli organi politici che abbiano autorizzato e approvato atti in buona fede*, in *Amm. e cont.*, 1997. In giurisprudenza, *ex multis*, si vedano Corte dei conti, Sezione Puglia, 21 luglio 1997, n. 33, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 6, 194.

31 La responsabilità degli Stati per violazione del diritto UE trova la sua fonte nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che a partire dalla nota sentenza Francovich del 1991 (Sentenza Corte di Giustizia 19 novembre 1991, cause riunite C 6/90 e C 9/90) affermò il principio risarcitorio dello Stato in caso di violazione del diritto comunitario. Sul punto si veda anche Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 10 aprile 2002, n. 5125, che afferma la giurisdizione dell'A.G.O. in tema di risarcimento del danno per tardivo recepimento di direttive comunitarie.

32 In giurisprudenza fra le varie applicazioni della esimente in esame v. Corte dei conti, Sezione Veneto, 17 aprile 1997, n. 307, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 2, 113; id., sez. III, 10 giugno 1997, n. 170, ivi, 1997, n. 3, 97; id., sez. III, 19 maggio 1997, n. 154, ivi, 1997, f. 3, 92; id., sez. Toscana, 29 aprile 1997, n. 313, ivi, f. 3, 107; C. conti, sez. III, 2 giugno 1997, n. 168 in *Riv. C. conti*, 1997, f. 3, 97; C. conti, sez. Marche, 27 gennaio 1997, n. 1047, in *Riv. C. conti*, 1997 f. 2, 123; id., sez. Puglia, 21 luglio 1997, n. 33, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 6, 194; id., sez. II, 11 aprile 2000, n. 129, in *Riv. C. conti*, 2000, f. 2, 70; id., sez. II, 19 febbraio 2001, n. 75/A, in *Riv. C. conti*, 2001, f. 1, 139; id., sez. III, 3 agosto 2001, n. 225, in *Riv. C. conti*, f. 4, 129; id., sez. III, 13 marzo 2002, n. 78/A, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2002, 811.

33 Per l'applicabilità della esimente ai soli organi politici di derivazione elettiva v. Corte dei conti, sez. III, 7 dicembre 2005 n. 750; id., sez. II, 2 luglio 2003 n. 233, tutte in www.corteconti.it; id., sez. II, 2 luglio 2002 n. 233, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 4, 200. Contra, per una lettura ampia dell'irresponsabilità dell'organo politico volta a ricomprendere anche gli organi di governo di enti pubblici, v. Corte dei conti, Sezione I, 14 marzo 2002 n. 89, in *Panorama giuridico*, 2002, f. 1-2, 40. Non sono considerati organi politici, ma organi gestionali, i componenti del CDA di una azienda territoriale per l'edilizia residenziale che rispondono delle proprie delibere foriere di danno erariale (C. conti, sez. I app., 13 aprile 2018, n. 155, in www.corteconti.it).

34 C. conti, sez. I, 7 agosto 2002, n. 282/A, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 4, 143.

35 C. conti, sez. I, 7 agosto 2002, n. 282/A, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 4, 143.

abbia espletato funzioni di mero supporto strumentale (istruttorie o consultive).

La magistratura ha, infatti, chiarito che tale esimente non si configura per atti e procedimenti riguardo ai quali il ruolo dei suddetti uffici tecnici e amministrativi abbia carattere meramente strumentale⁽³⁶⁾; parimenti è stato chiarito che l'organo politico risponde comunque dei danni arrecati per scelte gestionali esercitate in una materia che la legge abbia riservato all'organo stesso e nella quale gli uffici tecnici o amministrativi abbiano espletato semplicemente funzioni istruttorie, consultive o di mero supporto strumentale alla decisione dell'organo politico⁽³⁷⁾.

Al contrario, la scriminante opera quando la decisione sia stata assunta in materie di competenza degli organi burocratici⁽³⁸⁾ e presenti una difficoltà tecnica e giuridica⁽³⁹⁾, tale da richiedere conoscenze non esigibili dal vertice politico. Come ulteriore conseguenza, la responsabilità dell'organo politico sussiste qualora abbia assunto una deliberazione dannosa omettendo di richiedere i necessari pareri tecnici o ingerendosi direttamente in attività gestorie⁽⁴⁰⁾ di competenza della dirigenza⁽⁴¹⁾.

Particolare rilievo assume, in questo contesto, la sentenza n. 90 del 25 gennaio 2022⁽⁴²⁾, con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sul conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Valle d'Aosta che contestava il potere dello Stato - e per esso della Corte dei conti - di accertare la responsabilità amministrativa, con conseguente condanna per danno erariale, di alcuni consiglieri regionali della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, che avevano votato a favore dell'adozione della delibera del Consiglio regionale di approvazione del piano di rafforzamento patrimoniale del Resort e Casinò di Saint-Vincent, consistente in un aumento di capitale della Casinò de la Vallée s.p.a., società a totale partecipazione pubblica. Ad avviso della Corte costituzionale, "l'approvazione della delibera di cui qui si discute costituisce un'espressione di voto che, pur rivestendo la forma di atto amministrativo, è, sotto ogni profilo, riconducibile all'esercizio di funzioni inerenti al «nucleo caratterizzante delle funzioni consiliari» (sentenza n. 69 del 1985), rispetto al quale l'art. 24 dello statuto speciale della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, al pari dell'art. 122, quarto comma, Cost., esclude la responsabilità (penale, civile e amministrativa) dei consiglieri regionali per le opinioni espresse e i voti dati. Se, infatti, «l'esonero da responsabilità dei componenti dell'organo (sulla scia di consolidate giustificazioni dell'immunità parlamentare) è [...] funzionale alla tutela delle più elevate funzioni di rappresentanza politica, *in primis* la funzione legislativa, volendosi garantire da qualsiasi interferenza di altri poteri il libero processo di formazione della volontà politica» (sentenza n. 69 del 1985), le funzioni costituzionalmente previste non si esauriscono in quella legislativa, ma si allargano a comprendere le funzioni di indirizzo, di controllo e regola-

36 C. conti, sez. II centrale, 26 ottobre 1998, n. 234, in *Panorama giur.*, 1998, n. 5, 31

37 Sulla responsabilità di soggetti operanti in strutture di staff, si veda DE MARCO, *Responsabilità dirigenziale, funzioni operative (di line) e non operative (di staff). Il problema della configurabilità di una specifica responsabilità amministrativa nascente da attività predecisoria (di staff)*, in AA.VV. *Responsabilità amministrativa e giurisdizione e contabile (ad un decennio dalle riforme)*, atti del LI convegno di studi di scienza di Varenna, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 723 ss.

38 Conseguentemente, la scriminante politica non opera nei casi in cui la competenza ad agire spetti allo stesso organo politico e non già ad altri uffici tecnici o amministrativi (C. conti, sez. Sicilia, 8 luglio 2005, n. 1712; C. conti, sez. II app., 9 febbraio 2007, n. 10; C. conti, II app., 3 novembre 2003, n. 303).

39 C. conti, sez. II, 3 novembre 2003 n. 303, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 343.

40 C. conti, sez. Sicilia, 10 novembre 2006, n. 228, in *Foro amm. - TAR*, 2006, 11, 3699.

41 C. conti, sez. Lombardia, 16 settembre 2019, n. 231, confermata in appello da C. conti, sez. II app., 21 aprile 2021, n. 123 e C. conti, sez. Lazio, 13 aprile 2021, n. 337.

42 C. cost, sent. 25 gennaio 2022, n. 90, in *Riv. C. conti*, 2022, f. 3, pag. 191, con nota di DI RENZO, *La Corte costituzionale annulla la sentenza con la quale la Corte dei conti aveva accertato la responsabilità amministrativa dei consiglieri regionali di una regione autonoma che avevano votato a favore dell'approvazione di una delibera di ricapitalizzazione di società per azioni a totale partecipazione pubblica*.

mentari riservate alle Regioni, nonché le altre conferite al Consiglio regionale dalla Costituzione e dalle leggi, incluse quelle «di tipo amministrativo purché strettamente finalizzate a garantire l'autonomo funzionamento dei Consigli regionali» (sentenza n. 337 del 2009). Pertanto, per poter «preservare da interferenze e condizionamenti esterni le determinazioni inerenti alla sfera di autonomia costituzionalmente riservata al Consiglio regionale» (sentenza n. 235 del 2015, nonché, in precedenza, sentenze n. 195 del 2007, n. 392 del 1999 e n. 289 del 1997), la garanzia dell'insindacabilità di sicuro concerne le funzioni conferite ai Consigli regionali dalla Costituzione e dalle fonti normative cui essa rinvia e che possono essere esercitate in forma legislativa o anche amministrativa. Ciò conferma quanto questa Corte ha, fin da tempo risalente, affermato circa l'insufficienza della forma amministrativa dell'atto per escludere la prerogativa dell'insindacabilità (sentenze n. 69 del 1985 e n. 81 del 1975)⁴³.

Si tratta di una pronuncia che richiederà certamente ulteriori analisi ed approfondimenti interpretativi perché lascia intravedere ambiti di insindacabilità di ampiezza diversa rispetto a quanto finora considerato dalla giurisprudenza contabile. Infatti, la categoria dell'atto politico, proprio perché non sindacabile in sede giurisdizionale, richiede di essere individuata in senso restrittivo. In particolare, posto che, come chiarito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, l'atto vincolato ad un fine individuato dalla legge⁽⁴³⁾, seppure in un contesto di ampia discrezionalità⁽⁴⁴⁾, non può essere qualificato come politico, la decisione della Consulta consegna all'interprete più interrogativi che risposte⁽⁴⁵⁾.

8. L'articolo 248 del TUEL: la responsabilità da dissesto.

Un nuovo terreno di analisi del rapporto tra responsabilità erariale e scriminante politica è quello della c.d. responsabilità da dissesto⁽⁴⁶⁾.

I commi 5 e 5-bis dell'art. 248 del TUEL completano la disciplina delle conseguenze del dissesto con due fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa c.d. sanzionatoria. Il primo, inserito dal comma 1 dell'art. 6 del d.lgs. n. 149/2011 (che, al comma 2, ha disciplinato la procedura del “dissesto guidato”); il secondo, unitamente alla riformulazione del primo, introdotto dal d.l. n. 174/2012, di rafforzamento del sistema dei controlli, interni ed esterni, sulle autonomie territoriali.

Nello specifico, l'art. 248, comma 5, TUEL dispone che, ferma restando la ricorrenza delle ordinarie ipotesi di responsabilità amministrativa (ove siano integrati i presupposti previsti dall'art. 1 della l. n. 20/1994), gli amministratori degli enti loca-

43 Cassazione, Sezioni Unite, 19 maggio 2016, n. 10319, in *Riv. C. Conti*, 2016, 3-4, 417: “la nozione di atto politico risulta attualmente intesa in senso decisamente restrittivo, con limitazione entro rigorosi margini delle aree sottratte al sindacato giurisdizionale. L'area della immunità giurisdizionale risulta pertanto esclusa allorché l'atto sia vincolato ad un fine desumibile dal sistema normativo, anche se si tratti di atto emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità”.

44 Cassazione, Sezioni Unite, 14 maggio 2014, n. 10416, in *Riv. C. Conti*, 2014, 3-4, 518, che perimetra “in margini esigui l'area della immunità giurisdizionale, da escludere allorché l'atto sia vincolato ad un fine desumibile dal sistema normativo, anche se si tratti di atto emesso nell'esercizio di ampia discrezionalità”.

45 Nella specie, l'art. 3, c. 2, legge regionale 23 dicembre 2019, n. 4 condizionava i finanziamenti in favore della società gestrice del Resort e del Casinò al presupposto specifico della previa determinazione annuale delle somme da erogarsi da parte della legge finanziaria regionale. Ogni eventuale apporto finanziario in favore della società avrebbe dovuto quindi trovare l'imprecindibile premessa in una specifica previsione legislativa, al dichiarato fine di verificarne la compatibilità con la programmazione finanziaria dell'ente, con la conseguente difficoltà di qualificare “atto politico” la deliberazione consiliare in questione.

46 Tra le (poche) pronunce *in terminis*, si vedano Corte dei conti, Sezioni Riunite in Sede Consultiva, in sede giurisdizionale, sentenza n. 4/2022; Corte dei conti, Sezione Piemonte, n. 67/2015; Corte dei conti, Sezione Calabria, n. 122/2021; Corte dei conti, Sezione Calabria, n. 215/2021; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Calabria, n. 3/2021; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per l'Abruzzo, n. 2/2021; Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Sicilia, n. 482/2021; Corte dei conti, Sezione II app., 2 febbraio 2023, n. 28. In dottrina, si veda R. MININNO, *La responsabilità sanzionatoria da contribuzione al dissesto finanziario dell'ente locale*, in *Riv. C. conti*, 2023, f. 4, 79.

li⁽⁴⁷⁾ che la Corte dei conti ha riconosciuto, anche in primo grado, responsabili di aver contribuito con condotte, dolose o gravemente colpose, sia omissive che commissive, al verificarsi del dissesto finanziario, non possono ricoprire, per un periodo di dieci anni, incarichi di assessore, di revisore dei conti di enti locali e di rappresentante di enti locali presso altri enti, istituzioni ed organismi pubblici e privati. Inoltre, nel caso in cui i predetti responsabili siano i sindaci (anche di città metropolitane) o i presidenti di provincia, questi ultimi non sono candidabili, sempre per dieci anni, alle cariche di sindaco, di presidente di provincia, di presidente di giunta regionale, nonché di membro dei consigli comunali, dei consigli provinciali, delle assemblee e dei consigli regionali, del Parlamento e del Parlamento europeo, né possono ricoprire, per uguale periodo di tempo, la carica di assessore comunale, provinciale o regionale né altra in enti vigilati o partecipati da enti pubblici. Il medesimo comma 5 affianca, poi, a queste sanzioni di tipo interdittivo⁽⁴⁸⁾ (scaturenti *ex lege* da una sentenza di condanna della Corte dei conti, anche solo di primo grado, per responsabilità da dissesto), anche la potenziale irrogazione, da parte delle Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti, di una sanzione pecuniaria, oscillante da un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda spettante al momento di commissione della violazione.

Il successivo comma 5-bis dell'art. 248 TUEL introduce similari ipotesi di responsabilità, con analoga tipizzazione delle sanzioni pecuniarie e interdittive, anche per i componenti dell'organo di revisione economico-finanziaria⁽⁴⁹⁾.

La conformazione strutturale della fattispecie *de qua* ha subito, con precipuo riferimento all'elemento materiale, una modifica ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149 e, successivamente, dell'art. 3 del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. 7 dicembre 2012, n. 213, che ha riguardato, nello specifico, la qualificazione dell'apporto causale, declassato dall'originario rapporto di diretta consequentialità a mera compartecipazione causale⁽⁵⁰⁾. Per l'integrazione della fattispecie sanzionata, inoltre, non è richiesta la ricorrenza del danno: come chiarito dalla giurisprudenza, la responsabilità da dissesto finanziario dell'ente locale «prescinde dall'accertamento e dalla sussistenza di un danno erariale, limitandosi a richiedere la prova di un “contributo” al

47 I giudici contabili hanno chiarito come «ai fini della delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 248, comma 5, Tuel, si debba far riferimento [...] alla nozione di “amministratori” esplicitata dall'art. 77, comma 2, TUEL, il quale indica, tra gli altri, i sindaci, i consiglieri comunali ed i componenti della giunta (C. conti, Sez. II centr. app., 2 febbraio 2023, n. 28).

48 L'art. 248 TUEL, “nello specifico la parte riguardante la misura interdittiva, non persegue un intento punitivo, ma di tutela dell'erario e della corretta amministrazione delle risorse pubbliche” (C. conti, Sez. giur. app. Siciliana, n. 18/2023, cit.).

49 I componenti dell'organo di revisione economico-finanziaria, ferma restando l'eventuale condanna - di tipo risarcitorio - per il danno arrecato all'ente in ragione del rapporto di servizio (e sempre che ricorrano i presupposti previsti dall'art. 1 della legge n. 20/1994), qualora, a seguito della dichiarazione di dissesto, la Corte dei conti accerti le loro gravi responsabilità nello svolgimento dell'attività o la ritardata o mancata comunicazione, secondo le normative vigenti, delle informazioni dovute (fra cui quelle imposte dall'art. 148-bis TUEL nei confronti delle Sezioni regionali di controllo), non possono essere nominati revisori in enti locali, né in enti o organismi agli stessi riconducibili, fino a dieci anni. L'esito dell'accertamento va trasmesso anche all'ordine professionale di appartenenza (per l'eventuale avvio di procedimenti disciplinari), nonché al Ministero dell'interno per la conseguente sospensione dall'elenco previsto dall'art. 16, co. 25, del d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011. Inoltre, anche i revisori sono passibili della sanzione pecuniaria da responsabilità amministrativa c.d. tipizzata (o meglio, sanzionatoria) pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione.

50 Le modifiche apportate all'art. 248, comma 5, TUEL “hanno, da un lato, introdotto un regime sanzionatorio aggravato nei confronti dei soggetti responsabili della crisi finanziaria dell'ente e, dall'altro, hanno espunto dal testo il riferimento alla condanna riportata dagli amministratori per il danno erariale causato nei cinque anni precedenti il dissesto, costituente l'antecedente logico per la valutazione dei presupposti della responsabilità sanzionatoria. L'attuale versione del comma 5 dell'art. 248 del TUEL si limita, infatti, a riconnettere causalmente il dissesto alla condotta illecita degli amministratori richiedendo un necessario collegamento causale (*rectius*, concasuale) tra le azioni od omissioni accertate come dannose ed il dissesto dell'ente” (C. conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 9 maggio 2017, n. 295).

verificarsi del dissesto da parte dei destinatari dell'azione di responsabilità⁽⁵¹⁾ oltre, ovviamente, alla prova del requisito psicologico, nella forma minima della colpa grave⁽⁵²⁾.

I dubbi applicativi emersi, soprattutto sul piano processuale (in ordine all'applicabilità o meno del rito sanzionatorio previsto dagli artt. 133 del codice di giustizia contabile⁽⁵³⁾), nella giurisprudenza hanno reso necessario un intervento nomofilattico delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale⁽⁵⁴⁾.

Partendo dal confronto tra le due diverse e successive formulazioni del quinto comma dell'art. 248 Tuel, le Sezioni riunite hanno concluso che la responsabilità *de qua* "non è (più) connotata da un *eventus damni* (il *default* dell'ente) rappresentante l'ulteriore aggravamento di un danno erariale già diversamente cagionato dagli amministratori con le proprie condotte". La responsabilità da dissesto finanziario dell'ente locale ha assunto, alla luce degli interventi normativi susseguitisi nel corso del tempo, "connotati del tutto autonomi", tali da far ritenere l'istituto non "invariabilmente" legato «né alla causazione di un danno patrimoniale risarcibile in senso stretto, né alla diretta e indefettibile derivazione eziologica del dissesto dalla *mala gestio* degli organi di vertice, essendo sufficiente una "mera" compartecipazione causale a quest'ultimo». L'affrancamento, sul piano della composizione strutturale, della fattispecie *de qua* dall'elemento materiale del danno e la differente individuazione del contegno dotato di efficacia causale hanno consentito, secondo le Sezioni riunite, di restituire "un più coerente significato alla clausola di riserva contenuta nell'*incipit* della norma medesima, venendosi astrattamente e variamente a configurare, in capo all'amministratore locale, anche in termini alternativi, per effetto della propria (co)gestione dell'ente, una duplice responsabilità: a) amministrativo-contabile *stricto sensu* intesa [...] comportante il risarcimento del danno erariale cagionato all'ente, senz'altro secondo le ordinarie regole processuali; b) da dissesto, a carattere non risarcitorio, ma puramente sanzionatorio, per la quale certamente si applicherà il rito di cui agli artt. 133 e ss., con riferimento all'irrogazione della sanzione pecuniaria".

Conformemente all'insegnamento delle Sezioni riunite, possiamo quindi concludere per l'estraneità della responsabilità da dissesto rispetto alla responsabilità erariale tipica. Pur tuttavia, tale fattispecie contiene alcuni elementi che meriterebbero un'attenta valutazione, anche in ragione delle possibili ricadute ai fini della definizione dei rapporti tra magistratura contabile e politica, in considerazione della sua portata assolutamente peculiare. Tale fattispecie, infatti, rappresenta l'ipotesi più evidente – unitamente al ricorso alle SSR in speciale composizione avverso i provvedimenti in tema di dissesto – di stretto collegamento tra le funzioni di controllo e quelle giurisdizionali; in secondo luogo, la previsione della perdita dell'elettorato passivo in ambito locale come conseguenza del dissesto dell'ente, rappresenta una delle più "politiche" delle sanzioni irrogabili a seguito di una sentenza (unitamente all'ipotesi di perdita dell'elettorato attivo a seguito dell'irrogazione della pena accessoria dell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici).

9. La giurisdizione contabile: il momento di chiusura del sistema dei controlli.

Le riflessioni condotte finora hanno dimostrato sia la prossimità tra l'attività politica e l'espletamento delle funzioni della Corte dei conti sia la natura estremamente delicata di

51 C. conti, Sez. giur. app. Siciliana, 31 marzo 2023, n. 18.

52 C. conti, Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 31 luglio 2017, n. 173; C. conti, Sez. II centr. app., 7 novembre 2017, n. 795.

53 Il legislatore della codificazione ha dedicato alla responsabilità sanzionatoria pecuniaria un rito processuale *ad hoc*, diverso e ulteriore rispetto a quello ordinario promuovibile, al precipuo fine di applicare la sanzione pecuniaria, dal pubblico ministero d'ufficio o su segnalazione della Corte dei conti nell'esercizio delle sue attribuzioni contenziose o di controllo (cfr. art. 133 d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174).

54 C. conti, Sez. riun., 1° aprile 2022, n. 4/QM, in *Riv. C. conti*, 2022, 2, 133.

tale rapporto, la cui linea di confine sarebbe opportuno tracciare con maggiore nettezza.

In primo luogo, potrebbe essere utile una riflessione sul ruolo e sullo scopo della giurisdizione contabile di responsabilità erariale, partendo dalle sue origini ed operando, come dicono gli anglofoni, una sorta di *back to the basic*. Come abbiamo visto, il nucleo della giurisdizione erariale di responsabilità è da rintracciare nel giudizio di conto che, a sua volta, mostra più di una connessione con l'attività di controllo sui conti degli enti gestori del pubblico denaro; un simile collegamento tra le due principali funzioni attribuite alla Corte dei conti (giurisdizione e controllo) è riscontrabile anche nella responsabilità da dissesto, fattispecie che, seppure estranea all'ipotesi tipica di responsabilità erariale, è quella che più delle altre si pone al confine tra l'esercizio della funzione politica e l'attività della magistratura contabile.

Probabilmente, il tentativo di affrontare la definizione di danno erariale in termini più strettamente contabili, intendendolo come danno che emerge dalle scritture contabili ed al cui accertamento contribuisce l'attività di controllo non solo renderebbe più chiari gli ambiti di responsabilità erariale ma ancorerebbe la stessa a precise ipotesi di cattiva gestione delle risorse pubbliche, attenuando quell'aura di imprevedibilità che talvolta viene utilizzata per giustificare la c.d. "burocrazia difensiva". Del resto, l'oggetto del giudizio di responsabilità amministrativo-contabile non è l'annullamento dell'atto viziato né l'irrogazione di una sanzione per la lesione di situazioni giuridiche cui l'ordinamento annette un particolare valore (eccezion fatta per le ipotesi eccezionali di tipo sanzionatorio) bensì il risarcimento del danno arrecato al pubblico patrimonio.

Il danno in oggetto, però, differisce profondamente da quello civile perché non corrisponde affatto alla mera differenza algebrica tra il valore del bene leso, calcolato sia prima che dopo l'illecito aquiliano ovvero a seguito della violazione del patto negoziale; tale valutazione, infatti, deve essere effettuata alla luce della finalità pubblica che, attraverso detti beni, si intendeva raggiungere: l'acquisto, a seguito di gara pubblica correttamente espletata dal competente ufficio e non inquinata né da vizi della volontà né da fenomeni corruttivi, di materiale pagato ad un corretto ed equo prezzo di mercato ma del tutto inutile allo svolgimento delle funzioni cui è preposta l'amministrazione acquirente, pur non comportando né l'illegittimità dell'atto né alcuna forma di illecito penale o civile, integra senza dubbio gli estremi dell'illecito erariale. Finalità del giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, infatti, non è già quella di sanzionare illeciti contro l'amministrazione bensì quella di assicurare che la più politica delle decisioni (l'allocatione delle risorse in bilancio, sia esso statale, regionale, comunale o di qualsiasi altra amministrazione) sia tutelata fino alla sua naturale esecuzione, in modo che le risorse vengano effettivamente e proficuamente utilizzate per le finalità cui erano destinate⁽⁵⁵⁾. L'angolo prospettico del giudice contabile non muta neanche quando il fatto causativo del danno integra un reato, atteso che oggetto della sua cognizione non è il reato in sé ma la *maladministration* che ne è il brodo di coltura e di cui le ipotesi penali rappresentano solo la punta dell'iceberg. Del resto, se il danno erariale non avesse tale connotazione teleologica e funzionale, in chiave eminentemente gestionale, non si potrebbe in alcun modo spiegare l'istituto della *compensatio lucum cum damno*. Difatti, tra i principi enucleati dalla giurisprudenza⁽⁵⁶⁾ per l'attivazione dell'istituto, particolare rilievo riveste l'accertamento della rispondenza dell'*utilitas* alle

⁵⁵ In tema di danno erariale cagionato dallo sviamento delle risorse pubbliche dalle loro finalità, *recentior* C. conti, II sez. app., 17 maggio 2021, n. 151, in *Riv. C. conti*, 2021, 4, 174.

⁵⁶ *Ex pluribus* C. conti, sez. III app., 27 dicembre 2011, n. 888 e id. sez. III, 26 aprile 2016, n. 160, entrambe in www.cortecconti.it.

finalità istituzionali⁽⁵⁷⁾ dell'amministrazione danneggiata ovvero di quella diversa che ha tratto vantaggio dalla condotta produttiva del danno (c.d. *compensatio obliqua*, di cui al comma 1-bis dell'art. 1, legge 14 gennaio 1994, n. 20⁽⁵⁸⁾).

È proprio tale connotazione gestionale che giustifica l'attribuzione di tale spazio giurisdizionale alla suprema magistratura di controllo. Del resto, secondo quanto affermato dal Codice di giustizia contabile, dalla giurisprudenza costituzionale⁽⁵⁹⁾ e da quella di legittimità⁽⁶⁰⁾, è proprio l'elemento oggettivo della natura pubblica delle risorse, tanto più alla luce dei parametri costituzionali sull'equilibrio di bilancio, a determinare la sostanziale sinergia tra la funzione giurisdizionale e quella di controllo della Corte: l'allocazione della giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabile presso la Corte dei conti risulta costituzionalmente corretta non già per motivi di mera opportunità ma perché essa necessita di un giudice abituato a valutare in termini di efficienza gestionale l'operato dell'amministrazione e, dunque, non già a perseguire condotte *contra legem* ma a ripristinare, attraverso il ristoro del danno, la perdita efficienza dell'azione amministrativa. Non vi è dubbio che l'esercizio di tale funzione assolva anche a finalità risarcitorie, di prevenzione e sanzione, ma essa non può che avere, come anche la funzione di controllo, il fine ultimo di adiuvarne – in senso quasi maieutico – l'amministrazione a svolgere efficientemente la propria attività, preservando le scelte di bilancio effettuate dal competente decisore politico.

Riguardata sotto tale profilo, la giurisdizione svolge la sua funzione di momento di chiusura del sistema dei controlli, in quanto trova il proprio spazio nei casi in cui la funzione di controllo, pur correttamente e rigorosamente esercitata, non si sia rivelata idonea e sufficiente ad impedire l'evento dannoso. In tal senso, la difesa, nel concetto di danno erariale, della sua dimensione di concretezza patrimoniale, se non addirittura contabile, e l'attenzione all'efficienza gestionale delle scelte operate, in una visione non solo recuperatoria ma altresì formativa del corretto *agere* amministrativo appare necessaria per mantenerne inalterata la natura di clausola generale ed atipica di chiusura del sistema dei controlli attraverso la salvaguardia della loro connaturale responsabilità e, al contempo, garantire la completa autonomia ed alterità della giurisdizione contabile rispetto a quella degli altri plessi giurisdizionali.

Ma a queste riflessioni giuridiche se ne deve affiancare una di portata più generale.

In questi anni abbiamo assistito a sorta di fuga generale dalle responsabilità: non solo le sempre più ampie forme di "paura" connesse all'esercizio di diverse tipologie di professioni (dalla medicina difensiva alla burocrazia difensiva, passando per altre ipotesi intermedie) ma, contemporaneamente, a pretese più o meno ampie di spazi di impunità per diverse categorie di soggetti con riferimento all'espletamento delle rispettive attività. Su questo tema, dai risvolti più sociologici che giuridici, non ho molto da dire. Mi limito a due citazioni, una relativa agli aspetti umani del problema, l'altra a quelli più propriamente politici.

Osservava George Bernard Shaw che "la libertà comporta responsabilità: ecco perché tutti ne hanno paura": la fuga dalla responsabilità spesso sfocia in una riduzione degli spazi di libertà.

57 Sui limiti alla *compensatio lucri cum danno* in tema di obbligazioni pecuniarie, si vedano C. conti, sez. II, 7 maggio 2001 n. 161; id., sez. II app., 3 febbraio 1999, n. 26, in *Riv. C. conti*, 1999, I, 58; id., sez. I app., 18 gennaio 1999, n. 12, in *Comuni Italia*, 1999, 595; sez. III app., 15 febbraio 1996, n. 20/A, in *Riv. C. conti*, 1996, f. 1, 72.

58 Fra le tante pronunce, sia precedenti che successive alla novella, si vedano C. conti, sez. Lombardia, 19 febbraio 2018, n. 32; id., sez. Sardegna, 15 gennaio 2016, n. 5; id., sez. Umbria, 18 dicembre 2015, n. 133; id., sez. III app., 4 aprile 2011, n. 326; id., sez. Veneto, 14 dicembre 2011, n. 700, id. C. conti, sez. Sicilia, 26 ottobre 2009, n. 2539; id. sez. Trentino Alto-Adige Bolzano, 19 febbraio 2009, n. 29; id., sez. Campania, 19 luglio 2004, n. 1314; id., sez. Campania, 7 aprile 2004, n. 649; id. sez. II app., 15 febbraio 2000, n. 41; id. sez. Emilia-Romagna, 19 aprile 1997, n. 239; id., sez. Lazio, 19 marzo 1997; n. 23, id. sez. II app., 26 giugno 1996, n.51.

59 C. cost., sentt. n. 60 del 2013, n. 39 e n. 40 del 2014; n. 18 del 2019.

60 Cass., sez. un., 13 marzo 2014 n. 5805; id., sez. un., 8 novembre 2016, n. 22645.

Ancor più significativa la frase di uno dei più lucidi politici della nostra storia repubblicana, Aldo Moro, ad avviso del quale “questo Paese non si salverà, la stagione dei diritti e delle libertà si rivelerà effimera, se in Italia non nascerà un nuovo senso del dovere.” Da queste parole possiamo trarre un insegnamento per il futuro: se non accettiamo le responsabilità che derivano dalle nostre funzioni, stiamo in realtà sfuggendo al nostro dovere. Se si vive la vita come servizio, non si deve fuggire dalle proprie responsabilità ma occorre affrontarle agendo, in un contesto di regole certe e definite, con serietà e senso del dovere.

SISTEMA ELETTORALE

Sistema elettorale comunale, dinamica politico-partitica e stabilità di governo. Un bilancio a trent'anni dall'introduzione della legge 81/1993*

SOMMARIO: **1.1.** Trent'anni di elezioni comunali: interrogativi di ricerca e prospettive di analisi. **2.** La partecipazione. **3.** Il formato della competizione. **4.** La frammentazione partitica. **5.** La stabilità dei governi. **6.** Conclusioni.

DI ALESSANDRO CHIARAMONTE

ABSTRACT: Il contributo illustra un possibile bilancio, trascorsi trent'anni dalla sua introduzione, degli effetti che la legge n. 81 del 1993 ha determinato sulla competizione politico-elettorale e sulla stabilità dei governi a livello comunale. L'arco di tempo in questione è infatti abbastanza lungo da scongiurare interpretazioni episodiche o contingenti, quali risulterebbero da analisi di breve periodo. Tuttavia, la semplice osservazione empirica dei dati relativi agli scorsi trent'anni di elezione diretta del sindaco e della contestuale elezione del consiglio comunale può non essere di per sé sufficiente a restituire un quadro esaustivo di ciò che si vuole indagare. Infatti, è inevitabile chiedersi se e quanto la dinamica politico-partitica locale abbia risentito, oltre che del mutato assetto istituzionale, anche dell'influenza della stessa dinamica a livello nazionale e se, dunque, non si rischi di attribuire al nuovo sistema elettorale e alla nuova forma di governo in vigore dal 1993 quello che invece è il prodotto di una "contaminazione" tra livelli diversi di governo.

ABSTRACT: *The contribution illustrates a possible assessment, thirty years after its introduction, of the effects that law no. 81 of 1993 determined political-electoral competition and the stability of governments at municipal level. The time period in question is in fact long enough to avoid episodic or contingent interpretations, such as would result from short-term analyses. However, the simple empirical observation of the data relating to the last thirty years of direct election of the mayor and the simultaneous election of the city council may not in itself be sufficient to provide an exhaustive picture of what we want to investigate. In fact, it is inevitable to ask whether and to what extent the local political-party dynamics have been affected, in addition to the changed institutional structure, also by the influence of the same dynamics at a national level and whether, therefore, there is no risk of attributing to the new electoral system and the new form of government in force since 1993 which is instead the product of a "contamination" between different levels of government.*

1. Trent'anni di elezioni comunali: interrogativi di ricerca e prospettive di analisi

I trent'anni trascorsi dalla sua introduzione offrono l'occasione di trarre un bilancio degli effetti che la legge 25 marzo 1993 n. 81 ha determinato sulla competizione politi-

* Il saggio rielabora l'intervento al convegno, promosso dalla Rivista, "Sindaci e Amministrazioni Comunali a Trent'anni dalla Legge n. 81/1993 sull'elezione diretta". Venezia, 3 novembre 2023

co-elettorale e sulla stabilità dei governi a livello comunale. L'arco di tempo in questione è infatti abbastanza lungo da scongiurare interpretazioni episodiche o contingenti, quali risulterebbero da analisi di breve periodo. Tuttavia, la semplice osservazione empirica dei dati relativi agli scorsi trent'anni di elezione diretta del sindaco e della contestuale elezione del consiglio comunale può non essere di per sé sufficiente a restituire un quadro esaustivo di ciò che vogliamo indagare. Infatti, è inevitabile chiedersi se e quanto la dinamica politico-partitica locale abbia risentito, oltre che del mutato assetto istituzionale, anche dell'influenza della stessa dinamica a livello nazionale e se, dunque, non si rischi di attribuire al nuovo sistema elettorale⁽¹⁾ e alla nuova forma di governo in vigore dal 1993 quello che invece è il prodotto di una "contaminazione" tra livelli diversi di governo.

In effetti, il paradigma interpretativo prevalente del comportamento di elettori e partiti a livello locale in Italia è stato a lungo quello della teoria delle *second-order elections*⁽²⁾, secondo cui in elezioni subnazionali – come quelle comunali – gli elettori tendono a votare in maniera tale da perseguire esiti desiderabili rispetto al governo nazionale, che costituisce la posta in gioco principale, sovraordinata a quelle in palio ad altri livelli di governo. Tuttavia, più recentemente si è affermata una diversa prospettiva, che vede le elezioni subnazionali come autonome e distinte da quelle nazionali, non foss'altro a causa dei processi di de-nazionalizzazione del voto in corso ormai da almeno un paio di decenni⁽³⁾.

Quale che sia l'interpretazione più aderente alla realtà empirica – cosa che comunque verificheremo conclusivamente –, per tentare di separare gli effetti "propri" della legge 25 marzo 1993 n. 81 dagli eventuali effetti di "contaminazione", occorre condurre le nostre analisi sui vari aspetti della competizione politico-elettorale e del governo a livello locale tenendo conto dei contestuali sviluppi delle stesse dinamiche a livello nazionale. Anche perché quest'ultime, come noto, hanno seguito un andamento non lineare, caratterizzato dapprima dalla progressiva affermazione di un sistema partitico bipolare (1994-2001), che ha vissuto la sua "età d'oro" per un decennio (2001-2011), e più recentemente dalla de-istituzionalizzazione del sistema partitico⁽⁴⁾, che ha fatto collassare l'assetto bipolare senza tuttavia sostituirlo con una configurazione stabile. In particolare, cercheremo di verificare se le dinamiche politico-elettorali locali e nazionale siano state (ulteriormente?) divergenti dopo il 2008, all'apice cioè della stagione

1 Sui vari aspetti del sistema elettorale derivante dalla legge 81/1993, e dalle successive modificazioni, rimando per tutti a G. TARLI BARBIERI, *I sistemi elettorali comunali anche alla luce delle elezioni del maggio 2015: ripensare la rivoluzione del 1993?*, in *Le Regioni*, 3/2015, 705-762.

2 K. REIF-H. SCHMITT, *Nine second-order national elections—a conceptual framework for the analysis of European Election results*, in *European Journal of Political Research*, n. 1/1980, 3-44.

3 R. DANDROY-A. SCHAKEL, a cura di, *Regional and national elections in Western Europe: territoriality of the vote in thirteen countries*, London, Springer, 2013. A. SCHAKEL, *Regional and National Elections in Eastern Europe: Territoriality of the Vote in Ten Countries*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2017. M. KUKEC, *Localisation of politics and local electoral participation*, in *Local Government Studies*, 1/2023, 120–150. Sulle dinamiche di de-nazionalizzazione del voto in Italia rimando a V. EMANUELE, *Vote (de-)nationalisation and party system change in Italy (1948–2013)*, in *Contemporary Italian Politics*, n. 3/2015, 251-272.

4 Il concetto di "istituzionalizzazione del sistema partitico" è stato introdotto da Mainwaring e Scully, ormai quasi trent'anni fa (vedi S. MAINWARING-T.R. SCULLY, *Building Democratic Institutions: Party Systems in Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 1995). Nella riformulazione di Casal Bertoa, esso è «il processo attraverso il quale il *pattern* di interazione tra i partiti politici diventa scontato, prevedibile e stabile nel tempo» (vedi F. CASAL BÉRTOA, *Political parties or party systems? Assessing the 'myth' of institutionalisation and democracy*, in *West European Politics*, n. 2/2017, 407. Dunque, a contrario, un sistema partitico in via di de-istituzionalizzazione o de-istituzionalizzato risulta essere perennemente imprevedibile (negli attori che lo compongono e nelle rispettive interazioni, anche ai fini della formazione dei governi) e instabile (nei rapporti di forza elettorale e parlamentare): su quest'ultimo aspetto si veda A. CHIARAMONTE-V. EMANUELE, *The Deinstitutionalization of Western European Party Systems*, London, Palgrave MacMillan, 2022 e, specificamente sul caso italiano, V. EMANUELE-A. CHIARAMONTE, *Going out of the ordinary. The de-institutionalization of the Italian party system in comparative perspective*, in *Contemporary Italian Politics*, n. 1/2020, 4-22.

bipolare e quando sul sistema partitico hanno cominciato ad abbattersi gli effetti delle crisi multiple, dalla cosiddetta “grande recessione”, alla crisi dei debiti sovrani, a quelle migratoria e pandemica, che anno innescato ulteriori e più profondi mutamenti.

Le dimensioni di analisi su cui mi concentrerò, in quanto cruciali per comprendere gli sviluppi della dinamica partitico-elettorale comunale nel contesto politico nazionale, sono: la partecipazione elettorale, il formato della competizione, la frammentazione partitica e la stabilità di governo. Queste dimensioni di analisi consentiranno di verificare l’impatto specifico della riforma del 1993, ma anche di capire meglio se e quanto, negli ultimi trent’anni, le dinamiche nazionali abbiano permeato il livello locale secondo la prospettiva tipica della teoria delle “second-order elections”, ovvero non siano state in grado di scalfire la distintività delle elezioni comunali.

Ai fini dell’analisi, i dati di riferimento che qui saranno utilizzati sono quelli relativi ai comuni che, per tutto il periodo considerato (dal 1993 al 2022), hanno mantenuto una popolazione superiore ai 15.000 abitanti e che sono collocati nelle regioni a statuto ordinario. La ragione di una tale selezione è duplice: da un lato, i comuni più grandi (sopra i 15.000 abitanti) sono quelli dove la competizione partitica è più simile a quella che ha luogo a livello nazionale, considerato che spesso nei comuni minori (sotto i 15.000 abitanti), anche per via del diverso sistema elettorale, si assiste ad un confronto tra liste civiche non facilmente riconducibili a partiti o schieramenti presenti a livello nazionale; dall’altro lato, la legge 25 marzo 1993 n. 81 si applica invariabilmente nelle regioni a statuto ordinario, mentre può essere – ed è stata – modificata nelle regioni a statuto speciale, ponendosi così un problema di comparabilità nel caso si tenesse conto nella stessa analisi di ambedue le classi demografiche dei comuni. In definitiva, sono stati selezionati in totale 517 comuni per 3.561 elezioni (vedi Tab. 1). I dati di queste elezioni sono stati riaggregati per ciclo politico-elettorale nazionale, dunque in base alle legislature trascorse, così da rendere più agevole il confronto dei diversi indicatori tra livello locale e livello nazionale. A quest’ultimo proposito, va da sé che i dati nazionali siano anch’essi riferibili ai soli 517 comuni e alle 3.561 elezioni selezionati⁽⁵⁾.

Tab. 1 – Numero di comuni e di elezioni comunali selezionati per le analisi

Regione	N comuni	N elezioni	N. medio di elezioni per comune
Abruzzo	14	99	7,1
Basilicata	4	28	7,0
Calabria	17	125	7,4
Campania	69	510	7,4
Emilia-Romagna	41	264	6,4
Lazio	42	305	7,3
Liguria	11	76	6,9
Lombardia	88	588	6,7
Marche	20	135	6,8
Molise	3	20	6,7
Piemonte	40	264	6,6
Puglia	64	471	7,4
Toscana	48	304	6,3
Umbria	12	79	6,6
Veneto	44	293	6,7
Italia	517	3.561	6,9

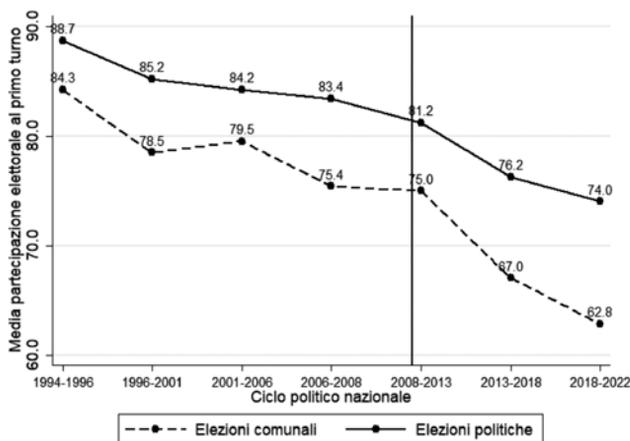
⁵ Desidero ringraziare Aldo Paparo che mi ha messo a disposizione i dati da lui raccolti e mi ha aiutato a compiere le analisi che verranno qui presentate.

2. La partecipazione.

Negli ultimi trent'anni, ma in realtà già dalla fine degli anni '70, la partecipazione al voto nelle elezioni comunali e politiche è in costante diminuzione (Fig. 1). Nel caso delle elezioni comunali, per ogni ciclo politico-elettorale nazionale il dato medio è inferiore a quello registrato nel ciclo precedente, con l'unica eccezione del ciclo 2001-2006 (75,9%) rispetto al ciclo 1996-2001 (78,5%).

La Figura 1 mostra due ulteriori fenomeni. Il primo è che la partecipazione a livello comunale è sempre inferiore rispetto a quella nazionale. Non è una sorpresa, ma vale la pena ricordare che questo aspetto offre una prima conferma all'ipotesi che le elezioni comunali siano elezioni di "secondo ordine": la relativa minore rilevanza della posta in gioco fornisce infatti meno incentivi agli elettori a recarsi a votare. Occorre peraltro aggiungere che se disaggregassimo il dato della partecipazione al voto in base alle tornate (di solito annuali) delle consultazioni, avremmo un elemento di dettaglio in più; ossia che le tornate elettorali che coinvolgono un maggior numero di elettori vedono, *ceteris paribus*, una maggiore partecipazione rispetto alle tornate che coinvolgono invece meno elettori: questo perché le prime tendono ad assumere una valenza nazionale più delle seconde, a riprova, ancora una volta, di una qualche influenza del piano politico nazionale su quello locale.

Fig. 1 – Partecipazione elettorale nelle elezioni comunali e politiche (1994-2022), valori percentuali



Il secondo fenomeno che emerge dai dati illustrati nella Figura 1 è che il divario di partecipazione di cui abbiamo appena discusso aumenta nel corso del tempo, in particolare dopo il 2008. Questo divario è infatti di 6,2 punti percentuali per il ciclo 2008-2013, di 9,2 per quello 2013-2018 e di 11,2 per quello 2018-2022. Tra l'altro, esso potrebbe segnalare, diversamente da quanto rilevato in precedenza, un processo di progressivo allontanamento delle dinamiche locali da quelle nazionali, sebbene nella direzione meno auspicata. Sarà poi interessante osservare cosa accadrà in futuro, soprattutto in ragione di ciò che è già successo nelle elezioni politiche del 2022 (dato che non è presente nella Fig. 1, poiché appartiene al ciclo successivo a quello conclusosi nello stesso anno), ossia la maggiore diminuzione di partecipazione al voto dall'inizio dell'era repubblicana: se il divario dovesse confermarsi in aumento – ma anche rimasse stabile – assisteremo ad una serie di elezioni comunali con una media di partecipanti intorno o poca sopra al 50% degli aventi diritto.

3. Il formato della competizione.

L'elezione diretta del sindaco e il premio di maggioranza eventualmente assegnato alla coalizione di liste o alla lista singola che lo sostiene rappresentano un potente incentivo al "coordinamento strategico"⁽⁶⁾ dei partiti e degli elettori. I primi tenderanno a formare coalizioni che presentano un candidato-sindaco comune il quale abbia la possibilità di vincere, i secondi – avendo oltretutto l'opportunità di "disgiungere" il loro voto tra scelta del sindaco e scelta della lista concorrente per il consiglio comunale – tenderanno a concentrare i loro voti sui candidati-sindaco che siano percepiti avere effettive chances di vittoria. Pur in un quadro di regole molto diverso e anche mutevole nel tempo, si tratta di incentivi simili a quelli che ritroviamo nelle elezioni politiche nazionali. In quest'ultime essi scaturiscono dall'applicazione della formula maggioritaria ad un turno in collegi uninominali (fino alle elezioni del 2001 secondo quanto previsto dalle leggi Mattarella; dalle elezioni del 2018 nella versione della legge Rosato), ovvero del premio di maggioranza (nelle elezioni dal 2006 al 2013, vigente la legge Calderoli). Non casualmente, da trent'anni a questa parte anche a livello nazionale la competizione elettorale è caratterizzata dalla presenza, seppur di per sé non esclusiva, di coalizioni partitiche e di elettori con un orientamento strategico, che cioè votano in modo tale da favorire la formazione di un governo corrispondente allo schieramento preferito.

In concreto, questi incentivi simili potrebbero portare ad esiti simili riguardo al formato della competizione elettorale di stampo maggioritario, vale a dire quella tra i candidati-sindaco a livello locale e quella tra coalizioni partitiche e/o partiti singoli candidati al governo a livello nazionale. Vedremo dunque se e quanto ciò sia stato vero negli ultimi trent'anni.

Per rilevare empiricamente il formato della competizione, non farò riferimento al mero conteggio dei candidati-sindaco e delle coalizioni elettorali, che non renderebbe giustizia della loro forza relativa, bensì ad un conteggio ponderato che tenga appunto conto di quale sia la percentuale di voti ottenuta da ciascun attore in competizione. A tal fine, l'indice prescelto è l'"effective number of electoral parties" (ENEP) di Laakso e Taagepera⁽⁷⁾, che qui, ai fini della nostra applicazione al caso delle elezioni comunali e politiche, riadattiamo come "numero effettivo di candidati/coalizioni elettorali" (ENEC)⁽⁸⁾. I corrispondenti dati, ancora una volta disaggregati per ciclo politico-elettorale nazionale, sono mostrati nella Figura 2.

Gli andamenti delle due linee riportate nella Figura 2 – quella continua relativa ai valori di ENEC a livello nazionale, quella spezzata relativa ai valori dello stesso indice calcolati invece a livello comunale – appaiono a prima vista molto diversi l'uno dall'altro. In parte è certamente così, e dopo sarà necessario interrogarsi sulle cause di tali divergenze, ma ad una osservazione più attenta si può notare che le tendenze sottostanti non sono poi così dissimili: in una prima fase, che ha il suo apice, ed anche il suo termine, nel biennio 2006-2008, si registra una diminuzione dei valori di ENEC, peraltro più significativa per le elezioni comunali che partivano da un dato ben più elevato rispetto alle elezioni politiche (3,4 contro 2,4 nel 1994-1996); in una seconda fase, che culmina nel periodo 2013-2018, l'andamento si inverte e dunque i valori di ENEC aumentano, stavolta in maniera più repentina nelle elezioni politiche, e in ultimo ad-

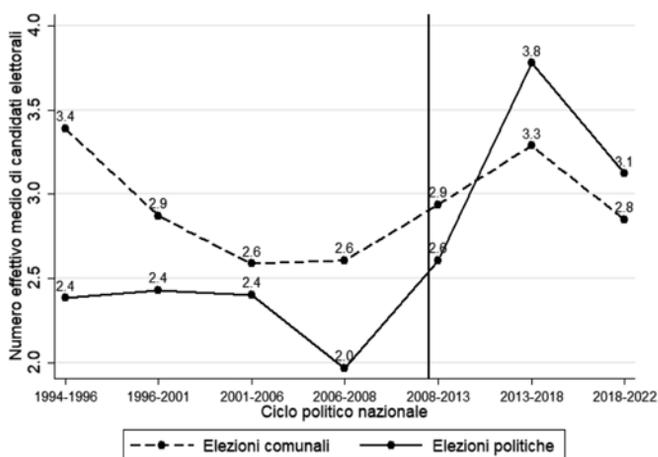
6 La nozione di "coordinamento strategico" con riferimento al comportamento dei partiti e degli elettori a fronte degli incentivi offerti dal sistema elettorale si deve a Cox. Vedi G.W. Cox, *Making Votes Count. Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

7 M. LAAKSO-R. TAAGEPERA, "Effective" Number of Parties: a Measure with Application to West Europe, in *Comparative Political Studies*, n. 1/1979, 3-27.

8 Il calcolo generale dell'indice è il seguente: $ENEP = \frac{1}{\sum p_i^2}$, in cui N è il numero di partiti presenti alle elezioni e p_i è la frazione di voti validi raccolti dal partito i . Nel presente riadattamento di ENEP in ENEC sostituiamo p_i con c_i , ossia la frazione di voti raccolta dal candidato-sindaco i nelle elezioni comunali, ovvero la frazione di voti raccolta dalla coalizione (e/o lista singola) i nelle elezioni politiche.

dirittura sorpassano quelli registrati nelle elezioni comunali; infine, ed è storia recente, si ha una nuova inversione di rotta in entrambe le arene elettorali con una relativa convergenza nel formato della competizione intorno al valore di ENEC di circa 3.

Fig. 2 – Formato della competizione (ENEC) nelle elezioni comunali e politiche (1994-2022).



Le fasi appena delineate sono sostanzialmente quelle che hanno attraversato l'evoluzione del sistema partitico italiano dal 1994 ad oggi. La prima, che coincide con i primi quattro cicli politico-nazionali, è quella dell'affermazione e del consolidamento dell'assetto bipolare, incentrato sul confronto elettorale tra centro-sinistra e centro-destra. A livello nazionale si è addirittura arrivati ad un bipolarismo "perfetto" nelle elezioni del 2006, come attestato dal valore 2,0 di ENEC. Anche a livello comunale la competizione tra candidati-sindaco ha seguito, in questo stesso periodo, un processo di riduzione delle alternative in campo e di quasi-bipolarizzazione, toccando il valore più basso di ENEC (2,6) sia nel 2001-2006 sia nel 2006-2008. La seconda fase, quella dei due cicli nazionali successivi, vede l'irruzione sulla scena politica, prima a livello locale e immediatamente dopo a livello nazionale, di nuovi schieramenti e partiti esterni rispetto ai due poli principali. In particolare, si tratta del Movimento cinque stelle, che raggiunge rapidamente uno straordinario successo, espugnando un comune di rilievo come Parma nel 2012, ma, soprattutto, ottenendo un inatteso e clamoroso 25,6% dei voti alle elezioni della Camera dei deputati nel 2013. Ciò ha comportato un profondo cambiamento del sistema partitico: il bipolarismo è entrato in crisi, e non solo per via dell'ascesa del Movimento 5 stelle, che ha ovviamente rappresentato il principale "terzo" polo della politica italiana, ma anche per la presenza di altre forze minori che sono sorte in contrapposizione proprio a quel sistema bipolare che fino a poco tempo prima sembrava inscalfibile. Il significativo aumento dei valori di ENEC, sia a livello comunale (fino a 3,3) sia, e ancor più, a livello nazionale (fino a 3,8), riflette proprio, da un lato, la disgregazione del bipolarismo e, dall'altro, il rafforzamento delle "terze" forze. Questa fase post-bipolare si è rivelata alquanto instabile, priva cioè di un approdo chiaro nella direzione di un qualsivoglia nuovo sistema partitico. Nell'ultimo ciclo politico-elettorale che si è concluso, quello 2018-2022, si è assistito ad una significativa riduzione delle alternative di voto nelle arene maggioritarie tanto della competizione elettorale comunale quanto di quella nazionale. Ciò potrebbe preludere all'avvio di una nuova, terza, fase, che però ad oggi appare tutt'altro che chiara nei suoi

possibili esiti: si potrebbe ipotizzare un “ritorno al bipolarismo”, soprattutto se si dovesse costituire un’alleanza strategica tra il Partito democratico e il Movimento cinque stelle, che però è lungi dal concretizzarsi; oppure una “svolta unipolare”, coerente con quanto avvenuto alle elezioni politiche del 2022, con un centro-destra egemonico in virtù della propria compattezza e delle divisioni negli altri campi. Tuttavia, l’inversione di tendenza nei valori di ENEC registratasi nell’ultimo ciclo politico potrebbe anche non indicare affatto l’avvio di una nuova fase, bensì iscriversi nel solco del processo di de-istituzionalizzazione ormai più che decennale, che di per sé è del tutto compatibile con andamenti oscillanti nel formato della competizione. Sta di fatto che, anche su questa dimensione di analisi relativa ai modelli di competizione, si rileva una mutua influenza tra elezioni politiche ed elezioni comunali.

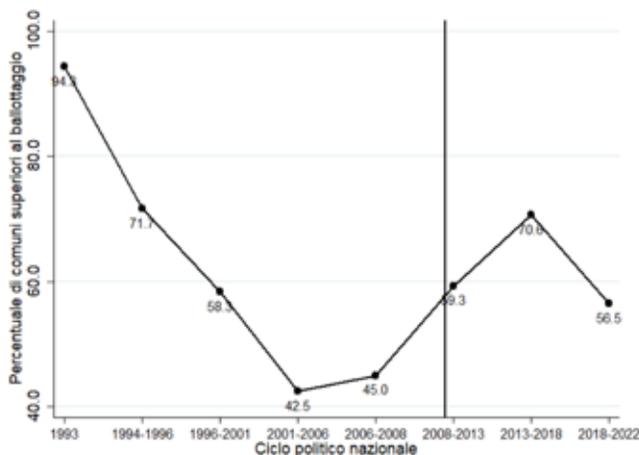
Restano da spiegare, però, le differenze nell’andamento del formato della competizione elettorale tra i livelli locale e nazionale che pure esistono e che erano state sottolineate al primo impatto visivo della Figura 2. In particolare, occorre chiedersi quali fattori possano dar conto del motivo per cui il numero effettivo di candidati sindaci risulta per lo più superiore a quello degli schieramenti concorrenti nelle elezioni politiche, ma anche perché ciò non sia invece accaduto nei due cicli 2013-2018 e 2018-2022. Per rispondere a questa domanda, è utile soffermarsi su due aspetti che possono contribuire a spiegare tali differenze, uno di carattere istituzionale e l’altro di carattere politico-partitico. Il primo ha a che fare con il sistema elettorale, specificamente con la previsione di una formula maggioritaria a doppio turno per l’elezione dei sindaci e invece di una formula maggioritaria a turno unico per l’elezione di (una quota di) deputati e senatori. A parità di ogni altra condizione, la formula a doppio turno è, al primo turno (di cui qui raccogliamo i dati), certamente meno selettiva e manipolativa delle scelte dei partiti e degli elettori di quanto sia la formula a turno unico. Ciò accade proprio perché nel primo caso la competizione si dispiega in due momenti diversi, mentre nel secondo caso è “one-shot”. In altri termini, il costo del mancato coordinamento strategico – ad esempio, dal punto di vista dei partiti, la mancata formazione di una coalizione (ancor) più inclusiva, oppure, dal punto di vista dell’elettore, il voto ad un candidato-sindaco che si rivela per nulla competitivo – è inferiore col sistema di doppio turno rispetto a quello che si paga in presenza di un sistema a turno unico, per il quale non c’è modo di rimediare. Da questo maggiore grado di libertà dei partiti e degli elettori consegue un maggior numero di attori in competizione e una maggiore dispersione di voti su di essi nelle elezioni comunali rispetto alle elezioni politiche, come confermato dai valori di ENEC tendenzialmente più alti nelle prime. Il secondo aspetto concerne la specificità delle elezioni comunali, che ovviamente si prestano ad essere aperte a realtà politico-partitiche locali – si pensi, tra gli altri, ai candidati cosiddetti “civici”, in grado di riscuotere consensi sempre maggiori⁹ – che invece non hanno la forza e la capacità organizzativa per competere sul piano regionale o nazionale. Di per sé questo fenomeno rende più ampia e diversificata l’offerta politica e conseguentemente anche la competizione elettorale, producendo differenze nei valori di ENEC con i corrispondenti valori della competizione nazionale che sono talvolta marcate, soprattutto nelle fasi di maggiore instabilità del sistema partitico. La crescente specializzazione dei partiti rispetto al tipo di elezione in cui concorrono non vale solo per le formazioni a vocazione locale, ma anche per alcuni partiti che sembrano aver assunto un profilo prevalentemente nazionale. Tra quest’ultimi una menzione particolare va fatta per il Movimento cinque stelle, che negli ultimi anni ha registrato performance elettorali decisamente superiori appunto a livello nazionale rispetto al

⁹ D. VAMPA, *Declining partisan representation at the sub-national level: assessing and explaining the strengthening of local lists in Italian municipalities (1995-2014)*, in *Local Government Studies*, n. 4/2016, 579-597.

livello locale (in parte anche per la rinuncia a presentare propri candidati e liste in svariate elezioni comunali). Ed è proprio questo rendimento così diverso che spiega il dato anomalo di ENEC dei cicli 2013-2018 e 2018-2022, in cui il formato della competizione nazionale supera in ampiezza quello che si registra nelle elezioni comunali: il Movimento cinque stelle è attore protagonista del sistema partitico nazionale, mentre ricopre il ruolo di comprimario, pur con eccezioni significative, a livello locale, dove quindi contribuisce molto meno al valore di ENEC.

L'andamento della linea che, in Figura 2, interpola i valori di ENEC a livello locale è, con qualche minore accentuazione, lo stesso della linea mostrata dalla Figura 3, in cui sono riportate le percentuali di elezioni dei sindaci conclusesi al ballottaggio nei vari cicli politico-nazionali, oltre che nelle prime due tornate dopo l'introduzione della legge n. 81 svolte nel 1993. Ovviamente, non è un caso. Allorché il sistema partitico tende ad essere bipolare, e dunque la competizione per il ruolo di sindaco ad incentrarsi su due candidati, o al limite anche su uno solo, è molto più probabile che essa si concluda con un vincitore già al primo turno di votazione. Quando invece il sistema partitico si caratterizza per la presenza di una molteplicità di poli, e dunque la competizione è più frammentata, è più probabile che il sindaco sia eletto al ballottaggio. In effetti, la Figura 3 mostra che tra il 2001 e il 2008, in concomitanza con l'affermazione del bipolarismo – che peraltro a livello locale non è mai stato “perfetto” – la quota di elezioni comunali che si sono risolte al ballottaggio, è stata la più bassa dell'intero trentennio, sia pure attestandosi tra il 42,5% e il 45%. Prima e dopo di quel periodo il ricorso al ballottaggio è stato molto più frequente, proprio perché la maggiore frammentazione dell'offerta di candidati-sindaco e dispersione di voti tra di essi ha reso molto più arduo per chiunque il conseguimento della maggioranza assoluta di voti sin dal primo turno.

Fig. 3 – Frequenza del turno di ballottaggio nelle elezioni comunali nei diversi cicli elettorali (1993-2022), valori percentuali.



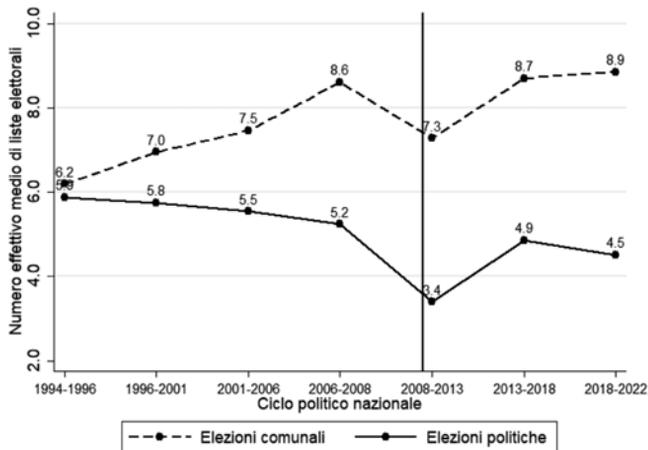
4. La frammentazione partitica.

Come nelle elezioni politiche non c'è solo la competizione tra schieramenti (coalizioni o partiti singoli) per la conquista dei collegi uninominali o del premio e, possibilmente, della maggioranza parlamentare, ma anche una competizione tra liste/partiti dentro e fuori gli stessi schieramenti, così nelle elezioni comunali non c'è solo la competizione tra candidati-sindaco, ma anche quella tra le liste/partiti (e relativi candidati) concorrenti per il consiglio comunale. La seconda arena di competizione, non meno

importante, è popolata da un maggior numero di attori, poiché, come appena specificato, è quella in cui si presentano, a sé stanti, le liste (da qui in avanti, per semplicità, mi riferirò ad esse chiamandole partiti, sebbene vi siano anche casi di liste pluri-partitiche e di liste a-partitiche, tra quest'ultime ad esempio alcune liste "civiche"). La domanda è: quanti sono questi attori? Qual è, in altri termini, il livello di frammentazione partitica che si raggiunge? Per rispondere a questa domanda è opportuno ricorrere ancora una volta all'osservazione empirica e, a tal fine, all'indice di Laakso e Taagepera, l'"effective number of electoral parties" (ENEP) nella sua versione originale¹⁰.

I valori di ENEP per ciascun ciclo elettorale sono riportati in Figura 4. Anche in questo caso si è proceduto ad un confronto tra elezioni locali e nazionali. Come possiamo vedere, le due linee procedono secondo andamenti sostanzialmente divergenti, sebbene non manchino occasionali convergenze – ad esempio, nel ciclo 2008-2013, quando vi è una certa diminuzione su ambedue i fronti anche grazie al notevole successo di Partito democratico e Popolo della libertà immediatamente dopo la loro nascita. Sta di fatto che, rispetto al valore iniziale (di per sé già molto alto) – ENEP circa 6 nel ciclo 1994-1996 –, nei trent'anni successivi la frammentazione partitica si riduce (quasi) progressivamente, seppur non di molto, nell'arena delle elezioni del parlamento nazionale, mentre aumenta in misura più significativa in quella delle elezioni per il consiglio comunale.

Fig. 4 – Frammentazione partitica (ENEP) nelle elezioni comunali e politiche (1994-2022).



La competizione tra liste per i seggi del consiglio comunale è stata dunque caratterizzata sempre, ma con una tendenza al rialzo, da una estrema frammentazione. Certamente questo dipende da un fenomeno già in precedenza richiamato: quello della presenza via via più consistente di attori politici locali (liste civiche, liste personali, partiti territoriali). Ma dipende anche dal sistema elettorale. Non solo e non tanto per via della bassa soglia di sbarramento – il 3% si applica alle liste singole, non anche a quelle coalizzate (se la coalizione è sufficientemente ampia) – che certamente non scoraggia dalla partecipazione. Quanto, piuttosto, per via di alcuni specifici meccanismi, quali il trasferimento automatico del voto di lista al candidato-sindaco collegato – che induce le coalizioni ad allargare ulteriormente il loro perimetro per includere liste (a volte "civetta") in grado di intercettare elettorati specifici, anche di nicchia, solo con

10 Vedi note 7 e 8.

l'intento di favorire il riversamento del loro voto sul candidato-sindaco – e il voto di preferenza per i candidati di lista – che, in alcune realtà soprattutto di comuni del Sud, induce i partiti a presentarsi con più liste “proprie” così da disporre di un maggior numero di candidati e contare quindi su una mobilitazione più diffusa.

5. La stabilità dei governi.

Se a livello nazionale la stabilità dei governi negli ultimi trent'anni è solo parzialmente aumentata, a livello comunale c'è stata una vera e propria trasformazione rispetto al passato e la stabilità dei governi è diventata una sorta di legge ferrea. Lo confermano chiaramente i dati che a breve saranno mostrati. Sotto questo profilo, assistiamo dunque alla massima divergenza fra il livello nazionale e il livello comunale. A fare la differenza è stata proprio la legge 81/1993, che ha riformato la forma di governo e il sistema elettorale dei comuni. Gli ingredienti di questa riforma che più hanno avuto un impatto sulla stabilità delle amministrazioni comunali sono soprattutto tre: l'elezione diretta del sindaco, che ha certamente contribuito a legittimare, e dunque, rafforzare il ruolo del leader dell'esecutivo; la clausola “*simul stabunt simul cadent*”, che vincola il voto di sfiducia nei confronti del sindaco da parte del consiglio all'automatico scioglimento di quest'ultimo e, conseguentemente, alla convocazione di nuove elezioni, rendendo così il ricorso alla sfiducia un evento eccezionale; la previsione di un premio di maggioranza attribuito alla coalizione o alla lista a supporto del sindaco eletto⁽¹¹⁾. È di tutta evidenza che si tratti di meccanismi di stabilizzazione dei governi.

Per quantificare il fenomeno, occorre come minimo misurare la durata in carica dei governi. È quello che si è fatto in Figura 5 con riferimento ai governi nazionali dal 1994 al 2018. In mancanza di dati analoghi per tutti i governi comunali, si è rilevata la durata delle consiliature comunali, che viene riportata in Figura 5 avendola riaggregata in un dato medio per ogni periodo corrispondente alla durata del governo nazionale, così da rendere possibile un confronto tra i due livelli. Va peraltro sottolineato che la durata delle consiliature comunali non sempre coincide con il mandato del sindaco, e dunque con la durata del governo: alla fine anticipata del mandato⁽¹²⁾, infatti, può seguire un periodo in cui subentra il vice-sindaco fino alla prima data utile per le nuove elezioni, oppure un commissario che, in casi di infiltrazione della criminalità organizzata, può rimanere in carica fino a 24 mesi. Dunque, come misura indiretta della stabilità dei governi locali, la durata della consiliatura riportata in Figura 5 deve essere interpretata come dato “in eccesso”.

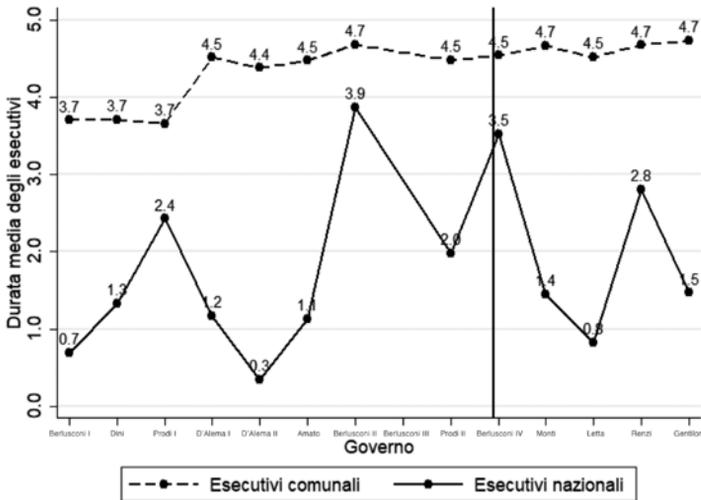
Pur con la cautela appena richiamata, il riscontro empirico della stabilità dei governi rende evidente la grande distanza che passa tra i livelli comunale e nazionale. Negli ultimi trent'anni, i governi nazionali hanno avuto una durata estremamente variabile, ma nessuno è riuscito a completare a sé stante un'intera legislatura. I governi comunali, invece, hanno avuto una durata media prossima a quella della consiliatura. La consiliatura è stata di circa 3,5 anni fino a quando era previsto un massimo di 4 anni e di circa 4,6 anni da quando la durata “standard” della consiliatura è tornata ad essere 5 anni. Detto altrimenti, nella stragrande maggioranza dei casi – in media l'80% dei

11 Il premio di maggioranza – che attribuisce il 60% dei seggi consiliari – scatta se 1) la lista o coalizione di liste collegate al sindaco eletto non abbia già ottenuto il 60% dei seggi in virtù dell'iniziale ripartizione solo proporzionale dei seggi; 2) se il Sindaco sia stato eletto al primo turno, ma la lista o la coalizione di liste collegate non abbia conseguito il 40% dei voti validi (questa soglia era originariamente del 50%; è stata ridotta al 40% dalla legge 120/1999); 3) se il Sindaco sia stato eletto al secondo turno, ma una lista o coalizione di liste ad esso non collegata abbia conseguito al primo turno il 50% dei voti validi.

12 Il fenomeno dello scioglimento anticipato dei comuni è numericamente rilevante. A questo proposito, almeno per una sua parziale ricostruzione, rinvio all'Osservatorio “I comuni commissariati” di OpenPolis (<https://www.openpolis.it/cosa/comuni-commissariati/>). Vedi anche V. METE, *Fuori dal comune. Lo scioglimento delle amministrazioni locali per infiltrazioni mafiose*, Acireale, Bonanno, 2008.

comuni¹³) - la consiliatura si conclude alla sua scadenza naturale.

Fig. 5 – Durata in carica (in anni) dei governi comunali e nazionali dal 1994.



Occorre però chiedersi quanto sia stato rilevante il sistema elettorale – attraverso la mancata attribuzione del premio di maggioranza alla lista o coalizione di liste collegata al sindaco eletto - nel 20% circa di casi in cui la consiliatura si è interrotta prima del termine previsto. La risposta è qui inequivocabile: ha inciso molto poco, quasi per niente. Infatti, i sindaci “anatra zoppa”, quelli senza una maggioranza consiliare (almeno inizialmente) a loro favore, sono stati sporadici. Furono poco più del 5% di quelli eletti nelle due tornate del 1993, ma successivamente sono diminuiti, attestandosi addirittura al di sotto dell’1% nel ciclo 2018-2022. Ciò non toglie che dietro le dimissioni dei sindaci possano esservi motivazioni meramente politiche, ma in tali casi è molto più probabile che esse siano sopravvenute durante il mandato piuttosto che fossero già presenti sin dall’inizio a causa di una maggioranza consiliare contraria al sindaco.

6. Conclusioni.

Le analisi condotte nei paragrafi precedenti hanno fornito una base di evidenze empiriche che consente di trarre alcune valutazioni conclusive sull’impatto della legge 81/1993 sulla dinamica politico-partitica e sulla stabilità dei governi.

Lelezione diretta del sindaco, unitamente al premio di maggioranza in palio, ha certamente contribuito a plasmare la competizione elettorale, attivando un coordinamento strategico dei partiti (e degli elettori) che si è tradotto nella formazione di coalizioni e dunque nella riduzione del numero di candidati-sindaco presentati. Si tratta per lo più della stessa logica maggioritaria che abbiamo visto contestualmente all’opera a livello nazionale, anche qui in virtù di meccanismi propri al sistema elettorale quali i collegi uninominali o lo stesso premio di maggioranza. Per quanto concerne il forma-

¹³ La media dell’80% di comuni in cui non vi è un termine anticipato della consiliatura è rimasta piuttosto costante nel corso del tempo. Dietro a tale media, però, vi è una certa variabilità (anch’essa costante nel tempo) tra i comuni in base alla loro collocazione geografica: la percentuale dei comuni del centro-nord in cui la consiliatura arriva alla scadenza naturale è di circa il 90%; per i comuni del centro-sud la stessa percentuale scende intorno al 70%.

to della competizione, quindi, il sistema partitico nazionale e i sistemi partitici locali sono apparsi evolvere per almeno venti anni dei trenta trascorsi dalla riforma del 1993 nella stessa direzione, ossia verso una progressiva affermazione del bipolarismo nei primi cicli politici e verso invece un multipolarismo instabile nei cicli successivi e più recenti. Non sono però mancate le differenze: fatta salva l'incomprimibile variabilità delle molteplici situazioni locali, i sistemi partitici comunali sono stati generalmente caratterizzati dalla presenza di un maggior numero di attori politici in competizione rispetto al sistema partitico nazionale. Del resto, come abbiamo cercato di spiegare, ciò è una conseguenza anche del sistema elettorale, specificamente della previsione del doppio turno che riduce i costi di un mancato o limitato coordinamento strategico dei partiti al primo turno, alla luce della possibilità di farlo anche in vista del turno di ballottaggio.

Dinamiche simili a quelle della competizione elettorale si ritrovano nella partecipazione al voto. Anche qui la tendenza è stata a lungo di una diminuzione parallela tra livello locale e livello nazionale, posto comunque che la partecipazione nelle varie tornate delle elezioni comunali è stata sempre inferiore a quella delle elezioni parlamentari nei vari cicli politici.

Fin qui, le somiglianze e le differenze nei *pattern* di competizione elettorale e di partecipazione al voto che abbiamo evidenziato possono essere interpretate alla luce di quanto previsto dalla teoria delle elezioni di secondo ordine, la quale relega le elezioni sub-nazionali ad occasioni nelle quali il comportamento di voto (e di non voto) è comunque largamente influenzato da fattori nazionali. In quest'ottica, i sistemi partitici locali non sono stati semplicemente il prodotto del cambiamento istituzionale introdotto con la legge 81/1993, ma anche il prodotto di una "contaminazione" delle dinamiche nazionali di conflitto e di cooperazione tra partiti e di orientamento politico-ideologico degli elettori.

Tuttavia, per altri gli due aspetti qui indagati – la frammentazione partitica e la stabilità dei governi – nonché per quello che possiamo vedere dalle più generali tendenze in atto nell'ultimo decennio, le differenze tra elezioni politiche e comunali mostrano una crescente indipendenza delle seconde dalle prime, che contrasta con l'interpretazione della "second-orderness".

Della frammentazione partitica abbiamo detto che, nei trent'anni passati, segue andamenti divergenti tra piano nazionale, dove è stata in leggera diminuzione pur rimanendo elevata, e piano locale, dove è invece cresciuta significativamente. Nelle elezioni comunali essa ha raggiunto livelli patologici, che in qualche caso prefigurano una vera atomizzazione della rappresentanza. Ne abbiamo rintracciato la causa principale negli incentivi del sistema elettorale ad incrementare il numero di liste e di candidati in corsa così da mobilitare più elettori soprattutto ai fini del voto che più conta, quello per il candidato-sindaco. Ma anche nella natura sempre più localistica della competizione elettorale, attestata dal rafforzamento di liste civiche di vario genere e, contestualmente, dal ridimensionamento dei partiti nazionali, soprattutto di quelli maggiormente privi di un certo radicamento territoriale.

Per quanto riguarda poi la stabilità dei governi, le differenze tra livello comunale e nazionale sono importanti. La forma di governo e il sistema elettorale introdotti dalla legge 81/1993 hanno fortemente stabilizzato gli esecutivi comunali. Come abbiamo riscontrato empiricamente, e per quanto ancora non manchino casi in cui ciò non accada, in un'ampia maggioranza di comuni ormai il mandato del sindaco si estende fino alla scadenza naturale della consiliatura. Non è avvenuto altrettanto a livello nazionale, con governi che, sì, negli ultimi tre decenni sono duranti un po' più a lungo di quelli del precedente cinquantennio, ma che comunque non hanno trovato una effettiva stabilità, tanto che nessuno di loro è riuscito a raggiungere il traguardo di coprire

l'intero quinquennio di legislatura. Del resto, qui non sono mai giunte a compimento le riforme di varia natura che sono state proposte da più parti e a più riprese proprio per rafforzare l'esecutivo rispetto al disegno costituzionale originario.

Negli ultimi 10-15 anni, infine, le elezioni comunali hanno seguito un percorso di autonomizzazione dall'influenza politica nazionale. Non solo sotto il profilo del loro impatto sulla frammentazione partitica e sulla stabilità dei governi, che già da prima aveva mostrato la specifica e diversa capacità dell'assetto istituzionale locale di incidere su questi aspetti. Ma persino sotto il profilo della partecipazione al voto e del formato della competizione che, invece, come abbiamo sottolineato poco fa, avevano avuto un'evoluzione molto simile a quella registrata a livello nazionale. Lo spartiacque dell'accresciuta indipendenza del piano locale è probabilmente legato al processo di de-istituzionalizzazione del sistema partitico italiano, originato dall'impatto delle crisi multiple che si sono abbattute sul paese a partire dal 2008. Questo processo ha reso sempre più instabili i rapporti di forza e imprevedibili le relazioni tra i partiti, ma, soprattutto, ha indebolito nel suo complesso il sistema partitico, che si è conseguentemente e progressivamente rilevato incapace di conformare a sé i sistemi partitici locali.

I FONDI EUROPEI

Fondi strutturali europei e capacità di *governance*. Un'analisi per le regioni europee.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Gli indicatori dei fattori istituzionale: ruolo e misurazione. 3. L'impostazione empirica. 4. Le evidenze. 5. Conclusioni. 6. Appendice.

DI GIANLUIGI COPPOLA, SERGIO DESTEFANIS,
GIORGIA MARINUZZI, WALTER TORTORELLA

ABSTRACT: L'efficacia delle politiche di coesione attuate attraverso i Fondi Strutturali e di Investimento Europei (FS) è fondamentale per la costruzione di un'Europa più resiliente. In questo articolo analizziamo l'impatto di vari tipi di FS sulle economie di 262 regioni NUTS2 europee durante tre cicli di programmazione. Inoltre, valutiamo il ruolo di alcuni fattori istituzionali nel determinare le differenze nell'efficacia degli FS tra gruppi di regioni.

ABSTRACT: *The effectiveness of cohesion policies implemented through the European Structural and Investment Funds (SFs) is essential for the construction of a more resilient Europe. In this paper we analyse the impact of various types of SFs on the economies of 262 European NUTS2 regions during three programming cycles. Furthermore, we assess the role of institutional and structural factors in determining differences in SF effectiveness across region groups.*

1. Introduzione.

Dopo l'allargamento dell'Unione Europea (UE) all'Europa meridionale e orientale, e il rafforzamento dell'Unione Economica e Monetaria (UEM), l'efficacia delle politiche di coesione attuate attraverso i Fondi Strutturali e di Investimento Europei (di seguito FS) è fondamentale per la costruzione di un'Europa più resiliente. Per il ciclo di programmazione 2021-2027, l'UE ha allocato 330,2 miliardi di euro per gli FS, pari al 30,7% del bilancio totale dell'UE al netto del NGEU (1.074,3 miliardi di euro). Ancora, in risposta alla crisi pandemica l'UE ha varato nel 2020 il programma *Next Generation EU*, un piano di circa ottocentosette miliardi di euro. Le ingenti risorse stanziare hanno riproposto il tema sulla efficacia delle politiche di coesione per la riduzione dei divari territoriali.

Nella nostra analisi empirica, sfrutteremo un set di dati recentemente reso disponibile dalla Commissione europea e analizzeremo separatamente l'impatto sul PIL pro capite di questi fondi: 1) il Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (FESR), creato per ridurre gli squilibri regionali nell'UE; 2) il Fondo Europeo Agricolo per lo Sviluppo Rurale (FEASR), diretto allo sviluppo delle strutture agricole e delle aree rurali; 3) il Fondo di Coesione (FC), che sostiene progetti nel settore dei trasporti e dell'ambiente nei Paesi in cui il reddito nazionale lordo per abitante è inferiore al 90% della media dell'UE; e 4) il Fondo Sociale Europeo (FSE), che promuove politiche attive del mercato del lavoro.

Valutiamo l'impatto dei vari tipi di FS sulle economie di duecentosessantadue regioni NUTS2 europee durante tre cicli di programmazione (2000-2006, 2007-2013 e 2014-2020). Inoltre, sfruttando informazioni dall'indice europeo di qualità del gover-

no - EQI - dell'Università di Gothenburg⁽¹⁾, e dettagliate informazioni a livello nazionale sullo stato di attuazione del ciclo di programmazione 2014-2020 per fondo, categoria di regione e obiettivo tematico, valutiamo il ruolo di vari fattori istituzionali nel determinare le differenze nell'efficacia degli FS tra gruppi di regioni.

L'articolo ha la seguente struttura. Nella Sezione II giustifichiamo il ruolo e descriviamo gli indicatori dei fattori istituzionali utilizzati nell'analisi empirica. Il resto dei dati, così come la nostra strategia empirica, è presentato nella Sezione III. La Sezione IV illustra i risultati delle analisi. La Sezione V conclude.

2. Gli indicatori dei fattori istituzionali: ruolo e misurazione.

Esiste una vasta letteratura mirata a valutare l'efficacia degli FS, concentrata principalmente sul loro impatto sul PIL pro capite delle regioni beneficiarie. La caratteristica principale di questa letteratura è che i metodi applicati, i periodi considerati e i set di dati utilizzati sono molto eterogenei. Anche come conseguenza di ciò, i risultati ottenuti sono molto eterogenei. In generale, si riscontra che l'impatto degli FS dipende da una serie di fattori condizionanti. Il fatto che gli impatti dei Fondi Strutturali e di Investimento Europei possano dipendere da una serie di fattori condizionanti non è sorprendente. La letteratura sostiene che la crescita nelle regioni in ritardo è vincolata dalla scarsa disponibilità di determinati beni pubblici locali, come infrastrutture fisiche e sociali. Di conseguenza, quando si valuta l'impatto degli FS, si dovrebbero controllare le differenze regionali in questi fattori.

Tuttavia, sebbene vari indicatori di fattori istituzionali siano stati considerati nella letteratura, pochi articoli esaminano la significatività dei termini di interazione tra questi fattori e i fondi, che in teoria è l'approccio più appropriato a questa questione. Rodriguez-Pose e Garcilazo⁽²⁾, Di Caro e Fratesi⁽³⁾, riscontrano che maggiore è la qualità del governo locale, più efficace è la politica di coesione, specialmente al di sopra di un certo livello di spesa. Secondo Fratesi e Perucca⁽⁴⁾, Crescenzi e Giua⁽⁵⁾, le regioni più dotate di specifici tipi di capitale territoriale (non solo capitale privato, ma anche infrastrutture pubbliche, capitale umano e sociale) traggono maggiori vantaggi dagli investimenti della politica di coesione in settori correlati. Tuttavia, Bachtröglér et al.⁽⁶⁾ sostengono che l'impatto degli FS è più forte nelle regioni meno dotate di *asset* territoriali.

A nostro avviso, la caratteristica della letteratura che si presta maggiormente a un perfezionamento dell'analisi è che pochissimi studi considerano separatamente i vari Fondi Strutturali e di Investimento Europei. Ciò lascia ampio spazio per un miglioramento dell'analisi, poiché i fondi differiscono notevolmente in termini di obiettivi, *governance* e dimensioni. Di conseguenza, è probabile anche che il loro impatto differisca. Un ultimo problema degno di considerazione è, infine, il trattamento dinamico dei dati di spesa dei Fondi Strutturali e di Investimento Europei. L'UE eroga gli FS alle regioni con un ritardo di circa un anno rispetto alle effettive decisioni di spesa. Questo modello temporale è rilevato e modellato nei "Pagamenti storici dell'UE" for-

1 N. CHARRON, L. DIJKSTRA, V. LAPUENTE. (2014). *Regional Governance Matters: Quality of Government within European Union Member States*. *Regional Studies*, 48, 68-90.

2 A. RODRÍGUEZ-POSE, E. GARCILAZO, (2015). *Quality of Government and the Returns of Investment: Examining the Impact of Cohesion Expenditure in European Regions*. *Regional Studies*, 49(8), 1274-1290.

3 P. DI CARO, U. FRATESI (2021), *One policy, different effects: Estimating the region-specific impacts of EU cohesion policy*. *Journal of Regional Science*.

4 U. FRATESI, G. PERUCCA (2014), *Territorial Capital and the Effectiveness of Cohesion Policies: an Assessment for CEE Regions*, *Investigaciones Regionales*, 29, 165-191.

5 R. CRESCENZI, M. GIUA (2016), *The EU Cohesion policy in context: Does a bottom-up approach work in all regions?* *Environment and Planning: Economy and Space*, 48 (11), 2340-2357.

6 J. BACHTRÖGLER, U. FRATESI, G. PERUCCA (2020), *The influence of the local context on the implementation and impact of EU Cohesion Policy*, *Regional Studies*, 54(1), 21-34.

niti dalla Commissione europea. Di conseguenza, tale *set* di dati fornisce una misura delle “spese effettuate sul campo”, le “spese modellate”, che sono utilizzate nella nostra analisi empirica.

Per quanto riguarda il ruolo dei fattori istituzionali, nella nostra analisi il loro ruolo è innanzitutto valutato mediante la stima dei termini di interazione tra gli FS e l'Indice Europeo di Qualità del Governo - EQI - dell'Università di Gothenburg. Oltre a ciò, utilizzando informazioni a livello nazionale sullo stato di attuazione del ciclo di programmazione 2014-2020 per Paese, fondo e categoria di regione, costruiamo due misure della capacità gestionale dei Fondi Strutturali e di Investimento Europei per gli Stati membri dell'UE (Tabelle da 1 a 3). La prima misura, “*decided/planned*”, abbreviato in “*d/p*”, pari alle risorse finanziarie allocate a progetti selezionati rispetto al budget totale (previsto) del programma, è legata al possibile “*overbooking*” dei progetti nella programmazione degli FS. Per far fronte a varie scadenze e garantire un ampio *pool* di progetti per assicurare la certificazione delle spese, le regioni possono accumulare grandi (ed eventualmente ingovernabili) *pool* di progetti prima di decidere quali interventi dovranno effettivamente essere realizzati. Il secondo indicatore, “*spent/planned*”, abbreviato in “*s/p*”, pari alla spesa sul *budget* totale, è legato alla capacità di spesa delle regioni e degli Stati membri. Le spese basse sono tradizionalmente associate a inefficienze gestionali che portano a una limitata capacità di assorbire risorse.

Tabella 1 - Lo stato di attuazione della programmazione 2014-2020* in Europa, per Paese, 31 dicembre 2022

Paese	Dati in euro			% decided/ planned	% spent/ planned
	Planned	Decided	Spent		
Austria	3.577.827.281	4.271.171.523	2.672.133.532	119,4%	74,7%
Belgio	4.420.767.253	5.320.700.636	3.276.134.548	120,4%	74,1%
Bulgaria	9.239.461.472	9.420.413.088	7.428.160.289	102,0%	80,4%
Croazia	10.576.126.423	14.984.725.999	8.569.095.208	141,7%	81,0%
Cipro	1.005.995.956	1.325.722.530	844.599.939	131,8%	84,0%
Rep. Ceca	29.620.083.221	35.218.311.901	24.973.604.409	118,9%	84,3%
Danimarca	1.023.765.907	1.266.617.919	714.573.087	123,7%	69,8%
Estonia	4.915.347.979	5.304.583.871	4.348.520.602	107,9%	88,5%
Finlandia	2.918.439.801	3.269.082.457	2.463.527.128	112,0%	84,4%
Francia	32.545.900.876	41.757.464.109	28.480.019.788	128,3%	87,5%
Germania	32.920.513.821	35.971.414.464	27.279.852.954	109,3%	82,9%
Grecia	22.528.966.014	35.444.351.827	19.074.388.989	157,3%	84,7%
Ungheria	26.523.833.436	31.414.080.853	20.316.023.111	118,4%	76,6%
Irlanda	2.120.331.440	1.833.196.589	1.468.960.543	86,5%	69,3%
Italia	64.864.439.810	67.034.816.275	39.016.629.010	103,3%	60,2%
Lettonia	5.415.246.753	6.233.020.408	4.210.279.677	115,1%	77,7%
Lituania	8.211.945.228	10.167.232.366	7.945.959.134	123,8%	96,8%
Lussemburgo	230.917.030	246.089.212	176.357.618	106,6%	76,4%
Malta	985.022.557	1.000.560.902	924.261.023	101,6%	93,8%
Paesi Bassi	3.151.638.616	4.038.300.260	2.788.066.404	128,1%	88,5%
Polonia	92.551.041.240	98.267.464.007	74.959.763.637	106,2%	81,0%
Portogallo	29.319.907.879	39.903.566.938	28.105.663.630	136,1%	95,9%
Romania	28.493.379.598	46.510.203.471	20.932.797.699	163,2%	73,5%
Slovacchia	17.738.556.976	19.112.215.044	11.449.692.900	107,7%	64,5%
Slovenia	4.130.720.466	5.778.564.307	3.810.936.542	139,9%	92,3%
Spagna	57.316.144.909	65.668.803.212	31.016.870.708	114,6%	54,1%
Svezia	3.828.594.133	3.587.232.470	2.952.117.815	93,7%	77,1%
Regno Unito	19.264.566.547	20.606.970.435	14.446.521.183	107,0%	75,0%
Interreg	12.628.465.665	13.573.587.796	10.089.879.492	107,5%	79,9%
Totale	532.067.948.287	628.530.464.867	404.735.390.597	118,1%	76,1%

* Dati relativi a FC, FESR, FSE e Iniziativa occupazione giovani.

Fonte: elaborazione IFEL-Ufficio Analisi ed Elaborazione Dati Economia Territoriale su dati CE-Cohesion data, 2023

Tabella 2 - Lo stato di attuazione della programmazione 2014-2020* in Europa, per Fondo, 31 dicembre 2022

Fondo	Dati in euro			% decided/ planned	% spent/ planned
	Planned	Decided	Spent		
FC	72.619.934.162	94.301.618.612	58.048.711.822	129,9%	79,9%
FESR	308.205.204.734	368.871.880.677	235.187.170.994	119,7%	76,3%
FSE	140.789.150.218	152.803.929.256	103.229.835.022	108,5%	73,3%
YEI	10.453.659.173	12.553.036.321	8.269.672.760	120,1%	79,1%
Totale	532.067.948.287	628.530.464.867	404.735.390.597	118,1%	76,1%

* Dati relativi a FC, FESR, FSE e Iniziativa occupazione giovani (YEI).

Fonte: elaborazione IPFEL-Ufficio Analisi ed Elaborazione Dati Economia Territoriale su dati CE-Cohesion data, 2023

Tabella 3 - Lo stato di attuazione della programmazione 2014-2020* in Europa, per categoria di regioni, 31 dicembre 2022

Categoria di regioni	Dati in euro			% decided/ planned	% spent/ planned
	Planned	Decided	Spent		
Più sviluppate	108.568.608.646	126.441.814.569	90.841.948.560	116,5%	83,7%
In transizione	52.000.852.175	64.090.001.031	40.587.545.157	123,2%	78,1%
Meno sviluppate	222.087.146.512	266.892.719.802	179.940.107.016	120,2%	81,0%
Ultraperiferche**	2.479.453.042	3.371.323.945	2.852.215.022	136,0%	115,0%
REACT-EU	50.841.651.657	47.212.294.377	14.081.494.793	92,9%	27,7%
Non applicabile	96.090.236.255	120.522.311.143	76.432.080.050	125,4%	79,5%
Totale	532.067.948.287	628.530.464.867	404.735.390.597	118,1%	76,1%

* Dati relativi a FC, FESR, FSE e Iniziativa occupazione giovani.

** "Outermost or northern sparsely populated".

Fonte: elaborazione IPFEL-Ufficio Analisi ed Elaborazione Dati Economia Territoriale su dati CE-Cohesion data, 2023

Come sostenuto in Destefanis e Ur-Rehman⁽⁷⁾, non è possibile modellare l'eterogeneità delle regioni europee relativamente a questi fattori istituzionali suddividendo il campione in gruppi. Fare affidamento su termini di interazione tra gli indicatori sopra citati e la variabile di interesse (nel nostro caso, le spese dei fondi) sembra essere una strategia empirica molto più solida. Nella sezione seguente procediamo con la sua implementazione.

3. L'impostazione empirica.

Siamo interessati alla relazione tra i Fondi Strutturali e di Investimento Europei e il PIL pro capite. Si tratta di una valutazione dell'impatto macroeconomico, riguardante effetti aggregati su un determinato territorio. Di conseguenza, stimiamo la seguente specificazione *panel* per un'equazione del PIL pro capite:

$$(4.1) ly_{it} = \alpha_i + \alpha_t + b_1 ly_{it-1} + b_2 FS_{jit-1} + b_3 lifl_{it-1} + b_4 D.pop_{it} + b_5 T_i + b_6 T_i^2$$

dove $i = 1, \dots, 262$, si riferisce alle regioni, $t = 1, \dots, n$ agli anni, e $j = 1, \dots, m$, si rife-

⁷ S. DESTEFANIS, N. UR-REHMAN (2023), *Investment, innovation activities and employment across European regions*, Structural Change and Economic Dynamics, 65(C), 474-490.

risce al tipo di fondo considerato. Le variabili α_j e α_t sono rispettivamente effetti fissi delle regioni e degli anni; ly_{it} è il logaritmo naturale del PIL pro capite; FS_{jit} sono i fondi europei (le cui tipologie sono indicate da j) spesi in una regione (in questo caso non si prendono i logaritmi, dato il numero non trascurabile di osservazioni con fondi pari a zero); $liff_{it}$ è il logaritmo naturale degli investimenti fissi lordi, e $D.pop_{it}$ è la variazione (logaritmo) della popolazione. L'equazione (4.1) è compatibile sia con l'approccio neo-classico di Solow, sia con altri modelli di crescita⁽⁸⁾. Include anche termini di tendenza lineare e quadratica idiosincratici delle regioni, T_1 e T_2 , come ulteriori controlli per l'eterogeneità regionale. Tutti i flussi (FS_{jit} , $liff_{it}$) sono considerati come quote del PIL. La specificazione dinamica in (4.1) richiama quelle utilizzate in Coppola et al.⁽⁹⁾, Destefanis e Ur-Rehman (2023).

La nostra analisi empirica si basa su duecentosessantadue regioni a livello NUTS2 di ventotto Paesi europei nel periodo 2000-2018 (Tabella 4). I dati per le regioni del Regno Unito sono disponibili solo fino al 2016. A causa di problemi di disponibilità dei dati e delle dimensioni relativamente ridotte di Croazia, Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta e Slovenia, abbiamo trattato questi Paesi nel nostro *dataset* come regioni di livello NUTS2. Non includiamo l'Irlanda nel nostro campione a causa dei noti problemi di misurazione del PIL e di altri aggregati contabili nazionali per questo Paese.

Tabella 4 - Le 262 regioni NUTS2 incluse nel campione di analisi

Paese	Numero di regioni	Tipologia
Regno Unito	37	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Germania	36	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Francia	22	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Italia	21	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Spagna	19	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Polonia	16	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Grecia	13	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Paesi Bassi	12	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Belgio	11	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Austria	9	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Rep. Ceca	8	Nuovi Paesi membri UE
Romania	8	Nuovi Paesi membri UE
Svezia	8	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Ungheria	7	Nuovi Paesi membri UE
Portogallo	7	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Bulgaria	6	Nuovi Paesi membri UE
Finlandia	5	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Danimarca	5	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Slovacchia	4	Nuovi Paesi membri UE

8 M. C. PUIGSERVER-PEÑALVER, (2007). *The Impact of Structural Funds Policy on European Regions' Growth: A Theoretical and Empirical Approach*. European Journal of Comparative Economics, 4(2), 179-208.

9 G. COPPOLA, S. DESTEFANIS, G. MARINUZZI, W. TORTORELLA (2020). *European Union and nationally based cohesion policies in the Italian regions*, Regional Studies, 54(1), 83-94.

Croazia	1	Nuovi Paesi membri UE
Cipro	1	Nuovi Paesi membri UE
Estonia	1	Nuovi Paesi membri UE
Lettonia	1	Nuovi Paesi membri UE
Lituania	1	Nuovi Paesi membri UE
Lussemburgo	1	Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE
Malta	1	Nuovi Paesi membri UE
Slovenia	1	Nuovi Paesi membri UE
Totale	262	

Tutte le variabili monetarie sono state deflazionate utilizzando il deflatore del PIL proveniente da EUROSTAT (anno base = 2015). Seguendo le considerazioni fatte nella Sezione II, utilizziamo nella nostra analisi empirica le spese “modellate” dai “Pagamenti storici dell’UE” della Commissione europea, che forniscono una misura delle “spese effettuate sul campo”. Alcune statistiche descrittive sulle variabili utilizzate sono fornite nella Tabella A1 in Appendice.

Il nostro quadro di regressione può essere facilmente modificato per tener conto dell’impatto dei fattori istituzionali sull’efficacia delle politiche. Per valutare come l’ambiente regionale possa influenzare l’efficacia dei Fondi Strutturali e di Investimento Europei, stimiamo la seguente variante di (4.1):

$$(4.2) \quad ly_{it} = \alpha_i + \alpha_t + b_1 ly_{it-1} + b_2 FS_{jit-1} + b_2' FS_{jit-1} q_i + b_3 lifl_{it-1} + b_4 D.pop_{it} + a_5 T_i + a_6 T_i^2$$

L’impatto dell’ambiente regionale sulla relazione tra i Fondi Strutturali e di Investimento Europei e il PIL pro-capite è modellato attraverso un termine di interazione tra gli FS e q_i , un vettore di misure invarianti nel tempo dei fattori istituzionali esaminati nella Sezione III.

Tuttavia, la principale sfida nella valutazione delle politiche è distinguere i cambiamenti nella variabile di risultato (in questo caso, il PIL pro capite) causati dalle politiche, da quelli causati da altri fattori. I problemi fondamentali in questo senso sono la distorsione derivante dalle variabili omesse e il *bias* di selezione. L’adozione di un approccio *panel* con effetti fissi, che tiene conto delle differenze sistematiche nel tempo e nelle regioni, può affrontare in parte sia la distorsione da variabili omesse che quella da selezione⁽¹⁰⁾. Inoltre, l’uso dei regressori ritardati affronta anche i problemi delle variabili omesse e del *bias* di selezione: le spese passate dei Fondi Strutturali e di Investimento Europei sono in parte legate alla storia dell’economia regionale.

4. Le evidenze.

In Appendice, nella Tabella A2, presentiamo i risultati di una prima analisi dei dati. Quando stimiamo la (4.1), i risultati per l’intero campione, la Tabella A2 mostra una variazione insignificante della popolazione e un FESR fortemente negativo e significativo. Entrambe le caratteristiche segnalano una qualche errata specificazione di base, probabilmente derivante da eterogeneità non osservata.

Quindi, un modo naturale di procedere è suddividere il campione in alcune partizioni più omogenee a priori. Le evidenze sulla crescita regionale e sul *catching up* (v. Schatzer et al., 2021⁽¹¹⁾, così come la letteratura esaminata in essa) suggeriscono

10 J.M. WOOLDRIDGE, (2002). *Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data*. Cambridge, MA: MIT Press.

11 T. SCHATZER, M. SILLER, J. WALDE, G. TAPPEINER, (2021), *The Anatomy of Total Factor Productivity Convergence across European Regions*, Scienze Regionali, 20, special issue, 495-518.

di separare i nuovi Paesi aderenti (Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Romania, Slovacchia, Slovenia) dai vecchi Paesi membri dell'UE. Questi ultimi possono essere ulteriormente suddivisi in Paesi che ricevono o non ricevono il Fondo di Coesione. Questi Paesi che ricevono il Fondo di Coesione sono classificati in base alla loro situazione nel 2000. Sono Grecia, Spagna e Portogallo. Tale suddivisione del campione è dettagliata anche nella Tabella 4 prima esposta.

Procedendo in questo modo, una prima osservazione riguardo alle evidenze dalla Tabella A2 è che, quando presente, il Fondo di Coesione è di gran lunga quello più significativo. Anche il FESR è positivo e significativo per i vecchi Paesi membri dell'UE che non ricevono il Fondo di Coesione. Altri fondi non sono significativi. Questi risultati sono coerenti con le conclusioni precedenti, specialmente di Mohl e Hagen⁽¹²⁾ e Bachtröglger et al.⁽¹³⁾.

Con riferimento alla specificazione (4.2), ne presentiamo nella Tabella A3 in Appendice le stime, interagendo un fattore alla volta. Nella Tabella A3, le sezioni (a), (b) e (c) si riferiscono rispettivamente ai nuovi membri dell'UE, ai vecchi membri dell'UE che ricevono il Fondo di Coesione e ai vecchi membri dell'UE che non ricevono il Fondo di Coesione.

L'EQI ha un'influenza diffusa. Le evidenze per i Paesi senza Fondo di Coesione sono pienamente compatibili con quelle di Rodriguez-Pose e Garcilazo⁽¹⁴⁾, Di Caro e Fratesi⁽¹⁵⁾. Nei nuovi Paesi membri, un elevato livello di qualità istituzionale interagisce negativamente con la spesa del Fondo di Coesione, un risultato che può essere razionalizzato dalla diminuzione dei rendimenti marginali assunti nel modello di Solow. D'altra parte, il FESR interagisce positivamente con i fattori istituzionali. Quest'ultimo risultato si manifesta anche per i vecchi Paesi membri dell'UE che non ricevono il Fondo di Coesione. In questi Paesi si rileva anche qualche evidenza di un'interazione positiva del FESR con l'EQI. L'influenza dei fattori istituzionali è meno significativa per i vecchi Paesi membri dell'UE che ricevono il FC. In questi Stati, interazioni significative emergono solo per il FESR.

I risultati per gli indicatori di capacità gestionale sono, nel complesso, meno significativi. Fondamentalmente, solo l'indicatore "d/p" produce interazioni significative. Hanno il segno previsto (negativo) per il FESR nei nuovi Paesi membri e nei vecchi Paesi membri dell'UE che ricevono il Fondo di Coesione. Nei nuovi Stati membri, si rileva anche un'interazione positiva significativa tra il FC e l'indicatore "d/p". Questo non è quello che ci aspettiamo a priori ma può essere spiegato dalla diminuzione dei rendimenti marginali del capitale nelle regioni meno sviluppate (un fattore già evocato per l'interazione negativa tra il FC e l'EQI in questi Paesi). Nel complesso, le evidenze dall'EQI e dagli indicatori di capacità gestionale sono piuttosto coerenti.

Tra le tre partizioni del campione, gli effetti dell'ambiente regionale sono più forti per i vecchi Stati membri dell'UE che non ricevono il FC. Questa evidenza potrebbe essere guidata, almeno in parte, dalla dimensione più grande e dall'eterogeneità potenziale di questa partizione del campione. La selezione di ulteriori partizioni del campione non è tuttavia una questione semplice e deve essere lasciata per future ricerche.

12 P. MOHL, T. HAGEN (2010), *Do structural funds promote regional growth? New evidence from various panel data approaches*, *Regional Science and Urban Economics*, 40 (5), 353-365.

13 J. BACHTRÖGLGER, U. FRATESI, G. PERUCCA (2020), *The influence of the local context on the implementation and impact of EU Cohesion Policy*, *Regional Studies*, 54(1), 21-34.

14 A. RODRÍGUEZ-POSE, E. GARCILAZO (2015), *Quality of Government and the Returns of Investment: Examining the Impact of Cohesion Expenditure in European Regions*, *Regional Studies*, 49(8), 1274-1290.

15 P. DI CARO, U. FRATESI (2021), *One policy, different effects: Estimating the region-specific impacts of EU cohesion policy*, *Journal of Regional Science*.

5. Conclusioni.

Dopo l'allargamento dell'UE all'Europa meridionale e orientale e il rafforzamento dell'UEM, l'efficacia delle politiche di coesione attuate attraverso i Fondi Strutturali e di Investimento Europei è essenziale per la costruzione di un'Europa più resiliente.

In questo articolo miriamo a identificare le pratiche efficaci. Suddividendo il nostro campione in tre diverse partizioni in base al periodo di entrata nell'UE e alla ricezione o meno del Fondo di Coesione valutiamo l'impatto di vari tipi di Fondi Strutturali e di Investimento Europei (Fondo Europeo di Sviluppo Regionale, Fondo Agricolo Europeo per lo Sviluppo Rurale, Fondo di Coesione, Fondo Sociale Europeo) sulle economie di duecentosessantadue regioni europee NUTS2 durante tre cicli di programmazione (2000-2006, 2007-2013 e 2014-2020). Inoltre, valutiamo il ruolo di vari fattori istituzionali nel determinare le differenze nell'efficacia dei fondi tra i gruppi di regioni.

Le nostre evidenze indicano che i Fondi Strutturali hanno avuto un impatto significativo sul PIL pro capite regionale, con il Fondo di Coesione e il Fondo Europeo di Sviluppo Regionale che svolgono un ruolo predominante. Una maggiore qualità dell'ambiente regionale, misurata dal nostro insieme di fattori istituzionali, è generalmente associata a un impatto più forte dei FS sul PIL pro capite regionale. Questo è particolarmente vero per il FESR. Un ruolo negativo per la qualità dell'ambiente regionale emerge nei nuovi Paesi membri per il FC. Questo risultato può essere razionalizzato dall'esistenza dei rendimenti marginali decrescenti presupposti nel modello di Solow.

La mancanza di significatività per il Fondo Sociale Europeo può essere spiegata dalle modalità di governance di questo fondo, ad esempio in termini di ampia frammentazione dei progetti, la cosiddetta microprogettualità. Secondo i dati di Opencoesione, il portale web unico sulle politiche di coesione in Italia (v. IFEL 2023), a dicembre 2022 il FSE conta 446.000 progetti con un importo medio di poco più di 38.000 euro. I progetti FSE con un costo pari o inferiore a 150.000 euro sono il 97,1%, e i progetti fino a 10.000 euro sono il 76,3% del totale. La differenza con l'FESR è evidente: per quest'ultimo ci sono 148.000 progetti, con un valore finanziario medio di 270.000 euro e progetti fino a 150.000 euro che rappresentano l'86,4% del totale.

Un'altra implicazione politica potenzialmente rilevante riguarda l'evidenza che l'impatto dell'FESR è associato a livelli elevati di qualità istituzionale. Ciò solleva questioni legate all'indebolimento degli effetti potenziali di questo fondo per la convergenza regionale.

Infine, la relativa mancanza di significatività per gli indicatori di capacità gestionale, specialmente per quello "s/p", potrebbe giustificare ulteriori ricerche. In questo senso, potrebbe essere interessante sviluppare misure di capacità di spesa che colpino contemporaneamente regioni e tipi di fondo, concentrandosi su Paesi come l'Italia, dove gli operatori spesso sottolineano la rilevanza di questo fattore (Marinuzzi e Tortorella⁽¹⁶⁾; IFEL⁽¹⁷⁾).

In lavori futuri, vogliamo approfondire ulteriormente il trattamento del problema dell'analisi controfattuale delle politiche, seguendo alcuni suggerimenti della recente letteratura in proposito. La ricerca di ulteriori partizioni del campione, specialmente tra i vecchi Paesi UE che non ricevono il FC, potrebbe anche fornire nuove prospettive sul ruolo che giocano nelle diverse regioni i fattori istituzionali.

16 G. MARINUZZI, W. TORTORELLA (2022), *I ritardi della coesione 2014-2020: un'Italia in affanno*, Di.Te.-Dinamiche Territoriali.

17 IFEL (2023), *La dimensione territoriale nelle politiche di coesione. Stato d'attuazione e ruolo dei Comuni nella programmazione 2014-2020 e 2021-2027* (G. MARINUZZI, W. TORTORELLA, eds.). Tredicesima edizione - 2023.

6. Appendice

Tabella A1. Variabili, definizioni, fonti, statistiche descrittive principali (N = 4460)

<i>Variabili</i>	<i>Definizioni</i>	<i>Fonti</i>	\bar{x} σ <i>10th percentile</i> <i>90th percentile</i>
y	PIL/popolazione (000's €, prezzi 2015)	<i>Eurostat</i>	<u>26.886</u> <u>14.036</u> <u>8.350</u> <u>41.487</u>
--	PIL (Mio €, prezzi 2015)	"	<u>52629.02</u> <u>62373.03</u> <u>8497.797</u> <u>110088</u>
--	Popolazione (000's)	"	<u>1900.254</u> <u>1534.742</u> <u>501</u> <u>3735.335</u>
ifl	Investimento fisso lordo (Mio €, prezzi 2015)	"	<u>10701.79</u> <u>13360.6</u> <u>1748.609</u> <u>22027.27</u>
FESR	Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (Mio €, prezzi 2015)	<i>Historic EU payments</i>	<u>724.4217</u> <u>1296.216</u> <u>21.44528</u> <u>2110.792</u>
FEASR	Fondo Europeo Agricolo per lo Sviluppo Rurale (Mio €, prezzi 2015)	"	<u>311.7524</u> <u>461.1358</u> <u>2.146925</u> <u>876.4835</u>
FC	Fondo di Coesione (Mio €, prezzi 2015)	"	<u>249.5576</u> <u>623.7416</u> <u>0.0</u> <u>851.2085</u>
FSE	Fondo Sociale Europeo (Mio €, prezzi 2015)	"	<u>319.6816</u> <u>405.5971</u> <u>35.38885</u> <u>754.1619</u>
EQI	European Quality of Government Index	Charron et al. (2014)	<u>.1200165</u> <u>.9634595</u> <u>-1.19723</u> <u>1.129</u>
d/p	% of decided over planned EU funds (FESR, FC, FSE, YEI).	Elaborazioni IFEL-Uffi- cio Analisi ed Elaborazio- ne Dati Economia Terri- toriale on CE-Cohesion data, 2023	<u>117.2114</u> <u>15.94279</u> <u>103.3</u> <u>136.1</u>
s/p	% of spent over planned EU funds (FESR, FC, FSE, YEI).	Elaborazioni IFEL-Uffi- cio Analisi ed Elaborazio- ne Dati Economia Terri- toriale on CE-Cohesion data, 2023	<u>77.35661</u> <u>10.17993</u> <u>60.2</u> <u>87.5</u>

Legenda: In corsivo t-ratio robusti all'eteroschedasticità. Il prefisso l denota un logaritmo naturale, un prefisso D. denota una variazione logaritmica, un suffisso _y denota una variabile presa come quota del PIL; un suffisso 1 denota una variabile ritardata di un anno; RSS rappresenta la somma residua dei quadrati.

Regressors	$\hat{\beta}$ <i>t-ratio</i>	$\hat{\beta}$ <i>t-ratio</i>	$\hat{\beta}$ <i>t-ratio</i>	$\hat{\beta}$ <i>t-ratio</i>
lifl_y1	0.0357	0.0333	0.0258	0.0147
	<i>6.15</i>	<i>3.21</i>	<i>2.18</i>	<i>2.76</i>
FC_y1	0.0008	0.0025	0.0017	(omesso)
	<i>2.34</i>	<i>4.08</i>	<i>3.16</i>	
FEASR_y1	-0.0006	-0.0001	-0.0004	-0.0005
	<i>-0.64</i>	<i>-0.10</i>	<i>-0.39</i>	<i>-0.32</i>
FESR_y1	-0.0019	0.0018	-0.0012	0.0032
	<i>-3.27</i>	<i>1.47</i>	<i>-1.89</i>	<i>2.27</i>
FSE_y1	-0.0007	-0.0001	0.0007	0.0009
	<i>-1.08</i>	<i>-0.09</i>	<i>0.92</i>	<i>0.43</i>
D.pop	-0.0454	-0.7120		
	<i>-0.73</i>	<i>-2.85</i>		
D.pop1	0.1447		-0.9981	-0.3187
	<i>1.13</i>		<i>-5.22</i>	<i>-2.73</i>
N	4454	1026	646	2782
RSS	1.5503	0.6615	0.1463	0.5204

Tabella A2 - Risultati per (4.1), variabile dipendente: ly_{it}

Intero campione, N = 4454

Nuovi Paesi membri UE, N = 1026

Paesi con Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE, N = 646

Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE, N = 2782

Tabella A3 - Risultati per (4.2), variabile dipendente: ly_{it}

(a) Nuovi Paesi membri UE, N = 1026

Models	= (4.1)	*EQI	*d/p	*s/p
Regressors	$\hat{\beta}$	$\hat{\beta}$	$\hat{\beta}$	$\hat{\beta}$
	<i>t-ratio</i>	<i>t-ratio</i>	<i>t-ratio</i>	<i>t-ratio</i>
lifl_y1	0.0333	0,0355	0.0281	0.0358
	<i>3.21</i>	<i>3,50</i>	<i>2.82</i>	<i>3.54</i>
FC_y1	0.0025	0,0009	-0.0073	0.0178
	<i>4.08</i>	<i>0,88</i>	<i>-1.48</i>	<i>1.84</i>
FEASR_y1	-0.0001	0,0016	0.0086	-0.0148
	<i>-0.10</i>	<i>0,67</i>	<i>1.55</i>	<i>-0.92</i>
FESR_y1	0.0018	0,0061	0.0271	-0.0190
	<i>1.47</i>	<i>2,22</i>	<i>1.74</i>	<i>-1.05</i>
FSE_y1	-0.0001	-0,0029	0.0035	-0.0030
	<i>-0.09</i>	<i>-1,20</i>	<i>0.28</i>	<i>-0.16</i>

D.pop	-0.7120	-0,6653	-0.6076	-0.6616
	-2.85	-2,83	-2.54	-2.78
FC*EQI		-0,0021		
		-2,03		
FEASR*EQI		0,0008		
		0,42		
FESR*EQI		0,0063		
		2,00		
FSE*EQI		-0,0028		
		-1,29		
FC*d/p			0.0084	
			1.99	
FEASR*d/p			-0.0065	
			-1.34	
FESR*d/p			-0.0229	
			-1.69	
FSE*d/p			-0.0040	
			-0.44	
FC*s/p				-0.0192
				-1.55
FEASR*s/p				0.0194
				0.97
FESR*s/p				0.0253
				1.13
FSE*s/p				0.0025
				0.10
RSS	0.6615	0,6511	0.6564	0.6569

(b) Paesi con Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE, N = 646

Models	= (4.1)	*B	*d/p	*s/p
Regressors	$\hat{\beta}$	$\hat{\beta}$	$\hat{\beta}$	$\hat{\beta}$
	<i>t-ratio</i>	<i>t-ratio</i>	<i>t-ratio</i>	<i>t-ratio</i>
lifl_y1	0.0258	0,0299	0.0301	0.0295
	2.18	2,39	2.47	2.49
FC_y1	0.0017	0,0011	-0.0019	0.0046
	3.16	1,81	-0.5	1.47
FEASR_y1	-0.0004	-0,0022	-0.013	-0.0027
	-0.39	-1,26	-1.13	-0.38
FESR_y1	-0.0012	0,0002	0.0089	-0.0032
	-1.89	0,12	1.49	-0.82
FSE_y1	0.0007	-0,0009	-0.016	0.002
	0.92	-0,85	-1.68	0.36
D.pop1	-0.9981	-0,8885	-0.8652	-0.9341
	-5.22	-4,60	-4.48	-4.76
FC*EQI		-0,0011		
		-1,21		
FEASR*EQI		-0,0027		
		-0,99		
FESR*EQI		0,0020		
		1,68		
FSE*EQI		-0,0025		
		-1,25		
FC*d/p			0.0025	
			0.91	
FEASR*d/p			0.0084	
			1.05	
FESR*d/p			-0.0068	
			-1.69	
FSE*d/p			0.0109	
			1.60	
FC*s/p				-0.0035
				-0.95
FEASR*s/p				0.0027
				0.33
FESR*s/p				0.0024
				0.51
FSE*s/p				-0.0018
				-0.29
RSS	0.1463	0.1459	0.1444	0.1460

(c) Paesi senza Fondo di Coesione (FC), Vecchi Paesi membri UE, N = 2782

Models	= (4.1)	*EQI	*d/p	*s/p
Regressors	$\hat{\beta}$	$\hat{\beta}$	$\hat{\beta}$	$\hat{\beta}$
	<i>t-ratio</i>	<i>t-ratio</i>	<i>t-ratio</i>	<i>t-ratio</i>
lifl_y1	0.0147	0,0149	0,0164	0.0151
	2.76	2,80	3.07	2.83
FC_y1	(omesso)	(omesso)	(omesso)	(omesso)
FEASR_y1	-0.0005	-0,0022	-0.0082	-0.0121
	-0.32	-1,29	-0.46	-1.08
FESR_y1	0.0032	0,0055	0.0209	-0.0071
	2.27	2,67	0.64	-0.71
FSE_y1	0.0009	0,0003	0.0246	-0.0126
	0.43	0,15	1.01	-1.06
D.pop1	-0.3187	-0,2811	-0.3264	-0.2972
	-2.73	-2,46	-2.84	-2.58
FC*EQI		(omesso)		
FEASR*EQI		0,0039		
		2,46		
FESR*EQI		0,0025		
		1,79		
FSE*EQI		0,0029		
		1,66		
FC*d/p			(omesso)	
FEASR*d/p			-0.0173	
			-0.56	
FESR*d/p			-0.0214	
			-0.95	
FSE*d/p			0.0069	
			0.45	
FC*s/p				(omesso)
FEASR*s/p				0.0153
				1.02
FESR*s/p				0.0153
				1.00
FSE*s/p				0.0180
				1.11
RSS	0.5204	0.5174	0.5198	0.5194

CONCESSIONI DEMANIALI

La disciplina delle concessioni demaniali marittime alla luce della giurisprudenza nazionale ed eurounitaria

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Normativa italiana in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime antecedente all'intervento della Plenaria. **3.** Il deferimento degli affari all'Adunanza plenaria: decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 160 del 2021. **4.** Normativa europea in materia di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi. **5.** I principi di diritto affermati nelle sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. **5.1** Inquadramento delle concessioni demaniali marittime nel contesto normativo eurounitario. **5.2** Estensione soggettiva dell'obbligo di disapplicazione. **5.3** Primo principio di diritto. **5.4** Effetti sulle concessioni in corso. **5.5.** Secondo e terzo principio di diritto. **6.** Interventi normativi successivi alle sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 2021. **7.** La sentenza della Corte giustizia UE, III, 20 aprile 2023, n. 348 relativa alla causa C-348/22, Ginosa. **8.** La sentenza delle sezioni unite n. 32559 del 2023. **9.** La giurisprudenza amministrativa successiva alla sentenza delle sezioni unite. **10.** Le procedure d'infrazione eurounitaria n. 4908 del 2008 e n. 4118 del 2020. **11.** Conclusioni.

DI AURORA LENTO

ABSTRACT: Lo scopo del contributo è analizzare l'impatto delle decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e n. 18 del 2021 e della Corte di Giustizia Europea n. 348 del 2023 sulla legislazione italiana di proroga delle concessioni dell'uso del demanio pubblico marittimo per scopi turistici e ricreativi.

ABSTRACT: *he purpose of this article is to analyze the impact of the judgements delivered by Italian Council of State (in its composition of "Plenary Assembly") no. 17 and no. 18 of 2021 and by CGUE no. 348 of 2023 on the italian law relating to the extension of the existing authorizations to use public maritime domains for seaside tourism and leisure services.*

1. Introduzione.

La disciplina italiana delle concessioni balneari, ovvero delle autorizzazioni per l'utilizzo di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali per attività turistiche e ricreative, costituisce un tema di cruciale importanza rispetto al quale si registrano ripetuti interventi del legislatore nazionale, due procedure d'infrazione dell'Unione Europea, due pronunciamenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, una sentenza delle Sezioni unite della Cassazione e due sentenze della Corte di Giustizia Europea.

Tale elevato livello di attenzione si spiega per il consistente impatto economico del settore nel nostro Paese, in cui si stima un giro d'affari di circa quindici miliardi di euro all'anno, a fronte di un ammontare dei canoni di concessione di poco superiore ai cento milioni di euro.⁽¹⁾

Si comprende, pertanto, l'invito della Commissione europea, nell'ambito della procedura d'infrazione n. 4118 del 2020, a creare le condizioni per una concorrenza aperta, trasparente ed efficace che promuova gli investimenti e aumenti la qualità dei

¹ Vedi Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, paragrafo 15.

servizi offerti ai consumatori, oltre a migliorare la conservazione dell'ambiente costiero, garantendo nel contempo un adeguato livello di entrate per il bilancio pubblico.⁽²⁾

Vanno, in tale ottica, esaminate le norme nazionali in materia di proroga automatica delle concessioni demaniali che sono state qualificate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato come leggi provvedimento, a fronte delle quali scatta l'obbligo di disapplicazione non solo in capo al Giudice, ma anche da parte della Pubblica Amministrazione.

Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021, la seconda delle quali è stata annullata con rinvio, dalle Sezioni unite della Cassazione, con la sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023, sotto il profilo dell'individuazione dei soggetti dotati di legittimazione ad agire.

Principi analoghi a quelli della Plenaria sono stati affermati anche nella sentenza Ginosa della Corte giustizia UE, III, 20 aprile 2023, n. 348 relativa alla causa C-348/22, in continuità con quella Promoimpresa 14 luglio 2016, n. 458, cause riunite C 458/14 E c 67/15.

La necessità di una riforma del settore è resa, peraltro, particolarmente urgente dall'invito rivolto dalla Commissione europea alla Repubblica Italiana, con il parere motivato del 16 novembre 2023, ad adottare iniziative volte a uniformare la propria legislazione alla normativa eurounitaria, entro il termine di due mesi.

2. Normativa italiana in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime antecedente all'intervento della Plenaria.

Al fine di comprendere le ragioni dell'avvio della procedura d'infrazione occorre ricostruire il quadro delle norme italiane in materia di proroga delle concessioni balneari già rilasciate, principiando da quelle antecedenti all'intervento della Plenaria.

La prima norma era contenuta nell'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194/2009, convertito con modificazioni con legge del 26 febbraio 2010, n. 25 la quale prevedeva una proroga fino al 31 dicembre 2015, che è stata ulteriormente estesa fino al 31 dicembre 2020 dall'articolo 34 *duodecies* del decreto-legge del 18 ottobre 2012, n. 179, introdotto in sede di conversione dalla legge del 17 dicembre 2012, n. 221.

Tale norma è stata ritenuta in contrasto con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva servizi dalla sentenza CGUE Promoimpresa, 14 luglio 2016, n. 458, cause riunite C 458/14 E c 67/15.

Il legislatore italiano è, allora, intervenuto con l'art. 24, comma 3-*septies*, del decreto-legge n. 113/2016, introdotto in sede di conversione dalla legge del 7 agosto 2016 n. 160, con una disposizione transitoria che, in attesa della revisione del quadro giuridico generale, ha confermato la validità delle concessioni esistenti in base alla proroga prevista dal decreto-legge n. 194/2009.

È poi intervenuta la l. n. 145 del 2018 (c.d. legge di bilancio) il cui art. 1, ai commi 682 e 683 (successivamente abrogati, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge 118/2022), ha stabilito, sempre in vista di una riforma generale del settore, delineata dai precedenti commi a partire dal 675, proroghe generali *ex lege* della durata delle concessioni vigenti.

Il comma 682 ha, in particolare, contemplato una durata di 15 anni delle 'concessioni balneari' vigenti alla data del 30 dicembre 2018, a decorrere dall'entrata in vigore della legge di bilancio (1° gennaio 2019).

Il comma 683 ha, a sua volta, stabilito una durata di 15 anni anche delle concessioni vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 194/2009 o rilasciate a

² Parere motivato della Commissione europea del 16 novembre 2023, pagina 5.

seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente a tale data, nonché di quelle rinnovate automaticamente in tale data a decorrere dall'entrata in vigore della legge di bilancio.

È poi stato adottato il d.l. n. 34 del 2020, convertito in legge con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, il cui art. 182, al comma 2 (successivamente abrogato, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge 118/2022), ha vietato alle autorità locali di avviare o proseguire procedimenti pubblici di selezione per l'assegnazione di concessioni balneari, lacuali e fluviali.

Infine, il d.l. n. 104/2020 (convertito con modificazioni dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, anch'esso successivamente abrogato, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge 118/2022) ha esteso formalmente la proroga di 15 anni prevista per le concessioni dalla legge di bilancio alle concessioni lacuali e fluviali nonché a quelle per la nautica da diporto.

3. Il deferimento degli affari all'Adunanza plenaria: decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 160 del 2021.

Tale articolato quadro normativo ha dato vita a un contrasto nella giurisprudenza amministrativa che ha visto contrapporre due orientamenti.

Secondo un primo minoritario orientamento, le norme in materia di proroga delle concessioni balneari dovevano essere osservate dalla Pubblica Amministrazione in quanto l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE non era *self-executing* e, comunque, anche ove lo fosse stata, ciò non avrebbe legittimato l'organo amministrativo a disapplicarle, essendo l'accertamento della natura *self-executing* della direttiva riservato solo al giudice.⁽³⁾

In base al contrapposto maggioritario orientamento, tali norme, nella misura in cui realizzavano un rinnovo automatico ostativo all'espletamento di procedure competitive, si ponevano in contrasto con i principi europolitari di *par condicio*, imparzialità e trasparenza, applicabili anche alle concessioni di beni e andavano disapplicate anche dalla Pubblica Amministrazione.⁽⁴⁾

La sussistenza di tale contrasto ha indotto il Presidente del Consiglio di Stato a deferire, con decreto n. 160 del 2021, d'ufficio, ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a., all'Adunanza plenaria due affari relativi al regime delle concessioni demaniali marittime.

La rilevanza economico-sociale della questione rendeva, in particolare, opportuna una pronuncia in funzione nomofilattica al fine di assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate, nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali.

Il Presidente del Consiglio di Stato ha, in particolare, rimesso le seguenti questioni di diritto:

1) se era doverosa la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedevano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussisteva l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estendeva a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte era riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spettava anche agli organi di amministrazione attiva;

³ Vedi sentenza del TAR Puglia, sezione staccata di Lecce, n. 73 del 2021

⁴ Vedi sentenza del TAR Sicilia, sezione staccata di Catania, n. 504 del 2021

2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro era tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21 octies della l. n. 241 del 1990, nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento era intervenuto un giudicato favorevole costituiva ostacolo all'annullamento d'ufficio;

3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la medesima non risultava inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, doveva intendersi quali "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" anche quelle soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientrava nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

In estrema sintesi il Presidente del Consiglio di Stato ha chiesto all'Adunanza plenaria di pronunciarsi sui profili di eventuale contrasto dell'art. 1, commi 682 e 683, della l. n. 145 del 2018, che prevedevano la proroga, sino al 31 dicembre 2033, ovvero sino per 15 anni, delle concessioni demaniali marittime con la normativa eurounitaria in materia di concorrenza di cui all'art. 49 del Trattato di funzionamento dell'Unione Europea e all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein), nonché sull'estensione soggettiva del conseguente obbligo di disapplicazione.

4. Normativa europea in materia di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi.

Prima di esaminare le sentenze dell'Adunanza plenaria occorre accennare sommariamente alle disposizioni europee di cui si assume la possibile violazione ad opera delle norme italiane di proroga automatica.

Si tratta dell'art. 49 del Trattato del funzionamento dell'Unione Europea il quale stabilisce che: *"Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali"*.

Si ha poi l'art. 12 della direttiva sui servizi la quale riguarda situazioni in cui *"il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili"*.

Tale norma stabilisce, al paragrafo 1, che in tali casi *"gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento"*.

Il paragrafo 2 dispone, inoltre, che: *"Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami"*.

Il paragrafo 3 statuisce, infine, che: *"Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione,*

di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario”.

5. I principi di diritto affermati nelle sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021.

Così ricostruito il quadro normativo nazionale e unionale, può procedersi all'esame delle sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021.

5.1 Inquadramento delle concessioni demaniali marittime nel contesto normativo eurounitario.

L'Adunanza plenaria, dopo avere dichiarato inammissibili gli interventi delle associazioni di categoria e degli enti locali intervenienti, ha esaminato *funditus* il regime normativo in materia di rilascio e rinnovo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico – ricreative.

Ha, sotto tale profilo, richiamato la sentenza della Corte di giustizia U.E. del 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, la quale, occupandosi dell'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2000, convertito con l. n. 25 del 2010 e dell'art. 34 duodecies del d.l. n. 179 del 2012, introdotto in sede di conversione dalla l. n. 221 del 2012, ha affermato, in sintesi, i seguenti principi:

- 1) l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (c.d. *Bolkestein*), relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che essa osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati;
- 2) l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

La necessità di una pronuncia in chiave nomofilattica si poneva in quanto, nel contesto del prima citato orientamento giurisprudenziale minoritario citato nel paragrafo precedente, era stata messa in discussione l'applicabilità dell'art. 49 TFUE e dell'art. 12 della direttiva servizi, facendo riferimento: al mancato specifico accertamento dell'interesse transfrontaliero certo e della scarsità della risorsa naturale; al dubbio circa la ricomprensione delle concessioni balneari nella nozione di autorizzazione di servizi.

Tali obiezioni sono state superate con un articolato ragionamento che, per quanto riguarda la sussistenza dell'interesse transfrontaliero certo, ha rilevato che il nostro patrimonio costiero nazionale, per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica ha un'eccezionale capacità attrattiva ed è certamente oggetto del medesimo, in quanto esercita un'indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

La scarsità delle risorse naturali è stata, invece, ricavata dall'inesistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente “protetti” dalla proroga *ex lege*.

La Plenaria ha, in particolare, rilevato che i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle infrastrutture rivelavano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose era occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%.

Tale percentuale di occupazione è stata ritenuta molto elevata anche in considera-

zione della circostanza che i tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa “libera” risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, perché inquinata o comunque “abbandonata”.

Ha poi aggiunto che in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita.

La conclusione del ragionamento è stata che, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse e in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto o si è molto vicini al tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione.

Così ragionando, la Plenaria ha fatto propria la necessità di una valutazione qualitativa e non solo quantitativa della “scarsità” della risorsa naturale costiera, prendendo in considerazione “l’esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi”, alla luce delle effettive possibilità di “sfruttamento economico delle coste” sulla base di un approccio in linea con un concetto funzionale di scarsità che tiene conto della funzione economica della risorsa pubblica in questione.⁽⁵⁾

L’ulteriore obiezione da superare riguardava la natura delle concessioni demaniali marittime, in ordine alla quale la Plenaria ha affermato che era evidente che il provvedimento il quale riservava in via esclusiva un’area marittima, lacuale o fluviale a un operatore economico, consentendo a quest’ultimo di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un’attività d’impresa, erogando servizi turistico-ricreativi, andava considerato, nell’ottica dell’art. 12 della direttiva 2006/123, come un’autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.

Per addivenire a tale conclusione ha utilizzato l’ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell’Unione secondo cui il provvedimento di concessione demaniale marittima, nella misura in cui si traduce nell’attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un’attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell’ambito dell’ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull’assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

A conclusione di tale articolato ragionamento, l’Adunanza plenaria ha affermato che i commi 682 e 683 dell’art. 1 della l. n. 145 del 2018 contrastavano con l’art. 49 del Trattato di funzionamento dell’Unione Europea e con l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein).

5.2 Estensione soggettiva dell’obbligo di disapplicazione.

Affermata l’incompatibilità comunitaria della normativa nazionale in materia di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, la successiva questione da affrontare era quella relativa all’estensione soggettiva dell’obbligo di disapplicazione.

La Plenaria ha, sotto tale profilo, osservato che la sussistenza di un dovere di non applicazione, da parte della P.A., anche nei casi in cui il contrasto riguardava una direttiva self-executing, rappresentava un approdo ormai consolidato nell’ambito della giurisprudenza, sia europea sia nazionale.⁽⁶⁾

Opinare diversamente avrebbe significato autorizzare la P.A. all’adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell’Unione, destinati ad essere

⁵ Vedi considerazioni in merito nel parere motivato della Commissione europea del 16 novembre 2023, pagina 17

⁶ Vedi, tra le altre, le sentenze: CGUE, Fratelli Costanzo, 22 giugno 1989, C-103/88; Corte costituzionale n. 389 del 1989; Consiglio di Stato, V, 6 aprile 1991, n. 452.

annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto.

La tesi della non disapplicabilità dalla P.A. della legge in contrasto con una direttiva *self-executing* cadeva, peraltro, in una contraddizione logica, in quanto delle due l'una: o si ammetteva che la legge non era disapplicabile nemmeno dal giudice oppure si ammetteva che l'Amministrazione era "costretta" ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che poteva fare ciò che la P.A. non aveva potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria.

5.3 Primo principio di diritto.

Appurata l'incompatibilità eurounitaria delle norme nazionali sulla proroga delle concessioni demaniali marittime e la sussistenza dell'obbligo di disapplicazione delle direttive *self-executing* anche in capo alla P.A., l'Adunanza Plenaria ha affermato il seguente principio di diritto: " *Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative - compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 - sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione*".

5.4 Effetti sulle concessioni in corso.

Così delineati il quadro normativo generale e i poteri/doveri di disapplicazione della Pubblica Amministrazione, l'Adunanza plenaria è passata all'esame del secondo e del terzo quesito che coinvolgono la delicatissima questione della sorte delle concessioni in corso.

Ha, sotto tale profilo, rilevato che l'atto di proroga era meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile.⁽⁷⁾

L'art. 1, comma 682, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 non lasciava, infatti, spazio a dubbi, nel disporre direttamente il prolungamento degli effetti al 31 dicembre 2023, con conseguente sua qualificabilità come legge-provvedimento che non disponeva in via generale e astratta, ma, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepiva e "legificava" le concessioni demaniali già rilasciate.

La conclusione è stata che l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che aveva disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produceva come risultato, anche nei casi in cui erano stati adottati formali atti di proroga o era intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna.

L'effetto della proroga doveva, pertanto, considerarsi *tamquam non esset*, ovvero sia come se non si fosse mai prodotto, pur essendo opportuna l'adozione di un atto ricognitivo per garantire certezza ai rapporti in corso.

Tenuto conto della situazione di sicura incertezza derivante dall'improvvisa cessazione dei rapporti concessori in atto, come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione, l'Adunanza plenaria ha, comunque, ritenuto che, a fronte di un quadro di incertezza normativa, sussistevano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione⁽⁸⁾ che ha deferito al 31 dicembre 2023, al fine di consentire un intervento legislativo volto

⁷ Così la sentenza Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874.

⁸ Per un caso analogo di modulazione degli effetti vedi la richiamata sentenza n. 13 del 2017.

a disciplinare le modalità di espletamento delle gare.

Tale intervallo temporale aveva lo scopo di consentire a Governo e Parlamento di approvare una normativa di riordino della materia in conformità con l'ordinamento comunitario; è, infatti, compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di temperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti.

5.5. Secondo e terzo principio di diritto.

L'Adunanza plenaria ha, conclusivamente, affermato i seguenti ulteriori principi di diritto:

2. *“Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto”*

3. *“Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.”*

6. Interventi normativi successivi alle sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 2021.

Successivamente alle pronunce della Plenaria, è intervenuta la l. n. 118 del 5 agosto 2022 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), il cui art. 3 ha disposto:

- al comma 1, che continuano ad avere efficacia, fino al 31 dicembre 2024, ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere sulla base di proroghe o rinnovi, le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive;

- al comma 3, che, in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2025.

Il termine di cui al succitato comma 1 è stato successivamente prorogato al 31 dicembre 2025 dall'art. 10 quater, comma 3, del d.l. n. 198 del 29 dicembre 2022, inserito, in sede di conversione, dall'art. 1, comma 1, della l. n. 14 del 24 febbraio 2023, che ha, altresì, previsto la perdurante efficacia delle concessioni balneari sino alla data di

rilascio dei nuovi provvedimenti concessori.

Come rilevato in sede di procedura d'infrazione europea, è stato introdotto un periodo di proroga indefinito e potenzialmente illimitato, in quanto agganciato al rilascio dei nuovi provvedimenti, per cui la Commissione Europea ha ritenuto che, con l'adozione della legge 14/2023, il legislatore continua a mantenere in vigore le 'concessioni balneari', riproducendo il medesimo profilo d'incompatibilità euro unitaria rilevato nelle sentenze della Plenaria n. 17 e n. 18.⁽⁹⁾

Tale profilo è stato valorizzato dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha affermato che la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere prevista dall'art. 10 quater, comma 3, del d.l. n. 198 del 29 dicembre 2022, inserito, in sede di conversione, dall'art. 1, comma 1, della l. n. 14 del 24 febbraio 2023 si pone in frontale contrasto con la disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e che la relativa norma va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato.⁽¹⁰⁾

7. La sentenza della Corte giustizia UE, III, 20 aprile 2023, n. 348 relativa alla causa C-348/22.

Principi analoghi a quelli delle sentenze gemelle della Plenaria n. 17 e n. 18 del 2021 sono stati affermati nella sentenza della Corte giustizia UE, III, del 20 aprile 2023, n. 348 relativa alla causa C-348/22 (Ginosa).

La domanda di pronuncia pregiudiziale, che verteva sulla validità della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, nonché sull'interpretazione dell'articolo 12 di detta direttiva e degli articoli 49 e 115 TFUE, è stata avanzata dal TAR Puglia, sezione di Lecce, nell'ambito di una controversia tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il Comune di Ginosa in merito alla decisione di quest'ultimo di prorogare, nel suo territorio, le concessioni di occupazione del demanio marittimo fino al 31 dicembre 2033⁽¹¹⁾.

La Corte di giustizia si è pronunciata nel senso che l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti.

Ha anche affermato che le Pubbliche Amministrazioni sono tenute, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a tali disposizioni⁽¹²⁾.

Trattasi di una decisione in linea con la sentenza del 14 luglio 2016, *Promoimpresa e altri* (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558), che è stata posta, come detto, dalla Plenaria alla base della propria decisione.

Così delinea il contesto di riferimento, la CGUE, nella sentenza *Ginosa*. ha affrontato il seguente quesito: “[s]e risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso articolo 49 [TFUE] una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limita-

9 Vedi parere della Commissione europea del 16 novembre 2023, pagine 3, 4

10 Consiglio di Stato, III, 1° marzo 2023, n. 2192

11 Vedi ordinanza del TAR Puglia, sez. di Lecce, dell'11 maggio 2022

12 Vedi, nelle stesse sentenze del 22 giugno 1989, *Costanzo*, 103/88, EU:C:1989:256, punti da 29 a 33, nonché del 10 ottobre 2017, *Farrell*, C-413/15, EU:C:2017:745, punto 33

tezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale”.

La CGUE ha precisato che l'indicazione contenuta al punto 43 della sentenza Pro-impresa, secondo la quale spettava al giudice nazionale verificare se il requisito relativo alla scarsità delle risorse naturali, previsto dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 fosse soddisfatto, non poteva significare che solo i giudici nazionali erano tenuti a verificare la sussistenza di tale requisito, in quanto tale valutazione ben poteva essere fatta anche dalla Pubblica Amministrazione.

Tale norma conferiva, in particolare, agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali che poteva condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso che ponesse l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un Comune o dell'autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci.

Ha rilevato che la combinazione di un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e di un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione, risultava equilibrata e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che potevano essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune.

La conclusione sul punto è stata la seguente: *“L'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione”.*

8. La sentenza delle sezioni unite n. 32559 del 2023.

Per completare il quadro della giurisprudenza in materia di concessioni balneari, va esaminata la sentenza delle Sezioni unite n. 32559 del 23 novembre 2023 che ha cassato con rinvio la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 18 del 2021 (ma non anche la n. 17 che non è stata impugnata) in accoglimento del solo primo motivo dei ricorsi proposti da SIB, ASSONAT e Regione Abruzzo, con assorbimento degli altri.

Al fine di comprendere esattamente la portata della pronuncia, è importante chiarire che le censure assorbite riguardavano l'asserita esorbitanza del giudice amministrativo dall'ambito riservato al potere giudiziario, con invasione di quello proprio del potere legislativo ed esecutivo, nonché di quello proprio della Corte Costituzionale, che erano state dedotte dal Sindacato italiano balneari e involgevano profili attinenti al rapporto tra i poteri statuali.

Le sezioni unite si sono “limitate” a riconoscere la fondatezza delle censure relative alla configurabilità di un diniego di giurisdizione per avere la sentenza impugnata negato agli enti ricorrenti la legittimazione a intervenire nel giudizio sulla base di valutazioni che negavano in astratto la titolarità di posizioni differenziate tutelabili nel giudizio amministrativo.

Non hanno, invece, accolto la richiesta di enunciare i principi di diritto sulle questioni assorbite e hanno precisato che sulle stesse doveva pronunciarsi nuovamente il Consiglio di Stato *“anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il Parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri normativi loro spettanti”.*

Ciò precisato, va rilevato che il problema affrontato dalle Sezioni unite è se l'affermazione di principi di fondamentale rilievo in materia di rilascio delle concessioni demaniali marittime per fini turistico-sportivo-balneari poteva avvenire in un processo

nel quale la legittimazione ad agire era stata riconosciuta ai singoli concessionari, ma non anche alle associazioni di categoria (sindacato dei balneari) e agli enti pubblici con funzioni di coordinamento (Regioni).

L'Adunanza plenaria ha ristretto la legittimazione ai soggetti direttamente pregiudicati dal diniego di proroga, in quanto ha ritenuto che vi era la lesione dell'interesse del singolo concessionario, ma non anche riflessi meritevoli di tutela in sede giudiziale sulle posizioni dei sindacati dei balneari e alle Regioni.

Ha, in particolare, affermato che non giustificava l'intervento nemmeno la circostanza che la risoluzione delle questioni di diritto sottese al caso del singolo associato poteva avere, per la valenza nomofilattica della pronuncia, una rilevanza anche sulla posizione di altri concessionari.

La conclusione è stata che la soluzione delle *quaestiones iuris* esaminate non inciderebbe in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati dalle associazioni di categoria.

Tale ricostruzione non è stata condivisa dalle Sezioni unite le quali hanno ritenuto che veniva in considerazione un rifiuto di giurisdizione e non un mero *errores in procedendo*, che avrebbe precluso l'esame della questione.

L'ipotesi del rifiuto o diniego della giurisdizione si verifica, in particolare, ogniqualvolta viene accertato, all'esito di un controllo contenutistico, che la sentenza impugnata disconosce la tutelabilità in astratto delle posizioni soggettive azionate (aventi natura di interessi legittimi o, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi).

Le sezioni unite hanno ritenuto che l'Adunanza plenaria aveva negato in astratto la tutela giurisdizionale connessa al rango dell'interesse sostanziale (legittimo) con l'effetto di degradarlo a interesse di mero fatto non giustiziabile.

L'aver escluso pregiudizialmente tutte le associazioni e gli enti dalla partecipazione alla fase del giudizio, che era la sede nella quale sarebbero stati enunciati principi sostanzialmente normativi e vincolanti per i giudici e anche per le amministrazioni pubbliche, è stato qualificato come sintomo di diniego o arretramento della giurisdizione in una controversia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Analoghe considerazioni sono state fatte relativamente alla posizione della Regione Abruzzo, in quanto, secondo le Sezioni unite, l'Adunanza plenaria aveva disconosciuto l'interesse proprio dell'ente regionale a intervenire, non applicando correttamente i principi affermati propria dalla giurisprudenza amministrativa che, con orientamento costante, aveva valorizzato il ruolo degli enti territoriali come soggetti esponenziali degli interessi della collettività di riferimento, con connesso riconoscimento di un'ampia legittimazione a partecipare al giudizio amministrativo, anche al di fuori di fattispecie attinenti alla sfera delle competenze specificamente riservate agli enti medesimi.⁽¹³⁾

Le sezioni unite hanno, in conclusione, ritenuto che non veniva in considerazione un'incensurabile *error in procedendo*, ma un vero e proprio diniego o rifiuto di giurisdizione, in quanto la sentenza impugnata aveva negato agli enti ricorrenti la legittimazione ad intervenire nel giudizio, sulla base non di specifici e concreti impedimenti processuali, ma di valutazioni che negavano, in astratto, la titolarità in capo agli stessi enti di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi.

Hanno, in particolare, rilevato che se la posizione soggettiva fatta valere aveva consistenza di interesse legittimo, il giudice amministrativo, essendo fornito della giurisdizione, era tenuto ad esercitarla, incorrendo altrimenti in diniego o rifiuto della giurisdizione, vizi censurabili dalle Sezioni Unite, ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Cost..⁽¹⁴⁾

13 v. Cons. di Stato, sez. IV, n. 8683/2010

14 (cfr., in tema di rifiuto o diniego della giurisdizione, Cass. SU n. 31226/2017, n. 2242/2015, n. 21581/2011, n. 25395/2010, n. 30254/2008, n. 13659/2006).

9. La giurisprudenza amministrativa successiva alla sentenza delle sezioni unite.

Immediatamente dopo la pronuncia delle Sezioni unite si è posto il problema della perdurante applicabilità dei principi di diritto affermati dalla Plenaria in ordine all'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali sulla proroga automatica e all'inefficacia di atti di differimento degli effetti, su cui si registrano le prime decisioni in primo e secondo grado.

Il TAR Lazio, Roma, V ter, con la sentenza 15 dicembre 2023, n. 19051, ha, in particolare, ritenuto di uniformarsi ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria nonostante la recente pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Ha rilevato che, con tale pronuncia, la Suprema Corte aveva annullato per diniego di giurisdizione la sentenza dell'Adunanza plenaria del 9 novembre 2021, n. 18 senza, però, affrontare il tema della proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime, cosicché doveva ritenersi fermi i principi espressi che riflettevano, peraltro, gli orientamenti della Corte di Giustizia e della consolidata giurisprudenza nazionale.

Il Consiglio di Stato, VI sezione, con la sentenza 27 dicembre 2023, n. 11200 ha, in primo luogo, rilevato che la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 17 del 2021, a differenza di quella n. 18 del 2021, annullata per diniego di giurisdizione dalla sentenza delle SS.UU. n. 32559/2023, non risultava impugnata.

Fatta tale precisazione, ha (ri)affermato che la proroga della concessione demaniali marittima risultava *tamquam non esset*, in quanto, come affermato dalla Plenaria: *i*) le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative erano in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE; tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione; *ii*) ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. doveva escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non venivano al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discuteva era direttamente disposto dalla legge, che aveva nella sostanza legiferato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implicava, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate dovevano parimenti ritenersi *tamquam non esset*, senza che rilevasse la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato.

10. Le procedure d'infrazione eurounitaria n. 4908 del 2008 e n. 4118 del 2020.

Per completare l'esame del regime italiano delle concessioni balneari va fatto un accenno alle due procedure d'infrazione avviate dall'Unione europea in ordine alle norme nazionali di proroga automatica.

La prima, ovverosia la n. 2008/4908, è stata chiusa a seguito dell'adozione della l. n. 145 del 2018 il cui art. 1, commi da 675 a 677 (successivamente abrogati dalla legge 118/2022), disponeva che, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge, avrebbero dovuto essere fissati i termini, le modalità e le condizioni per procedere: alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo; all'individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere o concedibili; all'individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie o sub-concessionarie; alla ricognizione degli investimenti effettuati nell'ambito delle concessioni stesse e delle tempistiche di ammortamento connesse, nonché dei canoni attualmente applicati in relazione alle diverse concessioni; all'approvazione dei metodi, degli indirizzi generali e dei criteri

per la programmazione dell'uso delle coste; all'individuazione di un nuovo modello di gestione delle imprese turistico-ricreative che operavano sul demanio marittimo secondo schemi e forme di partenariato pubblico-privato, nonché di un sistema di rating delle imprese che svolgono tali attività; alla revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime contenute nel codice della navigazione o in leggi speciali in materia; al riordino delle concessioni demaniali marittime ad uso residenziale ed abitativo; alla revisione e all'aggiornamento dei canoni demaniali posti a carico dei concessionari.

A norma dei successivi commi da 678 a 680 (parimenti successivamente abrogati, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge 118/2022), le amministrazioni competenti per materia avrebbero dovuto provvedere, entro due anni, all'esecuzione delle attività di cui al predetto DPCM; la legge di bilancio prevedeva anche che i principi ed i criteri tecnici ai fini dell'assegnazione di nuove concessioni di aree demaniali prive di concessioni in essere avrebbero dovuto, in seguito, essere definiti con ulteriore DPCM a seguito di una consultazione pubblica della durata massima di 180 giorni.

Tale riforma, come noto, non è stata adottata.

È stata, pertanto, avviata una seconda procedura d'infrazione, la n. 4118 del 2020, in ordine alla quale sono intervenuti, in data 3 dicembre 2020, una lettera di messa in mora e, in data 16 novembre 2023, un parere motivato.

La Commissione europea, nella lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020, ha ritenuto che, mantenendo proroghe indiscriminate ed *ex lege* delle attuali 'concessioni balneari', la Repubblica italiana fosse venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno e dell'articolo 49 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

In particolare, ha osservato che la legislazione italiana si limitava a riprodurre le disposizioni già considerate contrarie al diritto dell'Unione Europea nella sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, relativa alla precedente normativa italiana in materia di 'concessioni balneari'.

Il 4 febbraio 2021 la Repubblica italiana ha fornito la sua risposta alla lettera di costituzione in mora.

La Commissione, esaminata la risposta, ha adottato, in data 16 novembre 2023, un parere motivato nel quale ha ritenuto che, adottando la legge n. 14 del 2023, il legislatore italiano aveva riprodotto le misure precedenti e aveva mantenuto la validità delle 'concessioni balneari' in contrasto con il diritto dell'Unione.

Ha rilevato che il turismo costiero e i servizi ricreativi rimangono in una grave situazione di incertezza giuridica in quanto, a causa dell'illegittimità del quadro legislativo italiano, le 'concessioni balneari' prorogate dall'attuale normativa sono oggetto di ricorso giurisdizionale e annullamento da parte dei tribunali italiani.

Ha, altresì, rilevato che, imponendo a tutte le 'concessioni balneari' un quadro giuridico contrario al diritto dell'Unione, la Repubblica italiana impedisce una valutazione caso per caso di ciascuna situazione.

Tale valutazione riguarda, in particolare, i casi in cui dovesse ipotizzarsi l'assenza del presupposto della scarsità delle risorse naturali relativamente al quale la Commissione ha osservato che i risultati dei lavori del "Tavolo tecnico", secondo cui la quota di aree occupate dalle concessioni demaniali equivaleva, attualmente, al 33 per cento delle aree disponibili non erano idonei a dimostrare che su tutto il territorio italiano non vi era scarsità di risorse naturali oggetto di 'concessioni balneari'.

Ha concluso che, poiché i risultati del "Tavolo tecnico" non sembravano pertinenti e considerando, al contrario, gli elementi individuati dalla CGUE, nella sentenza *Ginosa*, e dal Consiglio di Stato, nelle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021, era opportuno ribadire la posizione della Commissione illustrata nella lettera di costituzione in mora,

nel senso che era evidente che, quanto meno per una parte delle proprietà demaniali marittime, lacuali e fluviali disponibili per le attività ricreative e turistiche in cui sono rilasciate 'concessioni balneari', esisteva un elemento di scarsità.

Ha, comunque, osservato che, anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l'articolo 12 della direttiva sui servizi non si potesse ritenere applicabile, supponendo per ipotesi l'assenza del requisito della scarsità delle risorse, sarebbe, comunque, necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, in linea con la sentenza *Promoimpresa*, in quanto le 'concessioni balneari' riguardano un diritto di stabilimento per le imprese che esercitano attività economiche.

Ha, pertanto, auspicato urgenti riforme che possano assicurare la conformità con il diritto dell'Unione, garantendo procedure di selezione aperte e pubbliche basate su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi.

Ha rilevato che la varietà delle diverse situazioni locali non può giustificare l'imposizione di una normativa nazionale che preveda una proroga automatica generalmente applicabile a tutte le 'concessioni balneari' in Italia, o addirittura un divieto generale di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni.

La conclusione è stata nel senso che, mantenendo le proroghe indiscriminate ed *ex lege* delle autorizzazioni per l'utilizzo di proprietà demaniali marittime, lacuali e fluviali per attività ricreative e turistiche, previste all'articolo 3, paragrafo 2, della legge 118/2022, come modificato dalla legge 14/2023, e dal combinato disposto dell'articolo 4, comma 4-bis della legge 118/2022, inserito dalla legge 14/2023, e tenendo conto del fatto che la delega al governo per l'adozione dei decreti legislativi risultava scaduta e non era contemplata alcuna indicazione circa un'eventuale nuova, la Repubblica italiana aveva riprodotto le proroghe precedentemente previste all'articolo 1, paragrafo 18, del decreto-legge n. 194/2009, all'articolo 24, comma 3-septies del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, all'articolo 1, commi 682 e 683 della legge di bilancio e al decreto-legge n. 104/2020, nonché le previsioni dell'articolo 182, paragrafo 2, del decreto-legge 34/2020, ed era dunque venuta meno agli obblighi imposti dall'articolo 12 della direttiva sui servizi e dell'articolo 49 TFUE, nonché dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE.

Ai sensi dell'articolo 258, primo comma, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ha, pertanto, invitato la Repubblica italiana ad adottare le disposizioni necessarie per conformarsi al parere entro il termine di due mesi.

9. Conclusioni.

A conclusione dell'esame del regime normativo in materia di concessioni demaniali marittime non può che auspicarsi che si metta ordine in un settore nevralgico per l'economia italiana, dando certezza alle Amministrazioni pubbliche e agli operatori del settore.

MANAGEMENT PUBBLICO

Organizzazione degli uffici pubblici e specificità del *management* delle Pubbliche Amministrazioni. L'analisi dei costi dei fattori della produzione relativi alle funzioni, ai servizi pubblici: presupposti e condizioni di realizzabilità*

SOMMARIO: Premessa; **1.** I principi costituzionali che presidiano il tema della organizzazione delle pubbliche amministrazioni; **2.** Il potere di organizzazione nelle pubbliche amministrazioni: chi ne è il titolare?; **3.** La dirigenza pubblica è responsabile della migliore organizzazione possibile degli apparati (e della qualità della vita sul posto di lavoro dei propri collaboratori). Percorsi e tecniche per realizzare il cambiamento organizzativo; **3.1** Il controllo di un progetto avente ad oggetto "la qualità della vita sul posto di lavoro" in una struttura amministrativa complessa. **3.2** I risultati concreti conseguiti, in certo momento storico (1984-1989), dall'attuazione del Progetto FEP.A. in Italia. Cosa sono l'efficienza, la economicità, l'efficacia dell'azione amministrativa?; **3.3** Il coinvolgimento attivo delle burocrazie nella realizzazione del Progetto FEP.A. Dal piano alla esecuzione, passando per la fase della sperimentazione. Il ruolo della Corte dei conti; **4.** Dalla spesa del personale (analisi macroeconomica) al costo del lavoro (analisi microeconomica): un percorso (ancora) da completare. Il costo medio per unità di prodotto/servizio); **4.1** Le competenze tecnico-amministrative del management pubblico per fini di analisi delle politiche pubbliche. Uno sguardo... dal ponte; **5.** Un confronto tra Paesi: la responsabilizzazione delle dirigenze e il miglioramento delle "performances" degli apparati. L'esperienza francese.

DI ROSARIO SCALIA, FEDERICA SCALIA

ABSTRACT: Gli interventi legislativi riguardanti la Pubblica Amministrazione, promossi dai Governi che si sono succeduti in Italia negli anni Settanta fino agli anni novanta del secolo scorso (e che hanno influenzato gli anni 2000), non hanno sortito quegli effetti di natura innovativa che erano stati previsti da decisori tecnici appartenenti all'Accademia. La mancanza di un controllo di esecuzione delle leggi relative, diversamente da ciò che avviene negli USA e in altri Paesi d'Europa, che hanno dato seguito prontamente ai principi della "Dichiarazione di Lima" sul controllo indipendente esterno delle Istituzioni superiori di controllo, ha determinato, tra i cittadini e le imprese, stati di illusione e, al contempo, ha favorito decisioni arbitrarie assunte dalle burocrazie al solo scopo di assicurare una esecuzione differita nel tempo della legislazione riguardante il "sistema dei controlli interni". Non trovandosi la Corte dei conti di fronte a un sistema funzionante, pur avendo dato il suo contributo tecnico alla realizzazione del Progetto "Funziona-

* Pur avendo condiviso il tema nella sua unitarietà, ROSARIO SCALIA ha curato la Premessa ed i capitoli 3, 3.1, 3.2, e 3.3; mentre FEDERICA SCALIA ha elaborato i capitoli 1, 2, 4, 4.1 e 5.

*Traduzione a cura di Monica Pratesi.

lità ed Efficienza della Pubblica Amministrazione” (1984-1988), la sua Magistratura ha preferito concentrarsi sul controllo economico-finanziario del sistema degli Enti Locali, rinunciando, *de facto*, ad assumere un ruolo di guida per dare sostanza di contenuti al principio del buon andamento ex art. 97 Cost., pur essendo stata chiamata dal Legislatore nazionale ad occuparsene già nel 1981, in occasione della istituzione della Sezione Enti Locali (Sezione delle Autonomie, dal 2000).

ABSTRACT: *Legislative interventions concerning Public Administration, promoted by successive governments in Italy in the 1970s until the 1990s (and which influenced the 2000s), did not have those effects of an innovative nature that the technical decision makers belonging to the Academy had envisaged. The lack of enforcement control of related laws, unlike in the U.S. and other countries of Europe, which have readily followed up on the principles of the “Lima Declaration” on the independent external control of the Supreme Audit Institutions, has resulted in states of illusion among citizens and businesses and, at the same time, has fostered arbitrary decisions made by bureaucracies for the sole purpose of ensuring deferred execution over time of legislation concerning the “system of internal controls.”*

As the Court of Audit has not a working system, although has made its technical contribution to the implementation of the Project “Functionality and Efficiency of Public Administration” (1984-1988), its Judiciary has preferred to focus on the financial control of the system of Local Authorities, renouncing, de facto, to take a leading role to give substance of content to the principle of sound administration pursuant to art. 97 of the Constitution, although it has been called by the national legislature to deal with it already in 1981, on the occasion of the establishment of the Local Authorities Section (now, Self-government Section).

Premessa

Questo saggio vuole continuare a parlare con gli stessi toni pacati e persuasivi con cui, per diversi anni, si è espresso Sergio Ristuccia, sia quando ha messo a disposizione di molti (i suoi colleghi Magistrati della Corte dei conti) la sua professionalità, nel ruolo di Segretario generale della Corte dei conti (1986-1989), sia quando ha dato il suo contributo tecnico-scientifico all'Esecutivo, in qualità di Capo di Gabinetto al Ministro del Tesoro di allora, il prof. Beniamino Andreatta (18.10.1980-1.12.1982), sia quando si è interessato dei temi della cultura politica e imprenditoriale in qualità di Segretario generale della Fondazione “Adriano Olivetti” (1977-1987)¹, sia quando si è interessato alle politiche sociali e al loro impatto sui bilanci pubblici quando ha occupato il posto di Presidente del Comitato italiano per le scienze sociali (1991-2014), divenuto Consiglio italiano per le scienze sociali.

Non si sa se questa semplice aspirazione diventerà realtà, ma rimane il tentativo – fatto con questo saggio – di voler afferrare il “filo rosso” che unisce le diverse “Riforme” che si sono succedute nel tempo in Italia facendo leva su alcune parole-chiave o parole-simbolo: responsabilità gestionale, costi/risultati, efficienza, efficacia ed economicità... E, infine, “organizzazioni” e “istituzioni”, ma tenendo separati da essi il ruolo del “capitale umano” (come se esse potessero essere analizzate senza valutare la professionalità di cui si ha bisogno per farle correttamente funzionare).

Tutti termini riscontrabili nel tessuto normativo delle leggi approvate sul tema (dalla “Riforma Cassese” del 1993 fino alla c.d. “Riforma Madia” ed oltre). Termini che, a causa della arretratezza culturale di un certo settore dell'accademia, sono stati usati con significati, a volte non chiari, a volte distorti o ambigui rispetto al valore che essi dovrebbero mantenere. Tanto da far nascere il dubbio che ci possano essere state,

¹ V. VANESSA ROGHI (a cura di), “Sergio Ristuccia. La Fondazione Adriano Olivetti in via Zanardelli: tra il Quirinale e San Pietro, 1976-1987”, ed. Fondazione Adriano Olivetti, 22.5.2008, 90.

nel campo del diritto del lavoro pubblico, in un lasso di tempo così breve un così alto numero di interventi normativi che è stato facile chiamare o semplicemente indicare come “riforme”.

Molti interventi – dalla c.d. “Riforma Brunetta” (2009) alla c.d. “Riforma Madia” (2017) – sono da considerare, infatti, semplici interventi di natura correttiva o integrativa della vera ed unica “Riforma”⁽²⁾, quella contenuta nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e, ancor prima di tale testo normativo, nel d.lgs. n. 29/1993 elaborato dal prof. Sabino Cassese contestualmente alla “Riforma dei controlli” (1994, l. n. 20 e 19).

Il che ha determinato situazioni di permanente confusione tra le burocrazie che di questo stato di fatto le stesse hanno approfittato per non dare esecuzione a diverse disposizioni di legge. Costringendo il Legislatore a ritornare sullo stesso tema, ma senza che il ritorno potesse considerarsi una innovazione, dovendosi qualificare il “nuovo” testo normativo come una “legge-risacca” (ricorrendo al linguaggio di un sociologo del diritto come lo è stato il prof. Romano Bettini), ovvero meramente ripetitiva della precedente.

E si cercherà di capire come, nel suo lungo incedere nel tempo, la Magistratura della Corte dei conti abbia saputo utilizzare queste parole-simbolo per dare un nuovo significato alla funzione del controllo indipendente esterno ad essa intestata dalla Costituzione, pur tra mille difficoltà e incomprensioni⁽³⁾.

Controllo che non potrebbe non tener conto dei costi degli apparati (costo delle funzioni; costo degli interventi), che non potrebbe non tener conto della efficienza degli apparati (intesa come rispetto dei tempi di produzione), che non potrebbe non tener conto dell’impatto dell’azione amministrativa sulla qualità di vita dei singoli, o delle famiglie, o delle imprese (valutazione delle politiche pubbliche). Controllo che i decisori politici hanno auspicato dover assumere la qualità del “controllo collaborativo”, ma senza fissare tempi e metodi perché questa aspirazione culturale si tramutasse in realtà operativa⁽⁴⁾.

Ma perché ciò diventi “diritto vivente” è indispensabile il coinvolgimento dei destinatari (operatori della P.A. e, in particolare, le dirigenze medie e alte) della nuova semantica che si crede di utilizzare come un “novità”.

Evitando, però, di credere che un semplice cambiamento normativo si possa qualificare “riforma”; un vizio che inquina la “qualità” della legislazione nazionale che risul-

2 Con il termine “riforma” si deve intendere un intervento sostanziale che risulti capace di innovare profondamente una istituzione o anche un ordinamento (Enciclopedia Treccani). È appunto tale attribuzione a distinguerla dalla mini-riforma o dal più vago termine costituito dal riformismo. Certamente, aggiustamenti o piccole modifiche a istituzioni o ad ordinamenti non dovrebbero qualificarsi con il termine di “riforma”. Per una visione storico-istituzionale delle vicende di natura modificativa-integrativa che hanno interessato il funzionamento della P.A. in parallelo con quelle che hanno riguardato il “sistema dei controlli” (esterno/interni), qualificabili come semplici ripetizioni nel tempo di progetti con aspirazione ad essere una novità, si veda R. SCALIA, “La cultura del controllo indipendente esterno nell’ordinamento italiano. Metodi e tecniche di analisi per il perseguimento del principio del buon andamento”, in La cultura del controllo indipendente nell’ordinamento italiano (a cura di R. SCALIA), Collana Elè Belè, ed. Cacucci, Bari, 2020, 55-104.

3 Che il termine “controllo” (in lingua italiana) possa avere più significati hanno avuto modo di affermarlo gli studiosi di scienza dell’amministrazione americana. Osserva, a tal riguardo J. S. WHOLEY: “Nel settore pubblico, spesso la valutazione viene svolta in concomitanza ad attività di “auditing”, “verifica”, “analisi di gestione”, “monitoraggio”, “pianificazione”, “analisi di politiche pubbliche”, “analisi di programma” e “ricerca”. Spesso la valutazione viene fatta per garantire che le risorse pubbliche vengano impegnate per lo scopo pubblico cui sono effettivamente destinate, oppure per accrescere il patrimonio di conoscenze della società. Per quanto possano essere importanti, l’auditing e la ricerca politica non costituiscono l’oggetto principale di chi “fa valutazione” ... Il principale oggetto... (di tale “controllore”, n.d.a.) è costituito dall’utilizzo della valutazione al fine di migliorare la performance di enti e programmi”, Introduzione a “Improving Government Performance”, ed. Jossey Brass, San Francisco, 1989.

4 Perché il “controllo” assuma i caratteri propri della “valutazione collaborativa” è necessario, secondo J. WHOLEY, op. cit., che “...nel lavoro di pianificazione dell’attività di valutazione, i valutatori verifichino ... le esigenze informative dei politici e dei responsabili di programma, la possibilità concreta di soddisfare tali esigenze nonché l’utilizzo che si intende fare di tali informazioni. E comunque uno stile valutativo efficace deve essere caratterizzato da un processo di pianificazione continuo portato avanti da un team che comprenda sia dei responsabili di programma sia dei valutatori”.

ta deprivata degli esiti di una valutazione degli effetti sulle condizioni della comunità civile (valutazione delle politiche pubbliche)⁽⁵⁾

Non possiamo, comunque, fare a meno di riportare quello che suona, oggi, come un auspicio, o desiderio di questo attento studioso della Pubblica Amministrazione ... e, al contempo, come il suo timore più profondo sia stato questo: “speriamo di non essere soli”.

Questa l'espressione usata dal prof. Sergio Ristuccia in un momento cruciale della storia delle nostre Istituzioni.

Per questo – e per renderci conto della complessità del sistema amministrativo e di come esso abbia reagito con atteggiamento difensivo a fronte delle innovazioni prospettate o solo annunciate – bisognerà partire da lontano, dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso.

È nel lontano 1966 che viene dato, infatti, alle stampe il libro del prof. Mario Nigro dal titolo: “*Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*”.

E i tre elementi fondamentali di essa (il potere di organizzazione degli uffici; la disciplina generale dei rapporti di lavoro; la gestione del personale) continuano ad essere trattati e, quindi, analizzati nel contesto della tradizione pubblicistica.

Ma appena due anni dopo (1968) si avrà modo di avviare la prima discussione sulla possibilità di assumere un'iniziativa parlamentare intesa a sperimentare l'applicazione della contrattazione sindacale (privata) al personale dipendente da una pubblica amministrazione.

È dall'intuizione del prof. Mario Nigro che occorre, comunque, prendere l'avvio per assicurare una sostanziale sequenzialità logica all'evoluzione che il mondo assai complesso e vario del pubblico impiego subirà fino ai nostri giorni: il potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche e il potere organizzativo dell'imprenditore privato, alla fin fine, sono analoghi.

Infatti, ambedue i poteri presentano la stessa radice in quanto l'obiettivo è identico: assicurare un prodotto/un servizio al cittadino-cliente al minor costo possibile (per chi produce, sia essa azienda privata, sia essa amministrazione pubblica)⁽⁶⁾.

Al fondo di questo ragionamento c'è, comunque, un'intuizione teorica che, a distanza di anni, rimane tutta da verificare: quella secondo cui il datore di lavoro pubblico ragiona, quando organizza le risorse disponibili, allo stesso modo del datore di lavoro titolare d'impresa.

Cosa non rispondente ai fatti e ai comportamenti⁽⁷⁾ delle dirigenze del settore pubblico, se si seguono i risultati delle ricerche curate dal prof. William A. Niskanen, appunto, negli USA, sul comportamento degli operatori pubblici.

Così che, alla fine di un lungo percorso di modifiche e di aggiustamenti fatti (dal 1993 fino al 2002, ed oltre) nell'intento di voler assimilare per via normativa i comportamenti dei due datori di lavoro, ci si rende conto, a distanza di anni, che alcuni

5 V. C. CHIAPPINELLI, *Il controllo di esecuzione delle leggi dello Stato. Esperienze maturate sul campo*, in *La cultura del controllo indipendente esterno nell'ordinamento italiano*, ed. Cacucci, Bari, 2020, 181-204.

6 Un obiettivo che si considerava essere comune ad ambedue i settori, ma che risulta smentito dalle indagini condotte, a metà degli anni Settanta del secolo scorso, nelle pubbliche amministrazioni degli U.S.A., da un economista d'impresa, il prof. William A. Niskanen. Di questo docente di economia aziendale, che si è occupato di studiare il comportamento amministrativo, si consigliano “*The peculiar economics of bureaucracy*”, in *American Economic Review* (1968); *Bureaucracy: servant or master* (1973); *Bureaucracy in Democracy* (a cura di C. ROWLEY) (1987); *Gradual versus comprehensive reform*, in *Cato Journal* (1992).

7 V., per un approccio di carattere generale, V. MORTARA, “*Comportamento amministrativo*” (voce), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1992, p. 12. Nel suo saggio, purtroppo, i riferimenti sono tutti a richiamare studiosi di organizzazione d'impresa americani. La Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi sul comportamento della PA nell'organizzazione delle risorse umane; in particolare, sono da richiamare le recenti Corte costituzionale sent. n. 70/2022 e n. 1979/2022; e, in precedenza, Corte cost. sent. n. 233/2006; sent. n. 103 e 104/2007; sent. n.161/2008; sent. n.81/2010; sent. n. 304/2010.

obiettivi (compreso quello di voler far partecipare il cittadino al processo decisionale pubblico) non risultano del tutto centrati.

Anzi, con molta probabilità, si sono poste le condizioni per la creazione di un “sistema di potere” sulla cui modificabilità si è costretti a dover perdere, con i tempi che corrono, anche la speranza. Sistema di potere che vorrebbe vedere garantito un livello abnorme di irresponsabilità, in pieno ed evidente contrasto con quanto prevede l’art. 28 della Costituzione.

E ciò accade quando si affida - come avviene sempre più spesso nel nostro Paese - la correzione delle decisioni prese a soggetti che non rispondono al principio di coerenza alla legge.

Occorre fare - a questo punto - qualche passo indietro in modo da capire come alcuni protagonisti del tempo andato - al di là dei trionfalismi enunciati da una dottrina accademica che si è rivelata incapace (o forse indisponibile) a leggere la realtà che scorreva dinanzi ai suoi occhi - non si sono sottratti al loro ruolo di “critici ragionevoli” e che per questo risultano poco letti.

Uno di questi è stato Sergio Ristuccia, rispettato, negli ambienti della Corte dei conti, per la complessità del suo pensiero e per la pragmaticità delle sue decisioni.

Nel 2014, egli - nella qualità di Presidente del Comitato italiano per le scienze sociali - nel suo “editoriale” apparso sulla Rivista “Queste Istituzioni” rileva:

«Nel 1973, quando questa rivista muoveva i suoi primi passi, l'amministrazione era nel mezzo dell'onda d'urto della contestazione del Sessantotto.

Successivamente, discorsi e non poche leggi in materia di riforma della “pubblica amministrazione” (centrale e decentrata) si sono susseguite nella scarsa consapevolezza di che cosa questo significasse e comportasse soprattutto dal punto di vista della volontà politica.

Così la macchina amministrativa - a cui spetterebbe la cura di interessi pubblici concreti - si è trovata e si trova spesso marginalizzata, a conquistarsi spazi con spirito difensivo e corporativo, accettando di fare da simulacro sacrificale agli occhi dei cittadini che, sotto il vessillo della lotta alle burocrazie, credono di combattere la loro battaglia contro uno Stato percepito come estraneo e distante».

Le domande che, oggi, gli studiosi di diritto amministrativo - di un diritto amministrativo che è naturalmente chiamato ad assimilare concetti e regole di altre due discipline, quelli della scienza dell’organizzazione⁽⁸⁾ e dell’economia aziendale - si pongono sono tante, e si dimostrano essere tutte congrue:

a) fino a che punto il datore di lavoro pubblico può essere assimilato al datore di lavoro privato, se solo il primo è chiamato a corrispondere alle esigenze del cittadino/dell’impresa secondo i principi degli artt. 3 e 97 della Costituzione? Oppure, si è eclissato pensando solo a riforme costituzionali impossibili da realizzare?

b) il Parlamento (rimasto sempre l’effettivo datore di lavoro), a seguito della decisione assunta di “privatizzare” il rapporto di lavoro dei dipendenti, ha posto i diversi centri di responsabilità (dirigenze) nelle condizioni ottimali per perseguire il miglioramento dell’attività amministrativa (o tecnico-amministrativa)? Oppure, il sindacato - a livello periferico - ha avallato scelte di sviluppo di carriere anche a favore di soggetti non in possesso dei requisiti di legge?;

c) il sistema delle relazioni sindacali messo a punto si dimostra in grado, nei fatti, di assicurare risposte in grado di valorizzare il complesso sistema delle professionalità operanti nella Pubblica Amministrazione?.

⁸ In essa ritroviamo un uso tecnico dei termini costi/benefici o costi/risultato, e si acquisisce una lettura “economica della voce “organizzazione” ... correlandola, infatti, anche ai parametri della efficienza e della efficacia... V. F. ALVINO, “Le competenze e la valutazione del capitale umano in economia aziendale”, Torino, ed. Giappichelli, 2000, 298.

a) fino a che punto si può assimilare il lavoro pubblico al lavoro privato?

Anticipando, nei limiti in cui è possibile farlo, le conclusioni dei ragionamenti svolti in ordine a tale questione si può affermare che le regole alle quali deve conformare il proprio comportamento, da un lato, il datore di lavoro pubblico e quelle cui si deve ispirare il datore di lavoro privato, dall'altro, sono diverse; quindi, l'assimilazione che si può immaginare di operare non potrà mai essere totale.

In sostanza, dopo le riflessioni svolte dalla Corte Costituzionale, si è giunti ad accettare la tesi di una "visione privatistica", nell'ambito delle istituzioni pubbliche (che la scienza dell'amministrazione americana qualifica organizzazioni *non profit*) della gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti; e ciò sulla base della considerazione che l'attività organizzativa e l'attività di regolazione dei rapporti di lavoro non sono rette da un "vincolo di scopo" unitario.

Infatti, il "vincolo di scopo" risulterebbe presente, se non immanente, solo nell'attività di natura pubblicistica (missioni istituzionali).

Non è un caso che siano stati richiamati, nel contesto del provvedimento normativo che ha rifondato il sistema delle organizzazioni pubbliche (nel d.lgs. n. 29/93, ora d.lgs. n. 165/2001), i concetti di "funzioni finali" e di "funzioni strumentali", con l'intento, nell'ipotesi della loro stessa organizzazione, di creare la premessa per una denominazione strutturale differenziata; auspicio che rimarrà, peraltro, tale nella successione della legislazione di modificazione e di integrazione del testo originario del citato d.lgs. n. 29/93.⁽⁹⁾

Sul punto sembra utile ricordare come sia stato Massimo Severo Giannini a elaborare una distinzione concettuale (che avrebbe dovuto essere anche contenutistica) tra "interessi finali" e "interessi strumentali": i primi individuabili nelle funzioni pubbliche destinate al soddisfacimento dei diritti civili e sociali dei cittadini, delle diverse collettività; i secondi riguardanti l'organizzazione e il funzionamento dell'amministrazione, cioè degli apparati⁽¹⁰⁾.

Ed è proprio questo studioso che riconosce agli atti organizzativi strumentali "sostanza aziendale", e, in quanto così connotati, ritiene che essi finiscano per appartenere, "in fondo, all'attività privata dell'amministrazione".

Ed è, avendo per sfondo tali riflessioni, che si viene maturando la convinzione che l'attività organizzativo-strumentale risulterebbe sganciata dall'interesse pubblico e, perciò, potrebbe risultare disciplinata fuori dall'ombrello che i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento offrono, invece, al sistema delle funzioni finali.

b) la legislazione nazionale ha posto i diversi centri di responsabilità nelle condizioni per perseguire il miglioramento dell'attività amministrativa?

9 La gestione delle risorse umane come quella delle risorse tecnologiche, in alcuni casi, fu affidata a strutture denominate "servizi" (pur continuando ad essere dirette da dirigenti generali); mentre la gestione delle missioni istituzionali veniva affidata a strutture denominate "direzioni generali" o "dipartimenti". Nella prima fase di applicazione del decreto legislativo in questione, la scelta della denominazione si presentò di una certa quale rilevanza; nel corso del tempo, essa sembra aver perso di valore e, anche, di significato sotto la spinta delle aspirazioni delle dirigenze indisponibili a dirigere strutture che la sola denominazione sembra "dequalificare" (omogeneizzazione).

10 V. M. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1993; Idem, M. STIPO, *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, in www.contabilità-pubblica.it, 1.12.2014; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, 2005.

Nel momento in cui, con la legge di delega n. 421 del 1992⁽¹¹⁾, prima, e nel 1997⁽¹²⁾, con la legge n. 59, il Parlamento ritenne che fosse giunto il tempo di circoscrivere “all’essenziale” la sua capacità di intervento nel mondo dei lavoratori pubblici, lo ha fatto seguendo e, poi, esaltando nel tempo a mezzo di utili “ripetizioni”, alcune linee-guida:

- a) individuando una tecno-struttura (l’Aran) che si atteggiasse come datore di lavoro dei diversi dipendenti pubblici nella fase della contrattazione collettiva di livello nazionale;
- b) attribuendo alla contrattazione collettiva nazionale il compito di ridurre progressivamente la portata, intesa come influenza, che la disciplina di fonte legislativa aveva avuto nel settore⁽¹³⁾;
- c) impedendo (sia pure formalmente, ma con vistose eccezioni) al decisore politico di intervenire sulle scelte di natura gestionale diventate di esclusiva competenza delle dirigenze (amministrative/tecniche)⁽¹⁴⁾;
- d) imputando alle dirigenze l’intera responsabilità della gestione delle risorse umane, strumentali e finanziarie ad esse assegnate, all’inizio dell’anno finanziario, dal decisore politico...⁽¹⁵⁾.

Al contempo, il Parlamento veniva richiesto di assicurare al Paese una nuova disciplina nella materia dei controlli, sia ridisegnando il sistema dei controlli interni (art. 20, d.lgs. n. 29/93; d.lgs. n. 286/99) sia del controllo indipendente esterno di competenza della Corte dei conti; e, ancora, una nuova e diversa disciplina, rispetto al passato prossimo, in materia di responsabilità amministrativo-contabile di competenza sempre del Giudice contabile⁽¹⁶⁾.

Negli anni che vanno dal 1993 (d.lgs. n. 29) al 2000 (post d.lgs. n. 286) – in sostanza, nell’arco di tempo di poco più di sette anni – si assiste a una rimediazione profonda del ruolo che la funzione del “sistema dei controlli (interni ed indipendente esterno) può svolgere, ai fini del perseguimento del miglioramento della produttività (*performance*) del sistema amministrativo ai diversi livelli di governo.

Ma l’impreparazione culturale è grande, e si presenta assai diffusa; tanto grande

11 La legge-delega 23 ottobre 1992, n. 421 ha generato il d.lgs. n. 29 del 1993, ora d.lgs. n. 165/2001 e successive mod e integr.; e, nel settore sanità, il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 “Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell’articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421”.

12 La legge 15 marzo 1997, n. 59, reca delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni e agli enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa. Viene indicata con il termine “Bassanini 1”. A questa sono seguite la “Bassanini 2” (n. 127/1997), la “Bassanini ter” (n. 191/1998), la “Bassanini quater” (l. n. 50/1999). Ad esse, in complesso, può essere attribuito il valore di una “riforma” in quanto capace di avere modificato i “rapporti di forza” tra Stato e Regioni (livelli di governo).

13 V., *ex multis*, V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del pubblico impiego*, in Biblioteca 20 maggio, n. 1/2009. Anche, G. D’ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, in “La riforma del lavoro pubblico” (a cura di F. PIZZETTI-A. RUGHETTI), Studi Cis ANCI, ed. EDK, 2010, 29 e ss.. Di recente, P. MASTROGIUSEPPE - V. TALAMO, *Contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e concertazione sociale*, in Centro studi “Massimo D’Antona”, luglio 2020, Università degli studi di Catania.

14 V., *ex multis*, Corte Cost., sent. n. 81 del 3 maggio 2013, che ribadisce il concetto della sussistente separazione tra decisore politico e dirigente pubblico espresso con sent. n. 104 del 2007. Anche, S. NERI, *Le principali criticità nel rapporto tra politica e amministrazione a vent’anni dal Testo Unico sul pubblico impiego*, in Saggi e articoli, 467-481.

15 V., in ordine alla sfera di competenze del decisore politico, M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nella organizzazione della PA*, in Riv. italiana di Public Management, n. 1/2019, vol. 2; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie di imparzialità*, in “Diritto Pubblico”, 2009; F. MERLONI - A. PIOGGIA - S. SEGATORI (a cura di), *“L’Amministrazione sta cambiando?”*, Ed. Giuffrè, Milano, 2007. Di recente, E. DI PORTO - P. NATICCHIONI, *“Lavorare nel pubblico nel privato? Due mondi a confronto”*, in Menabò n. 204/2023, www.eticaeconomia.it.

16 Sul ruolo della Corte dei conti riguardo alla verifica economica della contrattazione collettiva del pubblico impiego, v., *ex multis*, la delibera C.d.c. n. 85/2020/CCR, 267 e ss., Cap. 3 “L’attività di controllo della Corte dei conti sulla contrattazione collettiva: la certificazione dei contratti collettivi”; Di recente, P. COSA, *“Le Sezioni Riunite della Corte dei conti ribadiscono la centralità del riscontro circa l’attendibilità della quantificazione dei costi nell’ambito delle attività di certificazione dei contratti collettivi”*, in Riv. C.d.c., n. 1/2023, 116-129.

che se ne discute, nei diversi convegni, seminari, incontri di studio, con altrettanto grande fervore, con altrettanto significativo entusiasmo, formulandosi sempre l'auspicio che si dettino regole sempre più minute, sempre più chiare⁽¹⁷⁾.

Ma era solo una questione di regole non chiare? O altri intendimenti frastornavano le menti delle diverse burocrazie?, e quelle dei relativi sindacati di categoria?

Se ne discute, tra l'altro, in un contesto ordinamentale, quello del sistema degli Enti Regione, che non sembra disponibile ad accettare che la Corte dei conti possa esercitare nei confronti di tale livello di governo il più qualificato dei tipi di controllo possibili, quello della "valutazione delle politiche pubbliche", dopo aver controllato (anzi, accertato) i relativi costi dei fattori della "produzione" (controllo di gestione).

Ed è dovuta intervenire la Corte costituzionale per assicurare alla Corte dei conti l'esercizio di un controllo indipendente esterno, le cui radici sono da rintracciare nel principio del buon andamento previsto dall'art. 97 della Costituzione: principio questo valevole sia per il Legislatore nazionale che per i Legislatori regionali... anche dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, resa applicabile nel nostro ordinamento solo due anni dopo, nel 2003, con la legge n. 131 (art. 7, cc. 7 e 8).

Il sistema dei controlli, che da cartolare su atti diventa (*rectius*, sarebbe dovuto diventare) sostanziale, e il sistema delle regole della "sana gestione", che deve essere caratteristica della cultura delle diverse dirigenze pubbliche, di tutti gli operatori pubblici, si trova ad avere sempre più punti di contatto comuni nel ricercare metodi e tecniche da sperimentare, si trova a dover costruire insieme modelli in grado di dare agli utenti le risposte che essi si attendono... di avere.

Il Legislatore nazionale, quindi, ha assicurato alle dirigenze pubbliche, alle quali veniva imposto l'onere della responsabilità gestionale nella sua interezza (principio di separazione/distinzione tra l'azione politica e l'azione amministrativa), gli strumenti necessari per lo svolgimento del loro nuovo ruolo in tempi che, oggi, si possono qualificare come disallineati⁽¹⁸⁾.

Allo stesso modo, la cultura della sana gestione (finanziaria, amministrativa, tecnica), della gestione che avrebbe dovuto essere curata e controllata secondo indicatori (o indici) diversificati⁽¹⁹⁾, a seconda del parametro utilizzato (di legittimità-regolarità, di efficienza, di economicità, di efficacia), non poteva essere generata nelle aule dell'Accademia; e ciò a causa della "lontananza culturale" che questa ha sempre presentato in Italia dalla realtà aziendale come da quella delle istituzioni pubbliche.

A parte ogni considerazione sulla qualità della saggistica sul tema della "sana gestione" delle politiche pubbliche/delle missioni istituzionali, che veniva riguardata sotto il profilo del possibile controllo (di gestione) esercitabile su di esse, la dirigenza, che avvertiva l'ebbrezza (mista a sgomento...), oltre che il peso, di coprire spazi gestionali prima riservati al decisore politico, si è trovata a leggere, nei diversi provvedimenti

17 V. G. RIVOSECCI, "La Corte dei conti tra controllo sulla funzione pubblica e giurisdizione per responsabilità erariale, oggi", in Riv. C.d.c., n. 1/2023, pagg 1 e ss.; Cfr. V. TALAMO, "Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale integrativa", in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, n. 3-4 2009, 37 e ss..

18 A fornire il suo contributo tecnico è, stata chiamata la Corte dei conti; realizzato con la elaborazione, a cura della Sezione delle Autonomie, di uno specifico questionario annuale dal titolo "Linee guida e relativo questionario per le relazioni annuali del Sindaco dei Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, del Sindaco delle Città metropolitane e del Presidente delle Province sul funzionamento del sistema integrato dei controlli interni...". Esso risulta indirizzato ai rappresentanti politici degli Enti territoriali (Presidente di Regione, Presidente di Provincia, Sindaci) a norma di quanto prevede l'art. 148 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

19 Sulla utilità, a fini di controllo gestionale, dei c.d. "indicatori finanziari", nel settore privato, cfr. CLARA WALSH, *I ratios: strumenti chiave di gestione. Gli indici di bilancio per analizzare, confrontare e controllare i valori aziendali*, ed. Jackson Libri, 1994, 251. Nel settore pubblico, v. "indici di bilancio" (voce), in "Aspetti istituzionali e metodologici del controllo di gestione" (ricerca Cogest, a cura di G. COGLIANDRO), ed. Corte dei conti, Centro Fotolitografico, 15 ottobre 2021, 210 e ss.. Indici finanziari che non vengono utilizzati con ampiezza e regolarità, non risultando i controlli di tal natura fondati su una attività di confronto tra organizzazioni locali o tra settori gestiti a mezzo di identica regolamentazione.

legislativi di fonte parlamentare, il termine in questione portatore di significati il più delle volte contrastanti con gli orientamenti che la dottrina, per suo conto, veniva maturando nel tempo, ma con grande fatica.

L'esperienza amministrativa maturata in quel periodo storico (che è possibile ri-assumere nella considerazione di essersi ritrovata la dirigenza sia statale sia regionale sia locale in uno stato generalizzato di confusione terminologica e contenutistica)⁽²⁰⁾, e che è da riconnettere ai principi di “sana gestione” ai quali si sarebbero dovuti ispirare i comportamenti delle dirigenze, non sembra essere esaltante.

E non può esserlo per un motivo che a molti sfugge: le dirigenze dei diversi livelli di governo, che si sono espote al controllo del giudice penale fino agli inizi degli anni novanta in misura assai ridotta in quanto valeva la regola dei differenziati livelli di importo dei contratti per l'acquisizione di beni/di servizi da parte della Pubblica amministrazione, pongono naturalmente più attenzione – ora che tale regola è soppiantata dal principio di separazione tra politica e amministrazione – al rispetto del procedimento (parametro della legittimità) piuttosto che al rispetto dei parametri della economicità e dell'efficienza.

D'altra parte, non si può, neppure a distanza di tanto tempo, stigmatizzare un simile comportamento: nel clima in cui nasceva la “riforma delle riforme”, il decreto legislativo n. 29/93, l'attenzione delle dirigenze pubbliche risultava (e continuerà ad esserlo) orientata a mettere a punto un sistema di tutela (di attenzione) tale da non rendere rintracciabile al giudice penale l'abuso d'ufficio che fosse stato tenuto nel comportamento verso i cittadini e le imprese. Fenomeni di abuso, purtroppo, legati e/o connessi ad atteggiamenti predatori (ricerca della “tangente”).

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 29/93 la dottrina amministrativistica continuerà ad occuparsi del tema del miglioramento dell'attività amministrativa, ma lo farà seguendo piste diverse da quelle segnate nei diversi articoli di quel provvedimento:

- a) individuerà la “completa privatizzazione” del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, da estendere alla dirigenza⁽²¹⁾, come l'innovazione capace di assicurare la massima efficienza ed economicità di azione della Pubblica Amministrazione;
- b) indicherà nella “semplificazione amministrativa”⁽²²⁾ lo strumento per riconciliare il cittadino/l'impresa con il sistema delle pubbliche istituzioni;
- c) considererà preminente la qualità della regolazione (riduzione drastica delle innumerevoli leggi vigenti; maggiore chiarezza nella scrittura dei provvedimenti normativi: delegificazione) di fonte parlamentare⁽²³⁾, rispetto al sistema delle “migliori

20 Confusione accresciuta dal fatto che, per una malintesa interpretazione del termine “autonomia”, il Legislatore nazionale prevede una diversificazione della organizzazione dei controlli interni tale che da non poterne trarre, nei fatti, alcun vantaggio né l'Ente né tantomeno la Corte dei conti.

21 Scelta politica che si rivelerà, alla distanza, la più scellerata di tutte perché porterà a generare illusioni nel cambiamento che si andava sempre più auspicando (dileggiando le burocrazie di professione) e al ricorso a “dirigenti esterni” scelti, sempre dai decisori politici, non certo per meriti acquisiti ma per semplici affinità politiche.

22 Sulla semplificazione si sono ricercati diversi percorsi, addossando la responsabilità del “facere” prima agli URP (Uffici per le Relazioni con il Pubblico), poi alle stesse dirigenze, infine a esperti più o meno addentro al sistema decisionale delle diverse Amministrazioni Pubbliche.

23 Sulla qualità della regolazione, V. F. BASSANINI - S. PAPARO - G. TIBERI, (a cura di), *Qualità della regolazione: una risorsa per competere*, in www.astrid.it, p. 104. V. anche *L'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione* (art. 5 del d.l. n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 108 del 2021), struttura di missione che recentemente opera parallelamente alla Segreteria tecnica della Cabina di regia (PNRR, fino al 31.12.2026). In senso generale, V. R. BETTINI - S. J. BOBOTOV, *Processi legislativi e teoria generale della funzione del diritto*, in “Collana di studi sulla Pubblica Amministrazione”, Istituto Jeremy Bentham, Roma, ed. Bentham, 1994, 43-54.

soluzioni” (*best practices*) fornite dalle dirigenze nei casi di quotidiana gestione⁽²⁴⁾.

Queste piste sono state tutte battute. E ci si chiede, soprattutto, con quali risultati?

Innanzitutto, va richiamata l’attenzione sul fatto che alle sollecitazioni culturali ri-venienti dal complesso delle prescrizioni contenute nel d.lgs. n. 29/93 (e mantenute “tout court”, ora, dal testo del d.lgs. n. 165/2001 vigente) – sollecitazioni tutte rivolte a ricorrere alla disciplina dell’economia dell’organizzazione, così come alla disciplina della scienza dell’amministrazione – non si è saputa dare una adesione convinta da parte delle dirigenze statali e .a cascata, da quelle delle Istituzioni territoriali.

Ciò è da ascrivere, innanzitutto, al clima politico del periodo storico che si va considerando: fin dal 1994, le richieste di “devolution” di un sempre più ampio spettro di funzioni (collegate alla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni quale prevista dall’art. 117 Cost.) dallo Stato (Ministeri) alle Regioni e al sistema delle Autonomie locali, hanno convinto le dirigenze ministeriali della inutilità di dedicare tempo ed energie a progetti di innovazione – soprattutto organizzativa – quando si sarebbe dovuto lasciare un vasto campo di azione ad altri livelli di governo (soprattutto a quello regionale, sollecitato, a sua volta, a decentrare “verso il basso” le sue funzioni).

Tra l’altro, lo Stato con i suoi Ministeri veniva additato dalla classe dirigente politica (tutta) come quel livello di governo che si sarebbe dovuto preoccupare di dimagrire... mentre le attese di un accrescimento di competenze (funzioni) da parte di tutti gli altri livelli di governo venivano alimentate al di fuori di ogni ragionevole dubbio.

Per poi concludersi l’attività di conferimento delle funzioni e dei compiti statali in una serie di decreti legislativi tra il 1997 e il 1999, e l’effettiva allocazione delle risorse, strumentali e finanziarie, negli anni 2000-2002...

In una fase storico-istituzionale in cui – come è noto - ferveva il dibattito su quali funzioni (che, peraltro, erano state già trasferite “a Costituzione invariata”) si sarebbero dovuto assegnare alle Regioni. Una carta costituzionale, dunque, confermativa di un processo politico concluso.

Il clima di incertezza istituzionale si è sostanzialmente diradato agli inizi della XIV^a Legislatura, quando si è ridato vita ad alcuni Ministeri, che nel disegno riorganizzativi dei precedenti Governi avrebbero dovuto perdere la loro identità istituzionale.

Ma gli effetti della legge costituzionale n. 3/2001, che ha modificato il riparto delle competenze legislative (in conseguenza del “decentramento amministrativo a Costituzione invariata” operato da Bassanini) tra Stato e Regioni, e che avrebbe dovuto porre il nostro sistema amministrativo in un contesto di semplificato rapporto con l’utenza, si sono dimostrati in tutta la loro carica di incertezze negli interventi possibili da effettuare; e da porre a carico dei rispettivi bilanci dei livelli di governo interessati (in assenza di una effettiva applicazione del principio-base del c.d. “federalismo fiscale”.

Il tasso di litigiosità, sotto il profilo della lamentata invadenza di campo del Parlamento, da parte delle Regioni si è dimostrato talmente alto da sostenere la tesi, espressa da tempo da autorevoli esponenti del Governo, della necessaria riscrittura dell’art. 117 della Costituzione⁽²⁵⁾.

24 V. “Lettera sindacale” della CISL, a cura di ROBERTO TITTARELLI, che contiene i rapporti finali del Progetto “Funzionalità ed Efficienza della P.A.” (in sigla, FEPA), ed. CISL, Roma, 1988, p. 86. In particolare, si richiamano i saggi di G. DI FILIPPO, “Illustrazione del Progetto Fepa al Ministero del lavoro” (29-32), di D. SERINO, “Illustrazione del Progetto Fepa alla Corte dei conti” (45-52), di E. VALENTINI “Analisi, valutazione ed attuazione dei carichi di lavoro nel Progetto Fepa” (53-90). Testo che contiene l’elenco delle Amministrazioni aderenti alla graduale attuazione del Progetto Fepa (107 – 109).

25 Il che si realizza, sotto il profilo della iniziativa politica, nella XVII Legislatura, con la proposta Renzi-Boschi (A.S., n. 1429-D), presentata l’8 aprile 2014. E che porterà, però, a un nulla di fatto, cioè alla riconferma del testo a suo tempo modificato a seguito degli esiti non favorevoli del referendum confermativo tenutosi il 4 dicembre 2016. Memorabili le sollecitazioni, da parte del Presidente Giorgio Napolitano, a fare le Riforme nel discorso del 2013, dopo la seconda elezione a Capo dello Stato: “Non mi sono sottratto a questa prova, ma sapendo che quanto accaduto qui nei giorni scorsi ha rappresentato il punto di arrivo di una serie di omissioni e di guasti, di omissioni e irresponsabilità”.

La situazione che si è venuta a creare non è di certo di quelle che inducono il Parlamento, finalmente, ad assumere quelle decisioni, soprattutto di natura finanziaria, che le stesse burocrazie statali (ministeriali) auspicavano da tempo.

E la stessa considerazione si può formulare avuto riguardo al sistema amministrativo delle Regioni.

Ora, come è successo già a ridosso degli anni novanta del secolo scorso, si pone il problema se la competenza legislativa esclusiva, intestata agli Enti Regione dal novellato art. 117 Cost., in materia di organizzazione dei pubblici uffici si possa fermare dinanzi alla legislazione statale (d.lgs. n. 165/2001) e, in particolare, di fronte al definito sistema di relazioni sindacali che risulta destinato, in adesione ai vincoli del Trattato di Maastricht, a contenere il livello delle spese di parte corrente (spending review) e, in specifico modo, quelle destinate a remunerare le risorse umane (politica nazionale dei redditi).

Sicuramente uno scenario nuovo si è aperto; esso potrà consentire alle Regioni di legiferare in merito, nella consapevolezza che la privatizzazione del rapporto, voluta da una legge statale potrebbe subire, per alcuni aspetti, sostanziali modifiche.

Anche per la legislazione regionale (e per il relativo sistema amministrativo) – e, naturalmente, per gli ambiti e i settori che essa è chiamata a disciplinare – si pone il tema dell'applicabilità, nel contesto legislativo di competenza, dell'art. 97 della Costituzione⁽²⁶⁾ e non solo.

In sostanza, continua a porsi la domanda: fino a che punto il Legislatore regionale potrà ricondurre nell'alveo pubblicistico la disciplina del rapporto di lavoro dei propri dipendenti?

La stessa questione si pone per ciò che riguarda le regole che presidiano il sistema delle relazioni sindacali⁽²⁷⁾.

Sia all'una domanda che all'altra la Corte costituzionale ha saputo fornire risposte adeguate... e, per molti versi, esaustive nel rispetto del principio costituzionale (riserva assoluta allo Stato nella materia civilistica).

c) il sistema delle relazioni sindacali messo a punto dal legislatore nazionale si dimostra in grado di valorizzare il "capitale umano" delle pubbliche istituzioni?

Nell'intento del Legislatore, il sistema delle relazioni sindacali, definito dal d.lgs. n. 29/93 e, poi, sostanzialmente modificato dagli interventi correttivi che si sono succeduti nel tempo, avrebbe dovuto perseguire – insieme con l'obiettivo di un miglioramento del sistema organizzatorio (struttura/livelli di responsabilità) – anche quello di valorizzare le risorse umane applicate allo svolgimento di quelle funzioni, di quei compiti che la legge assegna ai diversi livelli di governo.

Il tema della valorizzazione delle risorse umane, che gli economisti indicano ormai

26 V., per la concezione di esso come parametro di analisi, lo studio condotto dalla Corte costituzionale dal titolo "Il principio del buon andamento", in www.cortecostituzionale.it, 593; in particolare, Capitolo III (Incidenza del buon andamento sulla organizzazione dell'amministrazione) e Capitolo VI (Incidenza del buon andamento sull'attività della pubblica amministrazione). V. R. Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della Pubblica Amministrazione*, in www.iris.unipa.it.

27 Nelle Regioni a statuto speciale, che nei loro statuti avevano competenza esclusiva in materia di personale e di organizzazione, si è replicato il modello "ARAN". In particolare, in Sicilia, si è istituita con legge reg. 15 maggio 2000, n. 10 (art. 125), come modificata dalla legge reg. 9 maggio 2012, n. 26.

con il termine di “capitale umano”⁽²⁸⁾, si pone in tutta la sua evidenza fin dai primi articoli del provvedimento legislativo richiamato.

Dal loro corretto utilizzo, fatto da un management all'altezza della situazione, passano tutti i termini-simbolo della proposta Riforma.

Infatti, in capo alle diverse dirigenze, che hanno la responsabilità del conseguimento della massima soddisfazione possibile dei bisogni dell'utenza (carta dei servizi; definizione dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi), si individua, appunto, quella specifica responsabilità dirigenziale (quella del conseguimento di risultati)⁽²⁹⁾, che rientra, per alcuni aspetti, nel campo vasto della responsabilità di cui si devono far carico tutti coloro che, essendo alle dipendenze di una pubblica istituzione, sono da ritenere al servizio esclusivo della Nazione.

Oggi, in maniera del tutto atecnica, lo si utilizza per valutare in che modo sia stata portata avanti, fino alla necessaria conclusione (qualificandola come “un risultato” conseguito alla maniera di La Palisse), una qualsiasi opera pubblica, nell'ambito della riforma del “Codice degli appalti” predisposta dal Consiglio di Stato a ridosso dell'attuazione degli interventi del PNRR. Un modo assolutamente anomalo per affrontare il tema del dovuto rispetto dei termini di realizzazione contenuti, da sempre, nei piani e ancor di più nei programmi la cui approvazione è di competenza della “classe dirigente politica”.

È nel contesto della “responsabilità dirigenziale”⁽³⁰⁾ che assume precipua rilevanza la capacità di guida esprimibile nei riguardi delle risorse umane, che il decisore politico ha ritenuto di assegnare all'inizio dell'esercizio finanziario a ciascuno dei centri di responsabilità in cui si articola la struttura di una qualsiasi istituzione pubblica (atto normativo pubblicistico rientrante nella competenza del decisore politico).

L'art. 1 del d.lgs. n. 29/93, rimasto immutato nella formulazione letterale fino alla versione del 2001 e oltre (d.lgs. n. 165), dispone espressamente che il complesso delle disposizioni del provvedimento va letto in funzione della realizzazione della “migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni”.

A tal fine, le pubbliche amministrazioni – nella veste di datori di lavoro – si devono preoccupare di assumere quelle misure (attivando i necessari processi decisionali) che assicurino “la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori e applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato” (obiettivo difficilmente raggiungibile...).

Gli istituti (o materie) richiamati (la formazione, lo sviluppo professionale, le pari opportunità, le condizioni di lavoro) rientrano ormai nell'alveo della contrattazione

28 V., *ex multis*, L. BERNACCHIA, *Organizzazione del lavoro d'ufficio e pratica amministrativa*, Collana Scienza dell'amministrazione, vol. 2, ed. Calderini, Bologna, 1986, p. 574; in particolare, i circoli di qualità, p. 441-451. Anche Dipartimento della Funzione Pubblica, *Cittadini e Pubblica Amministrazione. Indagine sull'attuazione delle leggi sull'autonomia locale e sul procedimento amministrativo*, in “Quaderni del Dipartimento per la Funzione Pubblica”, n. 25, IPZS, Roma, 1994, p. 165 (questionari allegati); Idem, *Le norme sulla incentivazione della produttività nelle pubbliche amministrazioni*, in “Quaderni del Dipartimento per la Funzione Pubblica”, n. 18, IPZS, Roma, 1994, p. 280. Ancor prima, V. Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica. Commissione Tecnica per la Spesa Pubblica, “*La riforma dell'azione pubblica tra vincoli di bilancio ed obiettivi di efficienza*”, Roma, IPZS, 2001, in particolare Capitolo 3 (Analisi dell'efficienza della pubblica amministrazione), 205-306.

29 L'obbligo di dover conseguire dei risultati non è una novità legislativa del 1993. Era già stata disciplinato questo obbligo con il d.P.R. n. 748 del 1972. In definitiva, ben 21 anni prima. E, poi, ribadito nella “Dichiarazione di Lima” (INTOSAI, Perù, 1977). Infatti, si tratta di un impegno di servizio che risulta naturalmente connesso alla c.d. “responsabilità dirigenziale”, tanto è vero che si inizia a parlare di una corresponsione del trattamento economico (o di una quota di esso) che andrebbe legato al perseguimento (effettivo) di essi. Una “retribuzione aggiuntiva” per remunerare un obbligo di servizio - quello di conseguire il massimo dei risultati - che non si può in alcun modo segmentare?

30 Sul tema, il d.lgs. n. 165 del 2001 chiarisce che tale responsabilità si configura per il “mancato raggiungimento degli obiettivi” (ovvero nel non avere conseguito il risultato atteso) nonché per l’“inosservanza delle direttive imputabile al dirigente”.

collettiva, costituendo oggetto di co-decisione al secondo livello di essa, quello della contrattazione integrativa.

Ma tra tali istituti, quello dello sviluppo professionale ha formato recentemente oggetto di discussione politico-istituzionale.

Tanto da far ritenere la sua disciplina, così come si è venuta a realizzare nel contesto delle diverse realtà istituzionali, frutto di una sostanziale collusione tra le parti trattanti.

Il dubbio, allora, che, anche se sia la contrattazione collettiva diventata, per volontà del legislatore, la fonte disciplinatrice di tale istituto, il potere decisionale delle parti trattanti debba trovare nel principio del buon andamento, come interpretato dalla Corte costituzionale (sent. n. 1/1999, n. 194/2002, n. 218/2002), un limite non è per nulla infondato se anche il giudice del lavoro si è pronunciato a favore di un sistema di regole che individua la professionalità (cultura amministrativa) posseduta dal dipendente quale criterio selettivo prevalente per l'accesso a un profilo professionale caratterizzato da un carico di responsabilità maggiori rispetto a quello di provenienza.

La Corte costituzionale, nelle diverse sentenze, ha inteso sempre confermare che *“nell'accesso a funzioni più elevate, ossia nel passaggio ad una fascia funzionale superiore, nel quadro di un sistema, come quello oggi in vigore, che non prevede carriere o le prevede entro ristretti limiti, deve essere ravvisata una forma di reclutamento”*³¹.

E così chiarisce il suo pensiero la Corte costituzionale: *«Tale forma di reclutamento è perciò soggetta alla regola del pubblico concorso che, in quanto “meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci”, resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità, costituendo ineludibile momento di controllo, funzionale al miglior rendimento della pubblica amministrazione»*.

Quale influenza morale sono in grado di esercitare le riflessioni che si ha cura di richiamare sul comportamento di un datore di lavoro (pubblica amministrazione) e di rappresentanti sindacali dei dipendenti pubblici che si sono visti riconoscere, ai sensi dell'art. 43, 1° c., del d.lgs. n. 80/98, la titolarità a dettare le regole per l'accesso alle posizioni economico-professionali in cui si articola ciascuna area del pubblico impiego, secondo la nuova classificazione professionale?

Sicuramente molta, ma non tale da costringere le parti trattanti a riprendere la discussione sui termini della questione nel rispetto della procedura prevista dalla contrattazione (nuova trattativa → nuovo accordo).

La Corte costituzionale, in effetti, ha inteso legare l'imparzialità nella scelta dei “migliori” a coprire “i posti alti” (gerarchia professionale) delle istituzioni al fatto che così si persegue il miglior rendimento della pubblica amministrazione: tra professionalità e qualità dei servizi c'è da riscontrare una sostanziale corrispondenza.

In sostanza, *«la giurisprudenza costituzionale è costante nel censurare norme che stabiliscono il passaggio a fasce funzionali superiori, in deroga alla regola del pubblico concorso, o comunque non prevedono alcun criterio selettivo, o verifiche attitudinali adatte a garantire l'accertamento dell'idoneità dei candidati in relazione ai posti da ricoprire, realizzandosi così una sorta di automatico e generalizzato scivolamento verso l'alto del personale»* (sent. n. 218/2002).

Non c'è alcun dubbio che, a seguito dell'esecuzione data dalle parti trattanti a livello

31 V., *ex multis*, Corte cost. sent. n. 190/2022, n. 153/2021, n. 212/2021, n. 273/2020, n. 10/2019. Essa ha affermato più volte che *“La disciplina del trattamento economico e giuridico, anche con riguardo al pubblico impiego regionale, è riconducibile alla materia “ordinamento civile”, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato”* ... *“Il contrasto con la Costituzione si ha nell'art. 97 Cost. e nell'art. 117, c. 2, lett) l, Cost.”*. Per una rassegna sul tema, Corte costituzionale – Ufficio del Massimario, vol. 5. I rapporti tra Stato e Regioni (Le altre materie dell'art. 117 Cost.), www.cortecostituzionale.it, 307-340.

di contrattazione integrativa (tornata contrattuale 1998-2001), tutte le pubbliche amministrazioni si sono ritrovate in una situazione di crisi:

- a) le prove selettive per le posizioni professionali più elevate si sono esperite dopo essersi provveduto a una rideterminazione della pianta organica (misura di natura organizzativa assumibile sulla base di un accordo che aveva quale unico limite, posto dalla legge, il rispetto della invarianza della spesa a carico dei diversi bilanci);
- b) la rideterminazione della pianta organica del personale avrebbe dovuto essere preceduta dall'esperimento di una procedura volta alla rilevazione dei carichi di lavoro⁽³²⁾ o, comunque, tesa ad individuare le esigenze funzionali dei diversi uffici (resa irrealizzabile dalla mancanza di tecniche oggettive di controllo dell'uso del tempo effettivamente lavorato vs. tempo contrattuale);
- c) le nuove piante organiche, nell'assenza della procedura di effettiva valutazione delle esigenze organizzative, si sono costruite, in definitiva, in funzione delle esigenze espresse dai rappresentanti sindacali dei dipendenti ("verticizzazione" delle posizioni professionali; taglio delle posizioni professionali/ profili più bassi).

È da ritenere corretta, a questo punto, la tesi secondo cui i processi selettivi interni, attuati in esecuzione di un intervento normativo che ha ampliato il campo della regolazione affidata alla contrattazione collettiva (art. 40, 3° c., d.lgs. n. 165/2001 → CCNL 1998-2001), hanno prodotto sostanziali effetti non certo positivi sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni:

a. la dirigenza si ritrova ad essere supportata, nella quotidianità della gestione delle diverse funzioni/dei diversi servizi di competenza, da risorse umane la cui effettiva professionalità non è corrispondente al livello retributivo in base al quale esse vengono retribuite;

b. la dirigenza, per evitare di incorrere in responsabilità, sarà indotta, presentandosi la situazione della qualità delle prestazioni offerte assai differenziata, a operare delle scelte di persona quando dovesse ritenere di (eventuale) delegare ad altri compiti di propria competenza ai sensi della legislazione più recente (l. n. 145/2002);

c. la dirigenza si troverà orientata a proporre al decisore politico la programmazione di interventi formativi differenziati in relazione al fatto che alla copertura dei profili professionali "più alti" sono stati privilegiati, nel distorto sistema di selezione concordato, coloro che, senza essere in possesso del diploma di laurea, potevano vantare comunque una maggiore anzianità di servizio.

Gli esiti della esecrabile vicenda relativa – connessa all'applicazione dell'istituto delle selezioni interne – inducono, comunque, ad alcune riflessioni.

In primo luogo, sembra essersi verificato un sostanziale fenomeno di collusione tra chi (datore di lavoro) avrebbe dovuto dimostrare l'interesse a garantire alla dirigenza un supporto altamente professionalizzato in ragione dell'esercizio di poteri che con quella tali operatori avrebbero dovuto condividere, e chi (OO.SS.) si è dimostrato interessato a costruire tra i dipendenti il più largo consenso possibile (condividendo l'ampliamento dei vertici della pianta organica; consentendo ai dipendenti anche il "doppio salto" per il conseguimento di una qualifica superiore, in violazione di una specifica norma di legge).

In secondo luogo, c'è da prevedere, in tutte le pubbliche amministrazioni, anche quelle, quindi, che saranno chiamate a svolgere funzioni diverse da quelle attualmente svolte per effetto della diversa riallocazione che di esse si intenderà effettuare con

32 La definizione del "carico di lavoro" è legata all'accertamento del tempo-medio (che si traduce nel corrispondente costo-medio) necessario a una singola persona per definire un procedimento amministrativo o per erogare un servizio con piena soddisfazione dell'utente. Sul punto, v. E. VALENTINI, "Analisi, valutazione ed attuazione dei carichi di lavoro nel Progetto Fepa", in "Lettera sindacale" (Atti del Seminario sul Progetto Fepa), ed. CISL, Roma 12 ottobre 1988, 109.

la nuova versione dell'art. 117 della Costituzione, il generalizzato blocco di selezioni per la copertura di profili professionali "alti"; per i prossimi venti anni, i laureati delle nostre Università non avranno alcuna chance di coprire gli spazi di responsabilità adeguati alla cultura acquisita.

Al di là delle valutazioni che si possono svolgere in merito, c'è e rimane da cogliere la differenza sostanziale tra il regime del lavoro pubblico e il regime del lavoro privato: nel lavoro pubblico, il vero datore di lavoro è il Parlamento e, in un sistema fiscale policentrico, gli organismi rappresentativi della volontà popolare che hanno l'effettiva signoria sui rispettivi bilanci; nel lavoro pubblico, la natura stessa del datore di lavoro – quello di essere un'organizzazione *non profit* – influenza i comportamenti sia della dirigenza che dei dipendenti.

Inoltre, nel lavoro pubblico, l'esercizio del potere di direzione risulta fortemente condizionato dal complesso delle procedure normativamente poste a presidio della sana gestione delle risorse umane, strumentali e finanziarie, della cui entità e qualità rimane incontrastato "*principal*", come ha chiarito Niskanen, la classe politica (decisioni di bilancio).

E sempre nel lavoro pubblico il sistema delle relazioni sindacali si atteggia né più né meno che come una finzione giuridica, una volta che ci si è resi conto che fin dal 1994 è la legislazione di bilancio a prefissare la politica dei redditi del settore pubblico e a configurare, nei riguardi dei livelli di governo diversi dallo Stato, una responsabilità amministrativa a carico delle dirigenze che non rispettino i vincoli legislativi destinati al contenimento della spesa corrente (Patto di stabilità interno; vincoli e divieti di assunzioni poste dalla legislazione speciale).

Ne consegue che il diritto del lavoro, che disciplina il sistema delle relazioni sindacali nel settore pubblico e i rapporti di lavoro degli operatori dipendenti da pubbliche amministrazioni, si atteggia come "speciale" rispetto al diritto del lavoro del sistema delle imprese private.

Sono i vincoli, sono i divieti posti annualmente dalla legislazione nazionale, a mezzo della c.d. "legge finanziaria" o di altre specifiche leggi⁽³³⁾, a tutela del sistema economico generale, a fare ricredere sia gli amministrativisti sia i giuslavoristi sull'effettiva portata delle innovazioni introdotte. E che sarebbero state utili alla Pa italiana, al centro così come alla periferia del sistema amministrativo.

La tutela del dipendente pubblico, sotto il profilo dei diritti che possono dallo stesso essere azionati, risulta, nei fatti, concretamente avvilita, depotenziata, ove solo si consideri che i contenuti della sentenza di un giudice del lavoro risultano condizionati dalla valutazione, che è chiamata a fare la Corte dei conti, della interpretazione fatta da parte degli originari sottoscrittori del testo del CCNL; e l'unica valutazione "positiva" sarebbe quella che non genera esborsi non previsti a carico dei bilanci pubblici (d.lgs. n. 80/98; d.lgs. n. 387/98; ora, art. 64 del d.lgs. n. 165/2001)⁽³⁴⁾.

Se la tutela dei diritti patrimoniali risulta, nella sostanza, limitata dal perseguimen-

33 V. G. PIZZICONI, "I vincoli di finanza pubblica sul personale e autonomia negoziale. Gli effetti delle limitazioni normative su alcuni istituti del CCNL 2019-2021. Funzioni Locali. Parte prima, in "Management locale", n. 5/2023, 21-35. V. anche "La revisione della spesa pubblica. L'accertamento del costo del lavoro come verifica dell'efficienza delle istituzioni pubbliche" (a cura di R. SCALIA), Collana "Materiali per una nuova contabilità degli enti pubblici", dossier 15.7, ed. Istituto Max Weber, Roma, marzo 2018, 224.

34 L'art. 64, c. 1, "... Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi. (Art. 68-bis del D.Lgs. n. 29 del 1993, aggiunto dall'art. 30 del D.Lgs. n. 80 del 1998 e successivamente modificato dall'art. 19, commi 1 e 2 del D.Lgs. n. 387 del 1998) prevede che 1. Quando per la definizione di una controversia individuale di cui all'articolo 63, è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, sottoscritto dall'ARAN ai sensi dell'articolo 40 e seguenti, il giudice, con ordinanza non impugnabile, nella quale indica la questione da risolvere, fissa una nuova udienza di discussione non prima di centoventi giorni e dispone la comunicazione, a cura della cancelleria, dell'ordinanza, del ricorso introduttivo e della memoria difensiva all'ARAN".

to di un interesse superiore (contenimento/riduzione della spesa di parte corrente), miglior sorte non si registra nell'area dei diritti sindacali dove la libertà di esercizio di sciopero risulta condizionata, come prevede la speciale legislazione vigente, dal concetto di essenzialità che ad alcuni servizi pubblici, anche se gestiti dal privato, si è attribuito⁽³⁵⁾.

1. I principi costituzionali che presidiano il tema della organizzazione nelle pubbliche amministrazioni.

L'analisi che si è ritenuto di dover sviluppare relativamente all'impatto che alcune innovazioni – introdotte negli anni 1997-1998 secondo il metodo del “rammendo” al testo del d.lgs. n. 29/93, che, nella sua versione originaria, aveva dimostrato un atteggiamento di meditata attenzione ai diversi aspetti dell'assetto da assicurare, tra l'altro, al ruolo della dirigenza in rapporto al decisore politico, o alla esclusione di essa dalla privatizzazione del rapporto di lavoro o, ancora, al sistema dei controlli interni in relazione ai poteri del datore di lavoro privato esercitati dalle dirigenze pubbliche – hanno prodotto sul funzionamento degli apparati amministrativi, nasce dalla preoccupazione che esse sembrano costituire – alla giusta distanza di tempo dalla loro introduzione nel sistema – una risposta non adeguata alle esigenze di miglioramento del sistema pubblico nazionale espresse, a gran voce, e da tempo, dai cittadini, così come dal sistema delle imprese.

Dinanzi alla (inconfessabile) situazione di conflittualità generata dalle scelte effettuate dalla contrattazione collettiva integrativa in ordine al fondamentale aspetto del riposizionamento professionale di moltissimi dipendenti (cui, naturalmente, è da riconnettere la fruizione di miglioramenti salariali la cui spesa viene a gravare sul Fondo unico di amministrazione, sottraendo per sempre una sostanziale quota di risorse finanziarie al finanziamento di progetti di incremento della produttività), l'attenzione dello studioso di diritto amministrativo, che deve anche valutare se la intestazione del potere decisionale sia utilmente servita allo scopo (perseguimento del buon andamento), risulta attirata dall'impulso dato dal Legislatore alla ricerca di nuovi rapporti di forza fra gli attori del cambiamento (politici – dirigenze – OO.SS.).

Non è, infatti, senza effetti sotto il profilo della gestione della “*res publica*” l'interpretazione che la dottrina ha dato, in questi anni, al valore da assegnare ad alcuni principi costituzionali, che sono stati posti in discussione dal “contatto” che la scienza dell'amministrazione e l'analisi delle politiche pubbliche di origine anglosassone hanno avuto con il nostro tradizionale “diritto amministrativo”.

Contatto che è stato, in sostanza, contaminante nelle diverse sedi internazionali⁽³⁶⁾.

Si è detto che la Costituzione, dal momento che si dimostra interessata a vincolare sia l'attività finale sia l'attività organizzativa delle istituzioni pubbliche a scopi di buon andamento e di imparzialità, viene a indicare un risultato per l'attività complessiva delle amministrazioni.

Con questo, però, non si deve arrivare alla conclusione di dover utilizzare, sempre e comunque, dei modelli pubblicistici.

In fondo, la tesi, per alcuni versi condivisibile, individua uno spazio di scelta per il

35 La Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali è stata istituita con la legge 12 giugno 1990, n. 146, e succ. mod. e integr..

36 Che l'analisi delle politiche pubbliche (articolata in controllo di gestione e valutazione delle politiche pubbliche) presenti segni di arretratezza, nel nostro Paese, risulta da un fatto inoppugnabile. Chiariscono, in merito, C. F. MANSKI e I. GARFINKEL: “...a partire dagli anni Sessanta (!) l'interesse per la valutazione dei programmi si è diffuso in maniera rapida; ...e come negli USA non ci sia quasi programma sociale di un qualche rilievo che non sia stato sottoposto a valutazione di tipo strutturale o in forma ridotta... E ancora come “la necessità di procedere a valutazioni compare... nella maggior parte delle leggi federali principali”, in “*Evaluating Welfare and Training Progress*”, Harvard University Press, Cambridge, 1992.

Legislatore che verrebbe chiamato a decidere, secondo discrezionalità, «quali attività dell'amministrazione siano da sottoporre a regime pubblicistico e da "funzionalizzare" – attribuendo rilevanza giuridica sia all'attività nel suo insieme, sia ad ogni singolo atto, e sottoponendo a controllo rispetto all'interesse pubblico tanto gli atti singoli che l'attività d'insieme – e quali attività amministrative, anziché essere funzionalizzate, vadano rimesse alle regole del diritto privato, limitando il controllo di coerenza con l'interesse pubblico ad alcuni passaggi o snodi più rilevanti dell'attività privatistica».

Se è possibile, quindi, affermare che i principi posti dalla Costituzione a tutela del perseguimento dell'interesse generale da parte delle pubbliche amministrazioni (art. 97) possono anche essere letti, per gli aspetti che qui ci interessano (sistema delle relazioni sindacali; gestione del rapporto di lavoro), in maniera integrata con altri principi, sempre presenti in Costituzione (art. 39), il Legislatore nazionale potrebbe impegnarsi nella ricerca di una soluzione che sia costituita da una equilibrata integrazione dei due regimi (pubblicistico/privatistico)⁽³⁷⁾.

I risultati di alcune vicende richiamate all'attenzione, che si riconnettono a scelte effettuate dal Legislatore (1993-1995; 1997-1998) in due distinti periodi storici, costituiscono un ulteriore utile materiale di riflessione a tale riguardo.

E ripercorrere le due tappe di questo processo costituisce un interessante esercizio di valutazione per il decisore politico che potrebbe essere individuato, a termini dell'art. 97 della Costituzione, come l'unico centro responsabile di una produzione normativa che si dimostri utilmente finalizzata a eliminare le distorsioni che l'ordinamento, se inteso come sistema dei poteri, abbia generato.

Si può affermare come, a ridosso dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 29/93, abbia esercitato una sostanziale influenza sulla scrittura stessa di alcune parti del provvedimento normativo in questione, il parere reso dal Consiglio di Stato nell'estate del 1992⁽³⁸⁾.

Al di là della tesi espressa, che può essere condivisa o meno (e che, oggi, può ben assumere il senso di un "avviso" storico rivolto al Legislatore di allora alla luce delle vicende amministrative richiamate), il Consiglio di Stato ha avuto il merito di sottolineare come alcune diversità ontologiche, rintracciabili nella figura del datore di lavoro pubblico e del datore di lavoro privato frenano il percorso della equiparazione di esso al regime privatistico (diritto del lavoro e sistema dei diritti individuali del lavoratore).

Nel parere reso, il massimo organo consultivo del Governo ha inteso sollecitare l'attenzione su una lettura quanto più possibile coerente dell'art. 97, 1° c., della Costituzione là dove si afferma che i pubblici uffici sono organizzati in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione: la concezione ormai consolidata era quella secondo cui l'attività strumentale-organizzativa delle amministrazioni riguardante sia l'organizzazione in senso stretto⁽³⁹⁾ che la regolazione e gestione dei rapporti di lavoro, risultando vincolata ai fini pubblici di imparzialità e buon andamento, doveva essere necessariamente "funzionalizzata" e, quindi, sottoposta al sistema dei controlli pubblicistici.

In tal modo, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa delle pubbliche amministrazioni veniva qualificata come necessità "ontologica" di qualsiasi modello di organizzazione di pubbliche istituzioni.

37 Ciò è avvenuto in alcuni Paesi d'Europa (ad es., Francia o Repubblica Federale di Germania), dove le dirigenze non hanno avuto il loro "rapporto di lavoro" mai "privatizzato". E il loro *status* giuridico si continua a fondare su una "auctoritas" sempre più incisiva.

38 Cons. Stato, Ad. gen., parere del 31 agosto 1992, n. 146.

39 L'organizzazione in senso stretto è quella che si concreta nella definizione, per ogni apparato, della struttura delle responsabilità (livelli gerarchici). E che si traduce visivamente, allo stato della legislazione vigente, nella pubblicazione del c.d. "organigramma" nel sito web (Amministrazione trasparente) a ciò dedicato di ogni Istituzione.

A supporto di tale tesi veniva espressa la considerazione secondo cui “sarebbe (stato) difficile immaginare un sistema nel quale non siano riservate all'autorità (legislativa o amministrativa) le scelte fondamentali in materia di organizzazione⁽⁴⁰⁾ in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità, conferimento ed esercizio delle pubbliche funzioni”.

Non possiamo non rilevare come questa considerazione impronerà i caratteri della legislazione successiva, e anche di quella più recente.

Il Consiglio di Stato ha, poi, richiamato l'attenzione sulla “*diversità ontologica*” tra impiego pubblico e lavoro privato, derivante dalla attribuzione ai pubblici dipendenti di funzioni pubbliche; è questa diversità che viene a determinare ostacoli “*obiettivamente insuperabili e ineliminabili*” alla privatizzazione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

E prosegue: “... là dove esiste il potere discrezionale dell'amministrazione di organizzarsi, di assicurare il buono e imparziale andamento della gestione pubblica e, quindi, non solo di procedere alla scelta di coloro che vogliono e agiscono in suo nome e per suo conto, o di distribuire i funzionari negli uffici... ma anche di trasferirli per ragioni di opportunità, di distaccarli o comandarli presso altre amministrazioni nell'interesse dell'amministrazione di provenienza, di sospendere o interrompere il rapporto per scarso rendimento dell'impiegato o per altre carenze,...” non vi è spazio per “... adottare, sia pure parzialmente, la disciplina privatistica del lavoro ... guidata dalle regole del mercato”.

E vi è una affermazione che dovrebbe essere considerata alla luce delle scelte che il Legislatore ha fatto nel tempo (possibilità di utilizzare, per le qualifiche basse, personale iscritto negli uffici di collocamento; facoltà data alle amministrazioni, d'intesa con le OO.SS., di assumere personale ricorrendo alle diverse forme di lavoro non stabile proprio del diritto del lavoro privato, dal lavoro interinale al contratto di formazione e lavoro, a quello a part-time): nemmeno la legge, sostiene il Consiglio di Stato, potrebbe mutare la qualificazione giuridica del pubblico impiego “*trattandosi di qualificazioni che discendono dalla natura oggettiva dei rapporti e degli interessi che in questi sono implicati; da ciò discenderebbe un sostanziale impedimento all'amministrazione di disporre liberamente dell'interesse organizzativo*”.

Nell'arco di tempo che va dal 1993 al 1999, altre scelte – come si è detto – sono state fatte dal Legislatore nazionale.

Oggi, esse andrebbero valutate in rapporto al grande obiettivo che i Governi, nel loro succedersi, hanno continuato a dichiarare: che la privatizzazione del rapporto di lavoro, così come il ridisegnato sistema delle relazioni sindacali, avrebbero migliorato i rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadini.

Anche se alcuni studiosi, per evitare di essere accusati di strabismo utopico, si sono affrettati a dichiarare che il regime privatistico non rappresenta garanzia di efficienza della Pubblica Amministrazione in sé, ma creerebbe soltanto un contesto più favorevole (con possibilità di ricorrere a diverse tipologie di controlli interni...); contesto che avrebbe bisogno di essere arricchito da effettivi comportamenti di gestione manageria-

40 Le scelte fondamentali in materia di organizzazione (e di responsabilità) sono contenute, ovviamente, nel d.lgs. n.29/93 nato da una legge-delega approvata dal Parlamento. Nessun'altra sedicente “Riforma” ha mutato minimamente il disegno istituzionale così definito (né la c.d. Riforma Madia né, ancor prima, la c.d. Riforma Bassanini).

le⁽⁴¹⁾ e di orientamento dell'utenza⁽⁴²⁾.

A questo punto, anche per evitare di cadere in discorsi che nulla, alla fine, hanno a che fare con la preminente esigenza che ogni decisore politico è chiamato a soddisfare (il buon andamento della P.A.), sembra utile arricchire la discussione richiamando la posizione della Corte Costituzionale.

Chiamata ad esprimersi, ancora, sul d.lgs. n. 29/93 (nella prima versione), la Corte si limita a prendere atto della scelta operata, cioè del fatto di essere pervenuti alla distinzione tra organizzazione in regime pubblicistico e lavoro in regime privatistico; ed in tale sede il Giudice delle leggi si sofferma a sottolineare il carattere discrezionale di questa scelta⁽⁴³⁾.

In sostanza, la Corte non si spinge a elaborare notazioni tese ad affermare la necessità costituzionale di mantenere tutta l'organizzazione nell'area del regime pubblicistico.

Il fatto che essa precisi che alla legge e alla potestà amministrativa debba restare necessariamente affidata, in base ai principi costituzionali, *“l'organizzazione, nel suo nucleo essenziale”*, è una affermazione che può ben costituire chiave di lettura dei passi ulteriori che, per ciò che interessa, verranno fatti⁽⁴⁴⁾.

Inoltre, la Corte si trova a dover puntualizzare come l'introduzione di moduli privatistici nell'organizzazione non si può ritenere, di per sé, un pregiudizio per l'imparzialità delle amministrazioni e dei loro dipendenti e che, in ogni caso, l'imparzialità può essere soddisfatta utilizzando anche meccanismi privatistici⁽⁴⁵⁾.

A corollario, quasi di queste affermazioni si pone la valutazione della stessa Corte secondo cui il Legislatore, effettuando la scelta di sottoporre determinati aspetti del potere di organizzazione delle amministrazioni ad un regime privatistico, avrebbe deciso di dare una risposta non irrazionale alla esigenza di integrare il valore dell'imparzialità con quelli del buon andamento e della efficienza⁽⁴⁶⁾.

In tal modo si sarebbe assicurato, da parte del Legislatore azionale che ha deciso di far rientrare la materia dell'alveo del diritto civile, un certo quale bilanciamento tra fonti regolatrici e regimi giuridici.

Sono queste affermazioni che hanno il loro pregio, e che, però, non costituiscono limite alla potestà del Legislatore.

Alla luce delle valutazioni espresse dalla Corte Costituzionale, si può affermare che occorre dare una lettura unitaria della normativa che riguarda

- 1) l'organizzazione degli uffici⁽⁴⁷⁾,
- 2) l'organizzazione del lavoro⁽⁴⁸⁾ e

41 La gestione manageriale, nel pubblico impiego, richiede il ricorso a una formazione di tali “corpi” che si dimostri capace di far assumere le giuste decisioni al tempo giusto. Per questo la loro formazione va basata sul ricorso allo “studio dei casi” (addestramento alla decisione), come si verifica presso la Ecole Nationale d'Administration (ENA, ora soppressa dal Governo Macron) in Francia.

42 L'orientamento all'utenza può – e deve – essere misurato a mezzo di strumenti operativi, come sono le indagini a mezzo di questionari rivolti ai fruitori dei servizi. Misurare la customer's satisfaction non è dover richiedere alle dirigenze se ritengono di avere adempiuto ai loro doveri d'ufficio: il che si verifica in sede di valutazione da parte degli stessi a cura della Commissione del Nucleo di valutazione. Significa, invece, interrogare in presa diretta gli utenti ed avere espresso da loro un giudizio non condizionato (anonimato da assicurare).

43 Cfr. Corte Cost., sentenza n. 88/1996, par. 4; sentenza n. 313/1996, par. 4.1; sentenza n. 309/1997, par. 2.1.2.

44 Cfr. Corte Cost., sentenza n. 309/1997, par. 2.1.2.

45 Cfr. Corte Cost., sentenza n. 313/1996, par. 4.1.1 e 4.1.2; anche sentenza n. 309/1997, par. 2.1.2.

46 Cfr. Corte Cost., sentenza n. 313/1996, par. 4.1.1 e 4.1.2; sentenza n. 309/1997, par. 2.1.2.

47 L'organizzazione degli uffici di un Ente Locale è disciplinata da un Regolamento, che si denomina generalmente “Regolamento di organizzazione e di gestione del personale”, o anche “Regolamento organico del personale”; o ancora “Regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi”.

48 L'organizzazione del lavoro risulta disciplinata da atti di direzione (direttive contenute in circolari) di competenza del dirigente più alto in grado di ogni apparato (vertice dell'organigramma).

3) la disciplina e la gestione dei rapporti di lavoro⁽⁴⁹⁾.

Elementi questi che sono espressione del potere organizzativo della Pubblica Amministrazione, essendo essi legati dall'unitario vincolo di assicurare imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

Tuttavia, per nessuno di questi tre elementi il vincolo di scopo richiede una totale sottoposizione al regime pubblicistico.

In definitiva, tutti e tre gli elementi del potere organizzativo richiedono una base (o un "nucleo essenziale") di regime pubblicistico.

Ma non presenterebbe alcunché di irrazionale – e questa la conclusione cui si perviene – il fatto che il Legislatore nazionale (Parlamento) copra alcuni aspetti con un regime privatistico.

Ciò è avvenuto; ma non possiamo non preoccuparci, oggi, a distanza di alcuni anni, di verificare gli effetti di tale scelta.

2 Il potere di organizzazione nelle pubbliche amministrazioni: chi ne è titolare?

Quando venne alla luce il decreto legislativo n. 29/93, le dirigenze pubbliche, le quali vengono ad essere valorizzate nel loro ruolo per un duplice ordine di motivi (in quanto risulta sancita la loro indipendenza gestionale dal decisore politico, mentre la loro gestione viene sottratta all'influenza del consociativismo sindacale generato dalla legge-quadro sul pubblico impiego del 1983), si trovano a dover affrontare il tema del cambiamento organizzativo facendo leva sul potere che in tal senso è loro espressamente riconosciuto.

Alla cultura del rispetto della legge (parametro della legittimità) si viene, quindi, affiancando la necessità di riguardare l'attività amministrativa alla luce dei parametri dell'efficienza⁽⁵⁰⁾, dell'economicità⁽⁵¹⁾, dell'efficacia⁽⁵²⁾.

Parametri che richiedono l'attivazione di un sistema di controlli interni in grado di dialogare, al momento opportuno, cioè quando si avvia il controllo indipendente di competenza, con la Magistratura della Corte dei conti; magistratura che si è limitata, per funzione di coordinamento, a elaborare ogni anno specifiche "Linee guida", allegando uno specifico questionario, non in grado di dare conto della funzionalità effettiva di ciascun tipo di controllo attivato.

Ciò si verifica quando nel programma annuale dei controlli e delle indagini si sia deciso (in autonomia o su sollecitazione delle Commissioni parlamentari di Camera o del Senato) di effettuare indagini che coinvolgono le strutture interne – previste dal d.lgs. n. 286/1999 – preposte al "controllo di gestione" (analisi costi/rendimenti), o alla "valutazione delle politiche pubbliche" (Nucleo di valutazione/Servizio di controllo)

Ma non dobbiamo pensare che il potere di organizzazione (art. 5, d.lgs. n. 165/2001) assegnato sia dalla legge che dalla contrattazione collettiva, in un secondo momento, non risulti astretto tra i principi che pone la legge fondamentale di riforma stessa e le procedure da rispettare rinvenibili, appunto, nella normazione di fonte privatistica

49 La disciplina e la gestione dei rapporti di lavoro è contenuta principalmente nel d.lgs. n. 29/93, ora n. 165/2001. Il cui principio ispiratore è costituito dal riferimento al fatto che il datore di lavoro pubblico ha gli stessi poteri del datore di lavoro privato. Anche se tale affermazione andrà presa con le pinze, rimanendo il suo operato sottoposto al vaglio di un Giudice diverso, il Giudice del lavoro.

50 Per "efficienza", secondo la disciplina della scienza dell'amministrazione, si intende il rapporto tra i fattori impiegati (input) e il prodotto ottenuto (output), in Glossario (a cura di S. PACCHIAROTTI), dossier "Aspetti istituzionali e metodologici del controllo di gestione" (ricerca condotta con il contributo del CNR), Corte dei conti – Seminario permanente dei controlli, ed. Corte dei conti, Roma, 15 ottobre 2001, 206.

51 Per "economicità" di intende la capacità del servizio pubblico di produrre beni e servizi di buona qualità, in sufficiente quantità e al prezzo migliore possibile. In Glossario cit., v. nota precedente, 206.

52 Per "efficacia" si intende, da un lato, la modificazione del bisogno ottenuto attraverso l'erogazione delle prestazioni e, dall'altro, il giudizio sulla adeguatezza qualitativa e quantitativa dell'azione rispetto agli obiettivi. In Glossario cit., v. nota precedente, 206.

(contrattazione collettiva nazionale).

La “Legge di riforma”, cui si è inteso fare riferimento, è naturalmente il decreto legislativo n. 29/93, confluito nel d.lgs. n. 165/2001, e successive modificazioni e integrazioni.

Ma ancor di più giova notare come le leggi di delega n. 421/1992(Cassese) e n. 59/1997 (Bassanini) risultino costellate da disposizioni che indicano scopi e criteri ai quali si deve informare il potere organizzativo della dirigenza (alta dirigenza/media dirigenza) nelle pubbliche amministrazioni.

Tali scopi e criteri, poi, sono vevoli anche quando il “potere organizzativo” si esplica nell’area della regolazione e della gestione del personale, indipendentemente dal regime giuridico (pubblicistico/privatistico) che disciplina quest’ultimo.

In definitiva, il “potere organizzativo” della dirigenza, che è chiamata a gestire l’organizzazione “bassa” e i rapporti di lavoro, trova – non avrebbe potuto essere diversamente – fondamento anch’esso nei principi di imparzialità e buon andamento dell’art. 97 della Costituzione.

Ed è alla luce di questa coerenza di ragionamento che vanno letti i vincoli e i criteri che si richiameranno.

In primo luogo, l’esercizio del “potere organizzativo” deve essere ispirato al miglior rapporto che si possa avere tra costi e risultati (produzione), e, naturalmente, tra obiettivi (previsti) e risultati (conseguiti), senza tralasciare il fatto che uno sguardo costante e attento debba essere dato alla spesa generata dai diversi fattori della produzione (e dal fattore lavoro, in particolare). Così che il fatto che si discetti sul ruolo che avrebbe “il conseguimento del risultato”

In altri termini, il potere organizzativo, che si esprime nella capacità di utilizzare al meglio le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili (in quanto assegnate loro dal decisore politico, la capacità di scelta in ordine alla loro entità come alla qualità si può ritenere nulla) deve risultare ispirato ai canoni individuati, che solo l’esperienza riuscirà a far emergere dopo che si avrà avuto cura, attraverso l’analisi degli effetti delle diverse politiche pubbliche, di far emergere regole utilizzabili in situazioni similari a quelle sottoposte a controllo gestionale.

La prescrizione normativa, che disciplina questo particolare aspetto del “potere organizzativo” della dirigenza, si può rintracciare nell’art. 2 della legge n. 421/1992.

Essa è stata richiamata, naturalmente, in una serie di disposizioni che, prima contenute nel testo del d.lgs. n. 29/93, si trovano sostanzialmente confermate nel d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, 1° c., lett. a) e b); art. 2, 1° c., lett. a); art. 8, 1° e 2° c.; art. 18, 1° c.; art. 48, 7° c.; artt. 58-60), verificare periodicamente (*rectius*, monitorare) gli andamenti della spesa per il personale delle amministrazioni pubbliche.

A tal fine, la legge consente alla Magistratura della Corte dei conti di avvalersi, oltre che dei servizi di controllo interno o dei Nuclei di valutazione (dei dirigenti), di esperti designati a sua richiesta da amministrazione e/o enti pubblici (in tale categoria di istituzioni vanno certamente ricomprese le Università degli studi...).

Purtroppo, di controlli aventi ad oggetto tali analisi (sulla funzionalità delle organizzazioni, sulla qualità delle professionalità operanti all’interno delle organizzazioni) non sembra esserci traccia nei testi dei programmi di indagini da questa approvati...

È, appunto, diventato compito della Corte dei conti – ai sensi dell’art. 48, c. 7, del d.lgs. cit. – anche nelle sue articolazioni periferiche (Sezioni regionali di controllo) svolgere indagini in tale settore della amministrazione, compresa quella della istruzione e della alta formazione.

Un altro insieme di vincoli, che sono in grado di influenzare il potere organizzativo di cui si tratta, sono da individuare nel sistema dei principi e regole che dovrebbero presidiare, da un lato, l’utilizzo delle risorse umane, dall’altro, la determinazione dei

fabbisogni di personale *sulla base dell'analisi dei carichi di lavoro* e, infine, la stessa politica della formazione permanente del personale.

Principi che risultano tratteggiati nella richiamata legge di delega e che, poi, risultano più dettagliatamente esplicitati in alcune disposizioni del d.lgs. n. 165/2001. In merito, si può richiamare l'attenzione sugli artt. 1, 1° c., lett. c); art. 6, 1°, 3° e 4° c.; art. 7, 4° c.; art. 36, 4° c..

Inoltre, una serie abbastanza articolata di disposizioni del richiamato d.lgs. n. 165/2001 si dimostra particolarmente attenta a impiantare principi e criteri in ordine ai diversi aspetti dell'organizzazione: si va dall'orientamento che essa deve avere nei riguardi dell'utenza e al pubblico interesse, alla opportunità che l'organizzazione delle istituzioni pubbliche sia articolata per funzioni omogenee e per obiettivi; ma si affronta anche il tema della necessità di eliminare le duplicazioni funzionali, di assicurare flessibilità nell'organizzazione degli uffici e del lavoro, così come di curare la semplificazione e l'intensificazione della comunicazione tra uffici, l'interconnessione informatica e la statistica tra le amministrazioni (si vedano, in merito, gli artt. 2, 1° c., lett. b) e c); art. 4, 1° c.; art. 11, 1° c.; art. 12; art. 35, 7° c.; art. 54).

Un altro gruppo di principi e di criteri di natura organizzativa è riferibile al tema della trasparenza e dell'imparzialità amministrativa, dato che la dottrina concorda sul punto che l'assetto organizzativo debba sempre qualificarsi come strumentale all'effettivo perseguimento di tali valori (sul punto, si vedano gli artt. 2, 1° c., lett. a) e d); art. 11, 1°, 2 e 4 c.; art. 36, 3° c., lett. a), b) ed e); d.lgs. n. 286/99).

Inoltre, è da richiamare la serie di disposizioni che attengono allo sviluppo e alla promozione di quelle azioni positive poste a favore del principio di pari opportunità tra uomini e donne dipendenti da pubbliche istituzioni, e all'impiego flessibile che si deve fare dei dipendenti che per qualsiasi motivo vivano o si trovino in situazioni anche temporanee di disagio (art. 1, 1° c., lett. c); art. 7, 1° e 3° c.; art. 35, 3 c.; art. 57, cc. 1 e 2).

Recentemente, le modifiche apportate al "Codice di comportamento"⁽⁵³⁾ hanno inteso accentuare il potere di vigilanza/sorveglianza (monitoraggio) che le dirigenze esercitano sui loro collaboratori nel nome (o all'insegna?) di un accentuato "sistema etico-professionale" che la privatizzazione aveva finito per rendere poco intellegibile e che, invece, avrebbe dovuto continuare ad essere il tratto distintivo del "lavorare nel pubblico" piuttosto che del "lavorare nel privato".

Non c'è alcun dubbio che, essendo chiamate le diverse dirigenze ad applicare i principi e i criteri richiamati, il volto – e non solo il volto – della Pubblica amministrazione abbia assunto una diversa fisionomia.

Una nuova fisionomia dovrebbe essersi consolidata anche nei processi decisionali che le dirigenze (e anche i loro collaboratori) sono chiamati ad attivare nel loro ambito di competenza; ma non solo esse in ragione del nuovo ruolo che svolgono in rapporto con il decisore politico.

In questa nuova visione dell'attività amministrativa risulta, naturalmente, coinvolto anche il decisore politico; quest'ultimo è, infatti, impegnato a indirizzare l'attività privatistica dei dirigenti in materia di organizzazione e di gestione del personale (direttiva annuale; controllo dell'operato dei dirigenti a mezzo del Nucleo di valutazione dallo stesso decisore politico nominato).

Così come ugualmente rilevante è diventato, dopo le innovazioni legislative del 1997-1998, il ruolo delle organizzazioni sindacali, soprattutto nella sede in cui si assu-

53 Le modifiche sono state introdotte con d.P.R. 13 giugno 2023, n.18. Entrato in vigore il 1° luglio 2023, a seguito di parere definitivo del Consiglio di Stato reso il 14 aprile 2023.V., *ex multis*, R. SCALIA, "Il ruolo e la funzione di controllo della Corte dei conti. L'intervento nel settore dei lavori pubblici" in Riv. C.d.c., n. 2/2021, 45-58.

mono decisioni che hanno incidenza – e non può che essere così – sul potere organizzativo della dirigenza.

Infatti, la dottrina – di fronte alla previsione delle diverse forme di coinvolgimento sindacale (informazione, consultazione, esame congiunto) contenute nella contrattazione collettiva (1998-2001, ed oltre) – ha ritenuto di trovare in tale disciplina un sistema di relazioni così ampio che non avrebbe più senso parlare dell'esistenza di un potere organizzativo del dirigente pubblico simile a quello del dirigente privato.

Nel tempo, con ogni probabilità, verrebbe a scolorirsi la figura del dirigente pubblico da intendere come manager.

E, tuttavia, pur in presenza di una versione odierna dell'art. 10 del d.lgs. n. 165/2001 diversa rispetto a quella del 1993, ci si trova impegnati, soprattutto a livello legislativo, a dover creare nuovi spazi decisionali per la dirigenza, così come per la vice-dirigenza⁽⁵⁴⁾.

Questo disegno politico va realizzato nella consapevolezza che verso un'interpretazione evolutiva del potere organizzativo del dirigente pubblico spinge il confronto sempre più serrato tra la cultura di chi risulta ancorato al rispetto formale della legge⁽⁵⁵⁾ e la cultura, invece, di chi intende rendersi conto dell'impatto che qualsiasi legge ha sulla comunità locale⁽⁵⁶⁾, sia in termini sociali che in termini di sviluppo economico (valutazione delle politiche pubbliche).

3. La dirigenza pubblica è responsabile della migliore organizzazione possibile degli apparati (e della qualità della vita sul posto di lavoro per i propri collaboratori). Percorsi e tecniche per realizzare il cambiamento organizzativo.

La storia della “qualità della vita sul posto di lavoro”, che è il prodotto di quel movimento di lotta, più sindacale che politica, per la salvaguardia della salute di chi lavora (c.d. benessere organizzativo), dimostra quanto tale concetto sia importante per risolvere i problemi che le organizzazioni anche pubbliche – sia quelle di dimensioni grandi che quelle di dimensioni piccole – attualmente conoscono ma che non intendono affrontare con la dovuta determinazione.

L'industrializzazione e l'automazione crescente – anche nel campo amministrativo – hanno reso le mansioni del lavoratore più ripetitive e più necessarie; il controllo sul proprio operato diventa, però, poco accettato da parte di chi svolge mansioni meramente esecutive o che si dimostrano, comunque, intellettualmente semplici.

Sotto un altro aspetto, i lavoratori, appartenenti al settore privato come a quello pubblico, sono diventati più istruiti; essi richiedono di partecipare, quindi, al processo decisionale e di svolgere un lavoro valorizzante in condizioni materiali soddisfacenti.

La lentezza con la quale le loro attese sono soddisfatte, quando esse lo sono ..., può considerarsi una delle principali cause della loro crescente alienazione, che può manifestarsi attraverso scioperi, o anche solo attraverso fenomeni di devianza sociale (alcolismo, aumento dei tassi di assenteismo e di avvicendamento, sabotaggio, uso improprio degli strumenti aziendali, ricorso sempre più frequente a droghe).

Non si può ridurre, quindi, il tema della “qualità della vita sul posto di lavoro” al solo

54 Gli spazi decisionali risultano predefiniti per ciascuna delle tipologie di dirigente: 1. Alto livello (art. 16); 2. Medio livello (art. 17; art. 17-bis); 3. Basso livello (art. 19, c. 10). Apparentemente i livelli non sembrano subordinati; nei fatti, vige tra essi il principio di gerarchia.

55 Sul tema del rispetto (formale) della legge, e di come esso si realizza (o non si realizza), si potrebbero richiamare alcune frasi celebri che hanno tentato di spiegarlo alla comunità civile: “Non c'è tirannia peggiore all'ombra della legge e sotto il calore della giustizia” (Montesquieu); “Il buon cittadino è quello che non può tollerare nella sua patria un potere che pretende d'essere superiore alle leggi” (Cicerone); “Le brave persone non hanno bisogno di leggi che dicano loro di agire responsabilmente, mentre le cattive persone troveranno un modo per aggirare le leggi” (Platone).

56 V. JOSEPH S. WHOLEY, *In che modo la valutazione può migliorare la performance di enti e programmi*, in “Classici della valutazione” (a cura di N. STAME), ed. Franco Angeli, Milano, 2007. 239-248.

aspetto della “prevenzione della salute del lavoratore e della sicurezza nel posto di lavoro.

È da considerare, più correttamente, un fenomeno socio-economico più complesso di quanto sia stato sinora rappresentato.

Infatti, lo spirito della *qualità della vita sul posto di lavoro* si deve concretizzare in esperienze in cui la ridefinizione dell'organizzazione deve essere affrontata in funzione dei bisogni socio-tecnici reali del sistema che fornisce servizi al cittadino/all'impresa.

Nella maggior parte dei casi, bisogna tentare di capire veramente i problemi e le questioni soggiacenti alla situazione sottoposta ad analisi, e scegliere la soluzione appropriata al momento giusto.

Bisogna ugualmente riconoscere che nessuna soluzione adottata (riguardante l'organizzazione di un apparato) è eterna e che bisogna mettere in piedi un processo permanente di comprensione e di riadeguamento del sistema. Da qui l'utilità rappresentata dagli Uffici “Organizzazione e metodi” con compiti di monitoraggio e di vigilanza sull'operato delle risorse umane.

Essendosi riscontrato che le condizioni socio-tecniche sono inerenti allo spirito della qualità della vita sul posto di lavoro, il cambiamento apportato all'organizzazione non deve essere messo in opera unicamente in vista di fornire soddisfazione ai lavoratori o di aumentare la produttività.

Il cambiamento deve rispondere, invece, a dei bisogni espressi ai due livelli che dovrebbero interessare la direzione: il livello dell'organizzazione sociale, il livello del sistema tecnico.

Gli studi socio-tecnici, anche nel settore della P.A., devono essere intrapresi a tre principali livelli.

In particolare, a livello dei sistemi operativi di base, dei sistemi organizzativi generali, dei macro-sistemi sociali.

Questi sistemi si definiscono così:

- a. I sistemi di base sono i sottosistemi identificabili in una organizzazione: per esempio, un servizio di supporto, o una unità amministrativa.
- b. I sistemi organizzativi generali potranno essere delle imprese o degli organismi pubblici che hanno contatti con una clientela.
- c. I macro-sistemi sociali sono i sistemi delle comunità, dei settori industriali e degli organismi che si collocano in quell'organismo vivente che è “una società di uomini”.

Nel sistema delle imprese private, verso la fine degli anni settanta del secolo scorso (sotto l'influenza dei movimenti del '68 che rifiutavano il principio di gerarchia... e la tediosità delle mansioni svolte), qualsiasi direzione del personale si lamentava dei tassi elevati di assenteismo e di avvicendamento sul posto di lavoro, del gran numero di lagnanze formulate, così come dei problemi legati a una produzione mediocre o perduta (eccessivi scarti) a causa di tali comportamenti, contrassegnati da sciattezza e da negligenza.

I lavoratori, soprattutto nel campo delle imprese, erano malcontenti di essere relegati a svolgere mansioni tra quelle che essi consideravano essere impieghi noiosi e ripetitivi, o facevano notare che le loro attitudini venivano sottoutilizzate; sembrava che ci fossero poche possibilità di acquisire delle nuove attitudini (abilità) o di accedere a posti migliori, soprattutto in assenza di una politica datoriale della formazione permanente che si potesse qualificare degna di tale nome.

Un numero notevole di essi tendeva a considerare il proprio lavoro piuttosto come un mezzo che come un fine, un mezzo per guadagnare il denaro necessario per fare, al di fuori del campo lavorativo, ciò che loro interessava veramente⁽⁵⁷⁾.

Fenomeni questi che oggi si presentano sotto altri aspetti (come scelte obbligate di

⁵⁷ Sul punto, A. OLIVETTI si esprimeva così: “Il lavoro dovrebbe essere una grande gioia ed è ancora per molti tormento, tormento di non averlo, tormento di fare un lavoro che non serve, non giova a un nobile scopo”.

lavori insoddisfacenti per carenza di posizioni professionali adeguate ai livelli di cultura posseduti; accettazione di lavori precari e a bassa remunerazione per l'alto tasso di disoccupazione esistente in diverse aree del Paese...).

Le reazioni delle imprese (non certo delle istituzioni pubbliche) a questa situazione – e questa è storia del nostro sistema imprenditoriale che non brilla per capacità interpretative della realtà sociale – si sono conformate a uno dei quattro modelli seguenti.

Ce ne sono state alcune di esse che hanno accettato questo atteggiamento negativo e questo livello basso di produttività come dati ineluttabili.

Era un male che bisognava sopportare, esattamente come si affrontava la rincorsa vertiginosa tra prezzi e salari (inflazione).

Si sperava che le cose si sarebbero aggiustate da sole e che si sarebbe ritornato “ai bei tempi”.

Altre imprese hanno utilizzato il metodo che si potrebbe chiamare “della gabbia dorata”.

Esse ritenevano produttore far tacere le rivendicazioni dei lavoratori aumentando i salari e migliorando i vantaggi sociali; le strutture tradizionali dell'organizzazione e del lavoro, però, restavano le stesse.

Altre imprese hanno cercato soluzioni che sembravano essere rapide e facili.

Le ultime mode nel campo della gestione del personale sono state valutate e, spesso, si sono apportati miglioramenti superficiali: ad es., l'eliminazione degli orologi di controllo o l'adozione di orari flessibili o, ancora, il ricorso allo smart-working (come è successo nel periodo della pandemia da Covid-19).

Questi cambiamenti possono essere, però, efficaci allorché si inseriscano in una politica globale di miglioramento del lavoro.

Al contrario, essi sono stati utilizzati in generale come degli oggetti, nel quadro di strategie elaborate in alto che non prevedevano alcun cambiamento sulla natura fondamentale del lavoro e sulla struttura organizzativa.

Questo tema – come si è osservato – non è mai stato trattato in maniera sistematica e diffusa nell'ambito delle pubbliche Istituzioni.

E ciò in quanto il concetto di lavoro routinario faceva parte integrante del modo di essere di un qualsiasi impiegato pubblico⁽⁵⁸⁾.

Anzi, lo è stato ma in un'epoca (che apparentemente si presenta abbastanza lontana da noi).

Vicenda, contrassegnata da un ampio coinvolgimento di amministrazioni, che ha segnato i processi decisionali pubblici per diversi anni.

Ma che poi è tornata ad essere “carsica” quando l'oggetto della Riforma è stato individuato dal Ministero della Funzione pubblica in forma semplificata o, comunque, quando l'interesse si è concentrato su uno solo degli aspetti del complesso discorso da fare: il fatto di occuparsi di questo o di quell'aspetto del sistema amministrativo riduce la “visione d'insieme” dell'operare che va curato per conseguire dei risultati.

È stato, quindi, il quel certo periodo storico (tra il 1984 e il 1989) – con lo scopo di dare una risposta concreta al disegno politico che si sarebbe potuta perseguire l'obiettivo della efficienza, o dell'economicità, o della efficacia dell'attività amministrativa della P.A. – che ci si è iniziati a occuparsi dei bisogni individuali dei lavoratori e dell'inefficienza organizzativa in maniera più sistematica, impegnandosi a scoprire le cause del problema⁽⁵⁹⁾.

A tal riguardo il documento che costituisce il programma operativo del Proget-

58 In letteratura, v. *“Le miserie del signor Travet”*, film diretto da Mario Monicelli (1906–1999), ed. 1945; tratto da una commedia in dialetto piemontese (1863) di Vittorio Bersezio (1828–1900).

59 Agli URP, istituiti con l'art. 12 del d.lgs. n. 29/93 (modificato dalla l. n. 150/2000), si affida il compito – in maniera del tutto irrazionale – di curare la predisposizione di proposte riguardo allo snellimento dei procedimenti amministrativi. Proposte che non potranno mai provenire da chi non lavora la pratica ma solo ne dà notizia al cittadino o all'impresa.

to F.E.P.A. (1984) contiene alcune osservazioni che hanno lo scopo di illuminare tale aspetto «... accentuare le autonomie, il polimorfismo e il decentramento istituzionale e amministrativo costituiscono un vantaggio per il nostro Paese, che tende ad adeguarsi con minori difficoltà di altri paesi occidentali, ai cambiamenti rapidi... di questi anni.

Ma tale adattamento della P.A. sta avvenendo in modo fattuale e disorganico.

Si tratta ora di valorizzare le qualità individuali di laboriosità, di inventività e di adattamento presenti anche tra i dipendenti pubblici.

Si tratta di rendere sinergiche tali individualità mediante tutta una serie di interventi concreti, fattibili e razionali che possano costituire il quadro di mobilitazione e di stimolo per rendere più efficiente e funzionale la P.A. e quindi il sistema Italia.

Inoltre una serie di fattori positivi comincia ad interessare la struttura, l'organizzazione, il clima della P.A..

Un primo elemento positivo è costituito dall'accentuato grado di scolarizzazione e di acculturamento delle qualifiche medio-basse, ...

Un altro elemento favorevole è costituito dal fatto che alcune importanti amministrazioni pubbliche si stanno modernizzando e presentano una funzionalità ed efficienza abbastanza vicine a quelle dei paesi europei più avanzati...

Un ruolo importante ...sta iniziando a svolgere il Dipartimento della Funzione Pubblica, ..., in attuazione di quanto previsto dalla Legge-quadro sul pubblico impiego.

La Legge-quadro tende proprio a contrastare la deriva delle varie strutture della P.A., salvaguardandole ed anzi valorizzandone la loro autonomia funzionale...».

Coloro i quali hanno osservato le negatività che colpiscono i luoghi di lavoro hanno proposto, come rimedio alla situazione, di migliorare la qualità della vita sul posto di lavoro, di rinnovare i luoghi di lavoro e di ripensare ai *metodi di lavoro* al fine di pervenire eventualmente a una più forte corrispondenza tra ciò che le persone si aspettano dal loro impiego e ciò che essi realmente provano.

In sintesi, anche allora, il pensiero era rivolto alla individuazione di progetti innovativi capaci di realizzare situazioni di forte “benessere organizzativo”⁽⁶⁰⁾.

Sempre secondo il punto di vista di questi osservatori, il solo mezzo per conseguire questo obiettivo consisterebbe nel condurre sia il personale sia la direzione a valutare “congiuntamente” la natura dei problemi da affrontare e quella delle strutture organizzative in seno alle quali il lavoro si svolge.

La valutazione dell'insieme delle organizzazioni dovrebbe permettere di isolare gli elementi particolari che necessitano di un miglioramento e di cercare delle soluzioni che consentano all'organizzazione di funzionare più efficacemente e agli impiegati di avere un lavoro più interessante e dei contatti sociali nel luogo di lavoro.

La “qualità della vita sul lavoro”, così come la definiamo con i termini propri della sociologia del lavoro, è una “strategia sistematica di modificazione della organizzazione rivolta a conseguire un migliore equilibrio tra le attese dei lavoratori e delle diverse parti in causa, e le esigenze e gli obiettivi del sistema organizzativo”.

Un programma avente per tema “la qualità della vita sul posto di lavoro” può comportare numerosi cambiamenti in seno all'organizzazione: sistemi tecnici, esigenze di lavoro, partecipazione, gruppi di lavoro semi-autonomi, modi di retribuzione con incentivo, orario di lavoro ridotto, formazione e reclutamento, elaborazione di una teoria organizzativa e modificazione della contrattazione collettiva.

Se questi cambiamenti devono far parte di un progetto sulla qualità della vita sul posto di lavoro, essi non possono essere messi in opera a titolo di espediente o per fare

60 Ma solo nel 2004, il Dipartimento della Funzione Pubblica si occuperà di tale tema con la c.d. “Direttiva Manzella” del 24 marzo 2004; integrata dalle disposizioni contenute nella circolare n. 1/2020 recante “*Misure incentivanti per il ricorso a modalità flessibili di svolgimento delle prestazioni lavorative*”, a firma del Ministro Fabiana Daidone.

tacere le rivendicazioni di lavoratori che abbiano atteggiamenti ostili verso il management.

Al contrario, essi devono inserirsi in una *strategia di lungo termine rivolta al miglioramento organizzativo*, tale che risponda “sistematicamente” ai bisogni dei lavoratori e dell’organizzazione, che per tale via si dimostra più attenta ai bisogni della sua “clientela”.

Il che significa – per ciò che riguarda le amministrazioni pubbliche – esercitare un potere – quello “direzionale” – che contemperi le esigenze di chi presta la propria attività lavorativa al servizio della Nazione e le esigenze di vedere soddisfatte le esigenze peculiari di ciascun cittadino-utente.

Ma perché ciò ci realizzi, occorre che la Corte dei conti attenzi non solo il dato finanziario (studio dei bilanci), ma scenda sul terreno – ben più utile per la gente comune – del come viene utilizzato il denaro dei contribuenti ponendo in prima linea l’analisi del costo-medio del servizio offerto.

Sarebbe pia illusione credere (e far credere) che ricorrere alla Corte costituzionale – per far cancellare una legge che non abbia copertura finanziaria – sia un rimedio alla “*mala gestio*”.

Esso va riguardato, invece, solo come un tassello (e il più debole tra tutti) della politica della sana gestione amministrativa (non finanziaria) su cui la Magistratura del buon andamento (fin dal 1982) deve potere incidere.

Mettendo da parte “la paura della firma” che, pur essendo una “finzione”, è stata presa a base di scelte prive di logica, e se mai a copertura di prolungati stati di inazione delle burocrazie assai attente, nei cambi di Governo, a valutare i nuovi orientamenti della classe politica che va al potere, ci si ritrova nella stessa situazione di allora (cioè a ridosso dell’anno 1994).

Con le burocrazie che sono riuscite a far approvare alla classe politica una legge che rinvia il sistema di controllo concomitante svolto dalla Corte dei conti, temendo di non poter più percepire l’indennità di risultato in quanto consapevoli di avere ritardato i diversi iter dei programmi di cui erano responsabili, si è riusciti là dove nessun riformatore era mai riuscito.

In tal modo sono venuti in evidenza i sistemi di controllo che risultano funzionanti, anche nel senso di porre in allerta il sistema delle burocrazie.

3.1 Il controllo di un progetto avente ad oggetto “la qualità della vita sul posto di lavoro” in una struttura amministrativa complessa.

Una volta che si è deciso di massima di mettere in opera un programma riguardante la qualità della vita sul posto di lavoro e che i dirigenti sindacali e datoriali si sono impegnati ad appoggiarlo⁽⁶¹⁾, un terzo elemento gioca abitualmente, nel processo di cambiamento, un ruolo di una certa importanza: la persona del coordinatore (non necessaria) e/o dell’animatore (necessaria).

La scelta di un animatore si dimostra, in questo tipo di operazioni complesse, fondamentale.

Il suo ruolo consiste nell’aiutare i partecipanti a individuare la causa dei problemi, a studiare una gamma di opzioni, ad aiutare i membri dell’organizzazione a mettere in opera le diverse tappe del processo di cambiamento e a formare in seno all’organizzazione degli agenti incaricati dei cambiamenti (diffusori dell’innovazione) che saranno

⁶¹ La scelta del management va condivisa con chi è da ritenere corresponsabile (pro-quota) della gestione amministrativa, che rientra nella competenza dei propri collaboratori (responsabili del procedimento). Che debba essere condiviso anche dalle OO.SS. dei lavoratori se ne ha testimonianza nella citata “Lettera sindacale” della CISL, avente ad oggetto il Seminario sul Progetto Fepa.

in grado di avviare in futuro dei programmi analoghi senza l'aiuto di alcun animatore "esterno".

D'altra parte, ben poche organizzazioni assumerebbero il rischio di lanciarsi in un progetto di cambiamento senza avere *un gruppo di dirigenti capaci di sorvegliare il relativo processo*.

Per la realizzazione di un progetto sulla qualità della vita sul posto di lavoro, questo gruppo comprende abitualmente rappresentanti della direzione e rappresentanti del sindacato.

Tale "comitato direttivo" prende le decisioni necessarie a supportare le strategie di messa in opera e di controllo delle fasi del progetto; esso partecipa, però, raramente alle attività quotidiane di cambiamento.

Esso viene in aiuto dei partecipanti interpretando, quando ve ne è bisogno, le politiche dell'impresa o quelle che sono enunciate nella contrattazione collettiva, in vista di determinare la premessa delle innovazioni progettate, di sorvegliare le tappe del progetto, di valutare se i cambiamenti avranno degli effetti desiderati e, infine, di decidere di mettere fine a un progetto per un motivo qualunque, o ancora di scegliere altre filiali dell'impresa (o dell'organizzazione pubblica) per mettervi in opera un progetto analogo.

Sotto il profilo del controllo, il mandato del comitato direttivo è ampio, dato che esso deve assicurarsi che, nel contesto di un progetto di cambiamento particolare, le misure prese devono essere compatibili con gli obiettivi dell'organizzazione nel suo insieme.

Se un comitato direttivo ha l'incarico di valutare i (più o meno vasti) cambiamenti progettati e di controllare le ripercussioni sull'organizzazione, esso deve disporre di punti di riferimento a partire dai quali sarà in grado di apportare degli aggiustamenti.

Non soltanto queste linee saranno per esso preziose, ma esse serviranno da guida a coloro che partecipano attivamente al processo di cambiamento. In conseguenza di ciò, la elaborazione dei principi direttivi (alias, Linee-guida) costituisce generalmente la prima tappa per la realizzazione di un progetto sulla qualità della vita sul posto di lavoro.

Una buona enunciazione dei principi deve raggruppare i principi-base che l'organizzazione desidera vedere applicati, oltre che definire ogni nuova iniziativa che essa desidera integrare nella sua cultura, poiché si tratta di elementi importanti.

Tutto ciò sarà utile per stabilire delle linee direttrici per mettere in opera i cambiamenti proposti e aiuterà a rispondere alla domanda: tra tutte le possibilità, qual è la migliore?

La enunciazione dei principi può essere formulata in modi diversi; bisogna, però, aggiornarli in modo che essi restino compatibili con gli obiettivi dell'organizzazione.

Per tracciare efficacemente le grandi linee delle enunciazioni dei principi, bisogna coinvolgere rappresentanti che risultino posizionati in diverse funzioni e in diversi servizi dell'organizzazione. Anche in tal caso un terzo che svolga il ruolo di *animatore* può collaborare molto utilmente alla formulazione di tale enunciazione di principi.

Altra questione pregiudiziale che deve risolvere il Comitato direttivo è la scelta del luogo in cui avviare la "sperimentazione".

In ordine a tale questione non può essere stabilita alcuna regola che riguarda la scelta dei posti dove i progetti di cambiamento potrebbero essere messi a sperimentazione; ma spesso l'esperienza orienta verso diversi luoghi nello stesso tempo.

Il vantaggio di una tale opzione è che, in questo modo, ci si assicura di non puntare troppo sulla buona riuscita di un solo progetto.

In effetti, se l'organizzazione si trova impegnata a valutare i fondamenti di un metodo particolare, è giusto prevedere che non tutti i progetti (che si ispirano a tale me-

todo) saranno coronati da successo.

Il comitato direttivo dovrà essere costantemente impegnato a comparare lo svolgimento dei diversi progetti, per determinare quali tecniche sembra utile usare al meglio in circostanze precise e per valutare con esattezza quali fattori potrebbero avere contribuito al successo degli uni e al fallimento degli altri.

Inoltre, quando più progetti sono messi in opera nello stesso tempo, le conoscenze acquisite nel corso della realizzazione dell'uno o dell'altro possono aiutare a individuare le difficoltà sorte in occasione di un altro ancora.

Inoltre, un maggior numero di impiegati acquisisce dell'esperienza pratica maturata sul campo quali cambiamenti sono da apportare ai posti di lavoro e all'organizzazione.

Risultato: le organizzazioni disporranno di una équipe più numerosa di animatori che potranno collaborare alla realizzazione di ulteriori (eventuali) progetti.

Alcuni pretenderanno che è meglio mettere in opera cambiamenti in tutta l'organizzazione piuttosto che privilegiare alcuni servizi.

Questo può essere accettabile in teoria, ma in pratica, salvo nelle piccole organizzazioni, le risorse, il tempo e l'energia necessari per intraprendere un cambiamento globale avrebbero un costo proibitivo.

I criteri utilizzati per scegliere i posti dove potrebbero essere posti in opera i cambiamenti variano da una organizzazione all'altra, ma nel corso delle sedute di orientamento, i partecipanti sono in grado di indicare spesso certi settori, in risposta alle domande che l'animatore dovrà fare su questo punto.

Si tratta sia di settori problematici, nei quali sarebbe utile sperimentare le procedure del cambiamento previsto, sia di settori dove, secondo i dirigenti, un buon numero di impiegati sembra disponibile a partecipare attivamente all'introduzione delle innovazioni.

Molta parte del loro tempo è dedicato, da parte dei comitati direttivi, a individuare servizi che rappresentino un campione delle attività dell'organizzazione, e unità di lavoro che non siano troppo ampie per tentare le sperimentazioni iniziali.

Evidentemente, anche altri fattori rischiano di entrare in conflitto con queste scelte, specialmente la data dell'avvio del progetto e la professionalità dei quadri di cui sono dotate le unità organizzative individuate; spetta al comitato direttivo decidere i posti che si possono considerare i migliori per l'impianto di questi progetti-pilota.

Mentre il comitato direttivo è incaricato di sorvegliare le attività legate al cambiamento arrecato all'insieme dell'organizzazione, deve esistere, in seno a ciascun servizio dove si attua un progetto-pilota, un gruppo il cui lavoro consiste nell'organizzare le attività quotidiane che comprendono le diverse fasi che portano alla elaborazione e alla messa in opera di ogni innovazione.

Tutto il personale delle piccole unità può far parte di questo gruppo; ma spesso gli impiegati dell'unità organizzativa scelgono, perché li rappresentino, i membri del gruppo esecutivo; il loro sorvegliante più vicino (nella scala gerarchica) ne fa egualmente parte e, eventualmente, un rappresentante nominato dal sindacato, dato che l'animatore serve come persona-risorsa.

Parecchi fattori possono contribuire a rendere efficace il lavoro di un gruppo esecutivo.

I piccoli gruppi di lavoro, contando su un massimo di otto/nove persone, hanno meno difficoltà a intendersi rispetto a quelli più numerosi.

È importante ugualmente che il membro di ciascun gruppo, che esercita funzioni diverse, sia presente in seno all'équipe, e che siano stabilite delle comunicazioni regolari e esaustive con gli altri membri dell'unità e con il comitato direttivo.

È probabile che accada che i membri dell'équipe continuino in una certa misura

a occuparsi delle loro incombenze abituali svolgendo le attività proprie della nuova missione, ma si può verificare che, in certi momenti, queste ultime assorbano tutta la loro attenzione.

I membri del gruppo esecutivo troveranno assolutamente necessario conoscere a fondo le funzioni delle loro unità organizzatorie, di maturare le tecniche di analisi e di comunicazione, di comprendere bene i vantaggi inerenti al processo di cambiamento e di essere consapevoli del volerlo mettere in opera.

In ragione di queste esigenze, i dirigenti dovranno promuovere dei corsi di formazione per i membri delle équipes esecutive.

Nel momento in cui i gruppi esecutivi riceveranno la loro formazione, ci sarà già nell'aria molta agitazione, ci saranno anche molte aspettative.

Quanto ai membri del gruppo di lavoro, essi saranno soprattutto preoccupati da due questioni: che cosa cambiare, e come procedere?

Alcuni di essi esprimeranno il loro personale punto di vista su ciò che bisogna fare per migliorare le procedure, mentre altri riterranno necessario effettuare dei cambiamenti nell'ambito del personale.

Alcune di queste riflessioni sono abbastanza utili, ma abitualmente i programmi efficaci di cambiamento sono fondati su valutazioni sistematiche ed esaurienti della situazione che c'è in seno ai luoghi di lavoro.

Bisogna fare attenzione a non toccare i punti forti dell'organizzazione; bisogna, invece, identificare i settori che sono suscettibili di essere migliorati.

Per ottenere dei dati di questa natura, si fa sempre di più ricorso all'analisi dei sistemi socio-tecnici.

Tale analisi dimostra che le organizzazioni sono dei sistemi aperti che si fondano su parametri definiti dal loro ambiente particolare, e che sono sollecitati da trasformazioni che hanno per risultato il prodotto o il servizio finale.

Inoltre, ogni organizzazione si compone di due sotto-sistemi:

- il sistema tecnico;
- l'organizzazione sociale.

Il sotto-sistema tecnico comprende le procedure e gli strumenti utilizzati per le trasformazioni che sono indispensabili per fornire i prodotti e i servizi propri dell'organizzazione.

Il sotto-sistema "organizzazione sociale" include le relazioni che esistono tra i membri dell'organizzazione e il ruolo che ciascuno di questi ultimi ha nell'organizzazione.

Gli analisti di organizzazione non si sono mai preoccupati coscientemente della interazione che esiste tra questi due sotto-sistemi.

Troppo spesso, nel passato, si è avuta la tendenza ad adottare un modello tecnologico rigido, secondo il quale le nuove macchine erano acquistate in funzione di certe caratteristiche tecniche, e gli operatori volenti o nolenti si dovevano adattare alle macchine.

Diversamente dal modello tecnologico, la prospettiva socio-tecnica tiene conto dei bisogni coniugati dai due sotto-sistemi, tecnico e sociale, e tenta di fornire dei dati che favoriscano la elaborazione di progetti grazie ai quali si potrà assicurare il funzionamento ottimale dei due sistemi in un clima armonioso.

Prima dell'analisi, occorre fare uno studio preliminare, una "esplorazione", che sarà seguita dall'esame dei dettagli operativi propri di ciascuno dei due sotto-sistemi in questione.

Questo studio consente una valutazione dell'organizzazione nel suo insieme.

Esso si interessa particolarmente delle condizioni, delle pressioni e delle prospettive particolari che derivano dall'ambiente circostante. Esso, inoltre, fornisce le coordi-

nate necessarie del contesto in cui l'unità studiata svolge le sue attività.

Inoltre, il luogo di lavoro e i limiti dell'azione dell'unità sono definiti; si pone una attenzione particolare alla determinazione della sua interdipendenza in rapporto con le altre unità dell'organizzazione.

L'analisi del sotto-sistema tecnico permette di fissare con precisione i risultati che sono in grado di originare i diversi soggetti interni, le procedure di trasformazione e i soggetti esterni all'unità.

Ciascuna serie di operazioni è ripartita in elementi, e l'attenzione si concentra su tutti i fattori che possano fornire il loro contributo al miglioramento di questa/o quella fase del processo.

L'analisi dell'organizzazione sociale è destinata a rideterminare la logica dei ruoli che c'è nell'unità organizzativa.

Quali impiegati devono svolgere quei compiti e qual è la correlazione che esiste tra essi?

Vi sono degli scostamenti, delle sovrapposizioni o delle ripetizioni sul piano dei compiti, e ciascun ruolo è chiaramente definito in funzione degli obiettivi dell'unità organizzativa e delle sue relazioni con le altre unità dell'organizzazione e dell'ambiente di lavoro?

Gli impiegati possono ricavare da queste relazioni tra individui e da quelle che esistono tra essi e i loro compiti la soddisfazione personale che essi hanno diritto di aspettarsi? Essi hanno, in queste condizioni, la possibilità di migliorarsi? Esistono delle deficienze da rilevare e delle responsabilità da assumere? Le comunicazioni interne sono sufficienti? E la lista delle questioni di tal genere potrebbe ancora allungarsi.

L'analisi dei sistemi socio-tecnici fornisce al gruppo di lavoro esecutivo uno schema dettagliato e ordinato dei compiti di cui l'unità organizzativa si occupa con successo, e mette in evidenza, anche, i settori suscettibili di essere migliorati.

Il processo sottolinea i legami che esistono tra le diverse operazioni del sotto-sistema tecnico e le interdipendenze a fronte dell'organizzazione sociale.

3.2 I risultati concreti conseguiti, in certo momento storico (1984-1989), dall'attuazione del Progetto FEPA. in Italia. Cosa sono l'efficienza, la economicità, l'efficacia dell'azione amministrativa?

Se nel precedente paragrafo si è riusciti a spiegare in qual modo, in quanto tempo, con quale grado di successo si possono mettere in atto progetti in grado di migliorare il grado di "benessere organizzativo" delle comunità presenti nel contesto delle pubbliche amministrazioni, lo si deve in quanto un Progetto di vasta portata è stato realizzato nel nostro Paese in un arco di tempo abbastanza ristretto.

E della sua realizzazione occorre darne conto, in quanto si dimostra capace di sfatare l'immobilismo culturale di cui darebbero affette le burocrazie nel nostro Paese.

Progetto che ha preso le mosse dalla semplicità disarmante dimostrata da un Ministro della Funzione Pubblica, Remo Gaspari⁽⁶²⁾, che aveva posto ai suoi collaboratori più diretti una domanda apparentemente ingenua:

"Da qualche tempo sottoscrivo, anche a tarda notte, contratti collettivi nazionali di lavoro dei diversi settori del pubblico impiego. E, leggendoli, noto che sono tre le parole che ricorrono più frequentemente nel testo: efficienza, economicità, efficacia..."

Ma siete in grado di fornirmene il significato? E, soprattutto, come si fa a misurare

⁶² Remo Gaspari (1921-2011) è stato Ministro della Funzione Pubblica dall'8 agosto 1989 al 1991 con il Governo Andreotti I, e poi dal 1991 al 1992, con il Governo Andreotti II.

ciascuno dei parametri di analisi della azione amministrativa?⁽⁶³⁾

Si racconta come un silenzio assai imbarazzante si sia registrato tra i presenti.

Solo uno di questi, che era a capo della sua Segreteria tecnica osò accennare alle riflessioni fatte qualche tempo addietro dal prof. Massimo Severo Giannini, il quale ne aveva accennato, appunto, nel suo Rapporto presentato al Parlamento nel 1979⁽⁶⁴⁾.

Un capitolo di tale “Rapporto” appare illuminante nella denominazione che Giannini decise di dargli: “L’unificazione delle metodologie di misurazione”⁽⁶⁵⁾.

A conferma del fatto, se ve ne fosse stato bisogno, che la dirigenza a quel tempo non possedeva la cultura per “misurare i risultati perseguiti”. E che, quindi, le dirigenze avevano trovato il modo di sottrarsi alla valutazione del loro operato, che avrebbe dovuto essere tutto orientato, secondo il Legislatore, a conseguire “risultati”, non altro.

Ma concluse facendo notare come – pur a contrattazione collettiva conclusa – ancora non si era in grado di effettuare una misurazione adeguata dell’azione amministrativa – dell’operato della Pa – in quanto nessuna amministrazione era stata richiesta di farlo.

E ciò nonostante, il fatto che in ogni Ministero risultasse istituito l’Ufficio “Organizzazione e metodi” (di lavoro)⁽⁶⁶⁾. Di come fossero organizzati e che informazioni producessero il Dipartimento della Funzione Pubblica non conosceva nulla.

A ciascun Capo del Personale, comunque, ci si sarebbe potuto rivolgere per avere notizie e informazioni sul punto. Questa fu la proposta sottoposta all’attenzione del decisore politico, il quale non mancò di porre la questione nella successiva riunione periodica del Consiglio Superiore della Pubblica Amministrazione (artt. 1 e 2 del d.P.R. 4 marzo 1976, n. 328).

È da questo episodio – che potrebbe apparire banale – che nasce l’esigenza di fornire una risposta adeguata a una esigenza (conoscere il vero contenuto logico di questi tre termini) che potrebbe apparire “teorica” ma che teorica non lo è mai stato.

Anche perché le riflessioni sottoposte al Parlamento, nel 1979, non lasciavano alcun margine di dubbio, cioè che sarebbe stato necessario avviare una serie di ricerche sul campo o, in alternativa, avviare un Progetto in cui sarebbero state coinvolte tutte le Istituzioni in quanto: “... *La varietà delle tecniche di misurazione della produttività sinora seguite congiunta alle confusioni segnalate tra indicatori di produttività e altre cose, la poca concordia tra gli esperti di questa materia e la non sempre chiara separazione tra profili organizzativi e profili organizzativo-diagnostici, pongono l’opportunità di procedere a una ricognizione metodologica che abbia carattere generale...*”

La risposta a questi dubbi si avrà, a dispetto di certa accademia, qualche tempo dopo per un concorso di fattori che ne hanno consentito la realizzazione.

Per comprendere le finalità e il metodo usato (compartecipazione/ coinvolgimento attivo delle istituzioni partecipanti) per dare esecuzione – da parte del Dipartimento

63 Tali ricordi sono registrati da EMIDIO VALENTINI nel suo libro di memorie dal titolo “Una vita al servizio dello Stato e del Paese”, ed. Ilmiolibro, 2018, www.ilmiolibro.kataweb.it, 156 e ss.. Di Remo Gaspari ne parla come de “l’abruzzese di buon senso e innovatore” (dall’agosto 1983 all’aprile 1987, al Dipartimento della Funzione Pubblica). Inoltre, V. E. VALENTINI, “Contabilità analitica nelle attività amministrative e nei servizi”, ed. Il ventaglio, Roma, 1995, 251; Idem, “*tep di MarxKeynesNtg (e PIL)*”, sito web relativo.

64 Nella collana di studi e ricerche “Politiche pubbliche, gestione, controllo”, dossier n. 3.23, dal titolo “La pubblica amministrazione nel pensiero di Emidio Valentini”, Roma, aprile 2018, p. 228. Testo reperibile presso “L’Archivio delle istituzioni” dell’Istituto Max Weber, Acireale, Biblioteca della Fondazione “Atene e Roma” presso l’ex Collegio Santonoceto.

65 Il prof. Massimo Severo Giannini (1915-2000) è stato Ministro per la organizzazione della PA e per le Regioni dal 4 agosto 1979 al 28 settembre 1980, nel Governo Cossiga I e, poi, nel successivo Cossiga II.

66 È con il d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, che si prevede la costituzione di tale Ufficio, posizionato, in genere, presso la Direzione generale degli affari generali e del personale o presso il Segretariato generale, nei Ministeri in cui, a quel tempo, era previsto (Esteri, Difesa, Finanze...). Ufficio posto a supporto del Consiglio di amministrazione operante presso ciascun Ministero, presieduto dal Ministro o da un Sottosegretario con delega.

della Funzione Pubblica – alla sperimentazione del Progetto “Funzionalità e Efficienza della P.A.” (in sigla, FEPA), è sufficiente ricorrere alla lettura (*rectius*, all’analisi *ex post*) della copiosa documentazione prodotta dagli stessi responsabili nel corso di più di un quinquennio.

Documentazione presentata in Parlamento, che può essere arricchita dalle considerazioni svolte nelle Relazioni predisposte dalla Corte dei conti -Sezione Enti Locali (diretta dal Presidente Salvatore Buscema), nello stesso periodo storico (1984–1989). Relazioni predisposte (in funzione “ausiliaria” nei riguardi del Parlamento) in esecuzione dell’art. 13, c. 4, del d.l. 22 dicembre 1981, n. 786, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 1982, n. 51, ideata e predisposta dal Capo di Gabinetto – il prof. Sergio Ristuccia, consigliere della Corte dei conti, – dell’allora Ministro del Tesoro, prof. Nino Andreatta.

Ma è sul comma 5 di tale articolo che occorre richiamare l’attenzione, per diversi ordini di motivi di natura politico-istituzionale:

1. il fatto che si attribuisca alla Corte dei conti – per la prima volta nella sua storia – il compito di curare un referto apposito (riguardante l’analisi dei consuntivi di Comuni con popolazione superiore agli 8.000 abitanti), richiedendo dati e informazioni ai Ministeri competenti;
2. il fatto che la Corte sia chiamata a elaborare un piano annuale delle rilevazioni che intenda compiere e dei criteri che intende utilizzare in tale attività di indagine;
3. il fatto che il referto abbia una cadenza annuale (confrontabilità nel tempo di traguardi raggiunti);
4. il fatto che il controllo esercitato dalla Corte dei conti non abbia ad oggetto solo la “gestione finanziaria” di tali enti, ma che il controllo si estenda “al buon andamento dell’azione amministrativa degli enti”.

Un richiamo specifico che non sarà mai più ripreso nel testo della legislazione successiva. Bisognerà aspettare l’anno 1994 e, in particolare, la legge n. 20.

Quando la Corte costituzionale viene chiamata a fornire il suo punto di vista in ordine al valore da assegnare alla richiamata normativa, la risposta si rivela non priva di alcune difficoltà.

3.3 Il coinvolgimento attivo delle burocrazie nella realizzazione del Progetto FEPA. Dal piano alla esecuzione, passando per la fase della sperimentazione. Il ruolo della Corte dei conti.

Quando il Segretario Generale della Corte dei conti, il Consigliere Sergio Ristuccia, ricevette l’invito dal Dipartimento della Funzione Pubblica perché la Corte assumesse, nel contesto della “struttura di comando” che si riteneva necessario mettere a punto per fini di governo del Progetto “FEPA”, un ruolo di primo piano, egli non è sembrato avere molti dubbi sulla bontà dello stesso.

Da tempo, da quando aveva potuto leggere in presa diretta il testo della Dichiarazione di Lima (1977), aveva coltivato nel cuore – come nella mente – l’idea di far conseguire alla Corte dei conti italiana, e ai suoi Magistrati di punta, quel traguardo culturale delineato, con grande chiarezza, dal prof. Massimo Severo Giannini, quello di integrare il controllo di legittimità sugli atti con quello sul “buon andamento” della gestione amministrativa.

E l’aver introdotto questo specifico riferimento nell’art. 13, c. 5, della legge n. 51 del 1982, lo soddisfaceva fino ad un certo punto riscontrando, tra i Magistrati addetti alla “Sezione Enti Locali”, da qualche anno in azione, un atteggiamento che si presentava come di disinteresse nei confronti di tale attribuzione, dato che se essa avrebbe dovuto avere come interlocutori i burocrati degli Enti Locali (con popolazione superiore

agli 8.000 abitanti), avvertiti come “lontani” e “incapaci di auto-analizzarsi”.

Nel frattempo, si era avuto modo di sperimentare una situazione difficile nella comunicazione alla Sezione dei rendiconti da parte degli Enti Locali, tanto che il primo referto si era limitato a dare notizia dei ritardi nella trasmissione di tali documenti contabili.

D'altra parte, era opinione diffusa tra la Magistratura contabile che non competeva ad essa fornire un contributo tecnico alla costruzione dei parametri della efficienza, della economicità, della efficacia dei processi decisionali...

Ora, il fatto che fosse la P.A. a dare dimostrazione della volontà di trovare una via tutta propria per dare contenuti ai richiamati tre parametri, costituiva una novità in assoluto; e si rivelava una occasione interessante per la Corte dei conti che avrebbe dovuto svolgere – come da richiesta avanzata – una azione di affiancamento nei riguardi dei “ricercatori” delle diverse Amministrazioni impegnati in tale opera.

Si dimostrava, in questo senso, assai allettante il disegno istituzionale definito nel documento finale del Progetto: «*La Commissione centrale (organo con funzione di guida) operante presso il Servizio VIII del Dipartimento della Funzione Pubblica, sarà composto da 1. rappresentanti delle Amministrazioni e degli Enti interessati al progetto... 2. alcuni dei magistrati, dirigenti e funzionari più qualificati e motivati tra quelli che hanno collaborato alla predisposizione del progetto... 3. gli esperti coinvolti nella predisposizione del progetto... 4. esperti designati dalle organizzazioni sindacali...*».

Del principio del “buon andamento” – tra la Magistratura contabile – si discuteva nei momenti culturali (in occasione di convegni, seminari, incontri di studio...), da essa stessa promossi, ma senza alcun costrutto, cioè senza che ci si proponesse in alcun modo di assumere una posizione pro-attiva nei riguardi di una burocrazia inerte o, comunque, ritardataria nel dare esecuzione alla legge.

La richiesta di partecipazione al “gruppo di comando” del Progetto FEPA, elaborato e proposto da un organismo governativo (Dipartimento della Funzione Pubblica) risultava essere accoglibile (e anche accettabile) per la sussistenza di un preciso appiglio normativo riscontrabile, ormai, nel contesto dell'ordinamento nazionale: l'art. 13, c. 5, del decreto-legge 22 dicembre 1981, n. 786, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 1982, n. 51, recante disposizioni in materia di finanza locale; finanza locale che trattava il 75% dell'intera spesa pubblica...

La norma ora richiamata così recita(va): *La Corte riferisce annualmente al Parlamento, entro il 31 maggio, i risultati dell'esame compiuto sulla gestione finanziaria e sul buon andamento dell'azione amministrativa degli enti.*

Disposizione che, (qualche anno dopo – sempre su impulso di Sergio Ristuccia – con la legge 13 maggio 1983, n. 197 recante la disciplina della “Ristrutturazione della Cassa Depositi e Prestiti...”) rivedremo riprodotta con il pieno e integrale recupero delle espressioni già usate: *Entro il 31 luglio successivo la Corte riferisce al Parlamento sui risultati dell'esame compiuto, e sulla gestione e sul buon andamento della gestione amministrativa. (art. 12, c. 4, legge cit.)*

Ma Sergio Ristuccia non si attarda a leggere il corposo volume che viene allegato alla nota di invito. Come è suo solito, preferisce delegare ad altri la lettura e lo studio dei vari documenti, ma richiedendo che l'incaricato gli faccia una sintesi dei punti più interessanti.

A chi, dei Magistrati addetti al Segretariato Generale, sarebbe dovuto toccare l'onere di tale impegno?

La decisione era già presa ... nonostante le riflessioni svolte in una riunione di lavoro convocata *ad hoc*. Infatti, lo studio viene assegnato al Magistrato addetto che si occupa – nel contesto dello stesso Segretariato – della gestione della formazione.

Nell'arco di una settimana, dopo averne discusso con il Magistrato addetto, Sergio

Ristuccia decide di condividere quella che si presentava come una avventura intellettualmente intrigante e che costituiva, nella sua essenza, una sfida culturale all'Accademia.

Dal punto di vista della politica istituzionale della Corte dei conti, tale Istituzione avrebbe dovuto costituire, anche per le connessioni che si sarebbero venute a creare con l'attività della Sezione Enti Locali (il dover riferire sul buon andamento dell'azione amministrativa significava riferire sullo stato di esecuzione di piani o programmi), un punto di riferimento per tutte le Amministrazioni che via via aderivano al Progetto.

La richiesta di partecipazione al Progetto FEPA diventava una prova per la Corte dei conti, una prova che si sarebbe dovuto affrontare con competenza ma senza un coinvolgimento diretto; e questo si sarebbe potuto realizzare fornendo le coordinate culturali del richiesto rinnovamento culturale delle istituzioni, soprattutto di quelle locali.

Questo il pensiero manifestato dal Segretario Generale della Corte dei conti, attento a non condurre l'Istituzione su un terreno che si sarebbe potuto rivelare pieno di insidie.

D'altra parte, se la stessa P.A. ha riconosciuto che il tempo di dare sostanza di contenuti al metodo della "misurazione dei risultati" di qualsiasi azione amministrativa posta in essere, avrebbe dovuto essa stessa, per il tramite dei suoi operatori sul campo, a fornire gli strumenti necessari; e, in prima battuta, individuare il complesso degli indicatori (o indici) non finanziari utili allo scopo.

Perché in fondo di questo si trattava...dopo aver uniformato il complesso dei procedimenti amministrativi se ne sarebbe dovuto – di ciascuno di essi – misurare i tempi (di effettiva conclusione), misurare i costi (per unità di prodotto o di servizio reso), esaminare i modi con i quali i procedimenti risultavano essere stati attivati.

Chi, meglio di qualsiasi altro burocrate, avrebbe potuto guidare la P.A. verso un campo mai arato? E in una direzione che avrebbe potuto essere considerata sbagliata? Questi, tra l'altro, risultava preposto a una Servizio del Dipartimento che aveva attribuzioni ben puntuali e chiare da svolgere.

Sergio Ristuccia conosceva bene il promotore della iniziativa, ne conosceva il carattere caparbio, ne conosceva le precedenti professionalità acquisite, e soprattutto la sua vasta conoscenza nel campo della matematica applicata.

Sono state tutte analisi fatte in maniera tale da valutare i *pro* e i *contra* di una presenza che avrebbe dovuto essere discreta ma sostanziale della Corte dei conti in un Progetto mai elaborato prima. Progetto che presentava caratteri assolutamente inediti; e, tra questi, l'aver immaginato un coinvolgimento attivo degli operatori pubblici.

La presenza di un rappresentante magistratuale della Corte dei conti fu, quindi, definitiva, ricadendo la scelta sul Magistrato addetto, all'interno del Segretariato Generale, alla gestione della formazione permanente.

È rileggendo, appunto, il SOTTOPROGETTO 5 - Aggiornamento professionale che il Segretariato Generale della Corte dei conti dichiara la sua disponibilità al Ministro della Funzione Pubblica di voler fornire un contributo fattuale per la realizzazione di questo modulo, che aveva un ruolo-chiave nel contesto del Progetto.

Infatti, risultavano assai convincenti le considerazioni che sul punto il Dipartimento della Funzione Pubblica aveva avuto cura di esporre: «*Gestire un cambiamento nei modi dell'azione amministrativa richiede certamente un adeguato substrato culturale e conoscenze professionali inerenti ai mezzi di cui ci si intende servire*».

Una esperienza che trova nelle Organizzazioni sindacali comportamenti più o meno tiepidi, anche perché lo studio si concentra sulla Nuova Tecnica Gestionale 2, quella della verifica dei carichi di lavoro.

Ed è su questo aspetto che concentra l'attenzione Emidio Valentini (come rivela il

suo intervento dal titolo “Analisi, valutazione ed attuazione dei carichi di lavoro nel Progetto FEPA, riportato nella “Lettera sindacale” n. 3/1988, pubblicata dalla CISL).

Si ritiene di dover sottolineare la parola “modi” usata; essa ricomparirà nel 1993-1994 nel testo normativo della “Grande Riforma” che riguarderà la funzione di controllo della Corte dei conti, quando, all’art. 3, c. 4, frase seconda, si richiederà alla stessa di accertare “i tempi, i modi e i costi dell’azione amministrativa”, **quell’azione che, nella quasi totalità dei casi, risulta delineata nei piani e nei programmi che il d.lgs. n. 165 /2001 assegna alla approvazione dei decisori politici.**

Il filo rosso, quindi, che lega a un disegno progettuale il pensiero umano (quello che si nutre di sola teoria senza essere capace di produrre cambiamenti dell’agire), comincia ad intravedersi.

Ciò che convince il Segretario Generale della Corte dei conti è il fatto che il Progetto FEPA scandisce in maniera puntuale il complesso degli interventi formativi che si sarebbero realizzati nel corso dei cinque anni di sua realizzazione.

Si legge, infatti, «*Nel più vasto obiettivo della creazione di una cultura del cambiamento si specificano obiettivi differenziati e graduati a seconda del personale destinatario.*

- a) *Per l’alta dirigenza verrà compiuta un’opera di apertura culturale sulle problematiche che investono ai nostri giorni il lavoro d’ufficio, per consentire loro di proporsi quali avveduti promotori del cambiamento;*
- b) *Una formazione più tecnica e puntuale si rivolgerà alla dirigenza di base e ai quadri intermedi che saranno chiamati ad agire quali diretti operatori del cambiamento;*
- c) *Per il restante personale verranno approntati corsi a livello tecnico-pratico con elementi di cultura organizzativa ed informatica, tali da renderli professionalmente dotati e motivati ad operare in un ambiente tecnologizzato.».*

Alla luce di tali obiettivi – esposti con semplicità – il Segretario Generale assume una decisione: consentire una presenza operativa nella realizzazione degli interventi formativi destinati al personale di cui ai due primi punti del Sotto-progetto richiamato.

Con una raccomandazione: che vi fosse stato l’impegno, da parte del Magistrato designato, a porre in evidenza, in ogni occasione, l’interesse della Corte dei conti a voler vedere conclusa nel migliore dei modi la “sperimentazione” in cui il Dipartimento della Funzione pubblica diceva di essere impegnato, di volersi impegnare nell’interesse esclusivo dei cittadini⁽⁶⁷⁾

D’altra parte, che ci si ritrovasse a navigare in acque del tutto sconosciute era stato messo in conto dal suo ideatore il quale, per evitare qualsiasi interferenza esterna (e soprattutto accademica), aveva posto quale condizione fondamentale per la sua realizzazione che al Progetto non fosse destinato alcun finanziamento pubblico. Una scelta questa apprezzata dal Segretario Generale della Corte dei conti.

Le osservazioni che è dato di leggere non lasciano alcun dubbio; esse sono rintracciabili nel SOTTOPROGETTO n. 3 – Controllo sulla efficienza e l’economicità della azione amministrativa – Indicatori di produttività: «...*si può dire che la P.A. viene attualmente avvertita come un “sistema inefficiente” sia dai cittadini sia dagli stessi operatori pubblici, che, nel tempo, hanno visto progressivamente svilito, nella pubblica opinione, il loro ruolo.*

Obiettivo del sotto-progetto è tendere alla ricomposizione dei due Sistemi (Sistema della PA – Sistema della società esterna), mediante l’adozione di un articolato sistema di controlli sull’efficienza esterna dell’“azione amministrativa”, ovvero sulla capacità della

67 L’ideatore del Progetto FEPA era Emidio Valentini, un dirigente delle Ferrovie dello Stato, che aveva molto lavorato presso gli Uffici di organizzazione e metodi di tale società, occupandosi della gestione della rete ferroviaria e dell’uso del personale nei turni di lavoro al fine di garantire la massima puntualità possibile dei treni viaggiatori e dei treni merci. Sulle esperienze di vita professionale, V. E. VALENTINI, “Una vita al servizio dello Stato e del Paese”, in ilmiolibro.kataweb.it, Roma, 2018, 156.

stessa di soddisfare gli effettivi bisogni espressi dalla società...».

È del tutto evidente il fatto che il tema dei “controlli interni” non poteva (e non avrebbe mai potuto) non interessare la Corte dei conti.

Un tema (ed ecco il valore delle parole-simbolo) che sarà, ancora una volta, ripreso dalla “Grande Riforma” del 1993-1994, a ridosso di quel fenomeno giudiziario denominato “Mani pulite” che denuncia, con i suoi interventi, la disattivazione, ad opera dei decisori politici, del funzionamento dei controlli interni, da quelli di legittimità a quelli ragionieristici, ovvero di regolarità contabile.

Infatti, a tale situazione critica si ritiene – da parte dell'accademia – di porre rimedio con la previsione contenuta nell'art. 3, c. 4, prima alinea, là dove richiede alla Corte dei conti di verificare, oltre naturalmente la legittimità e la regolarità delle gestioni, anche (*rectius*, contestualmente) “*il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione*”.

Funzionamento che si può tradurre nella parola “funzionalità”, in quanto essa si può verificare richiedendo – il Magistrato istruttore – informazioni sul livello di professionalità posseduto dai controllori (peraltro, nominati dalla istituzione controllata...), valutando la precisione dei rilievi formulati, notando l'assiduità posta nell'opera del controllo...

Questa attività può portare a formulare un giudizio anche negativo sul modo di svolgere la propria funzione (controllo di primo livello) da parte di tali organismi⁽⁶⁸⁾

E, ovviamente, sono diversi i criteri usabili per verificare la funzionalità dell'operato di un Collegio dei revisori, di un Ufficio che monitora la produttività del singolo o di apparati, di un Nucleo di valutazione quando dovrebbe supportare le dirigenze nella elaborazione di piani e programmi e a valutarne l'efficacia sullo stato degli utenti...

Tutto ciò presuppone che nei programmi annuali di controllo siano previste indagini aventi ad oggetto differenti analisi, differenti valutazioni.

Da questa presa di posizione – che non sembra essere stata presa con la dovuta convinzione e con la giusta prospettiva – discende una considerazione: anche la parola “controlli” o “sistema dei controlli interni” diventa per la auspicabile “cultura del buon andamento”, che il Progetto FEPA si riprometteva di diffondere tra gli operatori della PA, e a tutti i gradi della sua organizzazione, una parola-simbolo.

Ma nell'attività di referto, svolta dalla Sezione Enti Locali della Corte dei conti nei riguardi del Parlamento, con riguardo allo stato di esecuzione del Progetto FEPA, non si ritrova esplicitata alcuna attenzione nei riguardi di questo tema; un primo esempio lo si ritroverà – dopo un periodo di analisi orientato a raccogliere dati e informazioni utili allo scopo – nella Relazione dell'anno 1989, in cui, in allegato, viene prodotto un referto sullo stato di esecuzione dei Piani sul trasporto pubblico locale⁽⁶⁹⁾.

Solo in questo momento (a distanza di poco più di nove anni dalla sua istituzione...) la Sezione Enti Locali (Magistratura del buon andamento) si avvia a controllare atti aventi natura programmatica e, come tali, capaci di evidenziare lo stato di esecuzione di leggi sia di fonte nazionale sia di fonte regionale.

E per tale via, la Corte dei conti si avvia ad assumere i contorni di una Istituzione superiore di controllo che presta attenzione alle esigenze dei cittadini.

68 È nella deliberazione n. 2 del 1992 (Sezione Enti Locali, Pres. Buscema, Rel. Condemni) che la Corte dei conti fornisce, per la prima volta, un “giudizio” sul modo di fare controllo finanziario-contabile da parte del Collegio dei revisori dei conti, evidenziandone le carenze e gli errori di valutazione, in “*Studi per il decennale della Sezione Enti Locali della Corte dei conti*”, vol. II, ed. IPZS, Roma, 1992, 251-267.

69 Un referto che affronta il tema della efficienza, dopo avere analizzato i tempi di esecuzione dei programmi regionali relativi al “trasporto pubblico locale” (1. Il trasporto pubblico. 2. Trasporto pubblico collettivo su strada. 3. Trasporto pubblico di viaggiatori su strada su linee di interesse generale. 4. Le ferrovie in concessione e in gestione commissariale governativa. 5. La programmazione regionale e i rimedi al deficit di settore. 6. Conclusioni. Fonti normative. Tabelle).

E lo fa richiamando alla discussione un tema che aveva molto interessato un teorico – ma non troppo – come lo era stato il prof. Massimo Severo Giannini.

Questione – quella di svelare gli effetti di certe scelte politiche – che aveva già da tempo interessato, nel campo delle aziende private, gli studiosi di economia aziendale o gli stessi giuristi d'impresa interessati a misurare la soddisfazione dell'utenza e a ricercare i modi migliori per fidelizzarla ai suoi prodotti o servizi.

La partecipazione attiva della Corte dei conti al Progetto FEPA si è rivelata vincente, per diversi ordini di motivi:

- ha avvicinato la “Magistratura del buon andamento” alla realtà amministrativa del sistema degli Enti Locali, alla sua complessità, al fatto che sussistono forme di forte dipendenza dal bilancio di Enti sovraordinati (Stato; Regione; Provincia);

- ha preparato il terreno all'attecchimento, nel tessuto burocratico, dei principi che la legislazione del 1993-1999 (D.lgs. n. 29/93; Leggi n. 19 e 20/94; D.lgs. 286/99) avrebbe indicato come coesenziali allo sviluppo del controllo indipendente esterno a fronte di un sistema di controlli interni;

- ha aperto il controllo alla analisi di programmi connessi alla attuazione di leggi di spesa con una visione multilivello delle stesse; visione che è stata solo confermata dall'art. 11 della legge n. 15/2009, allorché venne richiesto alla Corte dei conti di segnalare i ritardi/le inadempienze dei diversi livelli di governo nella esecuzione delle leggi (dalla mancanza di trasferimenti di risorse alla inerzia mantenuta nel dare alle risorse ricevute la finalizzazione di legge, al denunciare la distorsione di fondi ricevuti per opere non previste dalla legge di finanziamento).

Si può, comunque, affermare come il Progetto FEPA abbia coperto un arco temporale quasi decennale, coinvolgendo migliaia di dipendenti pubblici, e quindi centinaia di istituzioni, soprattutto locali.

Istituzioni locali (e non solo) che hanno potuto dare seguito agli impegni di legge avendo partecipato attivamente alla realizzazione del Progetto in questione. E che ancora oggi ne risultano beneficiari ⁽⁷⁰⁾.

4. Dalla spesa del personale (analisi macro-economica) al costo del lavoro (analisi micro-economica): un percorso (ancora) da completare. Il costo medio per unità di prodotto/servizio.

È ben noto ai cultori della disciplina della “economia delle organizzazioni complesse”, quali sono anche le Istituzioni pubbliche (simile – come disciplina - alla economia aziendale del settore privato) come nel 1993, nella iconoclastica voglia di cambiare tutto in quanto ritenuto “superato dai tempi”, allora Ministro della Funzione Pubblica, Sabino Cassese, si impegna in una opera di eliminazione dei sistemi di raccordo tra decisore politico e “alte dirigenze”, previsti dalla legislazione allora vigente:

1. a livello di coordinamento delle iniziative riguardanti la disciplina delle politiche del personale, con la soppressione del Consiglio superiore della Pubblica Amministrazione, operante presso il Dipartimento della Funzione Pubblica (cioè, a livello della Presidenza del Consiglio dei ministri);
2. a livello di gestione delle politiche ministeriali riguardanti le risorse umane, con la soppressione del Consiglio di amministrazione operante presso ciascun Ministero, composto dai direttori generali e dai rappresentanti dei sindacati maggiormente rappresentativi sul piano nazionale, scelti, a mezzo di libere elezioni, dal personale in servizio;

⁷⁰ V. l'applicazione del sistema di rilevazione presso l'Ospedale “Villa Betania” di Napoli, narrata da P. MORRA, *Il controllo sulla sanità: la valutazione della produttività degli operatori. Come si valutano i rendimenti e i risultati di una struttura sanitaria*, in “*Il controllo indipendente esterno. Diversi oggetti, diversi sistemi di valutazione*” (Atti del Convegno di Potenza, 15 aprile 2019, a cura di R. SCALIA), ed. Bonanno, Acireale-Roma, 149-170.

3. a livello di raccolta sistematica di dati e informazioni, attinenti sempre alla gestione del personale, e utili per rendere operativo uno dei controlli interni chiamato (e avente identica finalità nel settore privato) “controllo di gestione” (controllo della produttività individuale e collettiva), con la soppressione degli Uffici Organizzazione e metodi (di lavoro).

In tal modo, ci si avvia a raccontare una storia che disvela i comportamenti “occulti” delle burocrazie (pronte ad accettare il sacrificio di disvelare i costi effettivi del loro operato, in cambio di un sistema differenziato di valutazione della dirigenza rispetto alle regole utilizzabili per la valutazione dei loro collaboratori...) ma anche della classe degli imprenditori, che di trasparenza non intendono minimamente che si parli nel loro settore, adusi – come sono – a rappresentarsi come vittime di un sistema economico che soffocherebbe la loro capacità imprenditoriale...

Nel settore pubblico, si verifica – ad opera dell'Accademia e, non certo per un rurgito di auto-innovazione sollecitato dal basso – che, al posto di questi Organi di auto-controllo, con l'art. 20 del d.lgs. n. 29/93, le Amministrazioni (tutte) devono ricorrere all'istituendo “Servizio di controllo interno”, poi ridenominato “Nucleo di valutazione”, la cui composizione è di natura collegiale, preferendosi nella scelta dei componenti personale esterno (accademico e non) in possesso di specifica conoscenza nelle discipline della economia del lavoro, della statistica, dell'economia aziendale, della sociologia, del diritto del lavoro...

Per tale via, una “cultura teorica” (di stampo aziendalistico, per giunta) verrebbe a governare un sistema che non ha saputo auto-amministrarsi – ormai da tempo – su basi scientifiche (con il ricorso alla analisi di dati auto-prodotti). Ma che rimane (e continua a rimanere) il campo della Magistratura del Consiglio di Stato, dei TAR, della Corte dei conti (in minima parte...)⁽⁷¹⁾.

Si tratta, comunque, di un “innesto forzato” proveniente da lontano... Una novità assoluta (importata dall'ordinamento americano) che viene accolta, almeno nell'ambito dei Ministeri, con grande sospetto; il sospetto di dover rendere conto – da parte di ciascun direttore generale – dell'operato a “estranei” all'Amministrazione, e di perdere qualsiasi contatto diretto con il decisore politico, l'unico in grado di assumere decisioni capaci di risolvere i problemi legati alla programmazione, alla gestione, al controllo del “capitale umano”.

E la Corte dei conti? Come si viene a configurare la sua presenza nel nuovo contesto ordinamentale?

Tale Istituzione superiore di controllo viene richiamata a svolgere un ruolo che può svolgere solo in parte ... risultando limitata dal fatto che il sistema amministrativo di ciascuna Istituzione ha bisogno di un lungo lasso di tempo per metabolizzare “le novità istituzionali” sinora richiamate.

Infatti, solo sei anni dopo, nel 1999, si decide di chiarire concetti e i ruoli dei diversi tipi di controllo interno.

Dopo che nel 1992, tra l'altro, una Conferenza dell'INTOSAI partorisce delle specifiche linee-guida sul ruolo del sistema dei controlli interni quale interfaccia necessario del controllo indipendente esterno esercitato dalle Istituzioni superiori di controllo (Lima, 1977).

Ed essendo venuta meno la “visione” (antica) di burocrazie collaboranti con il decisore politico, al quale chiedere – a tempo debito – incarichi retribuiti presso altri enti e onorificenze, spesso a puro titolo personale.

⁷¹ A conferma di ciò, V. “*Io sono il potere. Confessioni di un Capo di gabinetto*” (a cura di G. SALVAGGIUOLO), ed. Feltrinelli, Milano, 2020, 284. Cfr. R. RUFFINI, *Performance e buona amministrazione: il ruolo dei Nuclei di valutazione*, in “Il controllo indipendente esterno. Diversi oggetti, diversi sistemi di valutazione” (Atti del Convegno di Potenza, 15 aprile 2019, a cura di R. SCALIA), ed. Bonanno, Acireale-Roma, 2020, 217-236.

Anzi, la nuova filosofia dominante è che il decisore politico non possa più intro-mettersi nel campo – quello del pubblico impiego – che più gli era stato consentito (dal 1948...) di “arare” a mezzo di interventi legislativi richiesti ad hoc da sindacati di categoria, da gruppi di professionisti, da singoli operatori della p.a.. Tutti costituenti parte di quella “clientela” di cui ogni eletto del popolo ha assoluto bisogno per sentirsi... “utile”.

In siffatto nuovo contesto ci si ritrova, da parte della “alta” dirigenza (direttori generali) a dover (ri)tessere il colloquio con il decisore politico, con il suo Capo di Gabinetto, con la relativa Segreteria tecnica, organismi che continuano ad avere un ruolo fondamentale nella stessa elaborazione delle politiche del personale.

Le “alte” dirigenze, anche se è venuto a mancare il luogo del coordinamento (Consiglio Superiore della P.A.), predispongono una serie di contromosse che hanno quale unico scopo quello di “ritardare” l’esecuzione da dare alle diverse disposizioni che sembrano essere state poste da un Legislatore dimostratosi “sospettoso” nei riguardi delle burocrazie.

A tal fine, si chiede – con l’avallo della classe politica – alla Corte dei conti di accettare la presidenza dell’Organo collegiale da dover istituire ex art.20 del richiamato decreto legislativo⁽⁷²⁾; si smantella l’Ufficio “Organizzazione e metodi”, dovendosi considerare responsabile, ormai, della raccolta dei dati sulla attività lavorativa un ufficio che ciascun direttore preposto a una Unità divisionale di livello generale avrebbe dovuto istituire presso di sé (responsabilizzazione diretta); si evita di fornire una scheda uniforme di raccolta dei dati e delle informazioni riguardante il livello di operatività del personale assegnato, all’inizio dell’esercizio finanziario, dal decisore politico a ciascuna Unità direzionale (art. 14, d.lgs. n. 29/93)⁽⁷³⁾ così che alla Segreteria del Nucleo di valutazione pervengono dati e informazioni non sorretti da alcuna logica statistica...e, per questa ragione, per nulla comparabili.

Né, tanto meno si vogliono creare le condizioni che possano consentire alla Corte dei conti di esprimere giudizi sul “valore” (capacità organizzativa) di ogni singolo dirigente generale, tenuto conto che la struttura ministeriale (riguardata nella sua configurazione di livelli di responsabilità) rimarrà immutata per diversi anni, scongiurando il rischio di una riduzione degli incarichi ministeriali di maggiore responsabilità (pianta organica).

Tuttavia, gli stessi rappresentanti della Corte dei conti riconoscono – a fronte della situazione di grave confusione che regna negli apparati – di non poter fornire alcun contributo a supporto. Tanto da presentare in massa le dimissioni appena un anno dopo la loro nomina.

Il primo passo è stato fatto dalle burocrazie (in particolare, dall’alta dirigenza) per ritardare – come si è detto – la Riforma del pubblico impiego.

E questo non dispiace certo al decisore politico (Ministro) che preferirebbe continuare a esercitare la sua “influence” in maniera diretta, non apprezzando la “necessaria intermediazione” di un organismo collegiale (anche se da lui stesso scelto nei suoi membri) incapace di assicurare risposte concrete ai suoi interessi, tra i quali non rientra di certo l’esercizio sul controllo indipendente sul management ma, se mai, la verifica del grado di fedeltà a mezzo del soddisfacimento di piccoli favori a tale fine richiesti.

72 L’art. 20 del d.lgs. n. 29/93, nella sua versione originaria, così recita: “1. I dirigenti generali ed i dirigenti sono responsabili del risultato dell’attività svolta dagli uffici ai quali sono preposti, della realizzazione dei programmi e dei progetti a loro affidati, della gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali ad essi assegnate. 2. Per la verifica dei risultati...il Ministro si avvale di appositi nuclei di valutazione nominati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, composti da esperti in tecniche di valutazione nel controllo di gestione, anche interni all’amministrazione...”.

73 L’art. 14 del d.lgs. n. 29/93 (versione originaria) così dispone al c. 1, lett. b): “(Il Ministro) assegna a ciascun ufficio di livello dirigenziale generale una quota-parte del bilancio dell’amministrazione, commisurata alle risorse finanziarie riferibili...agli oneri per il personale e per le risorse strumentali allo stesso assegnate”.

4.1 Le competenze tecnico-amministrative del management pubblico per fini di analisi delle politiche pubbliche. Uno sguardo... dal ponte.

L'anno 1994, per la Corte dei conti, si può considerare l'anno della svolta, della rivoluzione; una rivoluzione che si fonda sull'attribuzione nuova, quanto mai interessante per le tecniche e per i metodi di lavoro che si andranno a sperimentare sul campo, cioè tra le pubbliche amministrazioni, quella di cominciare ad assumere, nel suo diverso rapporto con il Parlamento, con i Consigli regionali, con gli altri organi elettivi, con l'Esecutivo in genere, ai vari livelli di gestione della "res pubblica", le funzioni di valutatore obiettivo, indipendente dell'attività di gestione (delle risorse umane, strumentali e finanziarie) svolta dalle diverse dirigenze, affinché il *diritto vigente* si realizzi come *diritto vivente*, come *diritto al servizio del cittadino, dell'impresa*.

In termini assai sintetici, la Corte dei conti è diventata (nella mente di chi ne ha proposto il cambiamento) il valutatore esterno, per conto del Parlamento (*rectius*, del popolo italiano), della "sana gestione" delle risorse (umane, strumentali, finanziarie) destinate a realizzare le politiche di settore, come sono abituati a fare da tempo i colleghi di analoghe istituzioni di controllo negli U.S.A., in Francia o in Germania⁷⁴).

D'altra parte, il "diritto vivente" (e tale è quello che si realizza in tempi ragionevolmente contenuti dal tempo in cui la normativa venga approvata dagli organi politici competenti: Parlamento, Consigli regionali) non può mai essere tale se la cultura degli amministratori non riuscirà a "vedere" la norma anche come un fatto economico, in quanto essa incide sempre, direttamente o indirettamente, sul bilancio.

Per avere leggi "viventi" – non "leggi-manifesto" e, per ciò stesso, leggi "senza spina dorsale" o, per usare ancora un'espressione propria delle scienze naturali, *con l'anima dentro* – si deve avere il coraggio di intraprendere la strada, già percorsa da altri Paesi (la Francia, in Europa; gli USA, al di là dell'Oceano), della elaborazione di una *legislazione di risultati*.

Una legislazione tale da poter essere valutata *nel suo perché* (perché è stata approvata questa legge?; in altri termini, quali obiettivi il Legislatore intendeva e intende conseguire?).

Non è facile che ciò si realizzi; perché la cultura cambi è indispensabile porre l'Organo politico (dal Ministro al Presidente della Regione, al Presidente della Provincia, al Sindaco) di fronte alle sue responsabilità, e bisogna farlo mentre il mutamento culturale immaginato matura.

In questa attività da avviare, da sostenere ci sono da registrare, purtroppo, atteggiamenti di meditata indifferenza, di allusiva atonia; c'è, però, ugualmente da parte dei cittadini – ed è questo il dato che più di tutti conforta – una grande voglia di cambiare.

D'altra parte, nessun cambiamento si realizza senza dibattito, e men che mai senza l'individuazione coraggiosa delle resistenze passive da individuare e, quindi, da superare con l'evidenza e i ragionamenti fatti sul campo.

Il punto è ancora una volta di natura culturale: l'uomo nuovo, che sarà votato, è in grado di comprendere che la realtà ha bisogno di un Governo serio?, e che il Governo può essere accettato a condizione che la sua attività, protraendosi per il tempo

74 La Corte dei conti, ancor prima della Grande Riforma del 1994, aveva avuto modo di lanciare il suo sguardo "oltre il ponte". Con approfondimenti comparsi sulla Rivista della Corte dei conti, oppure ospitando contributi di Magistrati di Istituzioni superiori di controllo sia di Paesi europei che di Paesi d'oltre mare. Per gli USA, v. R. SCALIA, "Fare controllo: leggere in originale i testi riguardanti tale funzione, in un confronto tra burocrazie: Italia, USA, Francia" (a cura di), Collana "Politiche pubbliche, gestione, controllo", dossier n. 1, ed. Istituto Max Weber, 1997, Roma, 75-106. Per la RFG, v. K. ROSENTHAL, *Le analisi di organizzazione quale strumento del controllo di efficienza*, in dossier n. 75.5.3, Collana "Politiche pubbliche gestione controllo", ed. Ist. Max Weber, Roma, giugno 2022, 239-256. Per la Francia, si rinvia a B. FINOCCHIARO - G. FALCHI, *Procedure di bilancio e controlli di esecuzione in Francia*, ed. IPZS, Roma, 1996, 167; Idem, "Procedure di bilancio e controlli di esecuzione nei Paesi dell'occidente industrializzato" (presentazione di M.S. Giannini), ed. IPZS, Roma, 1990, 391.

medio-lungo fissato dalla legge, sia giudicata obiettivamente, per i modi in cui abbia saputo incidere nel vivo del corpo sociale?⁽⁷⁵⁾.

L'analisi politologica fatta da eminenti studiosi, ci conferma nel fatto che un po' del futuro di questa innovazione istituzionale – di cui la Corte dei conti è diventata destinataria, nel nostro Paese – ce l'hanno in mano gli elettori. Perché?

L'esperienza formatasi in terra d'oltralpe ci conferma, d'altronde, della influenzabilità che il sistema dei controlli può subire da parte del mondo politico; quest'ultimo, poi, dovrà evitare di continuare a decidere basandosi poco sulla conoscenza dei fatti, poco sull'analisi dei dati; molto si lascerà condizionare dal messaggio "gridato", dal messaggio, assai spesso fuorviante dei commenti giornalistici.

La metodologia con cui si legge ancora la realtà, appena richiamata, potrebbe venire riposta e di tale comportamento lo stesso Istituto fornirà, o potrebbe essere indotto a fornire, la più ampia giustificazione.

Si tratta, ancora una volta, di fare *scelte di libertà*, ancorate all'analisi dei dati, alla lettura ravvicinata dei comportamenti tenuti dai diversi livelli di governo (multilevel governance).

Solo i dati e le informazioni raccolti con metodo, infatti, aiutano realisticamente la classe politica – sia che diriga o che stia all'opposizione – a esplicitare obiettivi, a graduare priorità nelle scelte da fare, nel valutare quali scelte si dimostrano, anche per la "memoria storica" che li dovrebbe sorreggere, le più congrue a soddisfare i bisogni dei cittadini e delle imprese (a volte confliggenti tra loro, ma ambedue rilevanti). E ciò in considerazione del fatto che la politica è di per sé ponderazione di interessi collettivi⁽⁷⁶⁾.

In sostanza, occorre che gli interlocutori politici siano in condizione di maneggiare gli strumenti della analisi economica. E questa non si fonda altro che su dati, espressione della realtà amministrativa.

La Corte dei conti, nel suo quotidiano lavorare, richiama tutti, i cittadini così come i decisori politici, alla realtà della gestione politico-amministrativa; ed è tenuta a svolgere questa funzione fondamentale, di grado costituzionale, studiando la realtà amministrativa, indagandola, cercando di scoprire anche i nessi tra gli avvenimenti, tra le decisioni assunte.

L'ancoraggio al vivere quotidiano, al fluire forse anche routinario, dell'azione amministrativa evita le fughe in avanti della c.d. "politica gridata", e impegna la classe politica a dimostrare saggezza e professionalità nella gestione del pubblico denaro.

La raccolta dei dati (come delle informazioni), che riguardano il quotidiano andamento degli uffici pubblici, è oggi, attraverso una nuova lettura dei documenti contabili, denominati "di bilancio", di competenza della Corte dei conti: ambedue queste operazioni – la raccolta e la lettura dei dati – si dimostrano necessariamente propedeutiche.

75 L'introduzione nell'ordinamento italiano della "relazione di fine mandato" è avvenuta con il dl. n.174/2012 e ha interessato tutti gli enti territoriali. Su tale istituto v. Corte Cost. sent. n. 219 del 16 luglio 2013. Per la funzione che a tale documento si deve assegnare, v. R. SCALIA, *La responsabilità politico-amministrativa del Sindaco nella relazione di fine mandato. Il controllo della Corte dei conti*, "La Corte dei conti. Una Istituzione da scoprire", n. spec., Management locale, Asfel ed., sett. 2022, 219-242. Sul tema, E. CARDILLO, *Per l'unità economica del Paese. Il controllo indipendente esterno della Corte dei conti sul bilancio degli Enti locali...*, in "La funzione di controllo della Corte dei conti. L'esecuzione del PNRR nel contesto di una economia di guerra" (Atti del Convegno di Ragusa a cura di A. BARONE - R. SCALIA), ed. Cacucci, Bari, 2023, 161-165.

76 V., *ex multis*, P. AVRIL, "Saggio sui partiti", ed. Giappichelli, Torino, 1990, p. 247. Anche, SERGIO RISTUCCIA, "Amministrare e governare; governo, parlamento, amministrazione nella crisi del sistema politico", ed. Officina, Torino, 1980, p. 672.

tiche per fare, più in là, *valutazione delle politiche pubbliche*⁽⁷⁷⁾.

Si può affermare, in sostanza, che la “valutazione delle politiche” pubbliche “ha per oggetto la ricerca se i mezzi giuridici, amministrativi o finanziari utilizzati permettano di produrre gli effetti attesi da questa politica e di raggiungere gli obiettivi che le sono stati assegnati” (Jean-Pierre Nioche).

La *valutazione delle politiche pubbliche*, come strumento di analisi delle scelte fatte da un governo al potere, può a quest’ultimo non riuscire gradita (ed è ciò tanto più vero quanto più il giudizio formulato dall’organo di controllo indipendente assume i toni della negatività... o della prudenza).

Ma esso si dimostra, comunque, indispensabile sempre che ci sia un minimo comune denominatore a base della politica svolta da chi sta al governo e di quella gestita da chi sta all’opposizione: esso può essere rintracciato, identificato *nell’obiettivo di ridurre gli sprechi che la gestione burocratica della spesa pubblica di per sé comporta*.

Se la Magistratura del buon andamento riesce nel suo intento – quello di dimostrare che altre istituzioni hanno sopportato una spesa minore – l’intento persuasivo sarà massimo; e le misure di correzione potranno essere assunte. O, comunque, valere per situazioni simili in futuro.

In fondo, se governare è un’arte, anzi l’arte più difficile, così come dicevano i Greci, essa non si può apprendere per via taumaturgica, ma attraverso delle prove, facendo tesoro delle scelte fatte (precedenti) e, in particolare, di quelle che, oltre a rispettare la sostanza della legge, si ispirano a criteri di economicità e di efficienza.

“*Più specificamente, lo scopo esplicito delle valutazioni politiche* (così come delle persone o delle organizzazioni, n.d.a.) *è finalizzato... ad aumentare l’efficacia dei servizi pubblici attraverso gli strumenti del controllo di gestione e del calcolo dei costi*” (Jean-Pierre Nioche).

La legge 14 gennaio 1994, n. 20 (in particolare, l’art. 3, 4° c.) assegna la funzione, tra l’altro, alla Corte dei conti di *accertare*, anche in base all’esito di altri controlli (cioè, oltre a quelli effettuati dalla stessa Istituzione anche in proprio), la “*rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge*”; nel fare questo tipo di controllo (il più complicato di tutti gli altri... messi insieme), deve valutare comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell’azione amministrativa posta in essere, naturalmente da istituzioni simili (AUSL con AUSL, Comune di piccole dimensioni con Comune sempre di piccole dimensioni, un Istituto scolastico con un Istituto scolastico...).

Nel fare *audit/accounting*, quindi, l’Istituto è tenuto a esprimersi con tempestività, non contraddicendo al suo ruolo più antico sulla legittimità degli atti posti in essere, nel corso dell’esercizio finanziario, dal dirigente che sia responsabile della gestione affidatagli o in cui, di fatto, si sia ingerito (valutazione che, fra l’altro, può essere fatta anche in maniera concomitante, cioè senza dover più attendere la presentazione del rendiconto o della contabilità speciale, utilizzando, all’uopo, i poteri investigativi di cui all’8° c.); nonché sulla regolarità contabile della gestione stessa, nel senso della verifica del rispetto delle norme contabili che risultano a quella data vigenti.

Ma l’Istituto è chiamato, annualmente, nei settori e nelle materie (definiti ai sensi del richiamato art. 3, 4° c.) ad esprimersi *a mezzo di una relazione di fine anno*, o anche

77 Nel fare valutazione delle politiche pubbliche, il Magistrato relatore (che è stato lo stesso che ha svolto la relativa indagine, deve usare un linguaggio diverso sicuramente da quello che egli usa quando accerta ipotesi di illegittimità o di irregolarità contabile. Dovendo, sulla base di esperienze amministrative similari, ricorrere a un linguaggio in cui la sollecitazione a migliorare i processi decisionali è di uso comune, egli utilizzerà i verbi al condizionale (ad es. sarebbe opportuno che ..., oppure sarebbe auspicabile che...). Il suo linguaggio diventa quello del giornalista di cronaca, di una cronaca complessa in cui i soggetti da osservare e descrivere sono molti...; e le cui interrelazioni si dimostrano complesse come risultano definite dall’art. 11 della legge n. 15 del 2009 (c.d. legge Brunetta).

di relazioni specifiche in corso d'esercizio, o/e anche, più semplicemente, con l'invio di osservazioni all'amministrazione sottoposta ad accertamento.

Le relazioni, che devono contenere gli esiti del controllo eseguito (nei suoi aspetti di legittimità, regolarità, di valutazione dell'intervento legislativo assoggettato ad esame sulle "comunità") devono essere comunicate agli Organi rappresentativi della volontà popolare (Parlamento e Consigli regionali (c. 5°), nonché Amministrazioni interessate (in quanto le burocrazie sono le naturali esecutrici di piani/programmi approvati dai decisori politici).

Queste ultime sono tenute a comunicare alla Corte e agli organi elettivi le misure consequenzialmente adottate⁽⁷⁸⁾.

Non è chi non veda come l'intrigante funzione di svolgere azione di *consulting*⁽⁷⁹⁾, come consequenziale (o connaturale?) a quella di *audit*⁽⁸⁰⁾, da parte della magistratura contabile in ordine alla gestione delle risorse finanziarie assegnate a una certa istituzione richieda l'acquisizione, da parte della stessa dirigenza assoggettata a controllo di funzionalità, di una *spiccata cultura dei dati, delle informazioni*.

Non si può dire che il percorso fatto dagli operatori che hanno partecipato al Progetto FEPA non sia tornato utile.

Lo si può riconoscere attraverso il riscontro delle definizioni che l'opera intellettuale è riuscito ad elaborare per dare un significato proprio alle "parole simbolo", e a farle diventare patrimonio culturale delle burocrazie italiane.

Così l'efficienza, qualificata come "il rapporto tra risultato raggiunto e risorse impiegate per ottenerlo", risulta costituita dal rapporto tra "obiettivo prefissato" e "risorse impiegate per raggiungerlo". (Relazione al Parlamento sullo stato della PA, 1989).

Mentre la prima definizione sottolinea gli aspetti "gestionali", la seconda si riferisce in modo particolare agli aspetti "istituzionali".

In entrambe le definizioni si tratta di un rapporto in cui, comunque, viene evidenziato l'ottimale utilizzo delle risorse: un servizio, una attività, un prodotto è tanto più efficiente quanto più basso è il rapporto tra quantità di servizio reso, di attività svolta, di prodotto elaborato e quantità di risorse (utilizzate a tal fine).

La formula matematica è, dunque, la seguente:

$E_i = P/R$, in cui E_i = Efficienza; P = Prodotto; R = Risorse.

In tale contesto, risulta utile, al fine di sgomberare il campo da false rappresentazioni, distinguere tra "efficienza istituzionale" ed "efficienza gestionale".

A. Efficienza istituzionale

L'efficienza istituzionale è quella che fa capo a quegli organi che, in una determinata istituzione (privata o pubblica che sia), hanno la "responsabilità politica" della istituzione.

Esempi:

- a) *l'efficienza vista dal Parlamento nell'approvare una legge che istituisca nuovi servizi, che decide risorse da destinare ad investimenti, ...*

78 Il fatto stesso che le sollecitazioni al cambiamento possano non essere prese in considerazione dall'Amministrazione cui sono dirette, sta a dimostrare che le relative deliberazioni non determinano alcuna coazione o limitazione di autonomia della istituzione controllata.

79 V. Corte costituzionale, sent. n. 110/2023. Cfr. F. SCALIA, "Il principio contabile del divieto del soccorso finanziario a fronte di situazioni deficitarie irreversibili riguardanti la gestione di servizi pubblici locali", in *Management locale*, ed. Asfel, n. 5/2023, 65-97.

80 L'*audit* può assumere diverse forme: 1. *audit* dell'efficienza; 2. *audit* dell'efficacia; 3. *audit* delle capacità di *performance management*; 4. *audit* delle informazioni sulla performance; 5. valutazione del rischio; 6. analisi della migliore operatività; 7. analisi del *general management*. Tali tipologie di *audit* richiedono che si sia effettuata una attenta analisi della organizzazione. Nel 2019, per la prima volta, nella storia del Dipartimento della Funzione Pubblica, viene emanata una circolare avente ad oggetto "Indicatori comuni per le funzioni di supporto delle Amministrazioni Pubbliche - ciclo della *performance* 2020-2022", a firma del Ministro Fabiana Daidone.

b) *l'efficienza riferita ad una giunta comunale, provinciale, regionale, etc.*

L'efficienza istituzionale si dimostra essere una efficienza di obiettivi; è soprattutto una efficienza *ex ante*.

La formula generica dell'efficienza, se riferita alla efficienza istituzionale, può essere meglio espressa con:

$$E_{ist} = O/R,$$

in cui i valori di Obiettivi e di R(risorse) sono variabili modificabili, di massima ed entro certi limiti, da parte dei responsabili istituzionali.

La quantificazione dell'efficienza istituzionale risulta oggettivamente difficile, soprattutto nelle istituzioni pubbliche. A ciò va aggiunto che a livello istituzionale non è facile distinguere l'efficienza dall'efficacia.

Comunque, averla concettualmente distinta da quella gestionale, non solo facilita una maggiore comprensione ed una più corretta valutazione di quest'ultima, ma costituisce anche un ottimo strumento metodologico per la delimitazione della responsabilità fra politica e amministrazione nelle istituzioni pubbliche.

L'efficienza istituzionale – a conclusione delle analisi fatte nel corso della attuazione del Progetto FEPA – è quasi sempre il rapporto tra obiettivo programmato e risorse finanziarie destinate a realizzarlo.

Si ponga mente alla “efficienza istituzionale” nel caso di rapporto fra gli interventi a favore di zone colpite da un sisma e le risorse previste dal bilancio dello Stato per tali interventi.

Si ponga mente alla efficienza istituzionale nel rapporto fra nuovi prodotti realizzati in una industria e somme investite per realizzarli.

La caratteristica principale della “efficienza istituzionale” è che essa è essenzialmente una efficienza valutata in termini di costi (sarebbe difficile, peraltro, una valutazione più disaggregata o di tipo organizzatorio come quella relativa al solo personale, o alla sola tecnologia).

B. Efficienza gestionale

L'efficienza gestionale è quella che fa capo a quegli organi che, in una determinata istituzione, hanno la “responsabilità gestionale” dell'istituzione.

Esempi:

- a) l'efficienza riferita al direttore dello stabilimento in cui si produce il nuovo prodotto “voluti” dalla proprietà;
- b) l'efficienza riferita al direttore dell'Ufficio tecnico di un Comune per quanto riguarda la costruzione di un asilo-nido “voluti” dalla Giunta municipale.

Anche l'efficienza gestionale è costituita dal rapporto tra obiettivo e risorse impiegate, ma mentre l'efficienza istituzionale non può che essere riguardata “*ex ante*” (di tipo programmatico) quella gestionale non può che essere analizzata “*ex post*” (a consuntivo).

Ed è su questa diversa valutazione dell'efficienza che si accende il contrasto fra proprietà e management, e soprattutto tra direzione politica e direzione tecnico-amministrativa.

Da questo contrasto origina la sfiducia che spesso si riscontra nelle strutture pubbliche fra “amministratori” e “burocrati”; i primi accusano frequentemente i secondi di inefficienza. I secondi ricambiano con accuse di comportamenti demagogici e di incompetenza (E. Valentini).

Nel settore privato l'esistenza di questo contrasto o porta al fallimento dell'impresa o al licenziamento del manager.

Il mercato ha in sé, quindi, il sistema per “eliminare gli inefficienti”. Nel pubblico

ciò non possibile, non tanto perché non è licenziabile il dirigente inefficiente, ma perché non esiste il fallimento del “proprietario” imprevidente.

Ne consegue che “fisiologicamente” un certo tasso di minore efficienza del settore pubblico rispetto al settore privato va dato per acquisito; sulla entità e tollerabilità di tale tasso, la valutazione non può che essere politica in considerazione del fatto che alcune “produzioni” non possono non essere che di tipo pubblico e che, in certe situazioni, anche le produzioni non necessariamente pubbliche vengono “politicamente” rese pubbliche.

Ma tutto questo non esime la classe dirigente di un Paese dal non tenere conto dell'efficienza; da ciò l'esigenza di trovare strumenti, di mettere a punto metodologie che monitorino e valutino l'efficienza delle istituzioni pubbliche.

Nel contesto della fase sperimentale del FEPA, per ciò che riguarda la misurazione della efficienza gestionale, si è pervenuti a mettere a punto una serie di indici (o indicatori) utili allo scopo:

- Indice di produzione effettiva (IPE, in sigla), definito come rapporto tra le Unità di prodotto e carico di lavoro;
- Tempo medio per unità di prodotto (TMP, in sigla), individuato come rapporto tra il tempo impiegato effettivamente per la realizzazione dei prodotti ed il numero degli addetti;
- Tempo medio per addetto (TMA, in sigla) definito dal rapporto tra il tempo impiegato nella produzione ed il numero degli addetti;
- Produzione media per addetto (PMA, in sigla), ricavata dal rapporto tra le Unità di prodotto realizzate ed il numero degli addetti;
- Carico di lavoro medio per addetto (CMA, in sigla), determinato dal rapporto fra il carico di lavoro ed il numero degli addetti.

Intendendo per:

1. carico di lavoro, il flusso delle Unità di prodotto “da realizzare” nel corso del periodo di tempo oggetto di rilevazione;
2. unità prodotte, cioè quelle realizzate dall'Unità operativa interessata nel corso del periodo di rilevazione;
3. tempo impiegato in giorni/uomo, che è dato dal numero delle giornate effettivamente dedicate nell'anno da tutti gli addetti alla realizzazione delle Unità di prodotto.

Al termine del Progetto, la NTG 5 è risultata molto più semplice con la individuazione dei seguenti indici: 1. Indice di produzione effettiva (IPE), distintamente per prodotto, per settore, per ente, inteso come rapporto tra produzione e risorse umane impiegate; 2. Indice di presenza (IPz), distintamente per settore e per ente, definito come il rapporto fra ore di presenza effettiva e ore di presenza contrattuali; 3. indice di costo (ICS), distintamente per settore e per ente, inteso come rapporto tra produzione realizzata e costi sostenuti per realizzare la produzione.

Maneggiare le informazioni che un qualsiasi sistema informativo, presente in un computer anche portatile, può oggi elaborare con i dati ad esso forniti, rappresenta per il management un grande passo avanti in quel campo che si individua con il termine “gestione delle risorse umane”.

E costituisce la base cognitiva che può consentire alla Corte dei conti, in quel tipo di controllo che richiede la comparazione tra due enti o strutture simili di esse, di svolgere il suo lavoro, cioè di evidenziare la produttività del lavoro e il perseguimento dei suoi obblighi di servizio. La disciplina dell'economia del lavoro finalmente può trovare ingresso in un mondo che si è dimostrato sinora refrattario ad esso.

Anche dell'efficacia si è discusso, arrivando a conclusioni che sono assolutamente plausibili.

È sufficiente qualificare la stessa con questo rapporto:

$Efcia = Obra/Obpr$

dove $Obpr$ = obiettivo prefissato, e $Obra$ = obiettivo raggiunto.

E anche per l'efficacia è opportuno distinguere tra "efficacia istituzionale" ed "efficacia gestionale". Si ha efficacia istituzionale allorché l'obiettivo prefissato riguarda il cosa produrre, il cosa conseguire: ad es., la Giunta di un Comune decide di aprire un certo numero di asili-nido...

Anche per l'efficacia gestione vale la definizione di "rapporto fra obiettivo prefissato e obiettivo realizzato", ma limitatamente alla gestione intesa come concreto operare in vista dell'ottimale raggiungimento degli obiettivi (risultati) stabiliti in sede istituzionale.

L'efficacia gestionale non concerne quindi il "cosa produrre" ma il "come produrre" il "cosa".

Mentre l'efficacia istituzionale riguarda il proprietario o il responsabile "politico" di una certa istituzione, quella gestionale riguarda il management della istituzione stessa.

Gli indici di efficienza

Secondo il Progetto FEPA.

- 1. Indice di produzione effettiva di prodotto**
- 2. Indice di produzione effettiva di Settore e di Ente**
- 3. Indice di produzione contrattuale**
- 4. Indice di presenza**

È evidente che l'efficacia istituzionale è complementare a quella gestionale, ma la separazione concettuale e metodologica si dimostra necessaria per facilitare la delimitazione del terreno della responsabilità che risulta calpestato sia dalla politica che dalle burocrazie.

È facile constatare che in maggiore "interesse manageriale" nei riguardi dei temi (trascurati) della efficienza e dell'efficacia istituzionali, cioè nei riguardi della "produttività istituzionale" (buone leggi, ma soprattutto obiettivi perseguibili), potrebbe contribuire a migliorare il Paese Italia molto di più delle tante riforme istituzionali (passate, ma con effetti permanenti; future, ma senza alcun costrutto).

Come anche per l'efficienza, l'efficacia istituzionale, dato che si riferisce ad obiettivo della Istituzione interessata, dovrebbe essere preventivamente determinata, soprattutto per una *realistica quantificazione del raggiungibile*.

Il "cosa" produrre, il "cosa" conseguire nelle Istituzioni pubbliche viene, però, deciso frequentemente (obiettivo prefissato) dopo una lunga fase preparatoria di tipo formalmente giuridico, ma che ha formato oggetto di mediazione.

Ne deriva da tale modo di operare, che riceve il supporto dei giuristi presenti da sempre nelle organizzazioni ministeriali (e regionali), a livello sia di Capo di Gabinetto che di Capo di Ufficio Legislativo, che l'efficacia realmente perseguita non è sempre quella "correttamente" istituzionale.

Per valutare la "correttezza istituzionale" degli obiettivi l'ordinamento prevede diversi controlli (compreso quello parlamentare sull'agire dell'Esecutivo...).

Comunque, l'efficacia di una Istituzione pubblica è il rapporto fra l'obiettivo formalmente approvato in conformità all'ordinamento giuridico e quello realizzato.

Spetta alla Corte dei conti, quale Istituzione superiore di controllo, utilizzare, nella predisposizione dei relativi questionari sulla funzionalità del sistema dei controlli interni, "recuperare" a sé i risultati di una ricerca effettuata nel corso di poco più di cinque anni dalle diverse burocrazie; ricerca che usa parole-simbolo il cui significato si dimostra universalmente riconosciuto e accettato.

Il che costituisce un traguardo culturale notevole, soprattutto se esso si consegue in

un clima di sostanziale “*mediocritas*” delle classi dirigenti, ormai incapaci di “leggere” la realtà da governare e di assumere le misure necessarie.

Ma, al contempo, ci si può ritenere convinti del fatto che di una “cultura dei dati” la Corte dei conti abbia bisogno su tutti i fronti: sia sul versante interno, e che si determina nella gestione delle risorse (umane, finanziarie e strumentali) di cui dispone; sia sul versante esterno, quello appena indicato.

Questa nuova funzione, che è ormai nel diritto vigente, fa parte dei contenuti del controllo moderno, quello che sinteticamente si indica come “controllo(qualificato) sulla gestione”; ed essa, per poter essere svolta, abbisogna di ricorrere a una professionalità che sia fondata, appunto, sulla “cultura dei dati”⁽⁸¹⁾, che è anche “cultura delle informazioni” acquisite in presa diretta, senza alcuna intermediazione.

Infatti, la cultura della valutazione che è implicita, che fa da presupposto a quelle attività della Corte che usiamo indicare, con discutibile proprietà, “*attribuzioni referenti*”, o si fondano su una adeguata conoscenza di dati e di fenomeni e soprattutto su una comparazione di andamenti e di fenomeni, o decadono a sequela di osservazioni di buon senso, di vago apprezzamento, che poi rappresentano l'aspetto più fragile dei “*referti*” (S. Ristuccia).

Una osservazione molto pertinente, ma che, oggi, dopo il controllo esteso dal d.l. n. 174/2012 sui Rendiconti generali delle Regioni a statuto ordinario – tende a perdere di consistenza.

La normativa richiamata ha consentito di affermare alla Corte Costituzionale con la sentenza n. 29/95: “*Oltreché sotto il profilo dell'estensione oggettiva del “controllo sulla gestione” previsto dalle norme impugnate (dalle regioni Valle d'Aosta, Friuli-Venezia Giulia, Veneto, Regione Emilia-Romagna n.d.a.), quest'ultimo non può essere fondatamente contestato neppure sotto il profilo della sua imputazione soggettiva alla Corte dei conti.*

Come organo previsto dalla Costituzione in posizione d'indipendenza e di neutralità al fine di svolgere imparzialmente ... il controllo contabile sulla gestione del bilancio statale ..., la Corte dei conti è stata istituita come organo di controllo volto a garantire il rispetto della legittimità da parte degli atti amministrativi e della corretta gestione finanziaria.”

Con lo sviluppo del decentramento e l'istituzione delle regioni, che hanno portato alla moltiplicazione dei centri di spesa pubblica, *la prassi giurisprudenziale e le leggi di attuazione della Costituzione* (n.d.a.: tale si può qualificare la legge n. 20/94) hanno esteso l'ambito del controllo esercitato dalla Corte dei conti, per un verso, interpretandone le funzioni in senso espansivo come organo posto al servizio dello Stato-comunità, e non già soltanto dello Stato-governo, e, per altro verso, esaltandone il modo complessivo quale garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità”.

Questa autorevole interpretazione del ruolo, cui è chiamato ad assolvere il massimo Organo costituzionale di controllo indipendente esterno potrebbe essere utilizzato per riscrivere quella parte che ogni buon manuale amministrativo di diritto amministrativo dedica all'istituzione “Corte dei conti”.

81 Sul tema della poliedrica professionalità che va posseduta, ormai, dal Magistrato della Corte dei conti si è espresso F. STADERINI, “*La formazione professionale del magistrato contabile*”, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2004, ed. Wolters Kluwer Italia, Milano, p. 1043-1047, con riferimento al ruolo del “Seminario permanente dei controlli”, istituito con delib. SS.RR. n. 2/1997. Ora, “Scuola di alta formazione”, istituita con delibera del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti il 30 aprile 2020. V. anche S. ROSA, “*Il ruolo del Seminario della formazione permanente, per una cultura omogenea del controllo e dell'accertamento della responsabilità*”, in “*La cultura del controllo indipendente nell'ordinamento italiano*” (Atti del Convegno di Matera, a cura di R. SCALIA), ed. Cacucci, Bari, 2020, 111-122.

E potrebbe essere utilizzato per porsi – le diverse comunità amministrate – una domanda per alcuni aspetti conseguenziale al nuovo dover essere della Corte dei conti nel contesto dell'ordinamento nazionale⁽⁸²⁾.

Alcuni segnali forti, di vera, sostanziale innovazione, si stanno avvertendo: le amministrazioni cominciano ad essere richieste, da parte della Corte dei conti, di invio di dati e informazioni utili allo scopo; si effettuano, poi, da parte di alcuni magistrati contabili, ispezioni dirette in U.S.L. o aziende ospedaliere; si propongono, ancora, specifici questionari di controllo⁽⁸³⁾ che stimolano la dirigenza a un ripensamento organizzativo dei servizi ...; si impiantano i primi nuclei dell'istituto del Servizio di controllo interno ...

C'è chi immagina che la Corte dei conti non abbia ancora riorganizzato il suo apparato per lo sviluppo di quella attività investigativa propedeutica al tipo di audit da svolgere nei confronti delle istituzioni presenti nel territorio.

Non si può disconoscere che le difficoltà esistono, anche di natura culturale; ma la stessa legge fornisce i rimedi per superare gli eventuali gaps, o scostamenti dall'optimum.

D'altra parte – e qui ci si riferisce alla esperienza che si sta cercando di maturare sul campo – i modelli organizzatori di controllo, utili allo scopo, vi sono ⁽⁸⁴⁾.

Sulla base della esperienza maturata dai “valutatori” del General Accounting Office, si possono ricavare utili indicazioni perché l'attività di controllo tout court dei Magistrati addetti al controllo sulla gestione sia supportata da un complesso di Linee-guida che ancora sono tutte da elaborare.

In particolare, bisogna riconoscere come una performance elevata nella Pubblica Amministrazione dia raggiungibile se si realizzano alcune condizioni di base: 1. Che si dia una definizione della performance (risultati) che si intende raggiungere; 2. Che si attuino programmi potenzialmente efficaci; 3. Che si verifichi la performance (cioè i risultati all'inizio, *in itinere* e alla fine); 4. Che si stimoli una performance elevata; 5. Che si elaborino referti, periodici e uno finale, in merito alla performance conseguita.

In tal modo i Magistrati, diventati esperti in specifiche politiche pubbliche (specializzazione) possono aiutare la classe politica e i responsabili di programma ad adempiere ai loro compiti istituzionali.

5. Un confronto tra Paesi: la responsabilizzazione delle dirigenze e il miglioramento delle “performances” degli apparati. L'esperienza francese.

Nello stesso periodo storico in cui si attuano, in Italia, le “Grandi Riforme” (d.lgs. n. 29/93; L. n. 19 e 20 del 1994), in altri Paesi che presentano una tradizione amministrativa analoga, sotto l'influenza delle teorie manageriali degli USA, si approntano misure che si indicano, da parte del Governo, come destinate a migliorare l'azione amministrativa delle diverse istituzioni.

Il che succede anche in occasione delle Riforme (P.A e giustizia) richieste dal Piano europeo di ripresa e resilienza; riforme che intervengono in settori ormai agonizzanti (H. Bonura).

82 V. di recente, R. SCALIA, *Il ruolo della Corte dei conti nell'ordinamento nazionale*, in Rivista della Guardia di Finanza, n. 6/2022, 1553–1592.

83 Da parte, in particolare, della Sezione delle Autonomie con la messa a punto di linee-guida che richiedono ai destinatari (decisori politici, Collegio dei revisori, etc.) l'obbligo di completarli e di rinviarli compilati in ogni loro parte alle competenti Sezioni regionali di controllo.

84 V., *ex multis*, L. PICOZZI, *Il General Accounting Office negli Stati Uniti d'America*, in Riv. C.d.c., Roma, 1949, parte 1, p. 45–52; C. COSTANZA, *Il criterio del controllo esterno in ambito governativo del General Accounting Office degli Stati Uniti d'America*, in Riv. C. d.c. IPZS, Roma, 1991, fasc. n. 1, parte 3. Di recente, si consenta di rinviare a F. SCALIA, *Leggi oscure e violazione dell'art. 3 della Costituzione: il processo di formazione delle leggi e l'auspicabile contributo della Corte dei conti. Un profilo ancora da esplorare per un miglioramento della elaborazione delle leggi*, in Riv. C.d.c., n. 5/2023, 146–147.

È della esperienza francese, però, che si intende parlare, dovendosi fare tesoro della prescrizione normativa contenuta nell'art.1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001.

E, quindi, riferire in presa diretta, anche per prendere coscienza del fatto che il rinnovamento di organizzazioni complesse richiede tempi lunghi e disponibilità al cambiamento che, a volte, non ci sono.

Si deve riconoscere quale e quanto sia stato – nel periodo storico che va dagli anni novanta del secolo scorso ai primi del 2000 – l'impegno francese riguardo alla modernizzazione delle amministrazioni, inserendosi esso in quel movimento di innovazione che intendeva mirare a trasformare l'"amministrazione per procedimenti" in una "amministrazione di responsabilità", una "amministrazione di attribuzioni" in una "amministrazione di risultati".

Così facendo – e come la maggior parte delle riforme sviluppate negli altri Paesi dell'OCSE – essa ha inteso assegnare maggiore autonomia ai servizi gestionali ma fissando loro degli obblighi di risultato ed esigendo che essi rendessero conto di come avevano operato (costi/risultati).

È corretto sottolineare che questa modernizzazione in Francia si sviluppa in un contesto assai decentralizzato dato che i servizi pubblici di Stato sono essenzialmente organizzati sul territorio.

Praticamente tutti i Ministeri sono dotati di una amministrazione centrale e di servizi decentrati attivi in ciascun dipartimento e Regione.

In termini di persone in servizio, il 95% degli operatori pubblici statali lavora nei servizi decentrati, solo il 5% nelle amministrazioni centrali.

L'esposizione più sintetica della politica di modernizzazione dell'amministrazione francese è senza dubbio quella sviluppata nella circolare del Presidente del Consiglio, Michel Rocard, datata 23 febbraio 1989. Con ciò siamo a ridosso degli anni novanta...

Questa circolare ha il merito di fissare i grandi principi che devono guidare la modernizzazione degli apparati pubblici⁽⁸⁵⁾:

- sviluppo dell'autonomia e della responsabilità dei servizi,
- messa a regime di un controllo di gestione e sviluppo della valutazione, contropartita della accordata autonomia;
- priorità alla gestione delle risorse umane;
- apertura ai fruitori (cioè, ai cittadini/alle imprese) dei servizi.

Questi principi, che hanno avuto come fine il miglioramento delle performances del servizio pubblico a fronte delle attese dei cittadini, avrebbero dato risposta all'esigenza di cambiamento che deve contraddistinguere il rapporto tra l'Amministrazione e i suoi utenti; esigenza che si è tradotta, nel corso degli anni, nel rilancio vigoroso della politica di decentramento posta oggi al centro della modernizzazione.

Questo rilancio si è concretato – in Francia – nella legge 6 febbraio 1992 che riguarda l'organizzazione territoriale della Repubblica; essa prescrive, fondandosi sul principio di sussidiarietà:

- "articolo 1: *L'amministrazione territoriale della Repubblica è assicurata dalle collettività territoriali e dai servizi decentrati dello Stato ...*
- articolo 2: *... Sono affidati alle amministrazioni centrali le sole missioni che "presentano un carattere nazionale o la cui esecuzione, in virtù della legge, non può essere delegata a un livello territoriale. Le altre missioni sono affidate ai "servizi decentrati".*

Così la politica di decentramento in Francia si è dovuto tenere in debito conto le

⁸⁵ In Italia, nel 1993, si diramò un documento di 20 pagine con il titolo "Indirizzi per la modernizzazione delle Amministrazioni Pubbliche", a cura del Ministro per la Funzione Pubblica, edito da IPZS.

esigenze degli utenti, cioè si deve vedere l'Amministrazione adattarsi per gestire un equilibrio tra due principi che devono essere poste a base dell'attività dello Stato:

- il principio di eguaglianza di trattamento e del metodo amministrativo nell'applicazione delle politiche dello Stato,
- il principio di adattamento dell'attività alla domanda sociale: identificazione delle facoltà necessarie per la presa in considerazione delle specificità locali.

Per decentramento non bisogna dunque più intendere solamente – come ciò si è verificato troppo spesso fino ad oggi – la volontà di attribuire l'esecuzione delle attività dello Stato ai livelli decentrati meglio adatti, ma anche la necessità di responsabilizzare i servizi decentrati lasciando loro i margini necessari per adottare le modalità della messa in opera delle politiche nazionali alle specificità locali.

La coppia “decentramento-responsabilizzazione” costituisce, ancora oggi, l'asse essenziale della modernizzazione dell'amministrazione francese, la cui finalità è il miglioramento delle “*performances*” del servizio pubblico per rispondere alle attese dei cittadini.

La sua messa in opera ha richiesto che essa fosse accompagnata da una capacità di valutazione delle “*performances*”, che si è sviluppata in Francia sotto le forme del “controllo amministrativo”, del “controllo di gestione” e della “valutazione dei servizi”.

Il funzionamento di una amministrazione decentrata, seguendo i principi sopra indicati, continua a richiedere una funzione di controllo amministrativo del tutto uguale a quella esercitata fino ad ora dai corpi di controllo e dagli ispettorati generali operanti presso ciascun ministero.

Si avrà modo di sottolineare come la necessità della “valutazione delle attività pubbliche” ha condotto i corpi di controllo e gli ispettorati generali a considerare la valutazione del funzionamento del servizio pubblico come la naturale prosecuzione della loro attività.

Si avrà modo di evidenziare, prendendo spunto da esempi concreti, come la scelta di una buona strategia di introduzione del “controllo di gestione” abbia permesso di costruire una alleanza tra la responsabilizzazione dei servizi e il miglioramento delle “*performances*”.

Allo sviluppo delle politiche di “valutazione dei servizi” e alle misure prese a tal riguardo per assicurare la necessaria professionalità per migliorarli si è dedicata altrettanta attenzione.

A. Il controllo della Corte dei conti: le sue evoluzioni.

In Francia, come in diversi altri Paesi, la vocazione della Corte dei conti è quella di effettuare il controllo di conformità (alle leggi) e di regolarità (alla disciplina della contabilità pubblica) dei conti pubblici.

Dal 1967, la Corte è stata incaricata esplicitamente di controllare “il buon impiego del denaro pubblico”, essendo intesa questa espressione nel senso del controllo di gestione e di efficienza, espressione che può anche intendersi come valutazione delle politiche pubbliche.

Nel corso degli ultimi anni, la Corte ha portato a termine delle valutazioni e, oltre al rapporto pubblico annuale, sono stati pubblicati dei rapporti pubblici particolari a conclusione dei lavori di valutazione.

Si può citare, a titolo di esempio, l'analisi condotta sulla politica della circolazione stradale, quella in favore degli handicappati, quella a favore della casa.

Questa evoluzione della Corte attraverso lo sviluppo degli approcci analitici non è maturata a scapito della sua missione storica di controllo e non cambia la sua posizione tra le istituzioni della Repubblica, ma ciò permette ad essa d'arricchire i risultati del

controllo, venendo le certezze del controllo a rafforzare le conclusioni dell'analisi.

Il controllo e l'analisi non si pongono dunque in posizione concorrenziale; essi, invece, si completano e si rafforzano.

Anche perché si è potuto creare un collegamento con altri Organismi di controllo interno, quali sono gli Ispettorati generali.

Storicamente gli Ispettorati generali sono stati creati per controllare i servizi decentrati; vi è dunque una lunga tradizione in tal senso e i servizi decentrati sono il terreno d'azione privilegiato degli ispettorati generali agendo a titolo di controllo.

Stando così le cose, si sottolinea che, se è vero che tutti gli ispettorati generali hanno l'incarico di esercitare il controllo o l'ispezione, un gran numero di essi hanno visto aggiungersi, però, ai loro incarichi di controllo delle attribuzioni che si avvicinano all'amministrazione attiva: tra esse, la funzione di "studio" è quella che più spesso si pone in evidenza.

Ma al di là delle disposizioni particolari che disciplinano ciascuno degli ispettorati, vi è da riscontrare il fatto che il modo di lavorare è influenzato dalla storia stessa di ciascun corpo ispettivo e dall'evoluzione che esso ha progressivamente subito.

A partire dalla tradizionale, originale funzione di controllo, il campo d'azione degli ispettorati generali si è effettivamente allargato ad altre funzioni.

E già nel 1979 sembrava che il controllo non occupasse più il primo posto tra le attività di un certo numero di ispettorati centrali, salva l'eccezione rappresentata da quella del corriere diplomatico e consolare.

Tuttavia, i più importanti per numero, cioè l'ispettorato generale di finanza, quello dei lavori pubblici e il controllo generale delle Armi esercitano ancora il controllo secondo un metodo sistematico (o tradizionale), ma ciò non costituisce più per essi la sola loro attività. Gli altri lo curano sotto la forma del controllo circostanziato, richiesto con decisione del Ministro *pro-tempore* in caso di incidenti o di crisi.

Così gli Ispettorati si sono trovati in generale portati a ricercare in altre aree di lavoro un sostituto alle funzioni di controllo.

A tal riguardo le funzioni "studi, inchieste" e "consulenza" si sono sviluppati. Ma accade anche che l'Ispettorato generale si inserisca nell'attività amministrativa per assumere delle missioni che, logicamente, potrebbero far risorgere dei servizi.

Infine, da qualche anno la necessità di valutare le attività pubbliche ha condotto gli ispettorati generali a investire nella valutazione del funzionamento del servizio pubblico.

Così si è assistito, anche se in modo assai diversificato, a delle evoluzioni che hanno condotto gli Ispettorati generali a completare i loro tradizionali controlli di conformità o di opportunità con degli approcci valutativi.

Allorché nello stesso tempo il Governo ha dato all'analisi delle politiche pubbliche uno "statuto solenne", si sono sviluppati dei dibattiti attorno alla nozione, rispettivamente, di controllo e di analisi; da qui la considerazione finale secondo cui la frontiera tra i due è quanto mai fluida ed è bene ammettere che analisi e controllo si arricchiscano vicendevolmente:

- l'analisi può nutrirsi vantaggiosamente delle informazioni scaturenti dal controllo;
- al contrario, i risultati o i metodi dell'analisi possono essere ricondotti nel contesto della attività di controllo.

Per il momento, appare chiaramente che bisogna evitare la confusione dei (due) generi e considerare l'analisi come una attività specifica che è bene distinguere dai controlli abituali. Ciò rinvia alla necessità che ha ciascun corpo ispettivo di appropriarsi di metodi propri di un campo dove l'esigenza metodologica è più che mai avvertita.

Riassumendo si constata, oggi, che le attività degli Ispettorati generali si suddivi-

dono essenzialmente tra:

- l'ispezione e il controllo;
- gli studi;
- l'analisi, e ciò secondo proporzioni e con metodi e tecniche caratterizzati da una grande diversità.

Secondo alcuni studiosi di pubblica amministrazione di Francia, è da ritenere che gli Ispettorati generali dovranno conoscere nei prossimi anni delle diverse evoluzioni del loro ruolo, tenuto conto delle importanti trasformazioni legate alla messa in opera di una politica di decentramento-responsabilizzazione.

Infatti, quest'ultima rimette in discussione le funzioni, rispettivamente, delle amministrazioni centrali e dei servizi decentrati e richiede agli Ispettorati generali che si tenga conto:

- dell'esperienza necessaria alle amministrazioni centrali in termini di pianificazione, sintesi, prospettive;
- del controllo e delle garanzie di buona applicazione delle politiche sul territorio;
- dell'esigenza di valutazione dei risultati dell'attività pubblica, e del seguito delle osservazioni contenute nell'analisi;
- della razionalizzazione dell'attività amministrativa necessaria a una trattazione interministeriale di numerosi problemi.

B. Il ricorso alle tecniche del controllo di gestione. La costituzione dei centri di responsabilità

La circolare del Primo Ministro del 23 febbraio 1989 riguardante il rinnovamento del servizio pubblico è stata in verità il punto di partenza di una strategia di diffusa responsabilizzazione degli apparati burocratici, enunciando i principi direttivi dei "progetti di servizio" e dei "centri di responsabilità".

Il "progetto di servizio" costituisce essenzialmente uno strumento di mobilitazione e di integrazione degli operatori pubblici in un progetto di strategia e di cambiamento; esso serve a precisare le missioni e i valori del servizio, a concretizzarli in strategie e in piani d'azione.

Cinque anni dopo il loro lancio, il bilancio che si può fare – da parte del Commissariato Generale per il Piano – è positivo: infatti, l'idea "progetto di servizio" ha portato i suoi frutti ... sviluppando la cooperazione tra funzionari e tra servizi, insistendo sulla ricerca di obiettivi e di soluzioni politiche, insistendo sulle ricerche di obiettivi e di soluzioni pratiche e mettendo l'accento sui risultati.

Il modo di "lavorare per progetto" ha cominciato a impiantare nel servizio pubblico le premesse di una "cultura dell'efficacia".

La costituzione di un "centro di responsabilità" è all'inizio un prolungamento del "progetto di servizio" che responsabilizza il servizio in una relazione alle amministrazioni centrali.

Concretamente, il "centro" riceve una dotazione globale di funzionamento e ottiene degli snellimenti procedurali della gestione interna da parte del Ministero.

Esso è autorizzato a utilizzare liberamente le economie realizzate in rapporto ai mezzi finanziari (di bilancio), previa autorizzazione eventuale a fornire un rapporto. Delle semplificazioni nella gestione delle risorse umane sono ugualmente ammissibili.

Come contropartita, l'esistenza di un "progetto di servizio", la messa a punto di un sistema di controllo di gestione e una buona matrice dei costi, che deve essere ottenuta in un lasso di tempo di tre anni, costituiscono le condizioni preliminari per la creazione

ne di un “centro di responsabilità”.

È bene chiarire come le semplificazioni siano determinate a mezzo convenzioni concluse tra, da una parte, i Ministeri di riferimento e i centri e, dall'altra parte, il Ministero del bilancio, il Ministero della funzione pubblica e il Ministero del collegamento.

Per fare qualche esempio concreto, oggi, presso il Ministero dei lavori pubblici, tutte le direzioni dipartimentali sono state qualificate “centro di responsabilità”. Ma non tutti i Ministeri si ritrovano nelle sue stesse condizioni.

E ciò è dovuto al fatto che la Francia - a differenza dell'Italia - ha fatto la scelta di una procedura d'apprendistato piuttosto che di una riforma globale e imposta dall'alto a tutte le istituzioni.

In sostanza, i Ministeri sono stati liberi di scegliere i ritmi della messa a punto del “controllo di gestione”, e la scelta dei “centri di responsabilità” è lasciata al loro apprezzamento.

Così al Ministero dei lavori pubblici lo sviluppo del “controllo di gestione” è stato contestualmente associato alla messa in opera di una politica di responsabilizzazione dei quadri locali.

A seguito del decentramento e del cambiamento della politica economica che ha conosciuto la Francia nel 1984 il Ministero dei lavori pubblici ha dovuto far fronte a una evoluzione importante delle sue attribuzioni e delle sue relazioni con gli utenti.

Questi sono, senza dubbio, i due fattori che hanno provocato una modernizzazione prima del tempo. L'obiettivo è stato facilitato dalla forte cultura tecnica di questo Ministero, costituito essenzialmente da ingegneri.

È interessante analizzare le condizioni alle quali il controllo di gestione è stato introdotto nelle direzioni dipartimentali dei lavori pubblici (DDE) a partire dal 1986, alla luce delle difficoltà incontrate venti anni prima negli stessi servizi quando fu fatta una esperienza di miglioramento organizzativo R.C.B. (razionalizzazione delle scelte di bilancio) per la quale il Ministero in questione era già struttura-pilota.

A differenza che in passato, il modo di lavorare che si è avuto cura di adottare è caratterizzato da un forte pragmatismo, aderente alle attese di base e sviluppantesi per passi successivi tra il (livello) nazionale che fornisce impulsi e inquadra e il (livello) locale che si adatta in funzione delle sue specificità.

È dunque nel corso dell'attività che si vanno a costruire progressivamente gli strumenti con una implicazione, successivamente, dei due livelli più interessati, quello della direzione dipartimentale e quello della divisione.

La prima tappa del programma, denominato operazione CLAI-RE, ha richiesto l'acquisizione di informazioni a livello dei direttori dipartimentali.

Essa ha avuto per obiettivo primario di stabilire i conti per ciascun soggetto pubblico (Stato, dipartimenti, comune) per sapere ciò che ciascuno apporta e ciò che ciascuno riceve da una direzione dipartimentale dei lavori pubblici. Si perviene a un conto di analisi assai semplificato, facilmente accessibile per essere utilizzato come uno strumento di dialogo.

Questa tappa non ha richiesto l'utilizzo di disposizioni sofisticate, ma essa ha permesso, comunque, un primo approccio di costo globale della direzione dipartimentale dell'equipaggiamento e del suo funzionamento economico.

Rispondendo sotto una forma semplice alle attese dei direttori, l'operazione CLAI-RE ha inteso - e questo è il secondo obiettivo - permettere la diffusione di una “cultura della gestione” motivando le direzioni dipartimentali dei lavori pubblici alla messa a punto di strumenti di misura e di metodi di valutazione al fine di passare progressivamente da una “amministrazione per atti” a una “amministrazione di risultati”.

La seconda tappa ha preso in considerazione, questa volta, il livello delle divisioni,

là dove si realizza la maggior parte delle prestazioni delle direzioni dipartimentali dei lavori pubblici e dove esiste uno stato d'animo propizio allo sviluppo del controllo di gestione in considerazione del fatto che il lavoro quotidiano favorisce la messa a punto di una contabilità analitica.

Si richiama l'attenzione, poi, sul fatto che il livello divisionale è quotidianamente impegnato su questioni del tipo:

- come utilizzare al meglio il personale e il materiale di cui si è responsabile?
- come misurare i risultati della propria attività e conoscere l'efficacia del proprio servizio?
- come misurare il più correttamente possibile il costo delle prestazioni rese dai comuni?

A questo livello si è, dunque, elaborato uno strumento di verifica dell'attività (l'informatico "CORAIL") che è una specie di contabilità analitica a livello locale rivolta a tenere sotto controllo la produzione dei contatti quotidiani.

Concretamente CORAIL permette di misurare le attività, di ottimizzare e di rendere conto di tutte le cose che rispondono alle attese del livello divisionale confrontate con le nuove esperienze nate dal decentramento.

La diffusione di questi strumenti di gestione è stata accompagnata da una politica di responsabilizzazione e di trasformazione delle relazioni tra l'amministrazione centrale e i direttori dipartimentali con la messa a punto progressiva in tutte le direzioni dipartimentali di uno strumento di pianificazione, necessariamente, delle attività e delle risorse necessarie che è un "piano obiettivi-mezzi" (P.O.M.), la cui durata è stata fissata in tre anni.

Ciascun piano precisa, rispettando i quadri nazionali tanto in termini di mezzi che delle politiche, le evoluzioni previste a tre anni dal punto di vista dei volumi di produzione e degli organici del personale sia in termini di numero e di qualifiche professionali. La sua finalità è di sviluppare la gestione previsionale delle attività e degli impieghi nel quadro di relazioni contrattuali che esistono tra il livello nazionale e il livello locale.

Si sa come la cultura degli ingegneri dei lavori pubblici è caratterizzata da una buona base di pragmatismo, e l'integrazione con la realtà del territorio locale è certamente stata un elemento che ha facilitato il successo della riforma.

La decisione presa per la concezione dei nuovi metodi di gestione, di un procedimento interattivo tra il centro e la periferia, ha egualmente permesso di predisporre gli strumenti nel corso dell'attività: ciò si raccorda perfettamente alla cultura degli ingegneri il cui gusto per l'azione è uno degli elementi forti di essa.

Infine, tutti questi strumenti di gestione, nella loro concezione, farebbero appello alle nuove tecnologie e alle potenzialità della micro-informatica, che non potevano che essere ben accolti dagli ingegneri.

Attraverso il racconto di questa esperienza del Ministero dei lavori pubblici si vede che, a mano a mano che si sviluppa la responsabilizzazione dei servizi decentralizzati con il necessario margine di autonomia che la deve accompagnare, si ricrea un ruolo nuovo per le amministrazioni centrali, molto più impegnativo di quello che è loro proprio oggi, di sapere effettuare il pilotaggio dei servizi decentralizzati.

Questa funzione di pilotaggio si può riassumere come segue:

- fissare degli obiettivi sintetici ai servizi decentrati;
- allocare i mezzi corrispondenti;
- misurare l'efficacia della loro attività attraverso dei sistemi d'informazione e il controllo di gestione.

Il rafforzamento e l'adattamento dei sistemi di informazione, consentendo una co-

noscenza concreta e affidabile delle attività dei servizi, e la formulazione di indicatori pertinenti rende necessario che la si associ alla creazione di questa funzione di pilotaggio dei servizi decentrati, la creazione a livello centrale dei Ministeri di una struttura di controllo di gestione posizionata nella direzione d'amministrazione centrale con l'incarico di questo pilotaggio.

Questo sembra essere una delle azioni di accompagnamento del processo di decentramento e di responsabilizzazione del tutto prioritario.

Beninteso, sarà ugualmente indispensabile tenere nel dovuto conto la specificità delle missioni dei Ministeri anche nella concezione del giusto controllo di gestione.

C. La valutazione dei servizi.

Nel contesto di sviluppo della valutazione delle politiche, contraddistinto dalla messa in funzione del dispositivo interministeriale istituito dal Decreto del 22 gennaio 1990, parecchi Ministeri, in Francia, si sono dotati di unità specializzate in materia di valutazione.

Queste unità prendono le forme (configurazioni) più diverse.

Due Ministeri hanno costituito – ad esempio – delle direzioni specifiche: la direzione della valutazione e della prospettiva (DEP) creata nel 1987 al Ministero dell'educazione nazionale, e la direzione dell'amministrazione, della ricerca, degli studi e delle statistiche (DARES) creata nel 1992 al Ministero del lavoro.

Tuttavia, la missione della valutazione è sovente assunta in carico da strutture più leggere e più ridotte, sotto forma di incarichi svolti nell'ambito dell'ufficio del direttore generale.

Nate spesso in un contesto di decentramento e sotto lo slancio modernizzatore degli anni ottanta, queste strutture sono naturalmente molto orientate a seguire l'attività dei servizi decentrati.

Ricorrendo a due esempi differenti, quello della missione di esperienza e di collegamento (MEL) della Direzione generale delle imposte e quella della missione di valutazione e prospettiva (MEP) della Direzione del personale e dei servizi, si può analizzare il ruolo della diffusione dell'esperienza oltre che la promozione di una cultura di valutazione nei servizi.

Queste due missioni condividono una stessa volontà di aiuto (assistenza) alla decisione ma esse presentano delle concezioni differenti e si basano su delle disposizioni assai contrastanti.

Così la loro messa a confronto permette di individuare le principali questioni legate all'introduzione di pratiche di valutazione in una amministrazione.

L'individuazione di questi due esempi si basa sui lavori realizzati nel 1993 dal Comitato per la riorganizzazione e la decentralizzazione delle amministrazioni, che si occupa del nuovo ruolo assegnato alle amministrazioni nel quadro della messa in pista della "carta del decentramento".

Le conclusioni del Comitato sono conseguenti allo studio dettagliato di alcune strutture, particolarmente significative, delle nuove professionalità necessarie nell'amministrazione centrale.

È in questo quadro che è stato analizzato in particolare il funzionamento della MEL, della MEP così come della DEP (direzione della valutazione e della prospettiva) del dicastero dell'educazione nazionale.

In sintesi, si è potuto riscontrare come gli studi e le consulenze effettuati nei servizi dalla MEL dalla MEP sono stati rivolti a rendere chiare le decisioni prese dai capi dei servizi locali.

Questi ultimi sono, dunque, assai strettamente associate al processo amministrativo posto in essere e, poi, analizzato.

Si è egualmente accertato come lo stato d'animo che contraddistingue i lavori consiste nel reperire sistematicamente le disfunzioni e nell'individuare i punti forti al fine di ottimizzare le cose buone e di valorizzare le iniziative locali.

Tuttavia, in ambedue i casi analizzati, si sono poste alcune domande di fondo in ordine a un tema di base: quale debba essere considerata la migliore organizzazione possibile di un "servizio di valutazione delle politiche pubbliche:

- sulla messa a punto di una attendibile capacità di ingegneria (istituzionale) in materia di valutazione occorre capire se bisogna costituire un corpo di controllori professionali o si dimostra più utile fare ricorso a esperti esterni?

In quest'ultimo caso, quale sistema di vigilanza e di pilotaggio mettere a punto?

- quali competenze sarebbero necessarie in sede centrale e nei servizi decentrati per promuovere una attendibile cultura della valutazione nella valutazione?

Questo problema è essenziale in un contesto di decentramento.

Si può immaginare, a tal proposito, l'evoluzione che potrà subire "la direzione della valutazione e della prospettiva", che accanto a sintesi nazionali, sviluppi sempre di più delle attività specifiche presso le Università e degli enti al fine di promuovere questo "riflesso valutazione".

D. Il problema del raccordo tra dirigenza interna e valutazione

Il rapporto esistente tra valutazione e modernizzazione è chiaramente esplicitato nella circolare Rocard richiamata, dove è sottolineato che cultura della valutazione e cultura d'iniziativa sono consustanziali.

La valutazione è resa a sua volta necessaria e possibile dal riconoscimento dell'autonomia dei servizi gestionali.

Vi è da notare che in pratica queste connessioni tra *valutazione*, *decentramento* e *modernizzazione* non si realizzano senza difficoltà.

Difatti, lo sviluppo della valutazione ha avuto la tendenza a sostituire un nuovo formalismo amministrativo a un altro piuttosto che a promuovere una vera dinamica di cambiamento.

La concezione di una valutazione come "spina del cambiamento", è dunque assai integrata nel modo di fare pilotaggio e sollecitazione dei servizi decentrati, resta assai insolita.

La questione della valutazione dei servizi rinvia così inevitabilmente al problema del pilotaggio di questi servizi da parte dell'amministrazione centrale.

La valutazione manageriale non ha senso se non quando essa stessa consente, grazie all'elaborazione di rapporti tra i risultati conseguiti e gli obiettivi prefissati, di migliorare, di adattare o di rettificare una attività.

Per essere legata al processo concreto di modernizzazione dei servizi, la valutazione deve dunque:

- riferirsi agli obiettivi dell'attività valutata;
- permettere un ripensamento di questi obiettivi.

In pratica, questi meccanismi si attuano difficilmente.

Certamente, il movimento di decentramento perseguito negli anni ottanta-novanta ha consentito di rinunciare definitivamente al modello tradizionale: "il centro decide e la periferia esegue".

Oggi, si ammette che siano i responsabili operativi, vicini agli utenti e al territorio, a definire gli obiettivi e, tuttavia, questa mutazione del modello tradizionale resta ancora assai imperfetta, facendo dire ad alcun che il processo resta in larga parte bloccato e che "la modernizzazione è in mezzo al guado".

Si trova conferma di ciò nelle difficoltà incontrate dalle amministrazioni centrali per assicurare questo ruolo di pilotaggio assegnato dalla “carta del decentramento”.

Nel migliore dei casi, questi obiettivi non sono altro che la semplice sintesi degli obiettivi dei servizi decentrati. *Spesso le amministrazioni centrali continuano a funzionare in maniera tradizionale.* Gli obiettivi sono definiti da qualche esperto indipendentemente dalle difficoltà della messa in opera.

Mancando di una effettiva funzione di pilotaggio, la valutazione sembra così che si sia anch'essa arrestata in mezzo al guado: lo sviluppo delle pratiche valutative ha incontestabilmente consentito dei progressi e, specificamente, una migliore conoscenza delle pratiche sul campo, ma *la valutazione non si dimostra ancora come un effettivo strumento di miglioramento o di correzione delle politiche, di riformulazione degli obiettivi dell'azione politica.*

Ciò si verifica se si realizza il progetto di un decentramento equilibrato e dinamico, suscettibile di imporre le condizioni di un dialogo rinnovato tra amministrazioni centrali e servizi decentrati.

IL SINDACO

Il ruolo e i poteri del Sindaco e la loro evoluzione*

SOMMARIO: 1. I peculiari aspetti della forma di governo comunale. 2. L'inarrestabile tendenza al rafforzamento dei poteri del Sindaco: 2.1. I nuovi poteri di ordinanza. 2.2. I nuovi poteri di rappresentanza negli enti di area vasta. 3. Il ruolo dei sindaci durante l'emergenza pandemica: di nuovo, il potere di ordinanza ed i suoi controversi utilizzi. 4. I Sindaci e la sfida del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. 5. Il ruolo e i poteri del Sindaco nelle proposte di revisione del TUEL. 6. La questione della durata del mandato. 7. Osservazioni conclusive.

DI CLAUDIA TUBERTINI

ABSTRACT: Il contributo ripercorre le principali tappe che hanno contrassegnato l'evoluzione in senso ampliativo dei poteri e del complessivo ruolo del sindaco, a seguito dell'introduzione della sua elezione diretta, ragionando sugli effetti da questa prodotti sull'equilibrio dei poteri tra gli organi del governo comunale e di quelli che potrebbero derivare dalle proposte di riforma in discussione, come quella relativa all'estensione dei mandati consecutivi.

ABSTRACT: *The paper describes the main stages that have marked the evolution of powers and the overall role of the mayor, as a consequence of the introduction of his direct election, and reflects on the effects produced by this on the balance of powers between the bodies of the municipal government and those that could derive from the reform proposals under discussion, such as that relating to the extension of consecutive mandates.*

1. I peculiari aspetti della forma di governo comunale.

Nello scenario di tumultuose trasformazioni che il sistema locale ha attraversato nell'ultimo decennio, potrebbe apparire quasi in controtendenza la scelta del legislatore statale di lasciare sostanzialmente invariata la disciplina degli organi di governo del Comune, sia nella loro articolazione e composizione, sia nelle rispettive competenze. Mentre, infatti, per effetto della cd. legislazione della crisi, come è noto, i Consigli provinciali sono stati drasticamente ridimensionati nella composizione numerica e trasformati nella loro natura (essendo divenuti organi eletti e formati da consiglieri comunali e sindaci); mentre le Giunte provinciali sono state soppresse, e il Presidente della Provincia ha perso la sua diretta rappresentatività; mentre anche il nuovo ente metropolitano presenta un sistema di organi del tutto inedito nella lunga storia del nostro ordinamento locale⁽¹⁾, a livello municipale il Sindaco e la Giunta continuano

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento al convegno, promosso dalla Rivista, "Sindaci e Amministrazione Comunali a Trent'anni dalla Legge n. 81/1993 sulle elezioni dirette". Venezia, 3 novembre 2023.

¹ Per uno sguardo complessivo alle trasformazioni del sistema degli enti locali derivanti da questa stagione legislativa, mi sia consentito rinviare a L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi economica*, Rimini, Maggioli, 2017, ed ai relativi ampi riferimenti bibliografici.

ad essere, il primo, eletto direttamente dai cittadini, contestualmente al Consiglio; la seconda, nominata dallo stesso Sindaco, che la presiede. Invariato risulta anche il diverso meccanismo di elezione previsto per i comuni fino a 15.000 abitanti, con l'elezione del Consiglio municipale e del Sindaco in un unico turno, secondo un sistema maggioritario, e per i comuni sopra i 15.000 abitanti, con elezione a doppio turno tra i due candidati sindaci che abbiano ottenuto il maggior numero dei voti al primo turno, senza aver raggiunto però la maggioranza assoluta.

La circostanza che la disciplina legislativa della forma di governo comunale non sia stata oggetto di modifica costituisce senza dubbio un effetto del giudizio complessivamente positivo che la dottrina, la giurisprudenza, le istituzioni ed infine gli elettori hanno dato di essa, sin dalla sua introduzione, nel 1993, con l'approvazione della legge 25 marzo, n. 81⁽²⁾. L'investitura diretta del Sindaco da parte dei cittadini e l'attribuzione al capo dell'amministrazione comunale dei poteri più idonei alla realizzazione del suo programma di mandato, in aperta rottura con la tradizione impostazione assembleare del governo municipale italiano⁽³⁾, hanno senz'altro contribuito al rafforzamento della stabilità degli esecutivi locali⁽⁴⁾. Il delicato equilibrio tra le funzioni di indirizzo e controllo assegnate al Consiglio Comunale, da un lato, e le funzioni esecutive attribuite al Sindaco ed alla sua Giunta, dall'altro, è stato cercato dal legislatore mediante l'attribuzione di significativi poteri di reciproca interferenza e condizionamento tra i due organi (tra i quali, anzitutto, il premio di maggioranza nella distribuzione dei seggi a favore della coalizione vincitrice⁽⁵⁾; la possibile approvazione, da parte del Consiglio, della mozione di sfiducia nei confronti del Sindaco eletto⁽⁶⁾; lo scioglimento automatico del Consiglio in caso di dimissioni, impedimento permanente, rimozione, decadenza o decesso del Sindaco⁽⁷⁾), che rendono tale forma di governo un *unicum*⁽⁸⁾, anche nel panorama comparato, che non di rado ha preso il nostro modello come punto di riferimento ed obiettivo a cui tendere⁽⁹⁾. Dall'altro lato, la titolarità della potestà normativa, unita alla competenza riservata all'adozione di atti di indubbio rilievo, contribuiscono a sostanziare in modo peculiare la funzione di indirizzo del Consiglio; tanto da poter-

2 Sui contenuti della legge, nell'ampia letteratura, A. BARBERA (a cura di), *Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale: commento alla Legge 25 marzo 1993, n. 81*, Rimini, Maggioli, 1994; V. ITALIA, M. BASSANI (a cura di), *L'elezione diretta del sindaco (e del Presidente della Provincia). Commento alla l. 25 marzo 1993, n. 81*, Milano, Giuffrè, 1993; P. VIPIANA, C. MIGNONE, P.M. VIPIANA, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, Utet, 1993; M. SCUDIERO, *Elezione diretta del Sindaco tra riforme istituzionali e trasformazioni del sistema politico*, in *Le Regioni*, 1993, 636 ss.; T.E. FROSINI, *Forma di governo locale e sistema elettorale*, in *Giur. cost.*, 1994, 4164; L. PEGORARO, *La forma di governo locale negli statuti dei Comuni*, in *Regione e governo locale*, 1995, 1063 ss.

3 Sul carattere "rivoluzionario" della scelta operata dalla l. 81/1993, L. VANDELLI, *Sindaci e Miti. Sisifo, Tantalo e Damocle nell'amministrazione locale*, Bologna, Il Mulino, 1997, 17.

4 Su punto concordano

5 Artt. 71 e 73 TUEL.

6 Art. 52 TUEL.

7 Art. 53 TUEL.

8 Molto efficace è la nota definizione di L. VANDELLI del sistema di governo locale come sistema «bicefalo», in quanto basato su criteri di equiordinazione; stretta connessione attraverso il rapporto di fiducia; riparto rigido di attribuzioni, ma tuttavia a tendenza monocratica (*Il governo locale*, Bologna, il Mulino, 2000, 43). Sulla classificazione della forma di governo locale v. anche F. PINTO, S. STAIANO, *Il nuovo Sindaco. Riflessioni dopo la riforma*, Torino, Giappichelli, 1998.

9 Si veda, ad es., quando all'ordinamento comunale spagnolo, una ricostruzione delle posizioni della dottrina in M. ARENILLA (a cura di) *La elección directa del alcalde. Reflexiones, efectos y alternativas*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie Claves 19, 2015; sull'elezione diretta del Sindaco come opzione per una "ripolitizzazione" del governo locale T. FONT Y LLOVET, A. GALAN, *Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización*, in *Anuario del Gobierno local*, 1, 2014. Sull'introduzione dell'elezione diretta del Sindaco in Germania e nei paesi dell'Est Europa, H. WOLLMANN, *Reforming Local Leadership and Local Democracy: The Cases of England, Sweden, Germany and France in Comparative Perspective*, in *Local Government Studies*, 2008, vol. 34, n.2, 279 ss.; Id., *The Ascent of the Directly Elected Mayor in European Local Government in West and East*, in: H. Reynaert et al. (a cura di), *Local Political Leadership in Europe*, Nomos-Baden 2009, 115 ss.

si dire che, tuttora, le principali decisioni riguardanti la vita amministrativa dell'ente spettano in ultima istanza all'organo consiliare.

L'apparente funzionalità del sistema così sinteticamente descritto nasconde, in realtà, - secondo un primo orientamento - un elemento di debolezza, rappresentato proprio dal peso e dall'importanza del Sindaco, nell'esercizio effettivo delle scelte decisionali spettanti al Consiglio, attraverso la presenza del Sindaco in seno al Consiglio ed il potere di iniziativa che la legge riserva alla Giunta su tutte le deliberazioni di competenza del Consiglio stesso⁽¹⁰⁾. Attraverso tale potere di iniziativa, il Sindaco, con la sua Giunta, è generalmente grado infatti di condizionare le decisioni che dovrebbero essere frutto della dialettica tra maggioranza e minoranza, anche in forza dell'ampio premio di maggioranza garantitogli (specie nei comuni sotto i 15.000 abitanti) dal sistema elettorale. In tal modo, appare evidente come anche i tradizionali strumenti di controllo riservati ai Consiglieri (come le interpellanze, le mozioni, le interrogazioni, il diritto di accesso a documenti e informazioni) non appaiono sufficienti a garantire una reale influenza del Consiglio e finiscono per essere utilizzati spesso come strumenti di ostruzionismo. Benché il TUEL si premuri di assicurare che i regolamenti attribuiscono ai Consigli comunali adeguate risorse finanziarie, personale, e sedi, risulta inoltre evidente lo squilibrio tra gli apparati e le risorse di cui può beneficiare l'esecutivo, e le (spesso assai ridotte, e non inesistenti) strutture del Consiglio. Rare sono, peraltro, le ipotesi nelle quali si fa ricorso, da parte dei Consigli comunali, allo strumento della mozione di sfiducia (a causa del già ricordato meccanismo rappresentato dalla formula *simul stabunt, simul cadent*, per cui ogni vicenda che generi la fine anticipata del mandato del Sindaco determina lo scioglimento del Consiglio)⁽¹¹⁾, mentre più frequente è la decadenza del Sindaco per cause esterne (come inchieste giudiziarie che fanno emergere episodi di reato, o cause di incompatibilità) o lo scioglimento dei Consigli comunali per l'intervento repressivo dello Stato.

Si evidenzia infine, come ulteriore elemento di disequilibrio tra posizione dei Consiglieri e dei membri dell'esecutivo, che mentre Sindaco e Assessori percepiscono una indennità fissa⁽¹²⁾, che proprio recentemente è stata incrementata in maniera significativa⁽¹³⁾; i primi percepiscono solo un più modesto gettone di presenza, che le misure anti-crisi hanno peraltro imposto ai comuni di ridurre del 10 per cento, rispetto all'importo percepito nel 2005⁽¹⁴⁾; ed infine lo stesso numero dei Consiglieri comunali ha subito una riduzione non trascurabile⁽¹⁵⁾. Se infatti, prima del 2010, il numero di consiglieri variava da un massimo

10 Art. 48, comma 2 TUEL.

11 Di stabilità per "dissuasione", data dal particolare carattere dell'istituto della fiducia (distruttiva) che lega il Sindaco al Consiglio comunale, parla P. MAZZINA, *Sistemi elettorali comunali e rappresentanza politica: un bilancio dei rapporti tra maggioranza e minoranza/e consiliare/i*, in *Federalismi.it*, n. 12/2018, 16.

12 Gli assessori percepiscono un importo dal 10 al 65 per cento dell'indennità del Sindaco, anche in tal caso variabile in base alla popolazione.

13 La Legge di bilancio 2022 (Legge 30 dicembre 2021, n. 234) ha previsto un incremento delle indennità di funzione dei sindaci metropolitani e dei sindaci dei Comuni delle Regioni a statuto ordinario, parametrata al trattamento economico complessivo dei presidenti delle Regioni. L'incremento è adottato in misura graduale per il 2022 e 2023 e in misura permanente a decorrere dal 2024. Si passa così da un massimo di 13.800 euro per i sindaci metropolitani (che prima percepivano massimo 7.800 euro) a 2.208 euro per i sindaci dei comuni sotto i 3.000 abitanti (che prima avevano una indennità massima di 1300 euro)

14 Il gettone varia da un minimo di 17 euro, nei comuni fino a 1000 abitanti, ad un massimo di 103 euro, nei Comuni con oltre 500.000 abitanti. Il gettone si riferisce alle sedute del Consiglio e delle Commissioni a cui ciascun Consigliere partecipa. La legge prevede la possibilità, in presenza di alcune condizioni (riferite al carattere turistico del comune, o alla presenza di buone condizioni finanziarie dell'ente), che i comuni decidano una maggiorazione (in una percentuale che va dal 2 al 5 per cento, a seconda delle diverse ipotesi). Si consideri che in alcuni comuni in condizioni di dissesto finanziario, i Consiglieri hanno addirittura deliberato di rinunciare al gettone di presenza.

15 Sulla riduzione del numero dei consiglieri il legislatore è intervenuto, negli ultimi anni, ripetutamente: cfr. la legge finanziaria per il 2010 (l. 191 del 2009), il d.l. 2 del 2010, convertito in l. 42 del 2010; l'art. 16, comma 17, del d.l. 138 del 2011 (convertito in l. 148) e, da ultimo, la stessa l. 56 del 2014, comma 135, in senso inverso.

di 60 (nei Comuni di oltre un milione di abitanti) a 12 (nei Comuni fino a 3000 abitanti)⁽¹⁶⁾, attualmente il numero varia da un massimo di 48 a un minimo di 10 (a cui deve sempre aggiungersi il Sindaco, che è anche membro del Consiglio Comunale).

A questa lettura, che nella torsione monocratica della forma di governo comunale intravede persino una deviazione dal principio autonomistico⁽¹⁷⁾, si contrappone quella secondo cui questo sbilanciamento dei poteri a favore del potere esecutivo è l'effetto che il legislatore del 1993 ha inteso precisamente conseguire, come elemento di rottura rispetto ad un passato nel quale le mutevoli alleanze tra partiti in seno al Consiglio comunale determinavano l'esatto contrario, per garantire maggiore stabilità e legittimazione⁽¹⁸⁾; e questa percezione di debolezza del Consiglio comunale e di scarsa incisività delle funzioni di indirizzo e di controllo ed esso assegnate dalla legge non è realmente da imputarsi a difetti del modello, ma piuttosto a fattori esterni alla dinamica tra gli organi comunali. La crisi dei partiti politici, l'emersione di nuovi movimenti operanti con tecniche di comunicazione fortemente orientate a non utilizzare i canali tradizionali del dibattito politico, il crescente disagio sociale e, infine, la crisi economica, si rileva, hanno fortemente indebolito la fiducia dei cittadini nei confronti delle assemblee elettive, spingendoli a rivolgersi all'Esecutivo – ed al suo principale titolare e rappresentante a livello locale, il Sindaco – per ottenere più rapida ed efficace risposta alle loro istanze; e, di conseguenza, hanno generato un crescente protagonismo dei Sindaci che ha avuto riflessi anche sulla politica nazionale, e sulle conseguenti scelte del legislatore⁽¹⁹⁾.

2. L'inarrestabile tendenza al rafforzamento dei poteri del Sindaco:

2.1. I nuovi poteri di ordinanza.

Vi è, infatti, da considerare che, se le competenze del Consiglio comunale sono rimaste formalmente invariate, si è però assistito ad interventi normativi che hanno progressivamente rafforzato le competenze del Sindaco. Il primo e più eclatante esempio è l'ormai nota estensione del potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza dei cittadini: poteri di cui la dottrina ed il giudice hanno sempre avvertito l'esigenza di circoscrivere l'uso entro termini conformi all'ordinamento costituzionale. Su questa via si è collocata da tempo, come si sa, la giurisprudenza della Corte costituzionale, nel richiedere il rispetto di un nucleo minimo di condizioni per le ordinanze (efficacia definita nel tempo; motivazione adeguata; conformità ai principi dell'ordinamento giuridico). Queste stesse condizioni sono state ribadite dalla Corte Costituzionale anche nell'interpretazione dei nuovi poteri di ordinanza riconosciuti ai Sindaci, oltre che in materia di incolumità pubblica, nella nuova materia della "sicurezza urbana"⁽²⁰⁾ (A fronte del conferimento di poteri così incisivi e ampi, e ad una casistica assai variegata di ordinanze adottate dai Sindaci, la Corte ha riaffermato con forza i caratteri *extra ordinem* di questi atti atipici, che possono essere giustificati solo da circostanze imprevedibili o situazioni di pericolo e di urgenza, tali da non consen-

16 Art. 37 TUEL.

17 Così S. STAIANO, *Costituzione italiana: art. 5*, Roma, Carocci, 2017, 69.

18 In senso complessivamente favorevole agli esiti della riforma del 1993, gli interventi di S. CASSESE e di F. BASANINI in *La legge 81/93 come modello di riferimento per altri sistemi di governo*, Tavola rotonda tenuta nell'ambito del Convegno su "Comuni e Province a dieci anni dalla legge 81 del 1993. Governo delle Autonomie ed elezione diretta del Sindaco e del Presidente della Provincia", tenuto a Roma nei giorni 15-16 aprile su iniziativa del Ministero dell'Interno, dell'Associazione dei Comuni e dell'Unione delle Province, in www.astrid-online.it. Sugli effetti positivi in termini di stabilità della riforma del 1993, I. NICOTRA, *Rapporti fra centro e periferia: spunti su questi 30 anni di federalismo all'italiana*, in *Questa Rivista*, n. 1/2023, 13.

19 Si v. C. GUARNIERI, *Il sistema politico italiano, radiografia politica di un paese e delle sue crisi*, Il Mulino, Bologna, 2016.

20 L. 24 luglio 2008, n. 125, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, che ha riscritto e sostituito l'art. 54 del TUEL.

tire di provvedere nelle forme ordinarie⁽²¹⁾. Tuttavia, l'esigenza di assicurare ai Sindaci la possibilità di utilizzare in modo duttile il potere di ordinanza per far fronte ad un ventaglio ampio di situazioni che richiedono un intervento urgente, ha spinto il legislatore a intervenire nuovamente ad estendere le tipologie di ordinanze dei Sindaci, mediante la riscrittura degli articoli del D.Lgs. 267/2000 che descrivono i poteri del Sindaco rispettivamente in qualità di capo dell'Amministrazione Locale e di Ufficiale del Governo (d.l. 14/2017, meglio noto come "Decreto Minniti"). Sono ampliate le fattispecie in cui il Sindaco, a termini del comma 5, può adottare ordinanze contingibili ed urgenti (nei casi di assoluta straordinarietà e imprevedibilità), prima limitate ad emergenze sanitarie e di igiene pubblica. Per effetto della novella, le stesse ordinanze, disciplinando e limitando gli orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di alimenti e bevande, sono adottabili dal Sindaco per l'urgente necessità di interventi volti ad eliminare situazioni di grave incuria, degrado del territorio o pericolo per la cd. vivibilità urbana, al fine di garantire la tranquillità ed il riposo dei residenti. E' stato modificato anche il comma 7 dello stesso articolo in virtù del quale il sindaco, questa volta con ordinanza non extra ordinem e sulla base di indirizzi espressi dal Consiglio Comunale, sempre al fine di preservare la tranquillità dei residenti in aree del territorio caratterizzate da notevole afflusso di persone, per esempio i centri storici di maggior richiamo, può disporre limitazioni agli orari di vendita e somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche per un periodo massimo di sessanta giorni.

Significative sono poi le modifiche del decreto Minniti anche all'articolo 54, comma 4 bis, del Tuel, che radica la competenza del sindaco ad adottare ordinanze contingibili ed urgenti questa volta nelle vesti di Ufficiale di Governo, per prevenire gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. A tal proposito, la novella circoscrive il potere di ordinanza ad evitare situazioni che favoriscono l'insorgenza di fenomeni criminosi quali lo spaccio di stupefacenti, l'accattonaggio e lo sfruttamento della prostituzione o fenomeni di abusivismo come l'illecita occupazione di spazi pubblici o di violenza anche legati all'abuso di alcool o sostanze stupefacenti, trattandosi in questi due casi di situazioni che sono considerate naturalmente più contingue alla necessità di garantire la sicurezza primaria⁽²²⁾.

A proposito di questi nuovi poteri, il giudice amministrativo ha rilevato che il sindaco nella qualità di ufficiale di governo, sebbene sottoposto ad un vincolo gerarchico nei confronti del Ministro dell'interno, resta titolare di un potere, atipico e residuale, legittimamente conferito dall'ordinamento per la tutela di interessi fondamentali dei propri amministrati, cosa che conduce a ritenere legittimato passivo in caso di ricorsi contro tali ordinanze proprio il Comune⁽²³⁾.

L'esercizio di questi nuovi poteri ha posto problemi di convivenza con i poteri riservati ai Consigli Comunali, e, in particolare, il potere di dettare prescrizioni urbanistiche, norme per regolamentare l'esercizio delle attività sul territorio e l'uso degli spazi pubblici; e costituisce senz'altro, uno strumento destinato a realizzare un ulteriore spostamento del baricentro decisionale verso il capo dell'esecutivo, anziché verso il Consiglio, generando in alcuni casi la necessità dell'intervento del giudice amministrativo

21 Corte Costituzionale, sentenza n. 115 del 2011, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 54, comma 4, del TUEL limitando il potere di emanare ordinanze a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana ai casi in cui sussistano presupposti di contingibilità e urgenza, a condizione della temporaneità dei loro effetti e, comunque, nei limiti della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare.

22 Sui problemi interpretativi generati da questa riforma, ex multis, A. MANZIONE, *Potere di ordinanza e sicurezza urbana: fondamento, applicazioni e profili critici dopo il decreto legge n. 14 del 2017*, in *Federalismi.it*, n.7/2017; G. TROPEA, *Nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti)*, in *Federalismi.it*, n.1/2018, spec. 10 ss.

23 Cons. Stato, Sez. IV, 11 gennaio 2022, n. 179.

anche per tutelare le competenze riservate all'area tecnica⁽²⁴⁾.

L'applicazione di queste disposizioni mostra peraltro un ricorso frequente dei Sindaci ai nuovi poteri di ordinanza, con l'inevitabile seguito di contenzioso in sede giurisdizionale: i confini tra l'una e l'altra tipologia di ordinanza, infatti, non sempre si palesano di immediata percepiibilità, stante che un contesto di pericolo può attingere a vari fattori causali e minacciare plurimi interessi pubblici.

2.2. I nuovi poteri di rappresentanza negli enti di area vasta.

Sempre nella direzione del rafforzamento delle prerogative dei Sindaci hanno finito per operare, del resto, anche le tanto discusse riforme che, come sopra accennato, hanno modificato il sistema di governo delle Province ed hanno portato all'istituzione delle Città metropolitane, anch'esse caratterizzate dalla previsione di un Consiglio eletto e formato da Consiglieri comunali e Sindaci, e di un Sindaco Metropolitano, coincidente per legge con il Sindaco del comune capoluogo⁽²⁵⁾.

Da nove anni più di 4.200 Sindaci sono impegnati (come Consiglieri, provinciali o metropolitani, o come Presidenti di Provincia, o Sindaci metropolitani) nel governo non solo della comunità comunale, ma anche di quello della cosiddetta "area vasta", con il difficile compito di contemperare gli interessi di prossimità con quelli del territorio circostante, in una logica di integrazione e non di sovrapposizione o contrapposizione tra diversi livelli; senza considerare che tutti i Sindaci fanno, poi, parte dei nuovi organi assembleari (Assemblea dei Sindaci, nella Province; Conferenza Metropolitana, nelle Città metropolitane) che partecipano all'adozione di alcuni fondamentali atti di competenza dei Consigli⁽²⁶⁾. La composizione attuale dei Consigli provinciali e metropolitani mostra, peraltro, come una buona percentuale degli eletti sia rappresentato da Sindaci, evidente segnale della loro influenza ed autorevolezza, che spinge le forze politiche e proporli come rappresentanti degli interessi comunali anche negli organi assembleari degli enti di area vasta.

Su questa inedita forma di governo sono molte le critiche avanzate, sia da coloro che ne enfatizzano i dubbi di legittimità, a dispetto della posizione della Corte Costituzionale⁽²⁷⁾, sia da coloro che, piuttosto, tendono a concentrare le proprie critiche sui suoi difetti di funzionamento. Resta il fatto che la scelta operata dal legislatore, se ha affidato ai componenti dei Consigli comunali un nuovo diritto di elettorato attivo e passivo a livello provinciale e metropolitano, non è stata in grado di garantire un corretto equilibrio tra Consiglieri e Sindaci; anche a livello di area vasta tende a perpetrarsi (il fenomeno è particolarmente evidente nelle Città Metropolitane) quello sbilanciamento a favore del capo dell'esecutivo dell'equilibrio dei poteri tra gli organi che si è già segnalato a livello municipale; con l'ulteriore aggravante che, quasi sempre, la composizione del Consiglio (provinciale o metropolitano) non rappresenta adeguatamente l'intero territorio considerato.

24 Si v. per esempio Tar Veneto, sez. I, 19 maggio 2022, n. 758, a proposito della regolamentazione della viabilità nei centri abitati e dell'illegittimità di ordinanze in materia che valicano i confini della competenza riservata ai tecnici.

25 Sui dubbi di legittimità di tale coincidenza automatica si v. Corte Costituzionale, sent. 240/2021.

26 In particolare, il bilancio viene approvato dal Consiglio (provinciale o metropolitano) a seguito del parere espresso dall'Assemblea dei Sindaci (o dalla Conferenza metropolitana) con i voti che rappresentino almeno un terzo dei comuni compresi nell'ente di area vasta e la maggioranza della popolazione complessivamente residente. La Conferenza metropolitana, inoltre, così come l'Assemblea provinciale, approvano in via definitiva lo statuto e sue eventuali modifiche, proposte dal Consiglio (art. 1, commi 8, 9 e 55, l. 56/2014).

27 Nella sentenza n. 50 del 2015 la Corte Costituzionale ha confermato la piena compatibilità di un meccanismo elettivo di secondo grado con il principio democratico e con quello autonomistico, escludendo che il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio venga meno in caso di elezioni di secondo grado, che, del resto, sono previste dalla Costituzione proprio per la più alta carica dello Stato (il Presidente della Repubblica). Anche la più recente sentenza n.240/2021, pur invocando un intervento legislativo di riforma del sistema elettorale (quantomeno) delle Città metropolitane, ha chiaramente lasciato al legislatore la scelta tra un sistema elettorale diretto o indiretto (stigmatizzando solo la carica "ex lege" del sindaco metropolitano).

3. Il ruolo dei sindaci durante l'emergenza pandemica: di nuovo, il potere di ordinanza ed i suoi controversi utilizzi.

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e la sua rapidissima diffusione in Italia hanno imposto sin dal suo insorgere l'adozione di misure di contenimento riguardanti tutto il territorio nazionale. La diffusione del virus ha portato a misure progressivamente stringenti che hanno costruito un vero e proprio "mosaico normativo" per la gestione dell'emergenza di assai difficile composizione ed interpretazione. L'evidente rafforzamento dei poteri in capo all'esecutivo nazionale, e, in particolare, al Presidente del Consiglio, non ha tuttavia impedito che ai provvedimenti nazionali si affiancassero, sin dal primo insorgere dell'emergenza, numerosi e variegati provvedimenti (in particolare ordinanze) delle autorità regionali e locali, e, soprattutto – per quanto qui specificamente interessa – dei Sindaci; interventi che, dapprima, essi hanno esercitato in autonomia, in forza dei poteri loro spettanti come autorità protezione civile e sanitarie e di (ai sensi dell'art. 117 d.lgs. 112/1998 e degli articoli 50 e 54 del d.lgs. 267/2000, testo unico sull'ordinamento degli enti locali); poi, sulla base delle disposizioni ad essi dedicate nei decreti-legge e DPCM. E' stato subito evidente, infatti, che il Governo non potesse prescindere dagli interventi su base decentrata, in quanto maggiormente idonei a garantire l'adozione di decisioni adeguate a ciascun territorio, in un contesto emergenziale del tutto nuovo e in costante evoluzione; ma altrettanto evidente è stata, poi, la difficoltà di convogliare questi interventi in un quadro armonico e coordinato, evitando che le iniziative autonome dei territori portassero alla perdita di efficacia delle misure nazionali ed all'ulteriore diffusione del contagio⁽²⁸⁾. Così, nonostante l'emergere da subito di contrasti tra autorità nazionale e governi locali (risolti per lo più mediante l'annullamento da parte del Prefetto delle ordinanze comunali)⁽²⁹⁾, il decreto legge n. 6/2020 (successivamente in gran parte abrogato e sostituito dal d.l. 19/2020, entrato in vigore il 26 marzo) ha riconosciuto un generale potere delle «autorità competenti» di adottare misure di contenimento e gestione dell'emergenza anche al di fuori delle ipotesi affidate ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, prevedendo inoltre che nelle more dell'adozione dei predetti DPCM, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure avrebbero potuto essere adottate anche dagli enti locali e dalle Regioni. Tale previsione, tuttavia, veniva poco dopo precisata (art. 35 d.l. 2 marzo 2020, n. 9) disponendo l'inefficacia delle ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza che fossero *in contrasto* con le misure statali.

Il prolungarsi dell'incertezza sulla distribuzione delle competenze ha infine spinto il legislatore, con il d.l. n. 19/2020, a prevedere che sia i provvedimenti destinati ad avere efficacia sull'intero territorio nazionale che quelli destinati ad avere efficacia solo su un territorio regionale (o su parte di esso) ovvero in più regioni fossero sempre adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Tale previsione, motivata dalla necessità di garantire un coordinamento delle misure in sede statale e dalla necessità di costituire un corpus normativo più facilmente comprensibile sia dai destinatari delle misure sia dai soggetti deputati ad effettuare i controlli, ha di conseguenza fortemente circoscritto i poteri di ordinanza dei Sindaci, permesso solo in via residuale, a pena di inefficacia, e purché non recante misure in contrasto con quelle statali e negli stessi limiti di oggetto previsti per le ordinanze regionali (art. 3, comma 2).

L'entrata in vigore di questa nuova disciplina – come la precedente, fonte di giudizi assai contrastanti nell'opinione pubblica ed in dottrina – non ha comunque impedito il verificarsi di nuovi interventi da parte dei Sindaci al di fuori degli stretti limiti imposti

28 I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2 2020, 75 ss.

29 A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, aprile 2020

dal legislatore statale. Ciò ha portato non solo all'accrescersi della conflittualità politica, ma anche al ricorso al giudice amministrativo da parte del Governo e ad un contenzioso anche nei confronti delle ordinanze sindacali, generato da ricorsi di privati cittadini⁽³⁰⁾. Tuttavia, la vicenda che ha suscitato maggior scalpore e preoccupazione, dal punto di vista delle relazioni tra Stato ed autonomie locali, è stato l'esercizio del potere governativo di annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento, ai sensi dell'articolo 138 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e dell'articolo 2, comma 3, lettera p), della legge n. 400 del 1988, per rimuovere un provvedimento locale. Si tratta dell'ordinanza del Sindaco di Messina del 5/4/2020 con cui lo stesso aveva introdotto l'obbligo per chiunque intendeva fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina, sia che viaggiasse a piedi sia a bordo di un qualsiasi mezzo di trasporto, di registrarsi, almeno 48 ore prima dell'orario previsto di partenza, in un apposito sito web, fornendo una serie di dati identificativi personali e relativi alla località di provenienza, a quella di destinazione e ai motivi del trasferimento; la medesima ordinanza prevedeva quale condizione allo sbarco il rilascio da parte del Comune di Messina del Nulla Osta allo spostamento. L'ordinanza è stata annullata in quanto ritenuta in contrasto con i limiti previsti al potere di ordinanza sindacale dal d.l. 19/2020 e priva dei requisiti della adeguatezza e della proporzionalità. La possibilità per il Governo di ricorrere all'annullamento straordinario è stata ribadita proprio in questa circostanza dal Consiglio di Stato (Sez. I), che nel parere (del 7/4/2020) rilasciato al Governo ha sottolineato «la perdurante attualità e rilevanza di tale istituto, in un quadro di razionale equilibrio tra i poteri dello Stato e tra questi e le autonomie territoriali, resa particolarmente evidente a fronte di fenomeni di dimensione globale quali l'attuale emergenza sanitaria da pandemia che affligge il Paese, dinanzi ai quali l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, pur nel pluralismo autonomistico che caratterizza la Repubblica, costituisce la precondizione dell'ordine e della razionalità del sistema, in relazione ai fondamentali principi di solidarietà e di uguaglianza, formale e sostanziale, che ne rappresentano le basi fondative generali». In tale ambito, l'obbligo di preavviso e registrazione introdotto dal Sindaco di Messina era già da considerarsi inefficace per violazione dell'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 19 del 2020; ma il Consiglio di Stato ha ritenuto che sussistesse comunque l'interesse al suo annullamento, a tutela dell'unitarietà dell'ordinamento della Repubblica, «occorrendo comunque rimuoverla quantomeno per esigenze di chiarezza e univocità dei precetti cui i cittadini devono attenersi».

Le vicende qui riportate hanno avuto grande eco mediatica, evidenziando i contrasti – che indubbiamente ci sono stati – tra il Governo e le autonomie territoriali. Ne è emersa una rappresentazione della realtà, che, però, ha finito per mettere in ombra il grande impegno profuso dalle amministrazioni locali nel garantire la piena attuazione delle misure di prevenzione e cura e attenuare, almeno in parte, il rilevante impatto sociale ed economico dell'epidemia. Se le Regioni sono state sin da subito investite dell'arduo compito di adattare i propri servizi sanitari all'emergenza, con un imponente quanto straordinario sforzo economico ed organizzativo, i comuni (e, accanto a loro, le Province e le Città metropolitane) sono stati chiamati non solo a collaborare nelle attività di segnalazione delle emergenze, di controllo sul rispetto delle prescrizioni sanitarie e di sanzione, ma anche a far fronte agli accresciuti bisogni sociali delle proprie comunità.

Lo sforzo economico ed organizzativo richiesto alle amministrazioni locali è infine stato sostenuto anche dal legislatore statale, che ha disposto il trasferimento straordinario di fondi alle amministrazioni locali, consentito la rinegoziazione di mutui, disposto misure

30 Cfr. Tar Bari, sez. III, 22/5/2020 n. 733, che ha affermato che «In caso di emergenza epidemiologica di rilievo internazionale, le misure di contenimento del contagio previste dalla normativa statale e, nel dettaglio, da quella regolamentare di carattere governativo, di cui al d.P.C.M. 22 marzo 2020 e al d.l. 25 marzo 2020, n. 19 impongono il rispetto del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico; per questa ragione il Sindaco può esercitare il potere di ordinanza *extra ordinem*, di regola affidatogli in periodo non emergenziale, ma non può assumere decisioni in contrasto con la normativa statale».

derogatorie e di allentamento di limiti e vincoli all'utilizzo di risorse accantonate. Si tratta di misure certamente fondamentali; ancora una volta, il ruolo dei Sindaci è emerso – anche nella loro capacità di pressione politica sul legislatore nazionale – in tutta la sua rilevanza.

La fiducia nella capacità dei Sindaci di far fronte alle situazioni emergenziali è dimostrata, del resto, dalla attribuzione ai sindaci di funzioni commissariali: ci si riferisce all'articolo 7 ter del Decreto Legge 22/2020 (Il Decreto Scuola) convertito nella legge 6 giugno 2020, n. 41 individuava i Sindaci/ Presidenti delle Province quali “Commissari per l'edilizia scolastica”, scelta che è stata poi confermata anche da interventi legislativi successivi (commi 812 e 813 della Legge 30 dicembre 2020, n. 178), che hanno addirittura prorogato fino al 2026 questo potere al fine di garantire una maggiore celerità nell'attuazione degli interventi di edilizia scolastica. In caso di esercizio dei poteri commissariali, è evidente, in capo al Sindaco si concentrano anche poteri tradizionalmente affidati alle figure tecniche, in deroga al principio di distinzione tra politica ed amministrazione a cui si è già fatto riferimento; anche in questo caso, la giurisprudenza amministrativa è intervenuta in alcuni casi a tutelare le competenze e le prerogative del Consiglio in materia di approvazione delle varianti urbanistiche, presupposto necessario ed imprescindibile di qualsiasi intervento espropriativo. Secondo il Consiglio di Stato, qualsiasi norma che attribuisca al Sindaco poteri straordinari di incidenza negativa nella sfera giuridica dei destinatari dell'azione amministrativa, in ossequio al principio di legalità, deve essere interpretata in modo letterale e rigoroso, con configurabilità dei soli poteri espressamente nominati e conseguente esclusione, in questo caso, dal perimetro applicativo della disposizione in esame di poteri di natura urbanistica (Cons, Stato, Sez. IV, sent. del 6 aprile 2022, n. 2556).

4. I Sindaci e la sfida del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

E' stato da molte parti constatato che nel procedimento di adozione del PNRR italiano il coinvolgimento delle Città e delle loro istituzioni di governo – complici, senz'altro, i ritmi serrati di approvazione – è stato assai limitato. Nonostante ciò, le Città – nelle loro multiformi dimensioni – attraversano tutte, o quasi, le missioni del Piano; sia perché molte riforme orizzontali, come quella della digitalizzazione o del reclutamento e della formazione del personale pubblico, riguardano tutte le amministrazioni pubbliche, sia perché molte infrastrutture, molti interventi che riguardano la transizione ecologica, le nuove forme di trasporto, l'assistenza sociale, l'educazione, sono interventi localizzati nei territori, e destinati a favore delle comunità locali. E' proprio il termine “comunità”, accanto a quello di “cittadini” e “cittadinanza”, quella che compare infatti con più frequenza nel Piano, quasi a voler richiamare la dimensione sociale della Città, prima ancora che quella istituzionale, anche nella denominazione di nuovi investimenti. Qui entra in gioco in maniera molto forte la capacità dei Sindaci di assicurare la più efficiente attivazione sia dell'organizzazione interna, attraverso un accorto uso dei poteri di nomina dei responsabili, di attivazione degli incarichi dirigenziali esterni e delle alte professionalità, sia di attivazione della comunità e di relazione rispetto ai livelli superiori di governo.

Il problema, naturalmente, fuoriesce dal tema della forma di governo locale e si inserisce in un più generale contesto di difficoltà dei comuni di programmazione e spesa a causa della mancanza di risorse umane e della carenza di competenze gestionali e tecniche; del resto, il reperimento di risorse qualificate da parte delle Amministrazioni locali, oltre ad incontrare le ordinarie difficoltà dei processi di reclutamento, è reso più complicato dal carattere temporaneo delle formule di reclutamento, ancorate all'orizzonte temporale del Piano e proprio per questo potenzialmente poco attrattive.

In questo difficile contesto i Sindaci rischiano di essere come Sisifo, Tantalò e Damocle⁽³¹⁾: condannati a fatiche insopportabili, e a dover sempre ricominciare daccapo, come

31 Il riferimento è a L. VANDELLI, *Sindaci e Miti. Sisifo, Tantalò e Damocle nell'amministrazione locale*, cit.

Sisifo; a veder sempre allontanarsi il traguardo finale, come Tantalò; sempre soggetti, come Damocle, alla minaccia della “spada” dei controlli e della responsabilità penale. Su questo occorrerebbe riflettere, per capire se vi possa essere spazio per riforme e correttivi volti a mettere i sindaci in condizioni di operare in maggiore tranquillità e sicurezza.

5. La questione della durata del mandato.

Si discute da tempo, come è noto, attorno al limite dei due mandati consecutivi per il Sindaco, limite da ultimo già ampiamente derogato dal legislatore a favore di un possibile ulteriore mandato consecutivo per la grande maggioranza dei comuni⁽³²⁾. L'ulteriore allentamento del limite, sempre più invocato dai sindaci a tutela della continuità dell'azione amministrativa, anche alla luce dell'importante obiettivo della realizzazione del PNRR, è stato infine ottenuto grazie all'approvazione di un provvedimento d'urgenza, nell'imminenza della prossima tornata di elezioni amministrative. Si è in tal modo consentito anche ai sindaci dei comuni tra i 5.000 ed i 15.000 abitanti in scadenza del secondo mandato di ricandidarsi per una terza volta, e si è addirittura eliminato qualsiasi limite alla ricandidatura a sindaco per tutti i comuni sotto i 5.000 abitanti⁽³³⁾.

A questo proposito, va ricordato che l'esistenza del limite del doppio mandato è stato accolto sin dall'origine con favore da parte della giurisprudenza. In particolare, il giudice amministrativo ha sottolineato come esso «esprim[a] il punto di equilibrio tra il modello dell'elezione diretta dell'esecutivo e la concentrazione del potere in una sola persona che ne deriva, con effetti negativi anche sulla *par condicio* delle elezioni successive, suscettibili di essere alterate da rendite di posizione» e, ancora, come il necessario raggiungimento di tale equilibrio risulti «particolarmente pressante nei livelli di governo locale, data la prossimità tra l'eletto e la comunità, onde il rischio di una sorta di regime da parte del primo in caso di successione reiterata nelle funzioni di governo»⁽³⁴⁾. In linea di continuità con questo orientamento anche la Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 60/2023, ha dichiarato l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 3, lett. b), dello statuto speciale sardo e degli artt. 3 e 51 Cost., dell'art. 1 della legge regionale Sardegna n. 9/2022, che aveva portato il numero massimo dei mandati consecutivi dei sindaci a quattro nei comuni con popolazione sino a 3.000 abitanti e a tre nei comuni con popolazione sino a 5.000 abitanti, così derogando alla legislazione nazionale in materia, considerata come punto di equilibrio tra diritto di elettorato passivo ed elezione a suffragio universale e diretto del sindaco. Secondo la Corte, la limitazione al diritto di elettorato passivo alla carica di Sindaco è giustificata dal concorrere di ulteriori interessi, tutti parimenti meritevoli di considerazione, quali l'effettiva *par condicio* tra i candidati, la libertà di voto dei singoli elettori e la genuinità complessiva della competizione elettorale, il fisiologico ricambio della rappresentanza politica e, in definitiva, la stessa democraticità degli enti locali⁽³⁵⁾. Ciò non esclude, naturalmente, che nell'esercizio del suo potere discrezionale il legislatore statale possa,

32 Cfr. art. 1, c. 138 l. 56/2014, ai sensi del quale ai comuni con popolazione fino a 3.000 abitanti è stato comunque consentito un numero massimo di tre mandati. L'art. 3 della legge n. 35/2022 ha poi modificato l'art. 51, comma 2 TUEL, trasformando il raggiungimento del numero massimo dei mandati da causa di non (immediata) eleggibilità a causa di non ricandidabilità, nonché portando a tre il numero massimo di mandati consecutivi per tutti i sindaci dei comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti.

33 Decreto-legge recante Disposizioni urgenti per le consultazioni elettorali dell'anno 2024, approvato dal Consiglio dei Ministri il 25 gennaio 2024.

34 Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2765.

35 Su questa pronuncia si v. C. NAPOLI, *Accesso alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza e disuguaglianze di fatto. Riflessioni a margine della sentenza n. 60/2023 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 5/2023. Concorda sulla necessità che l'eventuale scelta di assecondare una più ampia rieleggibilità dei sindaci non possa che essere compiuta dal legislatore statale, e poi recepita nelle Regioni a statuto speciale, M. GORLANI, *Elezione diretta dei sindaci e numero massimo di mandati consecutivi: note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 60 del 2023*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 3/2023, 763.

laddove lo ritenga necessario, tener conto di altre circostanze tali da giustificare una modifica al predetto limite. Sarà dunque cruciale verificare se la giurisprudenza riterrà ragionevole l'applicazione ai soli comuni sopra i 15.000 abitanti dell'originaria regola del doppio mandato, e, soprattutto, l'eliminazione totale di qualsiasi limite per tutti i comuni sotto i 5.000 abitanti, stante la stretta connessione che la Corte ha individuato tra elezione diretta ed esistenza di un limite alla rielezione consecutiva.

La necessità di qualche limite deriva peraltro anche dagli orientamenti degli organismi sovranazionali. La Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (più nota come Commissione di Venezia), organo consultivo del Consiglio d'Europa su questioni rilevanti per lo sviluppo e stabilizzazione del patrimonio costituzionale europeo, ha rinvenuto il fondamento della regola del limite ai mandati nella tutela della democrazia, dello Stato di diritto e della *Rule of law*; ciò in quanto essi contribuiscono a rendere la transizione politica un'evenienza fisiologica e prevedibile negli affari politici; rappresentano dei meccanismi di salvaguardia dalla logica del chi "vince prende tutto"; "tengono viva" la speranza dei partiti di opposizione di conquistare legittimamente il potere. Anche dal punto di vista del diritto di voto attivo, la Commissione ha ritenuto giustificata la restrizione sul presupposto che essa, lungi dal limitare i diritti umani e politici degli elettori, finisce invece per tutelarli, in coerenza con l'art. 1 del Protocollo 12 alla CEDU e con l'art. 25 Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici⁽³⁶⁾.

In sostanza, l'assenza di limiti alla rielezione consecutiva potrebbe consentire al soggetto in carica di distorcere la successiva competizione elettorale e le pari opportunità tra i candidati, mentre il controllo esercitato dal Consiglio comunale potrebbe rivelarsi *ex se* non sufficiente. I suddetti rischi sono stati ritenuti prevalenti rispetto alle diverse controindicazioni dei limiti del numero di mandato dei sindaci, nonché rispetto alle ricadute positive di un mandato non soggetto al limite del divieto di rielezione, che pure la Commissione ha segnalato. Nello specifico, oltre all'importanza dell'esperienza e della competenza nello svolgimento dell'incarico e alla sempre più avvertita difficoltà di individuare candidati adeguati, la Commissione ha sottolineato gli effetti positivi della c.d. "tensione alla rielezione" che genera una più intensa responsabilizzazione del sindaco nei confronti delle esigenze elettori, incentivandolo a un maggior impegno nell'espletamento del suo incarico⁽³⁷⁾.

La Commissione, in ogni caso, non ha fornito alcuna indicazione circa l'entità del limite (due, tre, quattro mandati) e/o la durata massima complessiva del mandato, denotando consapevolezza tanto delle diverse controindicazioni (in termini di "buon governo" e quindi di buon andamento dell'amministrazione) che conseguono a tali limiti, quanto dell'importanza di evitare restrizioni ingiustificate, irragionevoli e sproporzionate, al diritto di elettorato attivo e passivo.

In sintesi, emerge una considerazione del limite al numero di mandati quale strumento da maneggiare con cura, tutt'altro che "a costo zero", laddove una sua correzione non ben ponderata rischi di alterare il complesso sistema di *checks and balances* che si cela dietro all'elezione diretta dei sindaci⁽³⁸⁾.

6. Il ruolo e i poteri del Sindaco nelle proposte di revisione del TUEL.

Va infine dedicata un'ultima riflessione al disegno di legge delega, di iniziativa del Ministero dell'Interno, per la revisione del TUEL esaminato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri nel mese di agosto 2023 e tuttora in via di perfezionamento. Lo schema attualmente noto contiene alcune indicazioni che andranno senz'altro meglio riempite di contenu-

36 Il riferimento è al Report *Democracy, limitation of mandates and incompatibility of political functions* del 13 gennaio 2013 (CDL-AD(2012)027rev), ed al Report *On term-limits, Part I – Presidents* del 20 marzo 2018 (CDL-AD(2018)010).

37 Cfr. il Report *on Term-Limits: Part II – Members of Parliament; Part III – Representatives Elected at Sub-national and Local Level and Executive Officials Elected at Sub-National and Local Level* del 18 marzo 2019 (CDL-AD(2019)007).

38 In questo senso anche M. GORLANI, *Il «cantiere» degli enti locali*, in *Questa Rivista*, 2/2023, p. 116.

to, ma è possibile sin d'ora cogliere alcune importanti linee di indirizzo sul tema dei Sindaci e delle loro competenze. Nell'art. 2, che mescola oggetto della delega e principi e criteri direttivi della stessa, si prevede che il Governo è delegato all'aggiornamento e alla "razionalizzazione", in coerenza con l'evoluzione della normativa sull'esercizio delle funzioni amministrative, del riparto di competenze tra gli organi di governo di comuni, province e città metropolitane, fermo restando il principio della "centralità della figura dell'organo monocratico dei comuni" (oltre che delle province e delle città metropolitane). Un altro oggetto di delega è la previsione di meccanismi istituzionali e relazioni tra gli organi di governo di comuni, province e città metropolitane, in modo da assicurare l'equilibrio di funzioni e responsabilità tra gli organi dell'ente locale, la celerità e la semplificazione nelle decisioni amministrative, e l'aggiornamento dello status degli amministratori locali, tenendo conto delle specifiche e rispettive funzioni e dei diversi livelli di responsabilità e di compiti attribuiti, anche con riferimento alle forme associative tra enti locali e rispettando il principio di distinzione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa e finanziaria. Sul punto, va rammentato che il disegno di legge elaborato dal Ministro dell'interno nella precedente legislatura aveva proposto un intervento diretto proprio sul limite del terzo mandato, prevedendone l'estensione a tutti i comuni fino a 15.000 abitanti. Gli altri interventi di modifica diretta del TUEL, più che intervenire sui poteri del Sindaco, erano invece mirati a delimitarne il ruolo politico anche a fini di responsabilità, eliminando il riferimento alla "sovrintendenza". Non è quindi, al momento, del tutto chiaro se vi sia l'intenzione di ampliare l'orizzonte delle modifiche al riequilibrio dei poteri tra Sindaco e Consiglio (vedasi sul punto il riferimento all'equilibrio di funzioni e responsabilità), né a differenziare i meccanismi attuali di riparto delle competenze tra i due organi in ragione della dimensione degli enti, né di intervenire a chiarimento dei presupposti del potere di ordinanza; soprattutto, non è chiaro se il riferimento alla "razionalizzazione" della forma di governo comunale vada in queste specifiche direzioni. E, in sostanza, auspicabile che sul punto il disegno di legge venga meglio specificato, se l'intenzione è quella di cogliere l'occasione per risolvere alcuni tra i nodi che sono emersi in corso di applicazione dell'attuale disciplina.

7. Osservazioni conclusive.

La riflessione sui principali passaggi che hanno contrassegnato l'evoluzione dei poteri del Sindaco non sarebbe completa senza un sia pur breve accenno finale al contesto complessivo nel quale i comuni si trovano attualmente ad esercitare la propria autonomia: che presuppone, anzitutto, disponibilità di risorse ed autonomia di spesa. I comuni sono inseriti in un sistema di stretti vincoli e limiti derivanti da più fronti, come quello della modifica dei meccanismi di redazione del bilancio, e più in generale dai limiti all'autonomia di entrata che rendono anche la realizzazione dei programmi di mandato assai difficile. I margini di discrezionalità politica sono sempre più stretti e questo stressa ancora di più le responsabilità del Sindaco, formalmente titolare di una serie amplissima di poteri ma di fatto spesso privo di armi per la loro attuazione. Nessuna riforma volta al miglior funzionamento del comune nel sistema delle relazioni tra organi tramite correzioni alla forma di governo funzionerà se non si terrà conto dell'esigenza di assicurare ai comuni una autonomia *sostanziale*. Ancora: nessuna riforma funzionerà se non si terrà conto dell'ontologica diversità tra comuni di diversa dimensione, e del diverso modo di atteggiarsi delle relazioni tra forze politiche di maggioranza e minoranza nei comuni minori e in quelli di medie o grandi dimensioni. Infine, non si potrà prescindere dal collegamento con i restanti assi della riforma locale, e, in particolare, con le scelte che saranno compiute sulla forma di governo e le funzioni degli enti di area vasta, per ricomporre in un quadro armonico anche le modifiche che si vorranno apportare alla forma di governo comunale. L'auspicio è che l'occasione aperta dalle proposte di modifica dell'ordinamento degli enti locali venga colta per porre rimedio, se non a tutti, almeno ad alcuni dei nodi irrisolti che da tempo condizionano il buon funzionamento del nostro sistema locale.

Canteri aperti: l'ecosistema delle autonomie locali tra organizzazione e regolazione*

SOMMARIO: 1. “Circustanzie” 2. Testi e contesti 3. Condizionamenti isomorfici 4. Ridurre la spesa 5. Sistemi ed ecosistemi 6. Radici o rami 7. Cantiere aperto 8. Organizzazione e regolazione 9. Ritornare alla Costituzione.

DI ANTONIO VISCOMI

ABSTRACT: L'autore propone di considerare quello delle autonomie locali come ecosistema, valorizzando le interazioni tra gli elementi che lo compongono, segnalandone lo stato di permanente dinamismo e sottolineando l'importanza delle traiettorie di sviluppo quand'anche non lineari, così ponendo in evidenza la necessità di una adeguata e pertinente dialettica tra testo e contesto e dunque centralità euristica della dimensione organizzativa rispetto a quella propriamente ordinamentale, troppo spesso schiacciata su modelli di carattere generale poco coerenti con la complessità del sistema delle autonomie locali.

ABSTRACT: *The Author proposes to consider local autonomies as an ecosystem, enhancing the interactions between the elements that compose it, pointing out its state of permanent dynamism and emphasizing the importance of development trajectories, even if they are non-linear, thus highlighting the need for an adequate and pertinent dialectic between text and context and therefore heuristic centrality of the organizational dimension with respect to the strictly legal one, too often it is crushed on models of a general nature that are not very consistent with the complexity of the system of local self-government.*

1. “Circustanzie”

“Se si vuol «ragionare dello Stato», bisogna distinguere, comprendere le differenze e i particolari, e le situazioni nuove, evitando di partire dai dogmi e di ascoltare gli umori di una stagione”⁽¹⁾, perché “è grande errore parlare delle cose del mondo indistintamente e assolutamente, per così dire, per regola”⁽²⁾. Richiamando le sagge parole di Francesco Guicciardini intorno alla “varietà delle circustanzie” e alla necessità di ben ponderarle, quell'invito a differenziare e specificare è posto da Sabino Cassese nell'*incipit* introduttivo alla raccolta delle sue interviste, originariamente pubblicate nel biennio dal 2018 al 2020 su un quotidiano nazionale ed ora rielaborate fino a diventare saggi brevi in forma di dialogo.

Un invito da accogliere fin da subito e senza remora alcuna anche qui, anzi: soprattutto qui, in avvio della odierna riflessione; non solo e neppure tanto per rivendicare

* Il saggio rielabora l'intervento al convegno, promosso dalla Rivista, “Trent'anni dopo. Il lavoro nel sistema delle autonomie locali Modelli organizzativi e paradigmi regolativi”. Roma, 24 novembre 2023.

1 S. CASSESE, *Il buongoverno. Letà dei doveri*, Milano, 2020, 3.

2 F. GUICCIARDINI, *Ricordi*, in Id. *Opere*, Torino, 1983, vol. I, 729 n. 6.

uno spazio proprio delle e per le autonomie locali nel più generale assetto istituzionale – pure segnato oggi da una “malinconica retromarcia in cui si ripresentano, con modalità e tempi diversi, i fantasmi di una deriva”⁽³⁾ – quanto piuttosto per altre due concorrenti ragioni che attengono al *metodo*, cioè al modo ed ai criteri da impegnare nell’analisi di un trentennale percorso riformatore, al quale è opportuno dedicare un certo tempo anche per stemperare il rischio “di disertare” – fosse anche per sola stanchezza – “il fronte riformatore per passare nell’esercito, in fondo più guarnito e agguerrito, dei provicatori, più interessati a destrutturare che a ricostruire”⁽⁴⁾, casomai facendosi scudo del motto ben noto di Tancredi, nipote del Principe di Salina, secondo cui tutto deve cambiare affinché tutto possa restare come è.

2. Testi e contesti.

In primo luogo, quell’invito consente di riaffermare la validità del *canone metodologico* che suggerisce di correlare *testo e contesto*, nella consapevolezza – che dovrebbe animare l’interprete, ma ancor prima il legislatore – degli effetti radicalmente differenti provocati da un medesimo testo quando chiamato ad operare in contesti differenti. Recuperando spunti di riflessione offerti da Edgar Morin potrebbe dirsi che “una conoscenza” – ma in egual modo una legislazione – può aspirare ad essere qualificata come “pertinente ... solo se situa il suo oggetto nel suo contesto e possibilmente nel sistema globale di cui fa parte, se crea una navetta che senza sosta separi e colleghi, analizzi e sintetizzi, astragga e reinserisca nel concreto”⁽⁵⁾. Tale canone, tuttavia, per quanto ormai di intuitiva utilità euristica, non trova sempre corretta applicazione, come può facilmente confermare una lettura anche superficiale delle vicende relative all’implementazione negli enti locali del processo riformatore avviato trent’anni fa.

In secondo luogo, quell’invito richiama l’attenzione non solo sulla diversità ma anche sulla *complessità* dei contesti di riferimento. Vero è che complessità è termine ormai assai diffuso, tanto da essere considerato, dallo stesso Morin, alla stregua di una “parola la cui troppa pienezza ne fa una parola vuota”; anzi, “più essa viene utilizzata, più il suo vuoto aumenta”.

Ma se il significante complessità rifiuta, quanto al contenuto, di “lasciarsi definire in modo semplice e sbrigativo”, è anche perché esso rimanda, in verità, ad un metodo, ad “un modo di guardare e comprendere la realtà”⁽⁶⁾ nelle cangianti *relazioni* che si stabiliscono tra i singoli elementi e per questa via concorrono a conformarne l’identità.

È noto, d’altronde, che proprio la scoperta del valore significativo assunto dal carattere multiverso e circolare di tali relazioni (ordinate ed ordinanti ad un tempo) ha consentito di sprigionare le potenzialità euristiche del concetto di *sistema*, in virtù del quale la comprensione dei singoli elementi deve coniugarsi con lo studio della “intera realtà generata dall’interazione di tutti i componenti del sistema”⁽⁷⁾ poiché “le proprietà sistematiche vengono distrutte quando un sistema è sezionato in elementi isolati”⁽⁸⁾. Insomma, non è possibile riguardare le singole parti del sistema senza tener conto delle relazioni tra le stesse e di come queste variegiate relazioni incidano, fino a modificarli, sui caratteri propri di quelle stesse parti singole. D’altronde, già cinquanta anni fa, fu fatto notare, a proposito dei controlli preventivi, che “gli strumenti, avendo

3 F. MANGANARO, *Profili problematici e prospettive del sistema delle autonomie locali*, in *IdF*, 2019, ns,61.

4 L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L’“ossificazione” delle pubbliche amministrazioni e l’occasione post-pandemica del POLA*, in *LPA*, 2021, 4.

5 E. MORIN, *La sfida della complessità*, Firenze, 2022, 28.

6 M. CASINI, *Prefazione*, in F. FIORINO, *Il volo della mosca. Pensare ed agire in un mondo complesso*, Palermo, 2021, 11.

7 L. VON BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppo, applicazioni*, Milano, 2004.

8 F. CAPRA, *La rete della vita*, Milano, 1997, 48.

proprie logiche interne, condizionano i fini, hanno effetti propri, che influenzano i fini, modificandoli e distorcendoli⁹⁾. È dunque evidente che un approccio orientato al sistema moltiplica in estensione ed intensità la percezione dell'effetto conformativo e talvolta distortivo appena segnalato.

3. Condizionamenti isomorfici.

Proprio a motivo di ciò, anche le questioni del lavoro nelle amministrazioni locali, per essere meglio comprese, devono essere riguardate nel prisma delle reciproche interazioni con gli altri segmenti, organizzativi e ordinamentali, che compongono l'universo di riferimento: sistemi di contabilità, assetti istituzionali, funzioni di controllo, management delle risorse umane, relazioni collettive sono elementi che si condizionano reciprocamente e che pertanto non possono essere compresi e neppure disciplinati se non nella prospettiva di una visione integrata. Se così non fosse, allora il rischio evidente è che modelli ideali sul piano generale e astratto producano effetti inattesi o addirittura perversi quando proiettati nel sistema delle autonomie, segnato da un enorme e ben noto polimorfismo organizzativo e funzionale che non tollera semplificazioni. Basti pensare, al riguardo, alla effettività di dinamiche relazionali collettive altamente formalizzate nei testi contrattuali oppure alla non semplice articolazione del rapporto tra politica e funzioni dirigenziali nella miriade di enti di minori dimensioni, oppure ancora alla proiezione sul piano delle relazioni collettive territoriali delle reti organizzative fra enti per lo svolgimento di funzioni comuni.

Ed è osservazione, questa, espressa già trent'anni fa, quando si segnalava che “quello comunale costituisce un ambiente le cui particolarità sono tanto cospicue quanto generalmente misconosciute” e si evidenziava come “la *communis opinio* – che trova voce sui mass-media e spesso espressione in Parlamento – tende a rappresentare gli enti locali alla stregua di anarchici e voraci centri di spesa da sottoporre perciò a rigidi controlli” laddove, viceversa, proprio quell'ambiente dimostra, per un verso, “il carattere multi-organizzativo delle moderne amministrazioni e, per altro verso, le “interne differenziazioni” della galassia professionale del pubblico impiego¹⁰⁾. Era vero allora, lo è ancor di più oggi, tant'è che un comparto, che pure potrebbe porsi ragionevolmente a stregua di *laboratorio* per modelli e pratiche di innovazione organizzativa e regolamentare – e direi anche sociale e partecipativa – subisce ancora l'*attrito frenante* e il *condizionamento isomorfico* di pratiche e modelli pensati per sistemi organizzativi differenti tanto per struttura che per funzione.

A ben vedere, quella stessa *opinio* – ora rafforzata dalle condizioni di operatività richieste dai sistemi di armonizzazione contabile e talvolta enfatizzata da non esemplari casi giudiziari – sembra operare ancora come criterio di conformazione delle discipline ordinamentali. Basti pensare, tanto per fare un esempio, all'incidenza dei sistemi di controllo finanziario¹¹⁾, ed anche alle conseguenze dell'intervento *ex post* delle stesse autorità di controllo, nella definizione dei fondi contrattuali o nella perimetrazione dei vincoli occupazionali (se si vuole: degli spazi disponibili per nuove assunzioni) o ancora nell'accertata disponibilità di risorse, ulteriori rispetto agli eventuali risparmi di spesa, per l'attivazione di modelli organizzativi efficacemente orientati agli utenti.

Le conseguenze di tale approccio sono pesantemente rilevanti e si estendono ben oltre l'ambito del lavoro. Come è stato correttamente affermato, “la meritoria giurisprudenza della Corte costituzionale sulla tutela dei c.d. diritti finanziariamente con-

9 S. CASSESE, *Finanza ed amministrazione pubblica*, in RTDP, 1974, 975.

10 A. VISCOMI, *Problemi in tema di dirigenza comunale*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del Lavoro*, Torino, 1993, 91.

11 Sul “nodo (...) molto aggrovigliato” del rapporto tra politica e tecnica finanziaria cfr. E. D'ALTERIO, *Dietro le quinte del potere. Pubblica amministrazione e governo dei mezzi finanziari*, Bologna, 2021.

dizionati viene sostanzialmente elusa, poiché l'erosione dei diritti avviene in pratica con il depauperamento delle strutture amministrative destinate a compiti primari quali l'istruzione e la sanità. E ciò non solo per la riduzione delle risorse disponibili, ma anche per la perdita di capacità tecnico-professionali degli Enti locali, dovuta all'esternalizzazione dei servizi, che ha comportato un esodo dagli Enti locali delle migliori risorse professionali, senza neppure un adeguato turn-over⁽¹²⁾.

4. Ridurre la spesa.

Il fatto è, a dire il vero, che nell'ambito delle politiche riformatrici la questione delle risorse economiche è da sempre un punto critico e troppo lungo ormai è l'elenco delle riforme introdotte ad invarianza di spesa. All'origine della unificazione normativa del lavoro pubblico vi è però *qualcosa in più e di diverso*. In verità, è impossibile dimenticare che lo stesso progetto complessivo di interventi proposto dalla legge delega 421 del 1992 ha trovato origine nella decisione comunitaria di subordinare – secondo una prassi più volte utilizzata, anche in tempi recenti – gli aiuti finanziari ad iniziative di contrasto verso quelle che furono definite allora (e forse lo sono ancora oggi) le *quattro piaghe del debito pubblico italiano* (sanità, pensioni, lavoro pubblico, finanza locale).

Emblematiche le parole con cui Antonio Iodice, relatore di maggioranza, presentava nell'aula della Camera, il 7 ottobre 1992, il disegno di legge delega che poi, approvato, avrebbe assunto il numero 421: "Sullo Stato democratico grava un'emergenza di vastissime proporzioni" e denunciava a tal fine "la grande influenza esercitata dagli sprechi e dalle disfunzioni strutturali del settore pubblico allargato" ma anche i "ritardi di una corretta politica di risanamento". E con ancora maggiore chiarezza ricordava quanto "sui fattori interni della crisi hanno agito ed agiscono fattori esterni imposti dalla competitività europea ed internazionale che, attraverso continue e preoccupanti turbolenze dei mercati finanziari, costituisce uno scenario ostile alle condizioni generali dell'economia del paese. Per queste ragioni – affermava il Relatore – la manovra "è fondata sul contenimento delle spese e sui tagli"⁽¹³⁾. Come forse si ricorderà, Inghilterra ed Italia erano uscite dallo SME il 16 settembre 1992 (e fu *Black Wednesday*) anche in conseguenza di una feroce speculazione finanziaria⁽¹⁴⁾, che veniva a sommarsi alla crisi interna provocata dalla vicenda politico-giudiziaria avviata nel mese di febbraio di quello stesso anno e conosciuta notoriamente come Mani Pulite o Tangentopoli.

All'origine della riforma non vi è dunque la decisione di un legislatore illuminato ma semmai un legislatore costretto dalle contingenze interne ed esterne a riportare in ordine i conti pubblici per assicurarsi il sostegno finanziario europeo.

5. Sistemi ed ecosistemi.

Accogliere l'invito di Sabino Cassese significa dunque non solo rinunciare ad ambiziose prospettive di elaborazioni sistematiche, imperniate su logiche monistiche innervate in una sorta di imperialismo culturale del modello (gerarchico e) ministeriale, ma anche abbandonare approcci ermeneutici orientati all'esegesi del frammento singolo – per la verità spesso sollecitati e comunque non inibiti da una produzione regolativa che a ragione può qualificarsi come stratificata ed alluvionale⁽¹⁵⁾. Quell'invito suggerisce semmai di privilegiare un diverso approccio che può ragionevolmente definirsi *ecosistemico*, non già per un omaggio retorico allo *zeitgeist*, ma perché il termine

12 F. MANGANARO, *Op.cit.*, 63.

13 Atti parlamentari. Camera dei Deputati. XI Legislatura. Seduta di mercoledì 7 ottobre 1992. Resoconto stenografico.

14 Cfr. G. MAURO, *L'Unione europea verso l'allargamento. Moneta unica, squilibri regionali e integrazione*. Milano, 2004, 40.

15 Riprendo qui l'espressione di G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli '80*, in *DLRI* 1982, 373.

è idoneo a rappresentare “*the alignment of the multilateral set of partners that need to interact in order for a focal value proposition to materialize*”⁽¹⁶⁾.

Quale sia poi nel caso specifico la “*focal value proposition*” rimanda ovviamente al senso costituzionale delle pubbliche amministrazioni e non può che ancorarsi al compito che l’art. 3 comma 2 della Costituzione affida alla Repubblica, di cui poi dirò in conclusione.

Quale sia invece il grado di allineamento delle parti che devono interagire per conseguire il risultato auspicato è ovviamente questione di più difficile soluzione e rappresenta, in definitiva, la ragione stessa di questo incontro, affidata quindi all’analisi dei singoli interventi proposti.

In ogni caso, l’apertura cognitiva che da ciò consegue dovrebbero sollecitare, nel giurista e nel legislatore, una più matura consapevolezza sulla condizione di *incertezza* nella quale si versa in ordine alle conseguenze effettive di una regolazione (e di una ermeneutica) destinata ad operare in contesti diversificati e complessi e non sempre pienamente dominabili, neppure attraverso i più sofisticati algoritmi. “Le politiche delle soluzioni facili, precostituite a tavolino, del ‘basta fare così’ contribuiscono a creare” – è stato evidenziato – un consenso conservatore attorno alla visione tradizionale basata su regolamentazione, ripartizione, arbitraggio, in cui si ritrovano al momento la maggior parte di coloro che occupano posti di responsabilità”⁽¹⁷⁾.

6. Radici o rami.

Questa circostanza comporta (o dovrebbe comportare) una maggiore e più attenta considerazione di ciò che è stata icasticamente definita “l’arte del violare le ritualità ed i confini della propria disciplina e del rapporto tra le diverse discipline”⁽¹⁸⁾. Per i giuristi del lavoro tale arte non dovrebbe risultare difficile, ove solo si rilegga quanto la dottrina più attenta affermava già nel 1970 a proposito di lavoro e burocrazia pubblica⁽¹⁹⁾: “il metodo formale della dommatica correttamente orientata – scriveva Edoardo Ghera – mantiene tutta la sua autonoma giustificazione; esso però va integrato, congiungendosi nell’apertura problematica al sistema, con la individuazione del dato sociologicamente rilevante per la ricostruzione in sede ermeneutica della norma”. In modo più icastico, Mario Rusciano scriverà in uno dei primi commenti: “Il giurista è costretto a mutuare dalle altre scienze sociali utili criteri di interpretazione del nuovo sistema normativo: insomma dovrà essere un po’ sociologo, un po’ antropologo, un po’ politologo, e ancor più scienziato dell’organizzazione e della finanza pubblica”⁽²⁰⁾.

Per altro verso, però, quella consapevolezza suggerisce di ripensare una non dimenticata lezione di Albert O. Hirschman: intendo riferirmi alla sua “rivendicazione di eguali diritti per un approccio (...) che metta in risalto l’unico anziché il generale, l’inatteso anziché l’atteso, ed il possibile anziché il probabile”, la qual cosa consente poi all’autore di affermare: “non condanneremo più ogni politica che non sia immediatamente rivolta ad introdurre il sistema fiscale o il tasso di cambio ideale o la più avanzata legislazione di riforma agraria. L’osservatore e il politico penseranno piuttosto in termini di sequenze nel corso delle quali un passo in avanti in una direzione ne indurrà altri, magari dopo un periodo di rendimenti decrescenti e di squilibri suscitatori di

16 R. ADNER, *Ecosystem as Structure: An Actionable Construct for Strategy*, in *JM* 2017, vol. 43, n. 1, 40.

17 M. CROZIER, *La crisi dell’intelligenza. Saggio sull’incapacità delle élites a riformarsi*, Roma, 1996, 16.

18 L. MELDOLESI, *Introduzione*, in E. COLORNI, *La “malattia filosofica” e altri scritti*, Soveria Mannelli, 2020, 11.

19 E. GHERA, *Rapporto di lavoro e burocrazia nel pubblico impiego*, in *RDL*, 1970, 181.

20 M. RUSCIANO, *Introduzione*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L’impiego pubblico nel diritto del Lavoro*, Torino, 1993, XIX.

interventi politici”⁽²¹⁾.

E a ben guardare, nonostante tutto, in questi trenta anni di passi in avanti ne sono stati fatti tanti, sia pure con buona pace della aspirazione sistematiche ispirate alla razionalità legale-razionale di stampo weberiano e a beneficio invece di un approccio meno lineare e più pragmatico che richiama alla mente il “*Muddling Through*” (espressione che può essere tradotta come arte di cavarsela alla grande o alla meno peggio) suggerito da Charles Lindblom⁽²²⁾ che già nel 1959 opportunamente poneva in contrapposizione: “*the root method*” (“*starting from fundamentals anew each time, building in the past only as experience in embodied in a theory and always prepared to start completely from the ground up*”), da un lato, e dall’altro lato, “*the branch method*” che “*might be described as the method of successive limited comparisons (...) continually building out from the current situation, step-by-step and by small degrees*”. Traiettorie di sviluppo più che percorsi di regolarità causale; sequenze, appunto, e talvolta anche sentieri interrotti o abbandonati quand’ancora praticabili.

7. Cantiere aperto.

Credo che l’invito hirschmaniano a considerare il dinamismo effettivo delle traiettorie di sviluppo, delle sequenze che si intrecciano e muovono spesso nei modi più imprevisi e meno lineari, possa aiutare ad arricchire, meglio di altre ermeneutiche, gli elementi di valutazione della *policy* riformatrice che si è sviluppata nel corso di questi tre decenni ed esplicitare le ragioni dell’uso diffuso, quando riferito alle autonomie locali, di una metafora come quella del “cantiere aperto”⁽²³⁾.

Da un lato, infatti, l’endiade “cantiere aperto” richiama naturalmente un senso di incompiuto, di lavoro non finito, di progettualità non portata ancora a termine. E in questo senso reca con sé l’eco negativa di una incolmata distanza tra essere e dover essere delle amministrazioni, tra lo stato attuale delle cose e il modello disegnato dal legislatore. Dall’altro lato, però, la stessa metafora può suggerire, a me pare, una diversa prospettiva: quella cioè di un percorso di “aggiustamento permanente”⁽²⁴⁾ nell’ambito di un sistema caratterizzato dalla presenza di “tante (...) variabili, soggettive e oggettive”, segnato per questo da “fasi, momenti, basse maree”⁽²⁵⁾. Aperto, dunque, è quel cantiere non già perché non finito, ma perché più di altri segnato dalla complessità della rete di relazioni che disegnano lo spazio tra i vari edifici, e che richiederebbero – per restare nella metafora – una progettazione integrata, anzi un progettista capace di elaborare in un disegno coerente una *visione integrata ed integrale* del sistema. Quello “delle autonomie – è stato detto – è complesso ed ogni modifica di un pezzo di esso provoca contraccolpi sugli altri enti territoriali e finanche un complessivo ripensamento sullo Stato e sul potere pubblico”⁽²⁶⁾.

Questa circostanza determina un effetto di continuo ed incerto dinamismo, nella prospettiva appunto dell’aggiustamento permanente, di un processo di riforma che – da un punto di vista ordinamentale – risulta invece abitualmente articolato su “quattro tappe centrali (battezzate coi nomi di Amato, Bassanini, Brunetta, Madia) più due intermedie, riflesse nella stratificazione alluvionale del d.lgs. n. 165/2001”⁽²⁷⁾. A queste

21 A.O. HIRSCHMAN, «*Political economics*» e *possibilismo*, in Id. *Come complicare l’economia*, a cura di L. MELDOLESI, Bologna, 1988, 338, 347.

22 C. LINDBLOM, *The Science of “Muddling Through”*, in *PAR*, 1959, n. 2, 79 e qui 81, e Id., *Still Muddling, not yet Through*, in *PAR*, 1979, 517.

23 Tanto per citare uno degli ultimi possibili esempi: M. GORLANI, *Il “cantiere” degli enti locali*, in *RiDEEC*, 2022, 2, 114.

24 M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 1979, §2.5.

25 L. ZOPPOLI, *Op. cit.*, 5.

26 F. MANGANARO, *Op. cit.*, 64.

27 F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, in *LPA*, 2023, 3.

tappe è necessario ora affiancare almeno gli effetti di breve e lungo raggio sui modelli regolativi di gestione delle risorse umane sollecitati dall'emergenza pandemica e il più recente pragmatico approccio che caratterizza le politiche sul lavoro pubblico del Ministro per la pubblica Amministrazione il quale, alle prospettive delle grandi riforme di sistema, sembra preferire semmai aggiustamenti progressivi, più silenziosi, forse, ma probabilmente non meno ambiziosi soprattutto se orientati in vario modo alla valorizzazione del merito e al recupero, nell'opinione diffusa, del valore costituzionale del lavoro pubblico come servizio esclusivo alla Nazione⁽²⁸⁾.

In questa prospettiva diacronica, sarebbe interessante, ad esempio, rileggere le immagini di amministrazione pubblica restituite dalla progressiva ridefinizione, complici la pandemia e il piano nazione di ripresa e resilienza, delle regole relative ai sistemi di reclutamento, dall'originario dpr 487 del 1994 (ora modificato dal dpr 82 del 2022), alle linee guida previste dal decreto 80/2021 ed ai più recenti interventi sull'integrazione valutativa in sede concorsuale di competenze e conoscenze, nella prospettiva spenceriana di sapere, saper fare e saper essere⁽²⁹⁾.

Nello stesso prisma sarebbe egualmente interessante valutare anche l'effettività di un sistema normativo e la perdurante validità di regole tradizionalmente considerate fondative del lavoro pubblico. Penso, ad esempio, alla definitiva consacrazione dello "scavalco d'ecedenza" il cui campo di applicazione è stata esteso dal decreto 44/2023 e che – giustificato per ragioni di emergenza per carenza di personale nei comuni – pone in crisi tanto il principio di esclusività, quanto quello di unicità del rapporto di lavoro, sulla cui perdurante utilità confesso di nutrire qualche dubbio peraltro rafforzato dalla presenza di una norma come quella sul cumulo di impieghi privati recata dall'art. 8 del d.lg. 104/2022. Com'è noto nello scavalco d'ecedenza l'interessato è dipendente a tempo pieno di una amministrazione e stipula un nuovo contratto autonomo o subordinato con un'altra amministrazione, a differenza dello scavalco condiviso disciplinato fin dall'art. 14 del contratto nazionale del 2004 ma caratterizzato dall'unicità del datore e da un rapporto di lavoro svolto in convenzione con altri enti.

In ogni caso, in una logica di sistema e nella prospettiva di una azione riformatrice, l'universo delle autonomie locali assume un rilievo indiscutibile e centrale. Forse è bene ricordare, ogni tanto, che "se i comuni non funzionano" – sono parole di Giannini – "non funziona lo Stato, i comuni prestando dei servizi primari di aggregato abitativo che – come mostra una esperienza da noi visibile e consistente – neppure le regioni, le quali si siano addossate ruoli sostitutivi di deficienze comunali, riescono a rendere"⁽³⁰⁾. Giudizio confermato ancora di recente da chi ha sottolineato come "riman(ga) immutabile la certezza che i Comuni, enti esponenziali delle collettività locali, siano gli unici enti insostituibili per curare gli interessi di prossimità, in cui si sviluppa la personalità degli individui e si realizza la solidarietà sociale, caratteristica fondante dei sistemi democratici"⁽³¹⁾.

Paradossalmente, però, il più delle volte tale immutabile certezza diventa poco più di un elemento retorico quando riguardata nel prisma della disciplina del lavoro e della organizzazione del lavoro pubblico, dal momento che l'area delle funzioni locali sembra subire ancora oggi l'effetto di attrazione mimetica esercitato dall'area delle funzioni centrali. Certo, questa circostanza trova fondamento e origine in lontani percor-

28 P. ZANGRILLO, *Al servizio esclusivo della Nazione. Il valore costituzionale del lavoro pubblico*, lectio svolta presso il Centro di Ricerca *Digit Lab Law*, 22 maggio 2023 (online sul canale YouTube @digitlablaw7445).

29 L. M. SPENCER, S. M. SPENCER, *Competenza nel lavoro. Modelli per una performance superiore*, Milano, 1997 la cui eco è evidente nelle linee guida della SNA per l'accesso alla dirigenza pubblica approvate dal Ministro per la Pubblica Amministrazione con decreto del 28 settembre 2022.

30 M.S. GIANNINI, *op.cit.*, § 1.2.

31 F. MANGANARO, *Op.cit.*, 65.

si politico-istituzionali ed anche in esigenze di omogeneità normativa (e retributiva, ma di questa sembra essersi persa oggi la traccia) che hanno segnato la primazia del modello ministeriale e che qui non è possibile né utile indagare. Ma essa da sempre si accompagna al rischio di effetti distortivi dei quali è necessario essere consapevoli quando si intende rivendicare una maggiore aderenza delle prospettive riformatrici alle specificità del lavoro nel contesto complesso delle amministrazioni locali.

8. Organizzazione e regolazione.

In effetti, proporre di considerare quello delle autonomie locali come ecosistema, valorizzando così le interazioni tra gli elementi che lo compongono, segnalarne lo stato di permanente dinamismo e sottolineare l'importanza delle traiettorie di sviluppo quand'anche non lineari, significa, in qualche misura, porre in evidenza la centralità euristica della dimensione organizzativa rispetto a quella propriamente ordinamentale. Problema questo che continuamente si ripropone sia pure con nuove sfumature.

Esemplare, ad esempio, le vicende relative alla riconduzione del lavoro a distanza (agile o da remoto che sia) dall'originaria funzione emergenziale all'alveo delle ordinarie attività amministrative per via della mediazione organizzativa assicurata dal c.d. POLA, che se certo non può essere considerato a stregua di "una nuova grande ed epocale riforma legislativa del lavoro pubblico (...) una di quelle che spesso deludono, magari dopo decenni di tentativi per applicarle", tuttavia sembra "diretto a iniettare una nuova dose di spirito programmatico e proprio sul terreno in cui le nostre amministrazioni appaiono più ossificate: il primitivismo organizzativo"⁽³²⁾. Questa almeno, secondo Lorenzo Zoppoli, ne è l'auspicata *ratio*, non diversa peraltro da quella che anima o dovrebbe animare i numerosi atti programmatici che da qualche tempo impegnano le amministrazioni in modo consistente. Quanto poi quel radicato "primitivismo" sia scalfito da documenti programmatici è questione che può, e forse deve, essere rimessa ad altro momento.

Il fatto è che, parafrasando il titolo molto noto di un saggio di Massimo Severo Giannini⁽³³⁾, se è vero che in principio sono le funzioni, come necessario criterio di allocazione delle competenze amministrative, è del pari vero che subito dopo v'è l'organizzazione, la qual cosa comporta di accantonare fin da subito quella "deformazione giuridicista della problematica contingente" che lo stesso Giannini ricollegava causalmente all'aver tenuto in "scarsa considerazione", già allora: nel 1957, la scienza dell'amministrazione.

Ciò di cui abbiamo bisogno è certamente una migliore organizzazione; ma questa presuppone ed invoca non già una minore, bensì una *migliore regolazione* e, direi anche, una più radicata cultura organizzativa e una rinnovata idea del lavoro pubblico e del suo senso costituzionale.

Non è privo di interesse – ed anzi è particolarmente significativo – che sia stata proprio la Corte dei Conti, in sede di certificazione dell'ultimo rinnovo contrattuale, a richiamare l'attenzione sulla necessità che "questi istituti trovino (...) una messa a regime che sappia coniugare tanto le esigenze personali dei dipendenti quanto (e soprattutto) una maggiore efficienza degli enti e dei servizi che vengono rivolti alla collettività" auspicando, all'uopo, l'introduzione di "un approccio integrale di revisione dei processi operativi in forma telematica, sia in sede sia fuori sede, di predisposizione di nuovi obiettivi per il personale, sia in lavoro agile sia in presenza, con adattamento dei controlli datoriali ai risultati attesi, affinché anche gli investimenti in formazione

³² L. ZOPPOLI, *Op. cit.*, 13.

³³ M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in AC, 1957, n. 1, 11.

possano produrre i vantaggi desiderati³⁴).

Processi, obiettivi, risultati e formazione sembrano dunque rappresentare, nel condivisibile giudizio della Corte, gli elementi su cui focalizzare l'attenzione per conseguire i risultati attesi, non solo e neppure tanto dalla remotizzazione della sede di lavoro quanto piuttosto dalla grande transizione digitale in cui siamo immersi e che non può non coinvolgere anche le amministrazioni pubbliche.

Mi chiedo, però, avviandomi alla conclusione, se una spesso non ben compresa cultura dei diritti del singolo (inerzialmente radicata anche nella norma costituzionale che vuole le pubbliche amministrazioni organizzate secondo disposizioni di legge) non abbia condizionato, e non continui ancora a farlo, la comprensione e l'implementazione di una logica propriamente organizzativa. Lavorare in remoto – ad esempio – presuppone l'integrazione, se non proprio il superamento, della logica procedurale (e del correlato taylorismo da scrivania, come da tempo è stato definito) con una diversa logica processuale, capace cioè di costruire processi lavorativi orientati al risultato, laddove invece la questione principale almeno a giudicare dal dibattito pubblico pare essere l'identificazione di chi ha diritto o no a lavorare in remoto.

In questo caso, la traduzione in chiave di diritto individuale di una modalità di erogazione della prestazione lavorativa a forte impatto sul substrato organizzativo esprime, a ben vedere, il punto critico di tutta la storia riformatrice del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Mi limito a segnalare l'art. 236 del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, là dove prevede che la mancata adozione del piano organizzativo, e quindi – in astratto – l'omessa valutazione dei fabbisogni organizzativi, determina che: “il lavoro agile si applica almeno al 30% dei dipendenti, ove lo richiedano”. Se è vero che nel sintomo si annida il rimosso, allora l'uso del verbo “applicare” sta lì ad indicare che il lavoro agile continua ad essere inteso come istituto (da applicare, appunto) piuttosto che come modalità organizzativa (da implementare) che chiede un ripensamento ampio anche della stessa logistica degli uffici, destinati a diventare luoghi di temporanea interazione piuttosto che stabili luoghi di produzione parcellizzata di beni e servizi amministrativi.

Questo è, mi pare, uno dei nodi irrisolti di una pubblica amministrazione che non riesce ancora a ben integrare una rafforzata logica organizzativa in un reticolo normativo frammentato e per alcuni tratti anche ingarbugliato. Forse è veramente necessario ripensare il sistema regolativo in modo coerente con le caratteristiche della grande transizione in cui siamo immersi, e questo però non già nella prospettiva mimetica ponseriana per cui *law should mimic the market*, e neppure in quella antagonista e quasi luddista che nella rivendicata centralità delle esigenze dell'organizzazione intravede una immediata lesione dei diritti della persona che lavora, ma in quella a mio avviso preferibile del diritto mite, capace di trovare un punto di equilibrio e di condivisione tra le varie esigenze per via della partecipazione degli *stakeholders* ai progetti di innovazione.

9. Ritornare alla Costituzione.

Chiudo il mio intervento, destinato giusto offrire qualche spunto di riflessione sul metodo di lettura di un percorso trentennale, qualche chiave di lettura a beneficio di chi ritiene che la fatica riformatrice non è mai priva di effetti positivi quand'anche non corrisponde a quanto era stato astrattamente pianificato, segnalando che la questione originaria e fondativa può essere posta in forma di domanda: di cosa parliamo quando parliamo di pubblica amministrazione; qual è la funzione che riteniamo sia oggi da assegnare alla pubblica amministrazione e che ne costituisce, o dovrebbe costituire, il

34 Corte dei conti, Sezioni Riunite in sede di Controllo, del. 16 gennaio 2023 n. 1.

parametro di conformazione anche per il discorso giuridico.

Domanda, anzi risposta necessaria, perché sola consente di riportare ad unità questioni e riflessioni che altrimenti rischiano di apparire a stregua di *disiecta membra*. E anche di dipanare una via, o almeno un sentiero, tra la matassa di modelli organizzativi idealtipici che negli ultimi tempi si sono diffusi nella letteratura scientifica, nelle opinioni di autorevoli commentatori, nelle proposte legislative e nelle aule formative. Modelli, tutti questi, caratterizzati da un preteso dato di novità segnato dal termine inglese *new* (riferito al *public management* o al *public service* o ancora alla *public governance*) ovvero dal prefisso *neo* (quando riferito al *weberian state*).

Personalmente, credo sia opportuno ribadire ancora una volta che il senso stesso della esistenza di una pubblica amministrazione, e del conseguente costo, è da ancorare nell'art. 3 della Costituzione, là dove si impone alla Repubblica di “rimuovere gli ostacoli” al fine di assicurare ad ogni cittadino condizioni ottimali per poter realizzare le proprie potenzialità (personali, sociali e professionali) e per partecipare alla vita collettiva.

Questa mi pare essere la funzione costituzionale della pubblica amministrazione, in virtù della quale risulta (o dovrebbe risultare) sempre più limitata la dimensione di potere e sempre più esaltata la funzione di servizio. In fondo, a ben vedere, anche sul piano dell'etimo amministrare ha meno a che fare con il potere e molto di più con il servire e con il prendersi cura.

Ed è indubbio che, dopo anni di furiose critiche, la funzione costituzionale della pubblica amministrazione come strumento essenziale per *assicurare la coesione sociale della comunità* sia riemersa in modo evidente in questa fase di emergenza epidemica ma essa perdura ancora oggi: “passa da qui” – ha affermato il Presidente Mattarella nel suo intervento alla quarantesima Assembla dell'ANCI – “la tenuta della coesione sociale e, aggiungo, lo sviluppo dell'Italia”; ed è questa caratteristica che fa dei Comuni “istituzioni dinamiche, non statiche” tanto da poterli qualificare, con una suggestiva definizione, “istituzioni in movimento”⁽³⁵⁾. Anzi, a ben vedere, è proprio l'accresciuta consapevolezza di questa funzione che ha reso ancor più inaccettabili, direi quasi insopportabili, i limiti organizzativi derivanti tanto dalla non compiuta transizione digitale quanto dall'ossificazione degli assetti giuridico-istituzionali consolidati.

Sia pure accelerata dall'emergenza epidemiologica è in atto una grande trasformazione segnata dalla transizione ecologica e dalla innovazione digitale. La pubblica amministrazione e il lavoro pubblico non possono certo essere ritenuti estranei a questo processo. *Smart working*, *gig-economy*, piattaforme sono aspetti parziali di un più grande ed ampio processo di riorganizzazione sociale che travolge i tradizionali modi e mezzi di lavoro. Ma sembra travolgere anche le strutture giuridico-istituzionali che ci sono state consegnate dal secolo scorso, tanto da indurre a chiedersi se il diritto del lavoro, come da noi conosciuto, sia veramente in grado di governare tali processi, inverando nel nuovo contesto i valori costituzionali che impongono la tutela della persona e della sua dignità anche nei nuovi contesti. Questa è, mi pare, la domanda più ardua che – trent'anni dopo – abbiamo davanti tutti, come giuristi accademici, come operatori o *policy makers*. Anche per rispondere a questa domanda il Centro di Ricerca “Digit Lab Law” dell'Università di Catanzaro, che ho l'onore di coordinare, e la Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni hanno inteso organizzare questo incontro nella sede propria di quelle “istituzioni in movimento” che sono i Comuni.

35 Intervento del Presidente della Repubblica SERGIO MATTARELLA alla cerimonia di apertura della 40^a Assembla annuale ANCI – Associazione Nazionale Comuni Italiani, Genova, 24 ottobre 2023, in questa Rivista

Ordine di demolizione e nuda proprietà: anche la mancata ottemperanza da parte del nudo proprietario comporta l'acquisizione del bene al patrimonio comunale.

Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 ottobre 2023, n. 16

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. 2. L'ordinanza di rimessione. 3. Le argomentazioni delle Sezioni Unite i) La ricostruzione del quadro normativo in tema di conseguenze dell'illecito edilizio; ii) La posizione del nudo proprietario; iii) L'illegittimità derivata dell'accertamento di inottemperanza che recepisce i vizi dell'ordinanza di demolizione; iv) La sanzione pecuniaria. 4. Le conclusioni.

DI ANNA LAURA RUM

ABSTRACT: Il presente contributo propone un'analisi commentata della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 16/2023, in tema di rapporto fra ordinanza di demolizione e nuda proprietà. Oltre ad affermare principi di grande importanza sull'argomento, il Supremo Consesso si pronuncia anche sulle conseguenze della mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato, sull'acquisizione del bene al patrimonio comunale, delineandone la natura giuridica e in materia di sanzione pecuniaria.

In particolare, sarà descritta puntualmente la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso al Tar e l'appello al Consiglio di Stato (infra par. 1) e verrà dettagliatamente analizzato il contenuto dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, con tutti i motivi (infra par. 2.). A seguire, si procederà ad un'approfondita analisi delle argomentazioni dell'Adunanza Plenaria (infra parr. 3, i), ii), iii), iv), 4).

ABSTRACT: *This article analyses the Supreme Assembly of Consiglio di Stato's decision n. 16/2023, about the relationship between the Council's demolition order act and the bare ownership.*

Also, the decision expresses important principles about the failure to comply with a Council's demolition order, about the Council's powers to acquire ownership of unauthorized construction and about financial penalty. The facts of the case (infra par. 1), and the content of the opening statements of the party will be analysed in detail, (infra par. 2.). Furthermore, the paper shows and examines the Adunanza Plenaria's arguments (infra parr. 3, i), ii), iii), iv), 4).

1. I fatti di causa.

I fatti di causa hanno origine da un ricorso al TAR Campania, al fine di ottenere l'annullamento di un atto di accertamento di inottemperanza edilizia con annesse sanzioni pecuniarie. L'odierna appellante, in particolare, acquisiva dal padre, per donazione, la nuda proprietà di un fondo, mentre l'usufrutto restava a quest'ultimo.

A seguito di un sopralluogo nella predetta proprietà, il Servizio Urbanistica del

Comune redigeva un accertamento tecnico, in cui rilevava che per il riferito immobile risultava trasmessa una s.c.i.a. per lavori di manutenzione ai muri di contenimento in pietrame calcareo, e registrava che i suddetti lavori, finalizzati al ripristino ed al completamento in sommità di un tratto di muro di sostegno in pietrame calcareo, interposto tra preesistenti tratti di muratura prospiciente la pubblica strada, erano ancora in corso al momento del sopralluogo. In quell'occasione, veniva acclarato che l'appellante era la nuda proprietaria e si dava atto che all'interno del fondo agricolo erano state accertate opere risalenti ad un'epoca passata, nessuna delle quali risultava assentita da titoli edilizi. In ragione di ciò, veniva adottata un'ordinanza di demolizione sia nei confronti dell'usufruttuario, che nei confronti della nuda proprietaria.

L'odierna appellante, quindi, deducendo di non avere alcuna responsabilità nella realizzazione degli abusi commessi in epoca antecedente la donazione, impugnava l'ordinanza di demolizione innanzi al TAR Campania, che lo respingeva. Conseguentemente, l'odierna appellante proponeva appello avverso la sentenza del TAR innanzi al Consiglio di Stato, il quale, con la pronuncia n. 2769 del 17 marzo 2023 della Sezione VI, respingeva il gravame, rilevando, tra l'altro, che l'ordinanza di demolizione poteva essere emanata nei confronti del nudo proprietario dell'immobile abusivo.

Durante la pendenza del giudizio avente per oggetto l'ordinanza di demolizione, il Comune accertava l'inottemperanza alla medesima, rilevava che l'Amministrazione aveva acquisito il bene al suo patrimonio indisponibile e irrogava, nei confronti di entrambi i titolari dei diritti reali, la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001, per la realizzazione di interventi edilizi in assenza di titolo edilizio, in aree soggette a vincolo paesaggistico, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42.

L'usufruttuario, allora, impugnava autonomamente il provvedimento, con ricorso innanzi al TAR Campania, che, tuttavia, lo respingeva. L'interessato, dunque, interponendo appello, il quale è stato respinto dalla Sezione VII del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 10087 del 16 novembre 2022.

A sua volta, con ricorso dinanzi al TAR Campania, l'odierna appellante impugnava lo stesso provvedimento, lamentando l'illegittimità dell'accertamento di inottemperanza edilizia con annesse sanzioni pecuniarie, sulla base di tre distinti motivi: a) la violazione del principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, per avere il Comune irrogato la sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, c. 4-bis, del d.P.R. n. 380/2001, in relazione ad un abuso commesso prima dell'entrata in vigore della disposizione di legge che ha introdotto tale sanzione pecuniaria; b) la violazione dell'art 31, comma 4, del d.P.R. n. 380 del 2001, per avere il Comune irrogato la sanzione dell'acquisizione al patrimonio comunale nei confronti di un soggetto non autore e non responsabile dell'abuso. L'appellante sosteneva, infatti, di essere la nuda proprietaria del fondo ove gli abusi erano stati realizzati e di non avere in alcun modo contribuito alla loro realizzazione, circostanza peraltro non contestata dal Comune. Ebbene, a differenza della sanzione demolitoria, che ha natura reale e può essere disposta anche nei confronti del proprietario non responsabile, l'acquisizione dell'opera al patrimonio comunale - sosteneva sempre parte appellante - potrebbe essere irrogata esclusivamente nei confronti del responsabile dell'abuso; c) l'illegittimità derivata del provvedimento impugnato, in ragione dei vizi inficianti il provvedimento presupposto, ovvero l'ordinanza di demolizione.

Il TAR, tuttavia, respingeva il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni: a) l'irrogazione della sanzione non poteva dirsi adottata in violazione del principio di irretroattività, perché l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione va considerata alla stregua di un illecito permanente, che non esaurisce i propri effetti alla scadenza del termine di novanta giorni dalla notifica dell'ordinanza di demolizione. In altri termini,

la parte ricorrente avrebbe potuto ottemperare anche successivamente alla scadenza di tale termine, mentre era rimasta inerte anche successivamente alla scadenza del termine e all'entrata in vigore del comma 4-bis. Sicché, legittimamente l'Amministrazione aveva inflitto alla ricorrente anche la sanzione pecuniaria: non poteva, infatti, sostenersi che fosse stata punita una condotta compiuta prima che entrasse in vigore la norma sanzionatoria, posto che la condotta da sanzionare aveva continuato a perpetuarsi anche dopo la sua entrata in vigore; b) la sanzione demolitoria ha natura oggettiva: essa colpisce il bene abusivo, indipendentemente da chi abbia commesso l'abuso, e dunque il proprietario (anche il nudo proprietario) ne subisce gli effetti indipendentemente dal suo ruolo di responsabile; c) risultando legittima l'ordinanza di demolizione, non sussiste il vizio di illegittimità derivata.

L'appellante, dunque, impugnava la sentenza del TAR n. 4033 del 2017, lamentandone l'erroneità per le seguenti ragioni: a) l'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, ex art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, sarebbe normativamente configurato alla stregua di un atto ad efficacia meramente dichiarativa, che si limiterebbe a formalizzare l'effetto istantaneo dell'acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale, già verificatasi alla scadenza del termine assegnato con l'ingiunzione stessa. Pertanto, la scadenza del termine per ottemperare determinerebbe in modo istantaneo il trasferimento al patrimonio comunale indisponibile del manufatto che sarà demolito o conservato in caso di accertati e prevalenti interessi pubblici al suo mantenimento, e la conseguente perdita della disponibilità dell'area interessata da parte del privato. La privazione della disponibilità dell'area allo scadere del termine di 90 giorni farebbe sorgere anche il divieto per il destinatario inadempiente di manomettere o demolire il manufatto abusivo, stante, altresì, la possibilità, in astratto, che il Comune, sussistendo un interesse pubblico, si determini, non per la demolizione, ma per l'acquisizione definitiva ai sensi del comma 5 dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001. Pertanto, l'inottemperanza all'ingiunzione ex art. 31 non avrebbe natura di illecito permanente, sicché l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4 bis nei confronti dell'appellante violerebbe il divieto di irretroattività dell'applicazione di una sanzione ad una fattispecie omissiva istantanea maturata prima della sua introduzione legislativa, in violazione di quanto statuito dall'art. 25 Costituzione, dall'art. 1 della legge n. 689 del 24 novembre 1981 e dall'art. 11 delle disposizioni preliminari del codice civile. Ai fini della legittima irrogazione delle sanzioni pecuniarie de quibus, occorrerebbe, dunque, che l'inadempimento all'ordine di demolizione si fosse verificato dopo l'entrata in vigore del c. 4 bis dell'art. 31 del d.P.R. 380/2001, diversamente da quanto accaduto nella fattispecie; b) la tesi sostenuta dal primo giudice, secondo la quale la sanzione demolitoria, ex art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, è una sanzione repressiva di natura reale, volta a ripristinare l'ordine urbanistico violato dall'abuso edilizio, che può essere indirizzata nei confronti del proprietario indipendentemente dalla sua responsabilità, dovrebbe trovare adeguato contemperamento, in alcuni casi limite, con altri imprescindibili principi di garanzia della proprietà privata, ogni qual volta l'ordine di demolizione è adottato a carico di un soggetto che non è nelle condizioni giuridiche di adempierlo. Nella fattispecie, il nudo proprietario, in quanto tale, non avrebbe alcuna disponibilità, né facoltà d'uso sul bene gravato da usufrutto, né alcuna potestà negoziale o processuale per costringere l'usufruttuario ad eseguire un ordine pubblico di ripristino. In assenza di un'espressa previsione di legge, porre un obbligo o un onere di attivazione in capo al proprietario, sprovvisto per legge o per contratto o per *factum principis*, della disponibilità della res, per conseguire la demolizione dell'abuso edilizio, si tradurrebbe in una chiara lesione delle garanzie previste dall'art. 23 della Costituzione, che detta una riserva di legge per ogni genere di obbligo o prestazione imposta anche in via indiretta. Inoltre, il mancato accertamento della responsabilità dell'appellante nella commissione degli abusi impe-

direbbe di irrogare la sanzione dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale. Una sanzione prevista per l'ipotesi di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione dovrebbe riferirsi esclusivamente al responsabile dell'abuso, non potendo operare nella sfera giuridica di altri soggetti e, in particolare, nei confronti del proprietario dell'area. Ciò sarebbe conforme ai principi formulati con la sentenza n. 345 del 15 luglio 1991 dalla Corte Costituzionale, nonché ai principi della CEDU, così come ritenuti applicabili dalla Corte di Strasburgo in materia di sanzioni di confisca e di acquisizione nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, decisione 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. Pertanto, l'atto di accertamento di inottemperanza all'ingiunzione di ripristino, con acquisizione della res al patrimonio comunale, andrebbe notificato al proprietario, solo quando sia rilevabile una sua connivenza rispetto al commesso abuso edilizio; c) a fronte dell'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, il primo giudice avrebbe dovuto concludere per l'illegittimità derivata del provvedimento impugnato.

2. L'ordinanza di rimessione

Con l'ordinanza n. 3974 del 19 aprile 2023⁽¹⁾, Sezione VI del Consiglio di Stato, avendo ravvisato la presenza di contrasti giurisprudenziali circa la natura dell'illecito edilizio sanzionato, che è destinato a riflettersi anche sulla questione dell'applicazione temporale del comma 4-bis dell'art. 31, rimetteva il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria.

In particolare, la Sezione rimettente ricostruisce il quadro normativo e giurisprudenziale nei seguenti termini.

Il decreto legge 12 settembre 2014 n. 133, convertito con modifiche dalla legge 11 novembre 2014 n. 164, ha modificato l'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, inserendovi i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater che così recitano: "4-bis. L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti. La sanzione, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

4-ter. I proventi delle sanzioni di cui al comma 4-bis spettano al comune e sono destinati esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico.

4-quater. Ferme restando le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano, le regioni a statuto ordinario possono aumentare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4-bis e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione".

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 164/2014, un primo orientamento⁽²⁾ ha sostenuto che l'illecito in esame sanziona il mancato ripristino dell'abuso edilizio e quindi sia applicabile anche agli abusi posti in essere prima dell'entrata in vigore della normativa e tali rimasti anche successivamente, in quanto gli abusi edilizi sono considerati illeciti permanenti.

¹ In www.giustizia-amministrativa.it

² Consiglio di Stato, Sez. II, 14 febbraio 2023, n. 1537; Sez. VI, 16 aprile 2019, n. 2484; Sez. VI, 9 agosto 2022, n. 7023

Un secondo orientamento⁽³⁾, invece, ha offerto una diversa interpretazione dell'art. 31 comma 4-bis, ritenendo che esso sanzioni segnatamente l'inottemperanza all'ordine di demolizione, ossia punisca una condotta omissiva specifica, consistente nel non provvedere alla rimessione in pristino dopo aver ricevuto il relativo ordine.

Quanto, invece, alla questione dell'applicabilità della sanzione pecuniaria in esame alle situazioni createsi per effetto di ordinanze di demolizione che hanno fissato per l'ottemperanza il termine di 90 giorni già scaduto prima della entrata in vigore della l. n. 164/2014, si è formato un orientamento giurisprudenziale⁽⁴⁾ quasi unanime, che ha ritenuto che la sanzione in esame sia applicabile anche a tali situazioni, purché l'inottemperanza all'ordine di demolizione si sia protratta anche dopo la sua entrata in vigore: si è osservato che l'inottemperanza all'ordine di demolizione costituisce un illecito avente natura permanente, che si protrae fino alla cessazione della situazione di illiceità, in quanto lo scadere del termine di 90 giorni dalla notifica dell'ordine di demolizione non determina il venir meno dell'obbligo di rimuovere le opere abusive.

A sostegno di quest'impostazione viene, talvolta, utilizzato un argomento letterale tratto dall'art. 31, comma 4-quater, del d.P.R. n. 380 del 2001, il quale prevede il potere delle Regioni a statuto ordinario di "aumentare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4-bis e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione", previsione questa che sarebbe compatibile solo con la configurazione dell'illecito come illecito permanente e che confermerebbe come l'obbligo di ripristino permanga, a carico del privato, anche allo scadere del termine indicato nell'ordine di demolizione.

Un orientamento giurisprudenziale minoritario⁽⁵⁾, invece, in ragione della natura istantanea dell'illecito, sostiene che il principio di irretroattività non consenta di imporre il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria laddove la disposizione legislativa (l'art. 31, comma 4-bis, cit.) che ha introdotto la previsione punitiva sia entrata in vigore in epoca successiva rispetto al momento in cui si è maturata la trasgressione.

La Sezione rimettente, nel dettaglio, ritiene che l'illecito sanzionato dall'art. 31, comma 4-bis, sia autonomo e distinto rispetto all'abuso edilizio di base, constando di una condotta omissiva specifica, consistente nel non provvedere al ripristino dello stato dei luoghi nei termini indicati nella ordinanza di demolizione: la differenza tra i due illeciti andrebbe, infatti, ravvisata nella loro natura giuridica. Mentre l'abuso edilizio dovrebbe essere qualificato in termini di illecito permanente, la mancata ottemperanza all'ordinanza di demolizione raffigurerebbe un illecito istantaneo con effetti permanenti, trattandosi di una condotta omissiva che è legata alla scadenza di un termine, il quale deve considerarsi perentorio in considerazione degli effetti, di natura sostanziale, assai gravi che scaturiscono dalla violazione di esso e che, secondo l'orientamento di gran lunga prevalente, sono stabiliti al comma 3, ovvero l'automatica acquisizione del bene e dell'area di sedime al patrimonio del Comune. A conferma di questa convinzione, la Sezione richiama la giurisprudenza penale⁽⁶⁾ relativa ai reati omissivi legati alla scadenza di un termine e, in particolare, quella⁽⁷⁾ riguardante il reato di cui all'art. 650 c.p., qualora l'esecuzione dell'ordine sia legata alla scadenza di un termine perentorio.

Inoltre, secondo la Sezione rimettente, la natura perentoria del termine di 90 gior-

3 Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5242; Sez. VI, 25 luglio 2022, n. 6519

4 Cons. St., VI, n. 5242, 2019; Sez. VII, 28 dicembre 2022, n. 11397; Sez. VI, n. 6519, 2022; cfr. Cass. Civ., Sez. II, 19 luglio 2022, n. 22646

5 Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. n. 178 del 2018

6 Cassazione penale, Sez. III, 28 febbraio 2019, n. 25541; Sez. V, 14 febbraio 2020, n. 12929; Sez. III, 14 dicembre 2010, n. 615; Sez. III, 12 giugno 2019, n. 36387

7 Cassazione penale, sez. IV, 28 aprile 2022, n. 30805

ni si evince dalla circostanza che: a) il suo decorso comporta l'automatico trasferimento della proprietà del bene abusivo e dell'area di sedime al patrimonio comunale; b) il provvedimento che dispone l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale in via automatica - ex lege senza necessità di un formale atto scritto di trasferimento - ha natura meramente dichiarativa; c) è irrilevante l'eventuale adempimento tardivo al fine di evitare il trasferimento della proprietà a favore del Comune; d) è illecita la demolizione posta in essere dal privato successivamente a tale passaggio di proprietà, in quanto il Comune potrebbe decidere di non demolire l'opera, esercitando le prerogative attribuitegli dal comma 5 dell'art. 31 del d.P.R. 380 del 2001, in base al quale l'opera acquisita è demolita salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici; e) l'art. 36, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 consente di presentare istanza di sanatoria di conformità "fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative".

La Sezione, infine, ha osservato che, anche se la legge dispone l'acquisizione di diritto del manufatto e dell'area di sedime, diversamente dovrebbe concludersi per l'area ulteriore, necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive, la cui estensione non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita.

Per l'area ulteriore, l'atto di accertamento avrebbe efficacia costitutiva traslativa della proprietà, atteso che l'individuazione di tale area implica l'esercizio di un potere di valutazione, sia tecnica che discrezionale, in senso proprio, dell'Amministrazione, pertanto, si potrebbe inquadrare l'acquisizione gratuita nei termini di una fattispecie a formazione progressiva, ovvero di una sequenza di fatti e di atti, non tutti ad effetti dichiarativi, attraverso i quali dall'inottemperanza si giunge per distinte fasi procedurali all'acquisizione al patrimonio comunale e un bene in origine privato diventa (può diventare) di proprietà pubblica.

Ad avviso della Sezione rimettente, quindi, se il privato non può più demolire l'opera abusiva decorso il termine di 90 giorni, questi manterrebbe interesse a collaborare con l'Amministrazione, poiché l'adempimento tardivo all'ordine di demolizione varrebbe ad evitargli conseguenze più gravi, quali la perdita anche dell'area ulteriore rispetto a quella di sedime.

A sostegno della tesi dell'illecito istantaneo ad effetti permanenti, militerebbero, infine, due ulteriori argomenti: a) la non ostatività dell'argomento letterale di cui al comma 4 quater, in quanto ai fini della definizione del giudizio è solo la disposizione statale ad applicarsi, che non prevede la possibilità di reiterazione della sanzione pecuniaria, non risultando che la Regione Campania abbia disciplinato l'esercizio del relativo potere; b) la natura afflittiva e non ripristinatoria della sanzione, con conseguente applicazione del regime previsto per le sanzioni pecuniarie dalla l. n. 689/1981.

In definitiva, la Sezione formulava all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

- I) *se, e in che limiti, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione adottata ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, abbia effetti traslativi automatici che si verificano alla scadenza del termine di novanta giorni assegnato al privato per la demolizione;*
- II) *se l'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 sanzioni l'illecito costituito dall'abusivo edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva, id est, l'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione;*
- III) *se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti;*
- IV) *se la sanzione di cui all'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa essere irrogata nei confronti di soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di de-*

molizione prima dell'entrata in vigore della L. n. 164 dell'11 novembre 2014, quando il termine di novanta giorni, di cui all'art. 31, comma 3, risulti a tale data già scaduto e detti soggetti più non possano demolire un bene non più loro, sempre sul presupposto che a tale data la perdita della proprietà in favore del Comune costituisca un effetto del tutto automatico”.

3. Le argomentazioni dell'Adunanza Plenaria.

i) La ricostruzione del quadro normativo in tema di conseguenze dell'illecito edilizio

L'Adunanza Plenaria, preliminarmente, ricostruisce il quadro di regole applicabili quando l'Amministrazione comunale esercita i propri poteri di vigilanza e repressione degli abusi edilizi disciplinati dagli articoli 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, come modificato dalla l. n. 164/2014.

Innanzitutto, rimarca come la commissione di un illecito edilizio comporti la sussistenza del reato previsto dall'art. 44, comma 1, lettere a) e b), del d.P.R. n. 380 del 2001 e la lesione dei valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione: la realizzazione di opere edilizie, in assenza del relativo titolo e in contrasto con le previsioni urbanistiche, incide negativamente sul paesaggio, sull'ambiente, sull'ordinato assetto del territorio e sulla regola per la quale il godimento della proprietà privata deve svolgersi nel rispetto dell'utilità sociale.

Sotto il profilo penale, viene ricordato che il reato edilizio è caratterizzato da una condotta attiva che perdura nel tempo sino all'ultimazione nel manufatto: il termine di prescrizione del reato comincia a decorrere dalla data dell'ultimazione delle opere, inclusi i lavori di rifinitura interni ed esterni, quali gli intonaci e gli infissi e le parti che costituiscono pertinenze dell'abitazione. Sul punto, vengono richiamate numerose sentenze⁽⁸⁾ della Corte di Cassazione espressasi in questo senso.

Ancora, la Plenaria ricorda che, per le opere abusive disciplinate dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, ai sensi del suo comma 9, il giudice, con la sentenza di condanna, ordina la demolizione, se ancora non sia stata altrimenti eseguita.

Sotto il profilo amministrativo, a seguito della commissione di un illecito edilizio, il Comune è titolare dei poteri previsti dagli articoli 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001.

L'articolo 27, al comma 2, dispone che “il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale” “provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi”; “quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici”.

Sulla base del comma 2, sin da quando cominciano i lavori abusivi e anche dopo la loro esecuzione, l'Autorità amministrativa può immediatamente disporre ed effettuare – senza la previa intimazione al proprietario - la materiale demolizione delle opere e il ripristino dello stato dei luoghi, anticipando le relative spese e ponendole a carico dei soggetti indicati dall'art. 29, comma 1.

Il comma 2 dell'art. 27 disciplina un peculiare e semplificato procedimento, volto all'immediata repressione dell'abuso, con il quale l'Amministrazione dispone la demolizione materiale senza alcun differimento, verosimilmente quando non vi sia bisogno di particolari accertamenti sull'abusività dei lavori e vi siano le relative risorse tecniche e finanziarie.

⁸ Cassazione penale, Sez. III, 24 giugno 2022, n. 24407; n. 7889 del 4 marzo 2022; n. 7407 del 17 marzo 2021; n. 7404 del 25 febbraio 2021, n. 30147 del 19 aprile 2017; n. 48002 del 20 novembre 2014; n. 8172 del 2 marzo 2010; n. 32969 del 7 settembre 2005; Sez. Unite n. 17178 del 8 maggio 2002.

L'articolo 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, al comma 2, disciplina la diversa ipotesi in cui il Comune - anziché procedere esso stesso senz'altro alla demolizione o dopo avere attivato il procedimento previsto dall'art. 27 senza concluderlo - accerta "l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32" e "ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3".

I successivi due commi dell'articolo 31 dispongono che:

- "3. Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita.
4. L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al comma 3, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente".

Ai sensi dell'articolo 31 (che contiene disposizioni in parte riprodotte nei commi dell'art. 7 della legge n. 47 del 1985), dunque, il Comune, qualora non abbia effettuato esso stesso la demolizione materiale delle opere abusive e la rimessione in pristino, deve ordinare al responsabile la loro demolizione.

Se il responsabile non ottempera all'ordine di demolizione entro il termine perentorio di 90 giorni, si verificano le conseguenze previste dai commi 2, 3 e 4 del testo originario dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 ed aventi per oggetto le opere abusive, nonché quelle previste dai commi 4-bis, 4-ter e 4-quater, introdotti nell'articolo 31 con la legge n. 164 del 2014, relative all'irrogazione delle sanzioni pecuniarie.

L'art. 31 struttura l'intervento repressivo del Comune in quattro distinte fasi: una prima fase è attivata dalla notizia dell'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32, sfocia in un accertamento istruttorio e si conclude, in caso di verifica positiva dell'esistenza dell'illecito, con un'ordinanza che ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto in caso di inottemperanza all'ordine. La mancata individuazione della detta area non comporta l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, potendo la sua individuazione avvenire con il successivo atto di accertamento dell'inottemperanza (ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 maggio 2023, n. 4563).

Entro il termine perentorio di 90 giorni, il destinatario dell'ordine di demolizione può formulare l'istanza di accertamento di conformità prevista dall'art. 36, comma 1, del testo unico n. 380 del 2001.

L'art. 36, comma 1, infatti, consente la presentazione di tale istanza "fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative" e dunque prima della scadenza del termine indicato per demolire o ridurre in pristino, ovvero - nel caso in cui ciò non sia possibile - prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli articoli 33 e 34 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Il Collegio precisa, altresì, che l'art. 36 è entrato in vigore prima dell'introduzione del comma 4 bis dell'art. 31 e ovviamente non poteva far riferimento anche a quest'ultimo. Pertanto, la disposizione non può che essere interpretata nel senso che l'accertamento di conformità può essere richiesto prima della scadenza del termine indicato

per demolire o ridurre in pristino ovvero - nel caso in cui ciò non sia possibile - prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli artt. 33 e 34 d.P.R. n. 380 del 2001.

Non può invece ritenersi che l'istanza ex art. 36 comma 1, possa essere presentata fino all'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4 bis dell'art. 31, facendo leva sul riferimento generico contenuto nell'art. 36 alla locuzione "fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative". Infatti, la situazione del proprietario, che lascia trascorrere inutilmente il termine per demolire, è quella del soggetto non più legittimato a presentare l'istanza di accertamento di conformità, avendo perduto ogni titolo di legittimazione rispetto al bene.

Entro il termine di 90 giorni, il destinatario dell'ordinanza di demolizione può anche chiedere una sua proroga, qualora dimostri la sua concreta volontà di disporre la demolizione e sussistano ragioni oggettive che rendano impossibile il completamento della *restitutio in integrum* entro tale termine.

Una seconda fase si attiva decorso il termine di 90 giorni dalla notifica del provvedimento di demolizione agli interessati (o il diverso termine prorogato dall'Amministrazione su istanza di quest'ultimi) con un sopralluogo sull'immobile, che si conclude con l'accertamento positivo o negativo dell'esecuzione dell'ordinanza di ripristino.

Nel caso di accertamento positivo, l'autore dell'abuso mantiene la titolarità del suo diritto, non potendo l'Amministrazione emanare l'atto di acquisizione.

L'ordinamento, dunque, prosegue la Plenaria, incentiva l'autore dell'illecito a rimuovere le sue conseguenze materiali, con la prospettiva del mantenimento del suo diritto reale, nel caso di tempestiva esecuzione dell'ordinanza di demolizione.

Nel caso di accertamento negativo, l'Amministrazione rileva che vi è stata l'acquisizione ex lege al patrimonio comunale (salvi i casi previsti dal comma 6) del bene come descritto nell'ordinanza di demolizione (ovvero come descritto nello stesso atto di acquisizione con l'indicazione dell'ulteriore superficie nel limite del decuplo di quella abusivamente costruita).

Alla scadenza del termine di 90 giorni, l'Amministrazione è dunque *ipso iure* proprietaria del bene abusivo ed il responsabile non è più legittimato a proporre l'istanza di accertamento di conformità.

A seguito dell'entrata in vigore del comma 4-bis dell'art. 31, l'Amministrazione deve anche irrogare la sanzione amministrativa pecuniaria (anche con atto separato, qualora tale sanzione per una qualsiasi ragione non sia stata contestuale all'accertamento dell'inottemperanza).

Il Collegio riprende, poi, i principi espressi dalla Corte Costituzionale⁽⁹⁾, secondo la quale, l'ordine di demolizione e l'atto di acquisizione al patrimonio comunale costituiscono due distinte sanzioni, che rappresentano "la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla".

Dunque, il Collegio evidenzia che la sanzione disposta con l'ordinanza di demolizione ha natura riparatoria ed ha per oggetto le opere abusive, per cui l'individuazione del suo destinatario comporta l'accertamento di chi sia obbligato *propter rem* a demolire e prescinde da qualsiasi valutazione sulla imputabilità e sullo stato soggettivo (dolo, colpa) del titolare del bene. Invece, l'acquisizione gratuita, quale conseguenza dell'inottemperanza all'ordine di demolizione e della relativa omissione, ha natura afflittiva (così come la correlata sanzione pecuniaria).

In considerazione di tale natura afflittiva, l'Adunanza Plenaria ritiene che vada affermato in materia anche il principio per il quale deve esservi l'imputabilità dell'ille-

9 Sentenza n. 140 del 2018, § 3.5.1.1.; sentenza n. 427 del 1995; sentenza n. 345 del 1991

cito omissivo della mancata ottemperanza: pertanto, l'atto di acquisizione delle opere abusive al patrimonio comunale non può essere emesso quando risulti la non imputabilità - per una malattia completamente invalidante - della mancata ottemperanza da parte del destinatario dell'ordine di demolizione (salvi gli obblighi del suo eventuale rappresentante legale).

Il Collegio aggiunge, ancora, che per il principio della vicinanza alla fonte della prova, è specifico onere per il destinatario dell'ordine di demolizione - o, in ipotesi, del suo rappresentante legale - dedurre e comprovare la sussistenza di tale non imputabilità: l'Amministrazione, in assenza di comprovate deduzioni, deve emanare l'atto di acquisizione.

Ancora, la Plenaria aggiunge che una terza fase - già disciplinata dal testo originario dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001 e poi disciplinata anche dalla l. n. 164/2014, che ha ivi aggiunto i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater - si apre con la notifica dell'accertamento dell'inottemperanza all'interessato e concerne l'immissione nel possesso del bene e la trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari. Quest'ultimo adempimento, che deve essere compiuto con sollecitudine, rappresenta un atto indispensabile al fine di rendere pubblico nei rapporti con i terzi l'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà e consolidarne gli effetti, sicché ai sensi di quanto disposto dal comma 4 bis dell'art. 31 deve ritenersi che rappresenti un elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente, al pari della tardiva o mancata adozione della stessa sanzione che con l'atto di accertamento viene irrogata.

In sostanza, con tale notifica, il bene si intende acquisito a titolo originario al patrimonio pubblico - con decorrenza dalla scadenza del termine fissato dall'art. 31, salva la proroga eventualmente disposta - e di conseguenza eventuali ipoteche, pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione. Sul punto, viene richiamata una recente pronuncia⁽¹⁰⁾ del Consiglio di Stato.

Il Collegio, quindi, afferma che l'accertamento dell'inottemperanza certifica il passaggio di proprietà del bene al patrimonio pubblico e costituisce il titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente.

Ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 già nel suo testo originario, l'acquisto *ipso iure* del bene abusivo da parte dell'Amministrazione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo ricadente *propter rem* sull'autore dell'abuso e sui suoi aventi causa.

Infatti, l'obbligo di demolire il proprio manufatto entro il termine fissato dall'Amministrazione dopo la scadenza di tale termine viene meno (non potendo più il responsabile demolire un bene che non è più suo) ed è sostituito *ex lege* dall'obbligo di rimborsare all'Amministrazione tutte le spese che essa poi sostenga per demolire il bene abusivo.

La Plenaria cita, poi, la legge n. 164 del 2014, che integra l'art. 31 con i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater: l'art. 31, comma 4-bis, dispone che: "L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria". Esso ha dunque previsto una ulteriore sanzione di natura afflittiva, nel caso di inottemperanza all'ordinanza di demolizione: alla tradizionale previsione dell'acquisizione di diritto al patrimonio comunale del bene abusivo e dell'area ulteriore, la riforma del 2014 ha aggiunto la doverosa irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, che deve essere disposta senza indugio (col medesimo atto di accertamento dell'inottemperanza o con un atto integrativo autoritativo successivo).

10 Consiglio di Stato, Sez. VII, n. 2459 del 2023

Anche la *ratio* di tale ulteriore previsione si basa sull'esigenza di salvaguardare i valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione.

Poiché il responsabile dell'illecito ha cagionato un *vulnus* al paesaggio, all'ambiente ed all'ordinato assetto del territorio, in contraddizione con la funzione sociale della proprietà, il legislatore ha inteso sanzionarlo – oltre che con la perdita della proprietà – anche con una sanzione pecuniaria, qualora non abbia ottemperato all'ordinanza di demolizione.

In considerazione della scarsità delle risorse economiche di cui sono ordinariamente dotati i Comuni e della complessità delle procedure in base alle quali le Amministrazioni possono disporre la demolizione in danno e porre le spese a carico del responsabile, il legislatore ha inteso in questo modo stimolare il responsabile ad eliminare le conseguenze dell'illecito edilizio, con la previsione di una sanzione pecuniaria.

Sotto il profilo civilistico, l'acquisto *ipso iure* da parte del Comune comporta l'applicabilità dell'art. 2053 del codice civile, sulla responsabilità del proprietario nei confronti dei terzi per i danni derivanti dalla rovina dell'edificio, salva l'applicazione dell'articolo 2051 dello stesso codice, sulla responsabilità di chi continui a possedere l'edificio abusivo, fin quando l'Amministrazione si sia immessa nel possesso, in esecuzione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione.

L'Adunanza Plenaria, poi, si sofferma sulla quarta (ed eventuale) fase, che riguarda il come l'Amministrazione intenda gestire il bene ormai entrato nel patrimonio comunale. A seguito della perdita *ipso iure* del bene, pur se accertata successivamente, chi lo possiede ormai senza idoneo titolo giuridico non può né demolirlo, né modificarlo, ed è tenuto a corrispondere un importo all'Amministrazione proprietaria per la sua disponibilità che avviene *sine titulo*.

In alternativa alla demolizione del bene, il Consiglio comunale può, ai sensi del secondo periodo del comma 5 dell'art. 31, deliberare il mantenimento in essere dell'immobile abusivo, che, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale⁽¹¹⁾, è una via del tutto eccezionale, che può essere percorsa per la presenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico.

In assenza di tale motivata determinazione del Consiglio comunale, va disposta, ai sensi del primo periodo del comma 5, la materiale demolizione del bene abusivo a spese del responsabile dell'abuso e dei suoi eventuali aventi causa, fermo restando che la demolizione non comporta il riacquisto dell'area di sedime, ormai definitivamente acquisita al patrimonio comunale.

Anche in tal caso, l'Amministrazione può consentire che la demolizione possa essere effettuata dal responsabile (o dal suo avente causa), il quale può averne uno specifico interesse, per contenerne le spese, che altrimenti sarebbero anticipate anche in misura superiore dall'Amministrazione, con rivalsa nei suoi confronti.

Il Collegio conclude, quindi, che, salvo il caso eccezionale in cui l'Amministrazione ritenga di evitare la demolizione dell'immobile ormai entrato nel suo patrimonio per soddisfare interessi pubblici, l'esito finale ordinario dell'abuso edilizio è costituito dalla demolizione del manufatto abusivo.

Viene poi evidenziato che il responsabile dell'illecito, il proprietario ed i suoi aventi causa hanno sempre il dovere di rimuoverne le conseguenze, sicché vanno distinte le seguenti fasi temporali: a) fino a quando scade il termine fissato nell'ordinanza di demolizione, questi hanno il dovere di effettuare la demolizione, che, se viene posta in essere, evita il trasferimento della proprietà al patrimonio pubblico; b) qualora il termine per demolire scada infruttuosamente, i destinatari dell'ordinanza di demoli-

11 Corte costituzionale, n. 140 del 2018

zione commettono un secondo illecito di natura omissiva, che comporta, da un lato, la perdita *ipso iure* della proprietà del bene con la conseguente e connessa irrogazione della sanzione pecuniaria e, dall'altro, la novazione oggettiva dell'obbligo *propter rem*, perché all'obbligo di demolire il bene si sostituisce l'obbligo di rimborsare l'Amministrazione, per le spese da essa anticipate per demolire le opere abusive entrate nel suo patrimonio, risultanti *contra ius* (qualora essa non abbia inteso eccezionalmente utilizzare il bene ai sensi dell'art. 31, comma 5, del d.P.R. n. 380 del 2001); c) decorso il termine per demolire, qualora l'Amministrazione non decida di conservare il bene, resta la possibilità di un'ulteriore interlocuzione con il privato per un adempimento tardivo dell'ordine di demolire, che non comporta il sorgere di un diritto di quest'ultimo alla retrocessione del bene, né fa venire meno la sanzione pecuniaria irrogata, ma può evitargli, da un lato, la perdita dell'ulteriore proprietà sino a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita se non è già stata individuata in sede di ordinanza di demolizione, nonché gli eventuali maggiori costi derivanti dalla demolizione in danno. Il proprietario non ha dunque alcun diritto a porre in essere la demolizione dopo la scadenza del termine dei 90 giorni, spettando alla discrezionalità dell'Amministrazione di valutare se coinvolgerlo ulteriormente nella demolizione.

Il Collegio prosegue la disamina normativa e afferma che, per quanto riguarda la natura degli illeciti edilizi previsti dalle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, va evidenziata la diversità delle qualificazioni rilevanti nel diritto penale e nel diritto amministrativo.

Come accade sotto il profilo penale, il termine di prescrizione del reato edilizio comincia a decorrere dalla data di ultimazione delle opere.

La Plenaria osserva che, talvolta la giurisprudenza e la dottrina richiamano la nozione di reato permanente, ma più propriamente – poiché il legislatore non ha disciplinato la condotta in modo bifasico e non ha inserito nel fatto tipico alcun richiamo alla mancata demolizione delle opere abusive – si tratta di reati caratterizzati unicamente da una condotta attiva frazionata e perdurante nel tempo, quella di realizzazione delle opere abusive: quanto alla condotta punibile e alla decorrenza del termine di prescrizione del reato, non rileva che dopo l'ultimazione delle opere perduri la violazione dei valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione.

Quindi, pur se il responsabile dell'abuso ha l'obbligo (ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001) di demolire le opere abusive e sotto il profilo amministrativo risponde della mancata ottemperanza all'ordine di demolizione con la perdita del diritto di proprietà, sotto il profilo penale, la legge non ha attribuito di per sé rilevanza alla fase omissiva della mancata demolizione di quanto realizzato.

Si è dunque in presenza non di un reato permanente a condotta mista (dapprima commissiva e poi omissiva), ma di un reato commissivo caratterizzato dalla condotta costruttiva perdurante nel tempo, che termina o con l'interruzione o con l'ultimazione dei lavori (o il sequestro del bene, se non seguito dalla prosecuzione dei lavori).

La Plenaria afferma la nota diversità della natura amministrativa dell'illecito edilizio: infatti, l'articolo 31 del testo unico n. 380 del 2001, proprio perché la realizzazione delle opere abusive comporta un perdurante *vulnus* ai valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione, ha previsto, da un lato, l'obbligo dell'autore dell'illecito di demolire le opere abusive entro il termine fissato con l'ordinanza di demolizione (cui segue l'obbligo di rimborsare gli oneri sostenuti dall'Amministrazione, per la demolizione del bene nel frattempo divenuto suo) e, dall'altro, il dovere del Comune di reprimere l'illecito.

Quindi, l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta un secondo illecito di natura omissiva, che si aggiunge a quello di natura commissiva (insito nella realizzazione delle opere abusive) e comporta la perdita del diritto di proprietà.

In sostanza, la perdurante situazione *contra ius* – caratterizzata dalla novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile, che dapprima è quello di demolire l'immobile abusivo ancora suo e poi diventa quello di rimborsare all'Amministrazione le spese sostenute per la demolizione d'ufficio - viene meno o quando è emesso un provvedimento con effetti sananti (l'accertamento di conformità previsto dall'art. 36 del testo unico n. 380 del 2001 o il condono in passato previsto dalle leggi speciali) o quando le opere abusive sono materialmente demolite.

Sotto il profilo amministrativo, dunque, l'abuso edilizio ha una peculiare natura di illecito con effetti permanenti, in quanto la lesione dei valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione si protrae nel tempo sino al ripristino della legittimità violata (col rilascio di un titolo abilitativo o con la materiale demolizione delle opere), mutando nel tempo l'obbligo del responsabile (poiché all'obbligo di demolire il proprio bene abusivo si sostituisce *ex lege* l'obbligo di rimborsare le spese sostenute dall'Amministrazione per la demolizione, salva la possibilità per l'Amministrazione di emanare nuovamente l'ordinanza di demolizione e di disporre un'ulteriore sanzione pecuniaria nel caso di ottemperanza, qualora la competente Regione dia attuazione all'art. 31, comma 4-quater).

Al riguardo, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza⁽¹²⁾ n. 9 del 2017, ha già chiarito che l'ordine di demolizione di una costruzione abusiva deve comunque essere emanato senza alcuna rilevanza del decorso del tempo, proprio perché la presenza del manufatto abusivo comporta una lesione permanente ai valori tutelati dalla Costituzione e l'eventuale connivenza o la mancata conoscenza della loro esistenza da parte degli organi comunali non incide sul dovere di disporre la demolizione.

Inoltre, la medesima sentenza dell'Adunanza Plenaria ha rimarcato come la sanzione amministrativa consistente nell'ordine di demolizione, avendo carattere reale, prescinda dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile, dovendo esso essere emanato anche nei confronti di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento della sua emanazione in un rapporto con la res tale da consentire la restaurazione dell'ordine giuridico violato.

Dunque, il Collegio conclude la ricostruzione del quadro normativo, affermando che, con l'acquisto del diritto reale da parte dell'avente causa, si verifica una novazione soggettiva cumulativa dell'obbligo *propter rem* di demolire il bene.

ii) La posizione del nudo proprietario

Ricostruito il quadro normativo in tema di conseguenze dell'illecito edilizio, l'Adunanza Plenaria procede all'esame della posizione del nudo proprietario che sia stato coinvolto nella commissione dell'illecito edilizio, ancorché in nessuno dei quesiti formulati dalla Sezione Sesta vi è un espresso richiamo a tale posizione. Tuttavia, la motivazione dell'ordinanza di rimessione e la motivazione della sentenza del TAR impugnata si sono soffermate sulle peculiarità che caratterizzano il diritto reale della nuda proprietà.

Nell'esaminare la posizione del nudo proprietario, l'Adunanza Plenaria ritiene che vadano distinte due fattispecie.

La prima, quando l'illecito edilizio sia stato commesso dal proprietario anche possessore del bene, il quale – dopo la commissione degli abusi – ponga in essere un atto a titolo derivativo in favore di un avente causa (sia esso una compravendita, una donazione o un altro contratto avente effetti reali). In tale frequente ipotesi, come ha evidenziato la pacifica giurisprudenza del Consiglio di Stato ed ha già rimarcato la sentenza della stessa Adunanza Plenaria n. 9 del 2017, l'acquirente – tenuto secondo

12 in www.giustizia-amministrativa.it

l'ordinaria diligenza ad informarsi della situazione giuridica in cui si trova l'immobile oggetto del contratto - subentra nella medesima posizione giuridica del suo dante causa ed è, quindi, obbligato *propter rem* ad effettuare la demolizione e il Comune deve emanare gli atti previsti dagli articoli 27 e 31 del testo unico n. 380 del 2001, così come li avrebbe potuti emanare nei confronti del dante causa e cioè deve emanare sia l'ordinanza di demolizione che il successivo atto di accertamento dell'inottemperanza.

La seconda fattispecie si ha quando l'usufruttuario, all'insaputa del nudo proprietario, commetta abusi edilizi sul bene oggetto del proprio diritto reale in re aliena e dunque quando il bene - al momento della commissione dell'illecito - sia già nella contitolarità del nudo proprietario e dell'usufruttuario.

In relazione a tale ipotesi, il Comune deve emanare l'ordinanza di demolizione anche nei confronti del nudo proprietario. Sul punto, la Plenaria condivide le argomentazioni del Consiglio, rese con sentenza⁽¹³⁾ n. 2769 del 2023: - "il nudo proprietario di un terreno non perde la disponibilità del bene, sebbene concesso in usufrutto a terzi" e "l'usufruttuario, ancorché possessore rispetto ai terzi, è, nel rapporto con il nudo proprietario, mero detentore del bene"; - "la giurisprudenza⁽¹⁴⁾ riconosce la legittimazione del nudo proprietario ad agire in giudizio contro tutti coloro che mettono in atto ingerenze sulla cosa oggetto di usufrutto"; - "il nudo proprietario non si trova in posizione tale da non potersi opporre alla realizzazione, sull'immobile concesso in usufrutto, di opere abusive, né gli è precluso di agire direttamente, o per via giudiziale, per procedere al ripristino dello stato dei luoghi" e "argomenti in tal senso si ricavano prima ancora dal diritto positivo: sia dall'art. 1005 c.c. che pone a carico del nudo proprietario le riparazioni straordinarie, sia dall'art. 1015 c.c., che - con un'elencazione di comportamenti ritenuta per lo più esemplificativa e non tassativa - annovera gli abusi dell'usufruttuario tra le cause di decadenza dell'usufrutto e prevede una serie di rimedi attivabili dal nudo proprietario"; - risulta "legittima l'ordinanza di rimozione di opere abusive diretta anche al nudo proprietario", poiché egli può attivarsi per recuperare il pieno godimento dell'immobile e provvedere direttamente alla rimozione delle opere abusivamente realizzate, potendo, in particolare, in caso di opposizione dell'usufruttuario, agire in giudizio a tale scopo: ed è evidente che la domanda giudiziale con cui il nudo proprietario chieda accertarsi il suo diritto/dovere di rimuovere opere edilizie abusivamente realizzate sull'immobile concesso in usufrutto, essendo idonea a prenotare gli effetti scaturenti dalla futura sentenza, potrebbe precludere l'acquisizione del bene al patrimonio dell'Amministrazione, a seguito del vano decorso del termine assegnato per la demolizione.

E, infatti, l'ordine di demolizione - allorquando sia emesso nei confronti del nudo proprietario, oltre che nei confronti dell'usufruttuario autore dell'illecito - radica un dovere in capo allo stesso nudo proprietario, consentendogli di attivarsi per ripristinare l'ordine giuridico violato dal responsabile dell'abuso e per evitare di perdere il proprio diritto reale a causa dell'illecito comportamento altrui.

L'ordine di demolizione costituisce quel *factum principis* che impone al nudo proprietario di attivarsi, qualora intenda mantenere il proprio diritto reale.

Il Collegio ribadisce anche un altro principio formulato dall'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 9 del 2017, per il quale "gli ordini di demolizione di costruzioni abusive, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile (l'estraneità agli abusi assumendo comunque rilievo sotto altri profili), applicandosi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la res tale da assicurare la

¹³ in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁴ Cassazione Civile, Sezione II, 21 febbraio 2019, n. 5147

restaurazione dell'ordine giuridico violato”.

Quindi, il Collegio, rilevato che nel caso di abuso commesso dall'usufruttuario il Comune deve emanare l'ordinanza di demolizione anche nei confronti del nudo proprietario, prosegue ad approfondire l'ulteriore questione se – nel caso di inottemperanza – l'atto di acquisizione vada anch'esso emanato nei confronti del nudo proprietario, risolvendola nel senso affermativo.

Secondo la Plenaria, infatti, l'ordinanza di demolizione contiene non solo l'ordine di ripristino, ma anche l'avviso che la sua mancata ottemperanza comporterà la perdita del diritto di proprietà secondo un meccanismo che comporta l'estinzione *ex lege* del diritto in capo al proprietario e la sua acquisizione al patrimonio pubblico.

La regola della acquisizione di diritto con la scadenza del termine di 90 giorni si applica nei confronti di tutti coloro che siano stati destinatari dell'ordinanza di demolizione e dunque anche nei confronti del nudo proprietario che abbia in precedenza avuto la notifica della medesima ordinanza.

Il Collegio osserva che, peraltro, anche nei confronti del nudo proprietario si applica il principio per il quale l'atto di acquisizione non può essere emesso quando risulti la non imputabilità della mancata ottemperanza da parte del destinatario dell'ordine di demolizione: anche il nudo proprietario, dunque, può dedurre e comprovare di essere stato impossibilitato ad effettuare la demolizione, in ragione di una malattia completamente invalidante, che non gli consente di compiere gli atti giuridici necessari all'uopo, né direttamente, né per interposta persona.

Secondo l'Adunanza Plenaria, i principi per i quali l'atto di accertamento dell'inottemperanza va emesso anche nei confronti del nudo proprietario destinatario dell'ordine di demolizione, salva la sua possibilità di dedurre e di comprovare la non imputabilità della mancata ottemperanza, non si pongono in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo.

In definitiva, dunque, l'Adunanza Plenaria respinge il secondo motivo di appello.

iii) Illegittimità derivata dell'accertamento di inottemperanza che recepisce i vizi dell'ordinanza di demolizione

Soffermandosi sul terzo motivo di appello, l'Adunanza Plenaria ne decide il rigetto per infondatezza. Con tale motivo, in particolare, si deduceva l'illegittimità derivata dell'accertamento di inottemperanza, che recepirebbe i vizi dell'ordinanza di demolizione.

Il Collegio, in particolare, ribadisce il principio, già consolidato nella giurisprudenza¹⁵ del Consiglio di Stato, secondo il quale qualora l'ordinanza di demolizione dell'opera abusiva diventi inoppugnabile, gli atti ad essa consequenziali possono essere impugnati solo per vizi propri.

iv) La sanzione pecuniaria

Da ultimo, il Collegio si sofferma sul primo motivo di appello, con il quale si contesta, nella sostanza, l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4-bis del citato art. 31 in capo all'appellante per violazione del principio di irretroattività, poiché il suo illecito – consistente nella mancata ottemperanza all'ordine di demolizione – è stato commesso prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014.

La Plenaria ritiene il motivo fondato, rilevando che il comma 4 bis del citato art. 31 prevede che: “L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria”, dunque, la formulazione della disposizione non lascia adito a dubbi quanto al fatto che la sanzione pecuniaria è irrogata in ragione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione: l'accertamento deve necessariamente precede-

¹⁵ *Ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, n. 3565 del 2014

re l'irrogazione della sanzione e la condotta colpevolmente omissiva del destinatario dell'ordine di demolizione comporta, quindi, per il proprietario una duplice sanzione: a) la perdita della proprietà del bene; b) una sanzione pecuniaria variabile da 2.000 a 20.000 euro.

Il Collegio evidenzia che tali sanzioni vengono irrogate a causa del mancato adempimento all'ordine di demolire, ossia in ragione di un illecito ad effetti permanenti, che si consuma con lo scadere del termine di 90 giorni assegnato dall'autorità amministrativa con l'ordine di demolizione: il loro presupposto è l'accertamento dell'inottemperanza dell'ordine di demolizione. Pertanto, conclude che si è in presenza di un illecito ad effetti permanenti, in quanto la perdita del bene abusivo e dell'area di sedime consegue all'inerzia nel demolire protrattasi oltre il termine di 90 giorni assegnato dall'autorità e che l'acquisto del bene avviene *ope legis*, sicché l'atto di accertamento dell'inottemperanza ha natura dichiarativa.

La Plenaria prosegue l'argomentazione, tenendo conto dei principi nazionali e dei principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza⁽¹⁶⁾ Engel e altri c. Paesi Bassi 8 giugno 1976, in forza dei quali la sanzione pecuniaria in questione ha la finalità di prevenzione generale e speciale, mirando a dissuadere dalla commissione degli illeciti edilizi e a salvaguardare il territorio nazionale: il comma 4-bis sanziona chi non si è adoperato per porre rimedio alle conseguenze derivanti dagli abusi realizzati direttamente o a causa della mancata vigilanza sui propri beni.

Quindi, a dire del Collegio, rilevano tre principi: a) il principio di irretroattività, desumibile nella materia sanzionatoria dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981, oltre che dall'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile; b) il principio di certezza dei rapporti giuridici, perché chi non ha ottemperato all'ordine di demolizione, facendo decorrere il termine di 90 giorni prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014, ha compiuto una omissione in un quadro normativo che prevedeva 'unicamente' la conseguenza della perdita della proprietà e non anche quella dell'irrogazione della sanzione pecuniaria; c) il principio di tipicità ed il principio di coerenza, poiché – come si è sopra evidenziato – col decorso del termine di 90 giorni il responsabile non può più demolire il manufatto abusivo, poiché non è più suo, sicché non è più perdurante l'illecito omissivo (in quanto si è consumata la fattispecie acquisitiva), sicché l'applicazione dell'art. 31, comma 4-bis, anche alle ipotesi in cui il termine di 90 giorni era già decorso prima della sua entrata in vigore, comporterebbe l'applicazione di una sanzione per una omissione giuridicamente non più sussistente, essendo preclusa ogni modifica del bene in assenza di ulteriori determinazioni del Comune sulla gestione del bene divenuto ormai suo.

4. Le conclusioni

In conclusione, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 16/2023, accoglie il primo motivo di ricorso, respinge il secondo e il terzo ed afferma i principi di diritto elencati nelle massime che seguono.

* * * * *

Massime:

“a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente illecito – avente anche rilevanza penale – commesso con la realizzazione delle opere abusive;

¹⁶ In www.giustizia.it/Home/Strumenti/Sentenze/CEDU

- b) *la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario - alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza;*
- c) *l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo propter rem - l'acquisto ipso iure del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva);*
- d) *l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato;*
- e) *la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere irrogata nei confronti di chi – prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014 – abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore”.*

La natura dell'illecito da mancata ottemperanza all'ordine di demolizione e il connesso atto di acquisizione.

Nota a Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 11 ottobre 2023, n. 16

SOMMARIO: 1. I fatti oggetto del contendere. 2. I quesiti dell'ordinanza di remissione. 3. Il contrasto giurisprudenziale. 4. La ricostruzione dogmatica dei primi tre quesiti. 5. Quarto quesito: efficacia temporale della sanzione pecuniaria. 6. La posizione del nudo proprietario: due distinte fattispecie. 7. I principi enunciati nell'Adunanza Plenaria.

DI NURIA FEDERICA NICOLÒ

ABSTRACT: Il presente contributo propone un'analisi della sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 11 ottobre 2023, n. 16, in tema di abusi edilizi e, segnatamente, sulla controversa natura giuridica dell'illecito da mancata ottemperanza all'ordine di demolizione e sul connesso atto di acquisizione.

Sarà brevemente descritta la vicenda da cui ha avuto origine il ricorso e verranno analizzate nel dettaglio le diverse tesi controverse in campo e, da ultimo, le statuizioni rese dalla Plenaria del Consiglio di Stato.

ABSTRACT: *This contribution offers an analysis of the judgment of the Council of State, Plenary Assembly, dated October 11, 2023, No. 16, on the subject of building abuses, specifically addressing the controversial legal nature of the offense related to non-compliance with the demolition order and the associated act of acquisition. The case that led to the appeal will be briefly described, and a detailed examination of the various controversial arguments in the field will follow. Finally, the decisions rendered by the Plenary Assembly of the Council of State will be discussed.*

1. I fatti oggetto del contendere.

La vicenda trae origine dal contenzioso, instauratosi innanzi al TAR Campania, per ottenere l'annullamento dell'atto di accertamento di inottemperanza edilizia con annesso sanzioni pecuniarie emesso dal Comune. La ricorrente acquisiva dal padre per donazione la nuda proprietà del fondo mentre l'usufrutto restava riservato a quest'ultimo. Durante la pendenza del giudizio avente per oggetto l'ordinanza di demolizione, il Comune accertava l'inottemperanza alla medesima ordinanza e rilevava che l'Amministrazione aveva acquisito il bene al suo patrimonio indisponibile irrogando – nei confronti di entrambi i titolari dei diritti reali – la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4 *b* s, del testo unico sull'edilizia, approvato con il d.P.R. n. 380 del 2001, per la realizzazione di interventi edilizi in assenza di titolo edilizio, in aree soggette a vincolo paesaggistico, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42.

2. I quesiti dell'ordinanza di rimessione.

Con l'ordinanza n. 3974 del 19 aprile 2023, la Sezione VI del Consiglio di Stato, avendo ravvisato la presenza di contrasti giurisprudenziali, connessi alle conseguenze

derivanti dall'inottemperanza dell'ingiunzione di demolizione, rimetteva il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria formulando i seguenti quesiti:

- I) se, e in che limiti, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione adottata ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, abbia effetti traslativi automatici che si verificano alla scadenza del termine di novanta giorni assegnato al privato per la demolizione;
- II) se l'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 sanziona l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva, *id est*, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione;
- III) se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti;
- IV) se la sanzione di cui all'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa essere irrogata nei confronti di soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 dell'11 novembre 2014, quando il termine di novanta giorni, di cui all'art. 31, comma 3, risulti a tale data già scaduto e detti soggetti più non possano demolire un bene non più loro, sempre sul presupposto che a tale data la perdita della proprietà in favore del Comune costituisca un effetto del tutto automatico.

3. Il contrasto giurisprudenziale.

Il decreto legge 12 settembre 2014 n. 133, convertito con modifiche dalla legge 11 novembre 2014 n. 164, ha modificato l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 (TUE), inserendovi i commi 4 *bis*, 4 *ter* e 4 *quater*.

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 164/2014, si sono formati diversi orientamenti.

Per quanto concerne l'oggetto dell'illecito, la giurisprudenza risulta divisa in due orientamenti.

Un primo, afferma che l'oggetto dell'illecito è il "mancato ripristino dell'abuso edilizio", altro orientamento, invece, afferma che l'art 31, comma 4 *bis*, TUE sanziona "l'inottemperanza all'ordine di demolizione", ossia la condotta omissiva specifica consistente nel non provvedere alla rimessione in pristino.

Anche in merito alla natura dell'illecito vi sono due orientamenti: uno, maggioritario, in guisa del quale l'inottemperanza all'ordine di demolizione costituisce un illecito permanente che si protrae fino alla cessazione della situazione di illiceità, in quanto lo scadere del termine di novanta giorni dalla notificazione dell'ordine di demolizione non determina il venir meno dell'obbligo di rimuovere le opere abusive.

Da ciò ne consegue che, è consentita l'irrogazione della sanzione di cui all'art. 31, comma 4 *bis*, TUE alle ordinanze di demolizione notificate in data antecedente rispetto all'entrata in vigore della norma, a condizione che l'inottemperanza all'ordine di demolizione si sia protratta anche dopo l'entrata in vigore della normativa stessa.

Un secondo orientamento, invece, ritiene, che l'abuso edilizio abbia natura di illecito istantaneo, facendone conseguire la non applicabilità della norma alle ordinanze per le quali il termine di adempimento fosse già scaduto alla entrata in vigore della normativa.

4. La ricostruzione dogmatica dei primi tre quesiti.

Per rispondere ai quesiti posti l'Adunanza Plenaria muove dalla natura dell'abuso edilizio distinguendo tra le nozioni acquisite in ambito penale e quelle relative precipuamente al diritto amministrativo.

In diritto penale, talvolta la giurisprudenza e la dottrina richiamano la nozione di 'reato permanente', ma - poiché il legislatore non ha inserito nel fatto tipico alcun richiamo alla mancata demolizione delle opere abusive - si deve parlare, più correttamente, di reati istantanei caratterizzati unicamente da una 'condotta attiva'

frazionata e perdurante nel tempo, (realizzazione delle opere abusive). Quanto, invece, alla condotta punibile, la condotta omissiva costituita dalla mancata demolizione non è penalmente rilevante.

Diversamente, in diritto amministrativo, la realizzazione di opere edilizie, in assenza del relativo titolo e in contrasto con le previsioni urbanistiche, incide negativamente sul paesaggio, sull'ambiente, sull'ordinato assetto del territorio e sulla regola per la quale il godimento della proprietà privata deve svolgersi nel rispetto dell'utilità sociale ex art. 42 Cost.

Pertanto, l'illecito assume natura permanente in quanto la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione comporta un perdurante *vulnus* ai valori tutelati dagli artt. 9, 41, 42 e 117 Cost.

A maggior tutela, il legislatore ha altresì disciplinato un secondo illecito di natura omissiva in guisa del quale alla mancata ottemperanza all'ordine di demolizione ne consegue la perdita della proprietà e l'irrogazione della sanzione pecuniaria.

La perdurante situazione *contra ius* comporta la novazione oggettiva dell'obbligo previsto in capo al responsabile o al suo avente causa in quanto all'obbligo di demolire l'immobile abusivo ancora suo si sostituisce quello di rimborsare all'Amministrazione le spese sostenute per la demolizione.

Inoltre, con l'acquisto del diritto reale da parte dell'avente causa, si verifica, altresì, una novazione soggettiva cumulativa dell'obbligo *propter rem* di demolire il bene.

Difatti, la sanzione amministrativa consistente nell'ordine di demolizione, avendo carattere reale, prescinde dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile, dovendo esso essere emanato anche nei confronti di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento della sua emanazione in un rapporto con la *res* tale da consentire la restaurazione dell'ordine giuridico violato.

Da ciò ne consegue che, l'inottemperanza all'ordine di demolizione nel termine di 90 giorni, salvo proroga, costituisce illecito autonomo di natura omissiva, che produce effetti permanenti, sanzionato con l'acquisizione del bene al patrimonio comunale, il cui atto ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo *propter rem* – l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione.

5. Quarto quesito: efficacia temporale della sanzione pecuniaria

L'Adunanza Plenaria, a sostegno della propria tesi, richiama sia i principi nazionali vigenti in materia sia quelli espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la nota sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi 8 giugno 1976 chiarendo che la sanzione di cui all'art. 31, comma 4 *bis*, TUE ha finalità di prevenzione generale e speciale, mirando ad evitare la commissione di ulteriori illeciti edilizi ed a salvaguardare il territorio nazionale.

Pertanto, al fine di verificare l'applicabilità del regime sanzionatorio menzionato ai fatti commessi antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 164/2014, assumono rilevanza tre principi: il principio di irretroattività di cui all'art. 1 della legge n. 689 del 24 novembre 1981 oltre che dall'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile; il principio di certezza dei rapporti giuridici, in quanto l'autore prevedeva quale unica conseguenza dell'abuso la perdita del diritto di proprietà; il principio di tipicità e di coerenza, in quanto, una volta consumatasi la fattispecie acquisitiva viene meno l'illecito omissivo poiché il responsabile non può più demolire il manufatto abusivo, in quanto lo stesso non è più nella sua disponibilità.

In conclusione, nell'accogliere le istanze dell'appellante, l'Adunanza Plenaria afferma che la sanzione pecuniaria non può applicarsi nel caso in cui il termine di 90 giorni per ottemperare all'ordine di demolizione sia già decorso alla data di entrata in vigore della l. n. 164/2014, anche qualora l'inottemperanza sia stata accertata successivamente.

6. La posizione del nudo proprietario: due distinte fattispecie.

Infine, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di soffermarsi sulla questione, di pari rilevanza, connessa alla figura del nudo proprietario, in quanto sia la motivazione dell'ordinanza di rimessione sia la motivazione del TAR impugnata si sono soffermate largamente sul punto.

L'Adunanza Plenaria ritiene che vadano nettamente distinte due fattispecie.

La prima concerne l'illecito edilizio commesso dal proprietario nonché possessore del bene, il quale – dopo la commissione degli abusi – pone in essere un atto a titolo derivativo in favore di un avente causa (compravendita, donazione o altro contratto ad effetti reali).

In tal caso, il Comune deve agire nei confronti del nuovo proprietario emanando, nei suoi confronti, tanto l'ordinanza di demolizione quanto il successivo atto di accertamento dell'inottemperanza.

In tale ipotesi, come ha altresì evidenziato la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017, l'acquirente – tenuto secondo l'ordinaria diligenza ad informarsi della situazione giuridica in cui si trova l'immobile oggetto del contratto - subentra nella medesima posizione giuridica del suo dante causa, ed è pertanto obbligato *propter rem* ad effettuare la demolizione.

La seconda fattispecie si ha quando l'usufruttuario, 'all'insaputa' del nudo proprietario, commetta abusi edilizi sul bene oggetto del proprio diritto reale *in re aliena* ovvero quando il bene – al momento della commissione dell'illecito - sia già nella contitolarità del nudo proprietario e dell'usufruttuario.

In tal caso, l'Amministrazione è tenuta ad emanare l'ordinanza di demolizione nei confronti di entrambi in quanto il nudo proprietario di un terreno conserva la disponibilità del bene, sebbene concesso in usufrutto a terzi e, inoltre, può ben opporsi alla realizzazione di opere abusive e non "gli è precluso di agire direttamente, o per via giudiziale, per procedere al ripristino dello stato dei luoghi".

Pertanto, risulta "legittima l'ordinanza di rimozione di opere abusive diretta anche al nudo proprietario" (Consiglio di Stato, sentenza n. 2769 del 17 marzo 2023).

Ed, inoltre, dal momento che l'ordinanza di demolizione, diretta anche al nudo proprietario, contiene l'ordine di ripristino e l'avviso della perdita del diritto di proprietà in caso di inottemperanza entro il termine di 90 giorni, la regola della acquisizione di diritto si applica anche nei confronti di quest'ultimo, senza che abbia riguardo alcuno il fatto che l'abuso sia stato commesso dall'usufruttuario.

D'altra parte, l'ordine di demolizione – allorquando sia emesso nei confronti del nudo proprietario, oltre che nei confronti dell'usufruttuario autore dell'illecito - radica un dovere in capo allo stesso nudo proprietario, consentendogli di attivarsi per ripristinare l'ordine giuridico violato dal responsabile dell'abuso per evitare di perdere il proprio diritto reale a causa dell'illecito comportamento altrui.

L'ordine di demolizione costituisce quel *factum principis* che impone al nudo proprietario di attivarsi, qualora intenda mantenere il proprio diritto reale.

7. I principi enunciati dall'Adunanza Plenaria.

In sintesi, in relazione ai quesiti formulati, si possono fornire le seguenti risposte:

- a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente 'primo' illecito – avente anche rilevanza penale – commesso con la realizzazione delle opere abusive;
- b) la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario – alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001,

- impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza;
- c) l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo *propter rem* – l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva);
 - d) l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato;
 - e) la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere irrogata nei confronti di chi – prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014 – abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore”.

È illegittima l'ordinanza di demolizione emanata prima della definizione dell'istanza di condono.

Nota a Tar Veneto, Venezia, sez. II, 10 ottobre 2023, n. 1411

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. 2. I motivi dell'impugnazione al Tar Veneto. 3. Le argomentazioni del Tar Veneto.

DI ANNA LAURA RUM

ABSTRACT: Il presente contributo propone un'analisi commentata della sentenza del Tar Veneto, n. 1411 del 2023, in tema di rapporto fra l'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi e il procedimento di condono.

In particolare, sarà descritta la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso al Tar Veneto (infra par. 1) e ne verrà analizzato, nel dettaglio, il contenuto, con i suoi motivi (infra par. 2.). A seguire, si procederà all'analisi delle argomentazioni rese dal Tar Veneto in sentenza (infra par. 3.).

ABSTRACT: *his article analyses the Tar Veneto's decision about the Council's demolition order act issued during the procedure for building amnesty.*

The facts of the case (infra par. 1), and the content of the opening statement of the party will be analysed in detail, (infra par. 2.). Furthermore, the paper shows and examines the Court's arguments (infra par. 3.).

1. I fatti di causa.

I fatti di causa vedono l'istante contestare la legittimità dell'ordinanza con la quale è stata intimata alla demolizione di un ampliamento abusivamente realizzato.

La ricorrente, in particolare, è titolare di un'azienda agricola e di una vasta area sottoposta a vincolo ai sensi dell'art. 142, comma 2 lett. c), del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, presso la quale aveva realizzato un intervento volto a ricavare un alloggio. L'opera era ultimata entro la fine di febbraio 2003 e, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 326 del 2003, la ricorrente presentava istanza di condono, in relazione all'intervento abusivo realizzato.

A seguire, il Comune, in data 2 dicembre 2009, emanava un preavviso di rigetto, col quale informava la ricorrente dell'impossibilità di accogliere l'istanza presentata. Contestualmente, rendeva noto che sarebbe stata avviata la procedura prevista dagli artt. 91 e 92 della Legge Regionale Veneto del 27 giugno 1985 n. 61 per l'illecito edilizio.

In data 24 novembre 2010, la Commissione Edilizia Comunale Integrata dagli esperti in materia di bellezze naturali e tutela ambiente, costituita ai sensi della Legge Regionale Veneto del 31 ottobre 1994 n. 63, esprimeva parere negativo, preso atto del diniego del Comune.

Quindi, il Comune emanava l'ordinanza di demolizione, alla quale faceva seguire una nota con la quale ribadiva il parere negativo formulato dalla Commissione Edi-

lizia Integrata, precisando che, per effetto di quanto riportato, avrebbe seguito, alla stessa nota, un apposito provvedimento per la demolizione delle opere abusive.

La ricorrente, destinataria dell'ordinanza di demolizione, ha, pertanto, impugnato il provvedimento dinanzi al Tar Veneto.

2. I motivi dell'impugnazione al Tar Veneto.

Avverso l'ordinanza di demolizione sono state formulate due censure.

- 1) Violazione dell'art. 35 comma 15 (ovvero 16) della legge 28 febbraio 1985 n. 47 e dell'art. 20, comma 2.c e 2.d del vigente regolamento edilizio comunale. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e dell'art. 92 L.R. Veneto n. 61/1985. Eccesso di potere per carenza di motivazione e per palese genericità ed indeterminatezza e per difetto di motivazionale.

In particolare, viene rilevato che l'ordinanza di demolizione sarebbe stata emanata a conclusione di una procedura irrituale, nonché in assenza di un formale provvedimento di diniego di condono edilizio, come invece richiesto dall'art. 35, c. 16, della l. 47/1985: la ricorrente, infatti, sarebbe stata destinataria solo di un preavviso di rigetto, il quale ammetteva la possibilità di presentare memorie nei 30 giorni successivi alla ricezione.

Viene rilevato, ancora, che la comminatoria conseguente all'eventuale mancata demolizione sarebbe del tutto generica e non consentirebbe alla proprietaria di conoscere l'effettiva entità della sanzione e che neppure sarebbe stato dato atto del contrasto con la disciplina urbanistica vigente, come invece richiederebbe l'art. 92 L.R. Veneto n. 61/1985.

Ancora, un ulteriore profilo di invalidità del provvedimento, per la ricorrente, deriverebbe dall'assenza di una congrua motivazione, in ordine alla mancanza dell'interesse pubblico alla permanenza dell'abuso.

- 2) Illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3 della Legge Regionale Veneto 5 novembre 2004 n. 21. Violazione dell'art. 32, comma 27 e comma 43 della legge 30 settembre 2003 n. 326.

Secondo parte ricorrente, sussisterebbe un contrasto con l'art. 117, comma 2 lett. s), della Costituzione, in quanto il potere di definire le opere abusive non suscettibili di sanatoria spetterebbe esclusivamente alla legislazione statale.

Inoltre, sarebbe parimenti violato l'art. 3 della Costituzione in ragione del diverso trattamento tra autori degli abusi che dipenderebbe dal solo momento di inoltro della richiesta di sanatoria.

I profili di illegittimità costituzionale dell'art. 3 co. 3 L. R. Veneto n. 21/2004 rileverebbero, nel caso di specie, in quanto, secondo quanto asserito da parte ricorrente, l'art. 32 L. 326/2003 non escluderebbe la condonabilità di opere comportanti un aumento di volume, seppur realizzate in aree soggette a vincolo.

3. Le argomentazioni del Tar Veneto.

Il Tar Veneto, preliminarmente, ritiene il ricorso fondato, notando che, come correttamente dedotto con il primo motivo di ricorso, l'amministrazione ha illegittimamente emesso il provvedimento sanzionatorio in pendenza di un procedimento di condono non ancora definito, così violando l'articolo 38 della legge 47/1985, come richiamato dall'articolo 32, comma 25, del D.L. n. 269/2003.

Infatti, l'atto emanato dal Comune in data 2 dicembre 2009 non avrebbe avuto valenza di atto conclusivo del procedimento, bensì di mero atto interlocutorio, in quanto assegnava all'interessata un termine per presentare memorie (osservazioni) e può, pertanto, valere, al più, come preavviso di rigetto.

Inoltre, il Tar osserva che alla nota del Comune n. 3984 del 1 febbraio 2011, che

richiama tutti i precedenti atti del procedimento, compresa la nota del 2 dicembre 2009 e il successivo parere negativo dalla Commissione Edilizia Integrata, potrebbe astrattamente riconoscersi il valore sostanziale di diniego di condono, senonché essa ha un numero di protocollo (n. 3984 del 01 febbraio 2011) successivo a quello assegnato all'ordinanza di demolizione (n. 3950 del 01 febbraio 2011) e deve, pertanto, considerarsi posteriore alla sanzione edilizia.

Quindi, il Tar Veneto osserva che il Comune ha emanato l'ordinanza di demolizione prima di concludere il procedimento avviato sulla domanda di condono presentata dall'interessata.

Al proposito, il Tar afferma che la giurisprudenza⁽¹⁾ è pacifica nel ritenere illegittima l'ordinanza di demolizione emanata senza la previa definizione della domanda di condono. In particolare, viene osservato che l'amministrazione, sino alla definizione del procedimento attivato per il rilascio della concessione in sanatoria, deve astenersi da ogni iniziativa repressiva che vanificherebbe a priori il rilascio del titolo abilitativo. Inoltre, non può ritenersi neanche che l'adozione del provvedimento di demolizione possa costituire un implicito rigetto della domanda di condono edilizio, posto che l'articolo 35, comma 15, della predetta legge 47 del 1985 impone la notifica espressa del diniego al privato.

Più nel dettaglio, viene osservato che il Comune è tenuto a pronunciarsi sul condono con distinto provvedimento espresso e motivato, in applicazione dei principi di trasparenza e buon andamento.

In definitiva, il Tar Veneto accoglie il ricorso, con assorbimento degli ulteriori motivi, dal cui esame la parte ricorrente non avrebbe ritratto ulteriori utilità e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Massima

È illegittima l'ordinanza di demolizione emanata senza la previa definizione della domanda di condono. Infatti, l'amministrazione, sino alla definizione del procedimento attivato per il rilascio della concessione in sanatoria, deve astenersi da ogni iniziativa repressiva che vanificherebbe a priori il rilascio del titolo abilitativo; ne può ritenersi che l'adozione del provvedimento di demolizione possa costituire un implicito rigetto della domanda di condono edilizio, posto che l'articolo 35, comma 15, della legge 47 del 1985 impone la notifica espressa del diniego al privato, cioè, che il Comune si pronunci sul condono con distinto provvedimento espresso e motivato, in applicazione dei principi di trasparenza e buon andamento.

¹ *Ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. II stralcio, n. 4565/2023; Tar Campania, Napoli, sez. VII, n. 4244/2016 e n. 1665/2009

La limitazione dell'autonomia dei Comuni in favore della partecipazione ad Autorità d'Ambito, nella gestione di servizi pubblici.

Nota a Tar Campania, Salerno, 14 dicembre 2023, n. 2958

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. 2. I motivi di gravame. 3. Le argomentazioni del Tar Campania.

DI ANNA LAURA RUM

ABSTRACT: Il presente contributo propone un'analisi commentata della sentenza del Tar Campania, sede di Salerno, n. 2958 del 2023, con la quale sono stati affrontati molteplici temi, sia di diritto sostanziale, che processuale. La nota, tuttavia, si sofferma soltanto sul contenuto sostanziale della parte motiva, attinente alla gestione dei servizi pubblici in forma aggregata.

Tale modalità di gestione del servizio, in particolare, trova attuazione per mezzo della compressione dell'autonomia dei Comuni, in favore della partecipazione ad una Autorità d'Ambito.

Sarà descritta, puntualmente, la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso al Tar (infra par. 1), saranno elencati i motivi di ricorso (infra par. 2.) e verrà dettagliatamente analizzato il contenuto della parte motiva della sentenza, con riferimento alle questioni sostanziali (infra par. 3.).

ABSTRACT: *The paper concerns an analysis of the Tar Campania's decision about the public service management, that could be assured by the City Council or a group of City Councils, united in a form of partnership. Particularly, even if this kind of association compresses the independence of the City Council, it guarantees a better and more efficient service, with a costs reduction.*

The facts of the case (infra par. 1), and the content of the opening statements of the party will be analysed in detail, (infra par. 2.). Furthermore, the paper shows and examines the Tar Campania's arguments (infra par. 3.).

1. I fatti di causa.

Un Comune ha impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensiva, la delibera di un Ente d'Ambito, relativa alla costituzione di una Società *in house*, per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti per l'ambito territoriale di riferimento ed alcuni atti correlati.

L'ente locale ricorrente premette, in fatto, di aver aderito all'Ente d'Ambito, titolare delle funzioni in materia di ciclo integrato dei rifiuti.

In particolare, la gestione del ciclo dei rifiuti, nell'Ambito territoriale, è svolta da una Spa, società pubblica, interamente partecipata dalla Provincia dell'Ambito, in forza di risalente contratto di servizio.

L'Ente d'Ambito, in un primo tempo, ha disposto di acquisire la predetta società *in house*, poi, successivamente, ha optato per costituire una nuova società *in house* per la

gestione dei rifiuti. La delibera è stata trasmessa alla Corte dei Conti ed alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per l'acquisizione dei prescritti pareri, ai sensi dell'art. 5 TUSP. La Corte dei Conti, in particolare, ha trasmesso parere negativo.

L'Ente d'Ambito, con la delibera oggetto di impugnativa, ha deliberato di costituire la nuova società pubblica, subordinatamente a tre condizioni: a) il parere positivo della Corte dei Conti, ex art. 5 TUSP; b) l'inutile decorso del termine di 60 giorni dalla richiesta di parere; c) il riesame puntualmente motivato, diretto a superare i rilievi della Corte dei Conti, in caso di parere negativo

Nella stessa data della delibera, tuttavia, l'Ente d'Ambito ha costituito la Società.

2. I motivi di gravame.

Il gravame è stato affidato alle censure di seguito sintetizzate:

I – *violazione di legge*, in quanto la delibera dell'Ente d'Ambito, che ha disposto la costituzione della società *in house*, è stata adottata in dichiarata carenza del parere obbligatorio della Corte di Conti ed è pertanto radicalmente nulla per difetto di potere, ovvero, comunque illegittima per violazione dell'art. 5 TUSP;

II – *violazione di legge*, poiché la sola costituzione della società, oltre a risultare invalida ai sensi del primo motivo, non è condizione sufficiente per sottrarsi al divieto di partecipazione diretta o indiretta, ai "soggetti incaricati della gestione del servizio", posto dall'art. 6, comma 2, del decreto legislativo n. 202 del 2022 in capo agli Enti di Ambito; non sussiste l'ulteriore presupposto, di natura oggettiva, cui l'art. 33, comma 2, del decreto ha ancorato la validità della partecipazione societaria, ovvero la finalizzazione della stessa alla "attuazione dei Piani di Ambito in via di definizione"; è stato, inoltre, violato l'art. 6, comma 3, del citato decreto;

III – *violazione di legge*, data da ulteriori vizi di illegittimità, rappresentati dalla circostanza che: a) l'Ente d'Ambito non è iscritto all'Albo di cui all'art. 192 del decreto legislativo n. 50 del 2016 presso l'ANAC; b) l'iscrizione della Società *in house* nel Registro delle Imprese è avvenuta nella vigenza del divieto di cui all'art. 6, comma 2, del decreto legislativo n. 201 del 2022; c) l'Ente d'Ambito non ha attestato la compatibilità della scelta effettuata con la disciplina dettata in materia di Aiuti di Stato; d) gli atti deliberativi di costituzione della nuova società *in house* non sono stati sottoposti a consultazione pubblica in violazione dell'art. 5 TUSP; e) gli atti con cui l'Ente d'Ambito ha esternato le ragioni del superamento del parere negativo della Corte dei Conti non sono stati soggetti alla "pubblicità" prescritta dall'art. 5, comma 4, TUSP;

IV – *violazione di legge*, per avere disposto, l'Ente d'Ambito, la costituzione di una nuova società *in house* attraverso un'immotivata manovra recessiva rispetto al procedimento, in corso, di acquisizione della distinta società attuale gestore del ciclo integrato dei rifiuti; è mancata, inoltre, la necessaria ed indefettibile valutazione comparativa dei costi connessi a ciascuna delle due soluzioni.

3. Le argomentazioni del Tar Campania.

La controversia ha involto plurime questioni in rito e nel merito: di seguito, saranno analizzate le parti motivate relative alla gestione dei servizi pubblici in forma aggregata, mentre verranno tralasciate le considerazioni preliminari di rito.

Il Tar Campania, nella pronuncia in esame, osserva che la gestione integrata dei rifiuti urbani è disciplinata, in ambito nazionale, dalla Parte IV, Titolo I, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale).

Il menzionato decreto, da un lato, ha abrogato, recependone le disposizioni, il decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (Attuazione della direttiva 91/156/CEE sui

rifiuti, della direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio), mentre dall'altro ha introdotto significative novità alla disciplina preesistente in materia di gestione dei rifiuti urbani; la principale è rappresentata dall'organizzazione del servizio all'interno di organismi denominati "Ambiti Territoriali Ottimali" (cd. ATO), preposti proprio al servizio di gestione integrata dei rifiuti, allo scopo di superare gli inconvenienti - non solo organizzativi, ma anche economico/finanziari - dovuti alla frammentazione delle gestioni per singoli enti comunali e di sfruttare sinergie in grado di consentire una migliore razionalizzazione ed il raggiungimento di economie di scala.

In particolare, l'art. 198, comma 1, lett. a), del menzionato d.lgs. n. 152/2006 prevede che "I comuni concorrono, nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200 e con le modalità ivi previste, alla gestione dei rifiuti urbani".

Il richiamato art. 200, a sua volta, prevede che "La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali, di seguito anche denominati ATO, delimitati dal piano regionale", nel rispetto delle linee guida che la Regione stessa stabilisce e secondo criteri indicati dalla norma stessa, in particolare, secondo quello del "superamento della frammentazione delle gestioni, attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti".

Infine, l'art. 201, al comma 2, precisa che "l'Autorità d'ambito è una struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla competente regione, alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle loro competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti".

In tale quadro, altresì, la Regione Campania, con legge regionale 26 maggio 2016, n. 14 (recante "Norme di attuazione della disciplina europea e nazionale in materia di rifiuti e dell'economia circolare"), dopo aver definito l'ATO quale "dimensione territoriale per lo svolgimento, da parte dei Comuni, in forma obbligatoriamente associata, delle funzioni relative alla gestione dei rifiuti urbani secondo i principi di efficienza, efficacia, economicità, trasparenza e sostenibilità ambientale" (art. 7, comma 1), ha stabilito che:

- "le funzioni di organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani spettano ai Comuni che le esercitano in forma associata nel rispetto delle norme di cui al Titolo III" (art. 10, comma 1);
- "è fatto obbligo ai Comuni della Campania di aderire all'Ente d'Ambito territoriale (EdA) in cui ricade il rispettivo territorio per l'esercizio in forma associata delle funzioni in materia di gestione del ciclo dei rifiuti" (art. 25, comma 1);
- il soggetto di governo di ciascun ATO è l'EdA, che ha personalità giuridica di diritto pubblico ed è dotato di autonomia organizzativa, amministrativa e contabile (art. 25, commi 3 e 4);
- per ciascun ATO, l'Ente d'Ambito esercita le competenze previste dall'art. 26, ed in particolare, per quanto di interesse, "predispone, adotta, approva ed aggiorna il Piano d'Ambito" (le cui previsioni sono "vincolanti per i Comuni" ex art. 34) ed "individua il soggetto gestore del servizio di gestione integrata dei rifiuti all'interno dell'ATO o di ciascun Sub Ambito Distrettuale e affida il servizio, ai sensi dell'articolo 202 del decreto legislativo 152/2006";
- fra gli organi dell'EdA figura l'Assemblea dei Sindaci, di cui sono membri di diritto i Sindaci dei Comuni dell'A.T.O., che si esprime in sede consultiva su svariati argomenti, fra i quali figurano l'approvazione del Piano d'Ambito e "ogni argomento proposto dall'EdA o ad iniziativa di un terzo dei Sindaci dei Comuni ricadenti nell'ATO" (art. 27);

- il Consiglio d'Ambito, organo esecutivo dell'EdA che esercita le competenze di cui all'art. 29 della legge regionale, "si compone di un numero di membri in misura proporzionale ad uno per ogni 50.000 abitanti residenti e comunque, non inferiore a dodici e non superiore a trenta e dura in carica cinque anni. Lo Statuto dell'EdA disciplina le modalità di elezione e di composizione del Consiglio d'Ambito in modo da garantire la rappresentanza dei Comuni appartenenti a ciascun ATO, sulla base del rispettivo peso demografico per tre fasce di rappresentanza. 2. Il Consiglio di Ambito è eletto dall'Assemblea dei Sindaci appartenenti a ciascun ATO" (art. 28).

Il Tar Campania ricorda che le disposizioni statali e regionali in materia di esercizio associato delle funzioni comunali hanno più volte superato il vaglio della Corte Costituzionale: in via esemplificativa, viene fatto ricorso alla sentenza n. 22 del 2014 (che a sua volta richiama la precedente pronuncia n. 43 del 2004, nella quale la Consulta ha affermato che la legge regionale o statale può collocare le funzioni comunali a livello sovracomunale e in via obbligatoria, anche per scopi di contenimento della spesa pubblica, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione); alla pronuncia n. 44 del 2014 (con la quale la Corte Costituzionale ha ribadito che la legge regionale o statale può imporre agli enti locali l'esercizio in forma comune di alcune funzioni o servizi, considerato che le disposizioni che richiedono ai comuni con ridotto numero di abitanti la gestione in forma associata di servizi e funzioni pubbliche perseguono l'obiettivo di ridurre la spesa pubblica corrente per il funzionamento di tali organismi, attraverso una disciplina uniforme che coordina la legislazione del settore); alla sentenza n. 33 del 2019, la quale - pur avendo ritenuto costituzionalmente illegittima la previsione rigida e generalizzata dell'obbligo associativo laddove non prevede la possibilità di dimostrare, al fine di ottenere l'esonero, l'irrealizzabilità, a causa della peculiare situazione geografica, demografica e socio-ambientale del Comune, di economie di scala - ha riconosciuto, in linea generale, la legittimità dell'obbligo di gestione associata per tutte le funzioni fondamentali, dovendosi "escludere l'esistenza di una «riserva costituzionale di esercizio individuale» delle funzioni fondamentali, che renderebbe illegittimi gli stessi istituti associativi degli enti locali, a prescindere dalla loro obbligatorietà".

Degna di particolare nota, secondo il Tar, è anche la sentenza 7 luglio 2016, n. 160, con la quale la Consulta - ribadito che l'autonomia dei Comuni non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale a fronte di esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali - ha precisato che "con specifico riguardo a norme che prevedono la partecipazione degli enti locali ad autorità d'ambito alle quali sia trasferito l'esercizio di competenze in materia di servizi pubblici, la Corte ha ritenuto che norme siffatte non ledano l'autonomia amministrativa degli enti locali, in quanto si limitano a razionalizzarne le modalità di esercizio, al fine di superare la frammentazione nella gestione (sentenza n. 246 del 2009). Naturalmente, ove si opti per l'esercizio delle funzioni mediante organismi associativi, deve essere preservato uno specifico ruolo agli enti locali titolari di autonomia costituzionalmente garantita, nella forma della partecipazione agli organismi titolari dei poteri decisionali, o ai relativi processi deliberativi, in vista del raggiungimento di fini unitari nello spazio territoriale reputato ottimale (sentenza n. 50 del 2013)", con ciò chiarendo, pertanto, che gli interessi di cui sono portatori i singoli Comuni devono trovare tutela e composizione nelle forme aggregative previste dalla normativa di settore.

Ancora, il Tar Campania ricorda che anche la giurisprudenza amministrativa⁽¹⁾ ha avuto modo di precisare come "il legislatore statale, se, da un lato, ha attribuito ai

1 Tar Campania, Napoli, sez. I, 8 maggio 2020, n. 1681

comuni il compito di organizzare e gestire i servizi di raccolta e quello di avviare allo smaltimento ed al recupero i rifiuti urbani, in conformità alla ripartizione di competenze effettuata dalla Costituzione, dall'altro, ha tuttavia previsto l'esercizio "associato" di siffatti compiti da parte degli enti locali titolari delle stesse (ricadenti nel medesimo Ambito territoriale ottimale, al fine di consentire economie di scala e differenziazioni idonee a massimizzare l'efficienza del servizio", ciò in quanto "nell'architettura della legislazione europea, nazionale e regionale, pur nel rispetto del principio di sussidiarietà, sancito dall'art. 118 della Costituzione, non può prescindersi da una gestione razionale e sinergica del ciclo dei rifiuti, con conseguente necessaria compressione dell'autonomia del comune nello stabilire le modalità di svolgimento del servizio".

Delineato il quadro normativo e giurisprudenziale in materia, il Tar Campania osserva che ciò che emerge è che i Comuni, obbligati ad aderire all'Ambito territoriale per l'esercizio in forma associata delle funzioni, partecipano alla vita associativa e contribuiscono alle decisioni dell'Ente d'Ambito, nei modi e con i mezzi previsti dalla legge regionale e dallo Statuto dell'Ente, esercitando le loro prerogative istituzionali all'interno dell'Ente d'Ambito e degli organi ai quali partecipano.

Il Collegio prosegue il ragionamento rilevando che, se, infatti, è innegabile che all'ATO è trasferita *ex lege* non già la titolarità, bensì "l'esercizio" delle competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti (art. 201, comma 2, d.lgs. 152/2006), tuttavia l'obbligatorietà della partecipazione e l'esercizio associato della funzione, lungi dall'aver valenza neutra rispetto al *thema decidendum*, inevitabilmente stemperano ed attenuano la posizione dei singoli Comuni facenti parte dell'Ente d'Ambito, delimitandone la legittimazione ad impugnare le relative deliberazioni.

Ad avviso del Collegio, in particolare, dalle considerazioni svolte, discende il necessario corollario per cui il Comune, partecipante obbligatoriamente all'Ente d'Ambito, gode di una legittimazione "attenuata" ad impugnare le deliberazioni dell'E.d.A., vale a dire non generale ed assoluta, ma riconoscibile - anche al fine di non frustrare la *ratio* sottesa alla richiamata normativa statale e regionale - nei soli limiti in cui tali deliberazioni si riflettano negativamente sulla posizione del Comune stesso all'interno dell'E.d.A., pregiudicandone le facoltà partecipative.

Il Tar Campania osserva che, per le deliberazioni rientranti nell'ambito di competenza dell'E.d.A., ben può dunque trovare applicazione il costante e condivisibile orientamento giurisprudenziale⁽²⁾ - formatosi principalmente sull'ufficio di consigliere comunale, ma estensibile anche ai componenti di altri organi rappresentativi - secondo il quale i singoli membri di un organo collegiale sono legittimati ad impugnare le deliberazioni del collegio di cui fanno parte, solo se fanno valere le pretese al regolare svolgimento del loro ufficio, giacché, ove fossero legittimati ad impugnare le deliberazioni alla cui assunzione hanno partecipato, verrebbe alterato lo stesso principio della collegialità dell'organo deliberante e del rispetto, da parte della minoranza, della volontà della maggioranza regolarmente formatasi, che è volontà imputabile all'organo.

Il Collegio precisa, poi, che tale orientamento trova applicazione con riferimento non solo alle delibere dell'organo di appartenenza, ma anche di altri organi dello stesso ente, con la conseguenza che i medesimi principi devono trovare applicazione anche per i Comuni che - pur rappresentati nell'Assemblea dei Sindaci sulla base dell'ordito normativo sopra richiamato - non siano parte del Consiglio d'Ambito, venendo pur sempre in rilievo questioni rimesse alla dialettica tra organi dell'ente.

I componenti dell'organo non sono, infatti, di norma legittimati ad agire contro l'Amministrazione di appartenenza, poiché il processo amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti di organi di uno stesso ente, ma è

2 *Ex plurimis*, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 11 marzo 2022, n. 698

diretto a risolvere controversie intersoggettive ed atteso che i conflitti interorganici trovano la loro composizione in via amministrativa.

Il Collegio aggiunge che, in tal senso, è stato infatti precisato dal Tar Veneto⁽³⁾ che “va esclusa la legittimazione dei consiglieri comunali a impugnare in sede giurisdizionale un atto emesso da un organo dello stesso ente al quale essi appartengono (Sindaco, Giunta comunale e Consiglio comunale), a eccezione dei casi in cui le censure proposte siano rivolte a contestare lesioni della propria sfera giuridica o della propria posizione all'interno dell'organo o dell'ente medesimo, ovvero a contestare la modifica della composizione dell'organo e il relativo funzionamento, ma sempre in relazione a un interesse connesso alla propria sfera giuridica o alla propria posizione all'interno dell'organo o dell'ente” ed ancora, dal Tar Sicilia⁽⁴⁾, che deve ritenersi esclusa “l'ammissibilità di un'azione di singoli consiglieri in relazione ad un contrasto funzionale tra consiglio comunale e giunta, dal momento che tale contrasto non riguarda in modo diretto il singolo consigliere, ma i consessi dei quali i consiglieri fanno parte, che, come organi della stessa persona giuridica, non sono legittimati a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo, l'uno contro gli atti dell'altro”.

Il Collegio, dunque, afferma che, sulla base di un condiviso orientamento⁽⁵⁾, la legittimazione all'impugnazione delle deliberazioni collegiali può essere riconosciuta laddove siano addotte violazioni procedurali direttamente lesive del *munus* rivestito dal componente dell'organo, o vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sullo *ius ad officium*, che compromettano il corretto esercizio del mandato (come nel caso di erronee modalità di convocazione dell'organo, violazione dell'ordine del giorno, inosservanza del deposito della documentazione necessaria per poter liberamente e consapevolmente deliberare e, più in generale, per tutte quelle circostanze che precludano in tutto o in parte l'esercizio delle funzioni relative all'incarico rivestito, con la precisazione che “l'impugnabilità delle deliberazioni collegiali da parte del componente dell'organo non è invece mai ammessa per motivi attinenti in via esclusiva al contenuto intrinseco della deliberazione”.

Il Collegio, quindi, osserva che, nel caso di specie, considerato che le violazioni denunciate non comportano una compressione delle prerogative del *munus* del singolo Comune rispetto alle delibere adottate dall'Ente d'Ambito, si deve escludere che ogni violazione di forma o di sostanza nell'adozione di una deliberazione (che di per sé può produrre un atto illegittimo impugnabile dai soggetti diretti destinatari o direttamente lesi dal medesimo), si traduca in una automatica lesione dello *ius ad officium*, giungendosi, altrimenti, al paradosso che qualunque delibera consiliare dovrebbe ritenersi impugnabile dai consiglieri dissenzienti, quanto meno con riferimento alla censura relativa alla pretesa conformità di essa al modello legale.

Tuttavia, per il Collegio, un distinto profilo di legittimazione può essere ricondotto alla configurazione del Comune quale ente esponenziale della collettività di riferimento, con riguardo alla lesione degli interessi propri della Comunità locale dallo stesso rappresentata, come stabilito dalla giurisprudenza⁽⁶⁾, proprio con riguardo ad ipotesi di impugnazione da parte di un Comune di deliberazioni adottate dall'Ambito Territoriale Ottimale di riferimento – la quale ha affermato che “il Comune deve intendersi titolato, quale ente esponenziale degli interessi riferibili alla collettività dei residenti nel suo territorio (come, peraltro, espressamente sancito dall'art. 3, comma 2, decreto

3 Tar Veneto, sez. I, 8 novembre 2006, n. 3749

4 Tar Sicilia, Catania, sez. III, 11 marzo 2022, n. 698

5 *Ex plurimis*, Tar Campania, Napoli, sez. V, 30 novembre 2020, n. 5641; Consiglio di Stato, sez. III, 24 marzo 2022, n. 2164

6 Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giurisdizionale., 19 gennaio 2010, n. 45; Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1725

legge 18 agosto 2000 n. 267), all'impugnazione dei provvedimenti che hanno attitudine a produrre effetti pregiudizievoli per la comunità locale dallo stesso rappresentata" e che "il Comune, anche se spogliato di specifiche competenze, nella sua qualità di Ente esponenziale, portatore in via continuativa di interessi diffusi radicati nel proprio territorio che fanno capo ad una circoscritta e determinata popolazione residente, è, in astratto, portatore di un interesse pubblico differenziato e qualificato, diverso da quello di cui è titolare l'Autorità nel quale rientra e non può essergli negata a priori la legittimazione a ricorrere".

In tale solco si colloca, per il Tar Campania, anche la sentenza⁽⁷⁾ del Tar Lazio, che, nel riconoscere la legittimazione dell'ente locale ad impugnare atti adottati dall'Autorità d'Ambito (sia pure dei servizi idrici integrati ed in un contesto in cui ai sensi della legge n. 36 del 1994, l'organizzazione del servizio rimane affidata ai Comuni, che lo organizzano e "provvedono alla gestione del servizio mediante le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 8 giugno 1990, n. 142", cfr. art. 9, comma 2), àncora tuttavia la legittimazione al presupposto che i citati atti denotino "l'attitudine a ledere posizioni soggettive di propria pertinenza, relative alle funzioni istituzionalmente individuate dalla legge in materia di servizio idrico integrato e che riguardano, in definitiva, la collettività di cui essi sono enti esponenziali".

Il Collegio prosegue la trattazione ricordando che, anche in materia di legittimazione degli enti consorziati rispetto all'ente Consortile, fattispecie in senso lato assimilabile a quella qui in esame, il Consiglio di Stato⁽⁸⁾ ha posto in luce che "non può revocarsi in dubbio la legittimazione del Comune, quale titolare di competenze sostanziali proprie ed autonome non incise dal modello consortile, ad impugnare gli atti promananti dal consorzio che siano suscettibili di ledere la sfera giuridica dei suoi interessi di riferimento, in relazione alle sue funzioni istituzionalmente individuate dalla legge con riguardo alla titolarità del servizio pubblico di gestione dei rifiuti che riguarda la collettività comunale di cui il Comune è ente esponenziale. Con detta iniziativa giudiziaria, infatti, il Comune contesta la correttezza delle modalità dell'esercizio delle sue competenze, con precipuo riguardo alla lesione inferta all'interesse della collettività territoriale di cui il Comune è e resta ente esponenziale per eccellenza".

Osserva, tuttavia, il Collegio che, pur volendo accedere alla configurazione, nella presente vicenda, del Comune ricorrente quale ente esponenziale degli interessi rilevanti per la collettività stanziata, sarebbe comunque pur sempre necessaria, ai fini della legittimazione, la sussistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale degli interessi propri della collettività rappresentata: lesione, tuttavia, non comprovata.

Per il Collegio, inoltre, deve osservarsi che i paventati rischi di interruzioni/sospensioni del servizio assumono connotato meramente eventuale ed ipotetico e che l'Ente locale non ha in alcun modo comprovato la dedotta straordinaria rilevanza degli esborsi a proprio carico - tali da incidere sul proprio equilibrio economico finanziario - ovvero in capo ai singoli cittadini amministrati, né ha efficacemente contrastato le deduzioni dell'amministrazione resistente secondo le quali, viceversa, il modello di gestione prescelto comporterà un considerevole decremento della tariffa a carico dei Comuni dell'ATO.

Per completezza espositiva, il Collegio segnala che, per quanto concerne gli impatti tariffari sulla comunità rappresentata, il Tar Campania⁽⁹⁾ ha precisato che "è ben vero che il Comune è l'Ente esponenziale della collettività che sul suo territorio risiede, ma

⁷ Tar Lazio, Roma, sez. I, 3 novembre 2009, n. 10719; nello stesso senso, Consiglio di Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; id. 14 aprile 2008, n. 1725

⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082

⁹ Tar Campania, Napoli, sez. V, 30 aprile 2020, n. 1604

è altrettanto vero che non pertiene a quest'ultimo agire in surroga rispetto all'interesse vantato dai propri cittadini, così come non pertiene al Comune la tutela delle posizioni economiche degli amministrati”.

In conclusione, il Collegio afferma che la legittimazione del Comune, partecipante all'ATO, ad impugnare delibere dell'Ente d'Ambito, se non può essere negata sul piano generale e astratto, tuttavia non sussiste nella fattispecie in esame, considerato che il Comune ricorrente non deduce la lesione di prerogative del *munus* (o della sfera giuridica delle funzioni e competenze istituzionalmente individuate dalla legge in capo all'Ente territoriale), né tantomeno contesta la spettanza in capo all'EdA delle prerogative *ex lege* attribuite in ordine alla scelta della modalità di gestione ed all'affidamento del servizio.

Piuttosto, ciò che è oggetto di censura è la correttezza delle modalità di esercizio delle competenze dell'Ente d'Ambito e la ragionevolezza della scelta effettuata, con precipuo riguardo alla (presunta) lesione inferta sotto il profilo economico al bilancio comunale e ai singoli cittadini utenti del servizio.

Tuttavia, il Comune non dimostra un danno reale in termini di incidenza sul bilancio comunale (per cui il ricorso si presenta, in relazione a tale profilo, anche inammissibile per carenza di interesse), mentre – per quanto concerne l'incremento dei costi a carico della collettività – finisce per proporre sostanzialmente un'azione surrogatoria nell'interesse del singolo utente inciso, non ammissibile; ciò che residua, in ultima analisi, è una pretesa alla legalità dell'azione amministrativa, incompatibile con il nostro sistema di giurisdizione soggettiva.

In definitiva, quindi, il Tar Campania, con la sentenza in esame, conclude il percorso argomentativo affermando che il gravame deve essere dichiarato inammissibile, per difetto di legittimazione.

* * *

Massime:

“L'autonomia dei Comuni non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale a fronte di esigenze generali che giustificano ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali. Le norme che prevedono la partecipazione degli enti locali ad autorità d'ambito alle quali sia trasferito l'esercizio di competenze in materia di servizi pubblici non ledono l'autonomia amministrativa degli enti locali, in quanto si limitano a razionalizzarne le modalità di esercizio, al fine di superare la frammentazione nella gestione”.

“Ove si opti per l'esercizio delle funzioni mediante organismi associativi, deve essere preservato uno specifico ruolo agli enti locali titolari di autonomia costituzionalmente garantita, nella forma della partecipazione agli organismi titolari dei poteri decisionali, o ai relativi processi deliberativi, in vista del raggiungimento di fini unitari nello spazio territoriale reputato ottimale. Gli interessi di cui sono portatori i singoli Comuni devono trovare tutela e composizione nelle forme aggregative previste dalla normativa di settore”.

*“I Comuni, obbligati ad aderire all'Ambito territoriale per l'esercizio in forma associata delle funzioni, partecipano alla vita associativa e contribuiscono alle decisioni dell'Ente d'Ambito nei modi e con i mezzi previsti dalla legge regionale e dallo Statuto dell'Ente, esercitando le loro prerogative istituzionali all'interno dell'Ente d'Ambito e degli organi ai quali partecipano: all'ATO è trasferita *ex lege* non già la titolarità bensì “l'esercizio” delle competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti *ex art. 201, comma 2, d.lgs. 152/2006*”.*

“Il Comune deve intendersi titolato, quale ente esponenziale degli interessi riferibili alla collettività dei residenti nel suo territorio, all’impugnazione dei provvedimenti che hanno attitudine a produrre effetti pregiudizievoli per la comunità locale dallo stesso rappresentata. Il Comune, infatti, anche se spogliato di specifiche competenze, nella sua qualità di Ente esponenziale, portatore in via continuativa di interessi diffusi radicati nel proprio territorio che fanno capo ad una circoscritta e determinata popolazione residente, è, in astratto, portatore di un interesse pubblico differenziato e qualificato, diverso da quello di cui è titolare l’Autorità nel quale rientra e non può essergli negata a priori la legittimazione a ricorrere”.

“Per quanto concerne gli impatti tariffari sulla comunità rappresentata, se è incontestabile che i provvedimenti impugnati abbiano una notevole incidenza e pesanti riflessi sui costi del servizio pubblico di gestione dei rifiuti, servizio che riguarda la collettività comunale di cui l’amministrazione ricorrente è ente esponenziale, tuttavia non può ammettersi nel nostro ordinamento una azione surrogatoria da parte di un soggetto esponenziale ogni volta che il provvedimento impugnato abbia una incidenza diretta ed immediata nella sfera giuridica di altri soggetti giuridici, i quali soltanto subiscono il pregiudizio economico derivante dalla supposta erronea determinazione delle voci di costo dello smaltimento dei rifiuti. A costoro dunque, e solo ad essi, è concessa la facoltà (e l’onere) di contestare la determinazione tariffaria”.

Contratti pubblici e terzo settore: brevi riflessioni a margine di due recenti pronunce del Consiglio di Stato (n. 5217 e 5218 del 2023)

SOMMARIO: 1. Il caso. 2. La nozione di gratuità del contratto e la sussidiarietà: un'occasione persa dal Consiglio di Stato. 2.1. L'offerta zero. 2.2. Il rimborso a piè di lista. 2.3. Il c.d. forfait. 3. Co-progettazione e co-programmazione: sussidiarietà a doppia velocità? 4. Conclusioni.

DI LUCREZIA TURRIZIANI COLONNA

ABSTRACT: Il contributo è diretto ad analizzare le recenti sentenze del Consiglio di Stato, n. 5217 e 5218 del 2023, relative all'affidamento dei contratti pubblici ad enti del terzo settore. In particolare, dopo aver ricostruito il quadro fattuale da cui la vicenda origina, si procede ad analizzare i passaggi argomentativi della giurisprudenza amministrativa. Ci si soffermerà, soprattutto, sulle nozioni di onerosità e gratuità dei contratti, noto spartiacque nell'applicazione della differente disciplina del codice dei contratti pubblici ed in quello del terzo settore, esaminando i diversi significati a queste attribuiti dai giudici amministrativi e da quelli eurounitari. In un'ottica critica, ci si interrogherà sulle possibili evoluzioni dell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale alla luce del decreto legislativo 31 Marzo 2023, n. 36. Infine, saranno analizzati, sia pure brevemente, gli istituti della co-progettazione e della co-programmazione quali modalità alternative di affidamento del contratto disciplinate dal codice del terzo settore e rilevanti nelle pronunce in esame.

ABSTRACT: *The paper is aimed at analysing the recent rulings of the Council of State, n. 5217 and 5218 of 2023, concerning the awarding of public contracts to nonprofit entities (i.e. enti del terzo settore). In particular, after a short overview of the factual framework from which the case originates, it will investigate the notions of onerosness and gratuitousness of contracts, that are relevant in the application of various sources of law, also considering the different meanings attributed to these by administrative judges and by European Union ones. In a critical perspective, the essay will question the possible developments of the current regulatory and jurisprudential framework in the light of legislative decree n. 36/2023. Finally, the institutes of co-designing and co-programming will be analysed, albeit briefly, as alternative ways of awarding contracts governed by the legislative decree n. 117/2017 and relevant in the rulings under examination.*

1. Il caso.

Le sentenze gemelle n. 5217⁽¹⁾ e 5218⁽²⁾ del 2023 rappresentano una preziosa occasione per riesaminare il rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici⁽³⁾ e quella del

1 Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217.

2 Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5218.

3 Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ed il più recente Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 che è entrato in vigore a partire dal 1° aprile 2023, ed ha acquisito efficacia a partire dal 1° luglio 2023.

terzo settore⁽⁴⁾, che a partire dal 2017 costituisce, una materia magmatica in costante divenire⁽⁵⁾.

Le pronunce in esame si collocano temporalmente in una fase di transizione tra la vigenza dell'ormai superato Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e l'entrata in vigore del nuovo Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 e, come tutti i prodotti che nascono nei momenti di cambiamento, la più corretta comprensione delle stesse può avvenire solo guardando oltre la cornice normativa – codice dei contratti pubblici e codice del terzo settore – e valorizzando sia il diritto vivente delle corti, nazionali e non, che quello che emerge dall'osservazione della realtà.

Se è vero che la narrazione degli accadimenti rappresenta il metodo più efficace per cogliere la complessità di quanto si cela dietro il reticolo di norme che abitano l'ordinamento, tale narrazione origina, nelle sentenze qui considerate, da due vicende che vedono come protagonista il Comune di Latina impegnato nell'individuazione di un partner con cui progettare e gestire sul territorio servizi relativi ad attività di interesse generale⁽⁶⁾.

Attesa la natura “sociale” delle relative prestazioni, l'amministrazione locale sceglieva di applicare la disciplina del Codice del terzo settore, segnatamente gli art. 55 ss. del Decreto Legislativo 3 luglio 2017 n.117 (d'ora in poi CTS), ricorrendo ad una procedura di gara semplificata, all'esito della quale veniva individuato come unico ente attuatore dei suddetti servizi la Società Cooperativa Ninfea, preferita al Consorzio di cooperative sociali Parsifal.

Successivamente, l'operatore soccombente impugnava le due determinazioni finali dell'amministrazione aggiudicatrice – n. 2002 e n. 2004 del 20 novembre 2021 – deducendo, in entrambi i casi, la violazione sia dell'art. 55 CTS relativo alla co-programmazione e co-progettazione dei servizi sociali, che dell'art. 56 CTS per difetto del requisito della gratuità del servizio oggetto di affidamento in virtù della previsione, a beneficio dell'ente attuatore, di un rimborso forfettario dei costi indiretti: nel primo caso pari a circa il 14% dei costi diretti ammessi al rimborso; nel secondo pari a poco più del 9%.

Il TAR Lazio accoglieva solo la censura fondata sull'assenza di gratuità, ravvisando, nelle vicende in esame, la mancanza di collegamento tra il rimborso in misura fissa e l'effettiva spesa sostenuta e rendicontata come richiesto dall'art. 56 CTS⁽⁷⁾; conseguentemente, il Comune di Latina, soccombente di fronte al tribunale regionale, proponeva appello avverso le due pronunce per i motivi (medesimi) che seguono. In primo luogo, il Comune deduceva la violazione dell'art. 56 CTS – unico articolo, a parere dell'appellante, a richiedere la gratuità del servizio – reputandolo inapplicabile alla fattispecie in esame.

4 Decreto Legislativo 3 luglio 2017 n.117.

5 Sul punto si vedano i seguenti contributi: S. SCIARRA, *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, Il Mulino, 2007; A. ALBANESE, *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 2014, n. 3, 153 ss.; C. BASSU, *Esternalizzazioni, affidamenti e sussidiarietà orizzontale*, in *Sussidiarietà e concorrenza. Una prospettiva per la gestione dei beni comuni*, a cura di D. DONATI, A. PACI, Bologna, Il Mulino, 2010, 83 ss.; F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, Dike Giuridica, 2016; F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, Dike Giuridica, 2017; G. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, n.3-4, 627 ss.; D. D'ALESSANDRO, *Affidamento di servizi di interesse non economico al volontariato e "budgetary efficiency": l'emergere di un nuovo assetto nei rapporti fra libertà di mercato e diritti sociali?*, in *Federalismi.it*, 2018, n.7, 1 ss.; E. FREDIANI, *Pubblica amministrazione e Terzo settore: un quadro d'insieme sugli strumenti giuridici per la creazione di una "rete" pubblico-privata*, in *Aretè*, 2011, n.2, 12 ss.; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in *Giustiziaamm.it*, 2023.

6 In particolare, un caso concerneva l'affidamento del segretariato sociale, del punto unico di accesso, del servizio sociale professionale, del sostegno socio-educativo domiciliare, della mediazione familiare e del pronto intervento sociale; l'altro, invece, riguardava la gestione di “Misure per il sostegno e l'inclusione sociale del distretto Latina 2”.

7 TAR Lazio, Sez. Latina, 28 marzo 2022, n. 280, in relazione al rimborso forfettario del 14, 55%; TAR Lazio, Sez. Latina, 28 marzo 2022, n. 281, in relazione al rimborso forfettario del 9,14%.

Con il secondo motivo di ricorso, invece, si contestava la corretta qualificazione delle cifre del 14,55% e del 9,14% da intendere non già come forma di rimborso a *forfait* – secondo l'interpretazione erroneamente fornita dalla sentenza impugnata – bensì come soglia non oltrepassabile ed entro la quale le spese indirette erano rimborsabili solo se documentate e rendicontate.

A fronte di tali censure il Consorzio Parsifal, resistente in giudizio, oltre a chiedere la reiezione del gravame in entrambe le vicende, proponeva appello incidentale avverso la sola sentenza n. 280 relativa all'affidamento dei servizi sociali summenzionati. Adduceva, quindi, nuovamente la violazione dell'art. 55 CTS e del Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 31 Marzo 2021, n. 72⁽⁸⁾, rilevando l'omissione da parte del Comune di Latina delle fasi di co-programmazione e di co-progettazione.

Investito delle questioni, il Consiglio di Stato rigettava ambedue gli appelli principali. Per motivi di sintesi, di seguito ci si soffermerà sulla sola pronuncia n. 5217, dal momento che la sentenza gemella n. 5218 ripropone per il comune motivo di gravame – ossia l'assenza di gratuità del rimborso forfettario, che rappresenta anche l'unica doglianza in tale seconda pronuncia – le stesse argomentazioni, con lo stesso esito.

Muovendo dalla prima doglianza avanzata dal Comune di Latina, la Quinta Sezione si sofferma sulla definizione giuridica di gratuità, che costituisce uno dei presupposti per applicare la disciplina del CTS, e giunge ad escludere che il rimborso forfettario dei costi – nel caso di specie quelli indiretti pari al 14,55% dei costi diretti – previsto nel contratto stipulato tra il Comune di Latina e la Società Cooperativa Ninfea possa integrare la gratuità del rapporto e quindi il concetto normativo di rimborso ammissibile in base all'art 56 comma 2 CTS⁽⁹⁾.

Dopo aver respinto l'appello principale, il collegio passa ad esaminare quello incidentale avanzato dal Consorzio Parsifal, e lo accoglie parzialmente, nei termini di seguito precisati.

Da un lato reputa infondata la censura relativa alla violazione della fase di co-programmazione, ritenendo idoneo ad integrare l'art. 55 CTS anche il generico coinvolgimento dei rappresentanti degli enti del terzo settore⁽¹⁰⁾. Dall'altro lato, invece, il Consiglio di Stato accoglie il secondo profilo di censura, ravvisando una violazione della funzione di co-progettazione, assente nel caso di specie dal momento che il documento di massima allegato nell'avviso pubblico dal Comune di Latina prefigurava già nei minimi dettagli i vari servizi che, invece, avrebbero dovuto essere concordati nella fase di co-progettazione con l'ente selezionato nella procedura di evidenza pubblica.

Ebbene, proprio sullo sfondo di tali vicende fattuali si stagliano alcune direttrici di riflessione che, senza pretesa di esaustività, meritano di essere approfondite.

2. La nozione di gratuità del contratto e la sussidiarietà: un'occasione persa dal Consiglio di Stato.

Tre, in particolare, risultano i profili di interesse alla luce dei quali le pronunce possono essere idealmente scomposte ed analizzate: l'accezione della locuzione di co-programmazione; l'attuazione della co-progettazione e, infine, la nozione di gratuità del contratto rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina del terzo settore.

Il binomio oneroso/gratuito rappresenta, infatti, lo spartiacque ai fini dell'applicazione – in via alternativa – della disciplina del codice dei contratti pubblici (ai contratti onerosi) o di quella del codice del terzo settore (ai contratti gratuiti), che, a differen-

⁸ Il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali 31 marzo 2021, n. 72 contiene le Linee guida sul Codice del terzo settore.

⁹ Lo stesso esito con le stesse argomentazioni si rinviengono nella sentenza gemella n. 5218/2023.

¹⁰ Gli enti coinvolti nel caso di specie erano il Forum Terzo Settore, Coordinamento Via libera, CSV e FISH Lazio.

za del primo, prevede modalità di affidamento più snelle e celeri: una procedura ad evidenza pubblica, ai sensi del Titolo VII del CTS, finalizzata alla selezione degli enti del terzo settore con i quali formalizzare un rapporto di collaborazione *sub specie* di co-programmazione, co-progettazione e convenzioni.

Prima di approfondire quali criticità si celano dietro le summenzionate forme di amministrazione condivisa, risulta, quindi, determinante delineare il perimetro entro il quale il contratto può essere definito gratuito, poiché solo in questo caso si potrà, poi, procedere secondo la disciplina del d.lgs. 117/2017⁽¹¹⁾.

Proprio la nozione di gratuità⁽¹²⁾ – e argomentando a contrario quella di onerosità⁽¹³⁾ – rappresenta da tempo, come emerge anche nelle sentenze in commento, l'epicentro di un complesso quadro normativo e giurisprudenziale, in cui la pluralità di fonti – direttive eurounitarie⁽¹⁴⁾, codice dei contratti pubblici e codice del terzo settore – e di organi competenti ad interpretarle, hanno, non di rado, dato luogo ad incertezza esegetica e, quindi, applicativa⁽¹⁵⁾.

Da un lato, il Consiglio di Stato, a partire dal parere del 2018 ha propugnato una nozione restrittiva di gratuità contrattuale, desumendola per sottrazione da quella di onerosità che, secondo i giudici amministrativi, includerebbe ogni contratto idoneo a fornire una utilità alla controparte⁽¹⁶⁾. In quest'ottica, sarebbe oneroso – con applicazione della disciplina del codice dei contratti – anche il contratto formalmente gratuito e privo di corrispettivo ma che, nondimeno, sottende uno scambio empirico e attribui-

11 M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il codice del terzo settore: un nuovo paradigma? Relazione in occasione del Seminario di Alta Formazione su "La riforma del Terzo Settore"*, in www.spisa.unibo.it, 2018. Evidenziano gli Autori che "il Codice (del terzo settore) 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". Per ulteriori ragguagli, A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo Settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.federalismi.it, 2021, n. 2.

12 Sulle differenti nozioni di gratuità si vedano i seguenti contributi: A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, UTET, 2008; M. CENINI, *Liberalità, società e Terzo Settore: contributo allo studio dei negozi traslativi gratuiti e della destinazione*, Torino, Giappichelli, 2023; C. M. BIANCA, *Diritto civile, I contratti*, Milano, Giuffrè, 1997, 466 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*²⁰¹⁷, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987, 841 ss.

13 Sulla nozione di onerosità nei contratti pubblici si vedano i seguenti contributi: R. CIPPITANI, *La nozione di contratto "a titolo oneroso" negli appalti pubblici*, in *Contratti*, 2013, n.5, 523 e ss.; S. PELLIZZARI, *La coprogettazione come forma di collaborazione tra PA e enti del terzo settore*, in *Munus Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2019, n.2; D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, Torino, Giappichelli, 2022, 418 ss. A. FICI, *I "presupposti negoziali" dell'"amministrazione condivisa": profili di diritto privato*, in A. FICI, L. GALLO e F. GIGLIONI, *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 55-83. Più in generale, sul tema dell'onerosità del contratto nella dottrina civilistica si vedano F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 839 ss.; F. GIGLIOTTI, *Contratto a titolo gratuito (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 2021, 164 ss.; E. LOFFREDO, *Attività economica e atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. oriz. dir. comm.*, 2014, n.3; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, Milano, Giuffrè, 2011, 412 ss.

14 Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE. In particolare, l'art 5 della direttiva n. 23 sulle concessioni definisce la concessione di lavori "un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto, in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo"; l'art 2 della Direttiva n. 24 sugli appalti pubblici, li definisce "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi".

15 Sul punto si veda P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, n. 3, 317 ss. A parere dell'Autore, il complesso quadro delle fonti si presta ad essere ricomposto intorno alla Costituzione, fondamento di legittimazione supremo degli atti normativi vigenti nel territorio nazionale. Sull'incidenza dei valori costituzionali sul diritto privato, si vedano P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, cap. I, e S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

16 Consiglio di Stato, 20 agosto 2018, parere n. 2052, in *GiustiziaAmministrativa.it*.

sce all'altro contraente un qualsivoglia vantaggio economico⁽¹⁷⁾.

Dall'altro lato, si colloca, la Corte di Giustizia che, come osservato da autorevole dottrina⁽¹⁸⁾, sembra restringere la nozione di onerosità ampliando, invece, il raggio della gratuità nei limiti in cui fa rientrare nella prima solo l'operazione negoziale che contempli anche giuridicamente una controprestazione. Più precisamente “*il fatto che l'ottenimento di [un] contratto possa avere un valore economico per l'offerente, nella misura in cui esso gli conferirebbe l'accesso ad un nuovo mercato o gli consentirebbe di ottenere referenze, non può essere sufficiente per qualificare tale contratto come contratto a titolo oneroso*”⁽¹⁹⁾.

Tanto premesso, qualificare il contratto come oneroso o gratuito rappresenta, nel coordinamento normativo tra la disciplina del codice dei contratti pubblici e quella del codice del terzo settore, il primo criterio di rilievo, ma non certamente l'unico.

La più corretta esegesi ordinamentale, pur originando dal dato legislativo, non può infatti arrestarsi allo stesso, prescindendo dalla sua armonizzazione con i principi che i codici di settore sottendono, incarnano e promuovono⁽²⁰⁾. È, così, che entrano nel quadro normativo e nel giudizio di valutazione dell'interprete la concorrenza e la solidarietà⁽²¹⁾, il mercato e la sussidiarietà⁽²²⁾ come valori che ridisegnano i confini delle discipline speciali, arrivando, talvolta, a superare il perimetro tracciato dalle nozioni

17 Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, in De Jure. “*L'affidamento di servizi a titolo gratuito configura un contratto a titolo oneroso, soggetto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, posto che l'onerosità non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, ma può avere analogia ragione anche in un altro genere di utilità, economicamente apprezzabile (quale, ad es. il c.d. “ritorno di immagine”)*”. In senso analogo, Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232, in De Jure. Per un approfondimento, L. GORI, *Dalla patologia delle sentenze alla fisiologia della prassi*, in rivistaimpresasociale.it, ult. visita 15 novembre 2021.

18 R. GIOVAGNOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Torino, ItEdizioni, 2022, 559 ss. L'Autore mette in evidenza il differente approccio della giurisprudenza comunitaria – volto a restringere la nozione di onerosità – rispetto al tradizionale orientamento del Consiglio di Stato. In senso contrario, si veda R. CIPPITANI, *Onerosità e corrispettività: dal diritto nazionale al diritto comunitario*, in Europa e diritto privato, n. 2/2009, 503. Secondo l'Autore, il concetto di onerosità accolto dal diritto europeo è più ampio rispetto a quello proprio del diritto civile italiano.

19 Corte di giustizia UE, sez. IV, 10 settembre 2020, C-367/19, *Tax-Fin-Lex*. Per un primo commento si veda G. PISANI, *Esclusione di un'offerta pari a € 0.00. Cosa ne pensa la Corte di Giustizia UE – Causa C-367/19*, in Riv. Interd. dir. amm. pubbl., 2021, n.1; S. SMITH, *C-367/19: Tax-Fin-Lex: tenders priced at Euro 0.00 and the EU rules on abnormally low tenders: case comment*, in Public Procurement Law Review, 2021, 1-4; F. ESPOSITO, L. DE ALMEIDA, *European Union Litigation*, in European Review of Contract Law, 2021, n.1, 87-106.

20 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 228 ss. Sul punto, l'Autore evidenzia come “*acclarato che i principi costituzionali, unitamente al diritto europeo ed alle Convenzioni internazionali hanno natura normativa e gerarchicamente superiore alle regole e ai principi codicistici di rango ordinario, il problema non è tanto l'armonizzazione tra questi due livelli complementari, quanto l'adeguamento del livello ordinario a quello gerarchicamente superiore*”. A favore, invece, di una dogmatica della mediazione tra principi costituzionali e regole di rango ordinario si veda A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in Riv. dir. civ., 1990, n.1, 735 ss.; G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in Nuovo dir. civ., 2017, n.3, 47 ss.

21 Sui plurimi significati che la solidarietà può assumere, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 161 ss, evidenzia che “*la solidarietà costituzionale – rispetto a quella del codice civile che è soltanto economica, rivolta a scopi nazionalistici, di efficientismo del sistema e di aumento della produttività – ha fini politici, economici, sociali, la rilevanza dei quali emerge dal collegamento tra gli artt. 2 e 3 cost., tra l'art 2 cost. e l'intero sistema costituzionale*”. Per ulteriori approfondimenti, P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in Annali Sisdic, 2020, n.5; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in Costituzionalismo, 2016, 27 ss..

22 Per alcuni contributi sul principio di sussidiarietà orizzontale nell'attuazione dei diritti sociali si vedano: D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, in Quaderni della Rassegna di dir. civ., 2008, 58 ss.; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; A. D'ATENA, *Sussidiarietà e proporzionalità nelle dinamiche multilivello e nelle relazioni pubblico – privato*, in *Federalismi*, 2022, n.4, 336 ss.; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in Diritto Pubblico, n.1/2002; T. E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in Riv. giuridica del Mezzogiorno, 2000, n.1, 15 ss.; A. MANZIONE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell'appalto, opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale*, in Giustiziaamministrativa.it, giugno 2023; S. CASSESE, *Laquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in Foro. it, 1995, n. 10, 373 ss.

giuspositiviste di onerosità e gratuità del contratto da affidare⁽²³⁾.

E proprio come ogni principio è storicamente condizionato, prima ancora che condizionante, anche la concorrenza e la solidarietà non sono immuni da quel diritto che vive anche al di fuori della *lex scripta*⁽²⁴⁾. Dopo un lungo periodo di primazia incontrastata della prima e, con essa, del codice degli appalti⁽²⁵⁾, di recente la Corte costituzionale, intervenendo con una storica sentenza sembrerebbe aver inaugurato una nuova “primavera” della solidarietà e sussidiarietà⁽²⁶⁾.

Come emerge dalla pronuncia del giudice delle leggi, collegando l'art. 55 CTS all'art. 118 ultimo comma della Carta fondamentale, si ammantava il primo della forza propria della fonte costituzionale, consentendo, così, all'amministrazione condivisa di ergersi non già a concorrente, bensì ad alternativa equipollente all'affidamento concorrenziale⁽²⁷⁾.

Volendo portare a termini estremi il ragionamento della Corte costituzionale, la massima valorizzazione della solidarietà sociale ben potrebbe condurre l'ente pubblico a scegliere, al ricorrere delle condizioni di legge, forme di co-amministrazione rientranti nel d. lgs. 117/2017 in luogo delle modalità di affidamento concorrenziali

23 P. PERLINGIERI, *Francesco Gentile e la legalità costituzionale: dalla diffidenza alla piena sintonia*, in L'Ircocervo, 2014. L'Autore evidenzia che “l'ampliamento delle fonti giuridicamente rilevanti realizza un reciproco arricchimento: esemplare è l'esperienza della Comunità europea che, nata esclusivamente come mercato unico, sotto la spinta delle tradizioni costituzionali europee e del ruolo delle Corti costituzionali, soprattutto italiana e tedesca, nonché di un significativo processo politico, manifesta, nei Trattati successivi e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, attenzione alla dignità dell'uomo, ai suoi diritti a prescindere dalle ragioni del mercato; viceversa, il diritto dei Paesi membri, come l'Italia, si manifesta più attento alle liberalizzazioni dei mercati e della concorrenza. Un'armonizzazione che conduce ad unico comune ordine pubblico, fondante il sistema italo-europeo. [...] Per decretare la fine del positivismo legislativo, un nuovo approccio da parte dei giuristi diventa necessario. La sottolineatura di un sistema ordinamentale articolato nelle sue fonti e complesso, in quanto composto di livelli diversi e non separabili, comporta la necessaria individuazione della sua unitaria assiologia, quale sintesi di valori esplicitamente dati e di valori desumibili dal contesto storico-culturale. Entrambi sono da considerare positivi ed entrambi ad un tempo hanno natura giuridica e politica”.

24 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 323 ss. L'Autore parla di “possibile molteplicità di significati degli enunciati normativi che dipende da una pluralità di fattori quali il contesto di rilevanza normativa nel quale si inserisce, il contesto socio-culturale che insieme a quello normativo costituisce la complessità della struttura di una società, le peculiarità delle fonti del diritto e l'organizzazione delle istituzioni, la cultura dei giuristi interpreti, il tipo di argomentazioni e di tecniche, ovvero il metodo applicato nell'interpretazione dell'enunciato normativo, l'insieme dei precedenti e delle decisioni formulate quale prassi applicativa, il grado di conoscenza delle peculiarità del problema specifico da risolvere e la loro adeguata valutazione”.

25 M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in Astrid Rassegna, 2015, n.19; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in Dir. Amm., 2008, 297 ss.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, 398 ss.

26 Corte Costituzionale, 20 giugno 2020, n. 131. L'importanza della solidarietà come valore fondante dell'ordinamento giuridico era stata già evidenziata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 309, 17 dicembre 2013.

27 *Ibid.* para 4. E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2020, n. 3, 57; L. GORI, *Riflessioni sui limiti costituzionali alle misure promozionali del Terzo settore*, in Giurisprudenza costituzionale, 2020, n. 6, 3017; G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo Settore*, in Impresa Sociale, 2020, n. 3, 96-100.

crystallizzate nel codice di derivazione eurounitaria⁽²⁸⁾.

Se queste sono, dunque, le premesse da cui ha avuto inizio la nuova stagione della c.d. amministrazione condivisa, proprio le due pronunce in esame rese dal Consiglio di Stato in relazione all'affidamento di servizi sociali⁽²⁹⁾ da parte del Comune di Latina si prestano ad essere – ad avviso di chi scrive – un prezioso banco di prova per testare quanto peso abbia assunto la solidarietà -e con essa la sussidiarietà – nel giudizio di bilanciamento dell'interprete.

In particolare, quanto alla questione concernente la qualificazione del contratto che prevede un rimborso delle spese indirette di tipo forfettario, l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa finora prevalente⁽³⁰⁾ dubita della gratuità di una tale operazione negoziale, rilevando come la possibilità di rimborsare forfetariamente le spese costituisca un metodo svincolato dalla verifica di quanto effettivamente speso. Al contrario, l'unica modalità di compensazione compatibile con la nozione di gratuità e idonea a giustificare, per i soli servizi sociali, la deroga al diritto europeo degli appalti sarebbe il rimborso analitico delle spese a piè di lista che consente di verificare che l'affidatario del servizio sociale non benefici di nessun tipo di lucro, nemmeno indiretto.

Come visto *supra*, non discostandosi dall'orientamento maggioritario, il Consiglio di Stato in entrambe le pronunce giunge ad estromettere l'affidamento sociale – convenzione con rimborso forfettario dei costi indiretti – dall'ambito della disciplina del codice del terzo settore, rinvenendo da parte del Comune di Latina una violazione dell'art. 56 CTS⁽³¹⁾.

E proprio su tale conclusione – che nell'argomentazione dei giudici giunge automaticamente (forse frettolosamente) al termine di una ricognizione del precedente quadro normativo e giurisprudenziale – sembrerebbero appuntarsi i principali rilievi

28 In aggiunta, secondo la Corte Costituzionale è lo “stesso diritto dell'Unione che mantiene, a ben vedere, 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 che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)”. In senso critico, sulla contrapposizione tra solidarietà e concorrenza si vedano altresì A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2015, 89 ss.; S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: “conflitto” o “concorso”?*, in Mercato, concorrenza e regole, 2004, 75 ss. Nel senso di un bilanciamento tra concorrenza, solidarietà ed efficienza, si veda anche la Corte di giustizia UE, sez. IV, 14 luglio 2022, C-436/20, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)*. In particolare, la Corte afferma che “il ricorso esclusivo agli enti privati senza scopo di lucro al fine di garantire la fornitura di tali servizi sociali può essere motivato sia dai principi di universalità e di solidarietà, propri di un sistema di assistenza sociale, sia da ragioni di efficienza economica e di adeguatezza, in quanto consente che tali servizi di interesse generale siano assicurati in condizioni di equilibrio economico sul piano finanziario, da enti costituiti essenzialmente al fine di tutelare l'interesse generale e le cui decisioni non sono guidate, come rileva il governo spagnolo, da considerazioni esclusivamente commerciali. Quando è motivata da tali considerazioni, l'esclusione degli enti privati a scopo di lucro dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici aventi ad oggetto la fornitura di tali servizi sociali non è in contrasto con il principio di pari trattamento, purché tale esclusione contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà e di efficienza di bilancio sui quali tale sistema è fondato”. Per un commento, S. PELLIZZARI, *FORME DI COLLABORAZIONE TRA ENTI PUBBLICI E TERZO SETTORE: LA CORTE DI GIUSTIZIA VALORIZZA LA DISCREZIONALITÀ DEGLI STATI MEMBRI PER UN MIGLIOR BILANCIAMENTO TRA SOLIDARIETÀ, EFFICIENZA E CONCORRENZA*, in Istituz. del federal., 2022, n. 4, 1021-1048.

29 I servizi sociali da affidare nel caso di specie erano il servizio di segretariato sociale, il punto unico di accesso, il servizio sociale professionale, il sostegno socio-educativo domiciliare, la mediazione familiare-centro per la famiglia e il pronto intervento sociale.

30 Il Consiglio di Stato nel parere speciale afferma che “il rimborso forfettario non garantisce la sicura esclusione di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi utilizzati dall'ente e l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale”. In termini analoghi, Corte di giustizia UE, sez. III, 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione v. Italia*, che ha escluso la gratuità del rapporto valorizzando il fatto che il rimborso previsto fosse calcolato su base forfettaria; Corte di giustizia UE, sez. VIII, 18 ottobre 2018, C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl*, nella quale una sovvenzione consistente in una forma di rimborso forfettario è considerata controprestazione nell'ambito di un contratto a titolo oneroso rispetto alla fornitura di un farmaco.

31 F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del Terzo settore*, in Munus. Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici, 2019, n. 9(2), 499-524; F. CORTESE, *Social Welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in Il Diritto dell'Economia, 2014, n. 3, 457-479.

critici. Invero, qualificare come oneroso il contratto relativo all'affidamento di servizi sociali per il solo fatto che preveda un rimborso forfettario dei costi indiretti parrebbe sottendere una interpretazione che, come si avrà modo di constatare, risulta rigida, formale e talvolta finanche imprecisa.

È possibile confutare la veridicità dell'equazione onerosità-rimborso forfettario già solo mantenendosi sul piano del dato normativo del concetto di gratuità e tralasciando, almeno per ora, i principi e l'interpretazione ad essi orientata⁽³²⁾.

A tal fine, va chiarito che il concetto di gratuità di cui si discute non costituisce un'etichetta fissa ed immutabile, ma merita di essere analizzato caso per caso, esplicitando i tre diversi significati che esso può assumere.

2.1. L'offerta zero.

Restringendo l'analisi ai contratti aventi ad oggetto i servizi sociali, in primo luogo, è sicuramente gratuita ed unanimemente considerata tale, l'offerta zero ossia quella priva di qualsiasi forma di remunerazione. In questo caso, l'operatore eseguirà la prestazione senza ricevere nulla⁽³³⁾. Nell'ambito di tale nozione, poi, sarà ulteriormente possibile distinguere tra gratuità economicamente interessata e gratuità disinteressata. E solo quest'ultima, a rigore, è priva di un vero e proprio sinallagma: nella prima, pur mancando lo scambio giuridico – ossia una controprestazione in senso stretto – viene, infatti, in rilievo uno scambio empirico che è ravvisabile nel vantaggio economicamente rilevante, anche se non direttamente finanziario, che riceve il contraente che esegue la prestazione a costo zero⁽³⁴⁾.

Mutatis mutandis, la stessa distinzione tra gratuità interessata e disinteressata viene in rilievo se si confrontano i contratti attivi (come la sponsorizzazione) ed i contratti gratuiti in senso stretto. Pur condividendo l'elemento del mancato esborso di denaro da parte dell'amministrazione, le suddette convenzioni si differenziano profondamente per la sostanza dell'operazione che realizzano⁽³⁵⁾. Solo nei primi, infatti, l'appaltatore

32 Sull'incidenza dei principi nell'interpretazione si vedano i seguenti contributi: N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, 865 s.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, 1115 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, 154 ss.; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992; M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novocento giuridico. I civilisti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 254 ss.; G. PERLINGIERI, *RAGIONEVOLEZZA E BILANCIAMENTO NELL'INTERPRETAZIONE RECENTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE*, in Riv. dir. civ., 2018, 716 ss.

33 Corte di giustizia dell'Unione Europea. UE, IV, C-367/19, *Tax-Fin-Lex*, para 26: "Secondo la giurisprudenza della Corte, dal senso giuridico abituale dei termini «a titolo oneroso» risulta che questi ultimi designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione (v., in tal senso, Corte giust. UE, C-606/17, *IBA Molecular Italy*). Il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta quindi una caratteristica essenziale di un appalto pubblico. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni, anche se detto corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito, ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale. Ne consegue che un contratto con il quale un'amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione quale corrispettivo di quella che la sua controparte si è impegnata a realizzare non rientra nella nozione di «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24". Per un commento, D. PAPPANO, *Le cd. offerte a zero negli appalti pubblici*, in *dpeonline.it*.

34 Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4614, 2017; Consiglio di Stato, sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4718. Per un commento su tale giurisprudenza, M. CHIARELLI, *Appalti pubblici di servizi a titolo gratuito*, in *federalismi.it*, 2018, n. 18.

35 G. AGATI, *Coinvolgimento degli enti del Terzo Settore da parte della P.A. (D.Lgs. n. 117/2017) e rapporti con il codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2022, n. 2, 227.

riceve una utilità dall'esecuzione della commessa⁽³⁶⁾, assente, invece, nei contratti gratuiti economicamente disinteressati che risultano necessariamente in perdita per chi esegue la prestazione⁽³⁷⁾.

2.2. Il rimborso a piè di lista.

La seconda variante della gratuità – anch'essa ormai indiscussa – ricomprende, invece, il contratto in cui a fronte della prestazione la parte riceve solo il rimborso delle spese vive, ossia quelle documentate nelle singole voci in modo specifico⁽³⁸⁾. Così facendo, il contraente esecutore ottiene solo una compensazione per i costi, che giammai potrà tradursi surrettiziamente in un corrispettivo⁽³⁹⁾. Sul punto, la giurisprudenza eurounitaria più recente ha ampliato il novero delle spese rimborsabili, includendo accanto ai costi necessari per remunerare i fattori di produzione anche quelli relativi al personale⁽⁴⁰⁾. Ciò, si badi, con la dovuta precisazione che anche in quest'ultimo caso è richiesto un collegamento diretto con il servizio oggetto di finanziamento⁽⁴¹⁾.

2.3. Il c.d. forfait.

Infine, viene in rilievo il rimborso spese in misura fissa (c.d. forfait) che rappresenta la terza forma di gratuità, nonché la più controversa ai fini della presente analisi. Una rigorosa interpretazione della gratuità porterebbe, in realtà, a negare che il rimborso forfettario rientri nel concetto di gratuità. E, come già evidenziato, in tal senso opina altresì la giurisprudenza prevalente⁽⁴²⁾. Se, infatti, il significato di gratuità si basa sulla matematica del saldo zero o negativo, tale risultato mancherebbe *prima facie* nel rimborso in misura fissa in cui, non conoscendosi preventivamente le singole voci di costo, non è possibile stabilire se la compensazione pattuita *ex ante* superi quanto speso dal contraente prestatore. Con la conseguenza che, qualora ciò dovesse accadere, il *surplus* ricevuto rispetto a quanto impiegato porterebbe all'operatore un lucro estraneo alla nozione di gratuità.

Ciò detto, tuttavia, come il rimborso fisso può superare la spesa, allo stesso modo non è da escludere a priori e senza ulteriori approfondimenti che la spesa pareggi o addirittura superi il rimborso fisso: in tale evenienza, costituirebbe un errore logico, prima ancora che giuridico, qualificare il contratto come oneroso e non gratuito.

Volendo, quindi, applicare le suddette coordinate al caso di specie, soltanto in seguito al calcolo delle singole voci di costo ricomprese nel forfait del 14,55 % e del 9,14% dei costi diretti, sarebbe stato possibile valutare se quanto corrisposto dal Comune di Latina per i costi indiretti integrava un rimborso o una remunerazione e, di conseguenza, qualificare il contratto di prestazione dei servizi sociali come gratuito o oneroso.

36 In questo senso si veda Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4614, 2017, che in relazione ad un contratto di sponsorizzazione privo di corrispettivo afferma "alla prestazione dello sponsor in termini di dazione del denaro o di accollo del debito corrisponde l'acquisizione, in favore dello stesso sponsor, del diritto all'uso promozionale dell'immagine della cosa di titolarità pubblica. In altri termini: la circostanza che vi sia verso lo sponsor una traslazione meramente simbolica, cioè di immagine, della cosa di titolarità pubblica non può essere considerata come vicenda gratuita, ma va posta in stretta relazione, nei termini propri dell'equilibrio sinallagmatico, con il valore della controprestazione, vale a dire della dazione dello sponsor".

37 Il Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 novembre 2021, n. 7442, ha definito questi contratti gratuiti in senso stretto come "contratti liberali", proprio per sottolineare l'elemento del mancato conseguimento di utilità da parte del privato.

38 Consiglio di Stato, parere n. 2052/2018, para 5; Corte di giustizia UE, sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13, Azienda sanitaria locale Spezzino. S. FRANCA, *Le convenzioni con il Terzo settore tra gratuità del rapporto e regime dei rimborsi*, in *Impresa sociale*, 2020, n. 4, 98.

39 Consiglio di Stato, parere n. 2052/2018.

40 Tribunale UE, IV sez., 19 febbraio 2016, T-53/14, Ludwig Bolkow-Systemtechnik c. Commissione.

41 Nel caso *Ludwig Bolkow-Systemtechnik c. Commissione*, la Commissione ha evidenziato non tanto che fosse previsto il rimborso del costo relativo al personale, ma che il rimborso venisse calcolato in modo da tale da sovradi-mensionare il costo effettivamente sopportato.

42 Vedi nota n. 11.

E non è tutto. Invero, la nozione di gratuità patrocinata dal Consiglio di Stato anche nelle sentenze in esame vacillerebbe, *a fortiori*, di fronte ad una interpretazione sistematica⁽⁴³⁾ che tenga conto anche dei principi della solidarietà e della sussidiarietà.

Il diritto non è matematica ed in un contesto ordinamentale in cui la socialità del servizio da affidare – accanto alla gratuità della convenzione – è in grado di incidere sulla disciplina applicabile, transitando da quella del codice dei contratti pubblici a quella del codice del terzo settore, sembrerebbe quantomeno opportuno – se non doveroso – non arrestarsi alla formula “rimborso a *forfait*” nel qualificare il contratto come oneroso, al fine di verificare che nel caso di specie non ci sia, in realtà, un pareggio tra costi e compensazioni e, quindi, la gratuità del servizio.

E proprio in questa operazione di qualificazione del contratto dovrebbe emergere la forza dei principi per imporre all’interprete di non arrestarsi di fronte alla mera formula negoziale (“rimborso a *forfait*”), ma di indagare la vera natura della convenzione⁽⁴⁴⁾.

In questo modo, la valorizzazione della solidarietà e della sussidiarietà consacrate negli artt. 55 e 56 CTS porterebbero ad allargare le maglie della gratuità a discapito dell’onerosità e, conseguentemente, dell’operatività del codice dei contratti pubblici. Il risultato atteso sarebbe, quindi, quello di consentire anche a casi come quelli appena analizzati di confluire negli affidamenti previsti dalla disciplina speciale del CTS.

Sembra essere questa l’occasione, più che preziosa, sfuggita ai giudici amministrativi.

Nella scelta tra propugnare una nuova concezione di gratuità di ampio respiro e solidalmente orientata – il suddetto terzo significato – o rievocare la tradizionale formula del «*rimborso [...] delle spese effettivamente sostenute e documentate*», le sentenze in esame optano decisamente per la seconda, non curandosi della funzione di orientamento che avrebbero potuto svolgere in un momento – quello in cui sono pronunciate – di transizione dell’ordinamento sia normativa, dal vecchio al nuovo codice dei contratti pubblici, che assiologica, dalla “concorrenza sopra ogni cosa” alla “condivisione del progetto”. E ciò, anche a costo di portare alla massima estensione, *rectius* forzare, i confini della nozione di gratuità, come si ammette, sarebbe accaduto se anche quei contratti con il rimborso delle spese in misura fissa – oggetto di affidamento diretto da parte del Comune di Latina – fossero stati qualificati come non onerosi.

Nulla, invece, nel ragionamento pretorio, sembra essere cambiato rispetto a quel parere del Consiglio di Stato del 2018 che nel definire la regola – codice dei contratti pubblici – e nello stesso tempo porvi l’eccezione – codice del terzo settore – designava un coordinamento normativo non solo superato dai più recenti interventi normativi

43 Sull’importanza dell’interpretazione sistematica si veda A. FALZA, *I principi generali del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, 335 ss, l’Autore definisce l’interpretazione sistematica “*procedimento fondamentale di ogni ermeneutica giuridica*”. In argomento si vedano, altresì, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, 205 ss; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, 237; P. PERLINGIERI, *L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica, il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art. 12 disp. prel. codice civile e la nuova scuola dell’esegesi*, in *Scuole tendenza e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, 297 secondo il quale “*il singolo enunciato legislativo diventa norma quando è letto e confrontato con l’intero ordinamento in dialettica con i fatti storici concreti, con i rapporti individuali e sociali*”.

44 Sul ruolo del giurista come interprete della realtà giuridica e sociale si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Jus Rivista di scienze giuridiche*, 1959, n. 2, che afferma che “*l’interprete è chiamato non già ad un’operazione di natura aritmetica, ma ad un apprezzamento, il quale deve rispondere alle esigenze assiologiche di una valutazione normativa insita nella legge*”.

e giurisprudenziali, ma addirittura in contrasto con gli stessi⁽⁴⁵⁾. E, così persistendo, il Consiglio di Stato sembra fermarsi al passato prossimo piuttosto che incoraggiare il prossimo futuro.

D'altro canto, deve ammettersi che optare per la soluzione innovativa appare essere una scelta sempre più agevole per chi non deve compierla e si limita a commentare; e non vi è dubbio che anche aderendo all'interpretazione che ricomprende il rimborso forfettario nella nozione di gratuità, il Consiglio di Stato si sarebbe esposto ad altrettante obiezioni.

Volendo qui concentrarsi su quelle che potrebbero maggiormente cogliere nel segno, si evidenzia che qualificare il contratto che preveda un rimborso in misura fissa come "gratuito fino a prova contraria" determinerebbe, in primo luogo, un gravoso onere in capo all'organo giudiziario eventualmente chiamato ad intervenire. Spetterebbe, infatti, a quest'ultimo in sede di impugnazione richiedere una specificazione delle singole voci di costo e verificare il saldo effettivo. Insomma, si finirebbe per trasformare il giudice in una sorta di contabile pubblico, ruolo questo estraneo alla sua competenza e che, data la complessità, impatterebbe grandemente anche sulla ragionevole durata del processo.

In aggiunta, un'altra obiezione sarebbe agevolmente prospettabile e meno agevolmente superabile.

Come in ogni ambito in cui vengono in rilievo concetti giuridici indeterminati – la nozione di forfait in questo caso – l'incertezza semantica genererebbe un incremento del contenzioso⁽⁴⁶⁾. Invero, applicare gli artt. 55 e 56 CTS anche al contratto di servizi sociali che prevede il rimborso in misura fissa porterebbe i concorrenti (anche solo potenziali) dell'ente prescelto ad impugnare sempre il provvedimento di affidamento del contratto, contestando, nei casi dubbi, la gratuità di quest'ultimo e quindi la violazione dell'obbligo di gara prescritto per le commesse onerose. E ciò, peraltro, senza che le due condizioni per l'azione possano effettivamente limitare la platea dei ricorrenti.

In relazione alla legittimazione, il Consiglio di Stato ha, ormai, chiarito come essa sussista, in via del tutto eccezionale, anche in assenza di domanda di partecipazione alla gara quando questa non c'è stata, ma avrebbe dovuto esserci⁽⁴⁷⁾. Ebbene, tale sarebbe proprio il caso in cui, all'esito del controllo contabile sul forfait, il contratto risulti essere in realtà oneroso: si dovrà applicare la disciplina del codice dei contratti.

Quanto alla seconda condizione dell'azione, l'interesse ad agire, anch'esso sarebbe agevole da rinvenire. È noto come tale presupposto processuale sia, ormai, inteso in senso ampio dalla giurisprudenza nazionale ed eurounitaria, arrivando ad includere finanche la posizione del ricorrente che, con l'accoglimento dell'impugnazione, vedrebbe solo accresciute le proprie possibilità di ottenere il servizio sociale nuovamente

45 Sugli ultimi interventi normativi si vedano F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in *Giustiziaamministrativa.it*, 4 luglio 2023; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astridonline.it*, 2023; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo Settore e nel Codice dei Contratti Pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus. Rivista Giuridica dei Servizi Pubblici*, 2019, n. 1, 139-186; A. FICI, *Codice del Terzo settore: quello che non vede la giustizia amministrativa*, in *Vita.it*, 7 giugno 2020; G. ARENA, F. SCALVINI, P. BONASORA, C. BORZAGA, A. FICI, P. FORTE, F. GIGLIONI, L. GORI, G. MACDONALD, G. MAROCCHI, S. PELLIZZARI, E. ROSSI, E. SALVATORELLI, G. SEPIO, E. V. UCCELLINI, *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 *Welfare Oggi*, 2019, n. 1, 3-10.

46 E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014, n.8, 768-769; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995, 65 ss.

47 Consiglio di Stato, Sez. VII, 28 dicembre 2022, n. 11519; in senso conforme Corte di giustizia UE, Sez. III, 28 novembre 2018, C328/17, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità*; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4; Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 424.

disponibile sul mercato dei contratti pubblici da affidare⁽⁴⁸⁾.

Ciò detto, ci si potrebbe chiedere se sia in qualche modo possibile superare le suddette obiezioni e le disfunzioni che deriverebbero da un tale accertamento sulla natura del rimborso, successivo e ad opera del giudice.

Una soluzione alternativa sarebbe quella di prevedere un controllo sul *forfait* non già *ex post* ed in sede giudiziaria, bensì *ex ante* ed in sede amministrativa. In questa variante, spetterebbe all'amministrazione affidante predisporre preventivamente nel contratto delle tariffe forfettarie sulla base del criterio del mero rimborso e nel rispetto della regola del saldo zero o negativo.

Tale è anche il meccanismo delineato nelle osservazioni rese dall'Azienda Emergenze Urgenze Regione Lombardia in occasione della consultazione pubblica effettuata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'ambito della redazione delle linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali⁽⁴⁹⁾.

A parere dell'Azienda, l'opportunità di ricomprendere anche il rimborso forfettario nella nozione di rimborso spese assurgerebbe a vera e propria necessità a fronte degli interventi d'emergenza. In questo caso, l'estemporaneità del servizio da fornire se da un lato impedisce di presentare i costi per ogni singola prestazione in cui occorre garantire l'intervento emergenziale istantaneo, dall'altro non ostacola la previsione di un rimborso forfettario, limitato alle spese sostenute per il personale, ai mezzi impiegati nonché alla quota dei costi fissi rapportabile ai servizi definiti, con il limite di garantire la sola copertura dei meri costi sostenuti e senza alcuna quota di lucro⁽⁵⁰⁾.

Ad ulteriore sostegno di tale conclusione, se ne evidenzia anche la convenienza sotto il profilo strettamente economico per le risorse pubbliche. È, infatti, possibile affermare, senza pericolo di smentita, che nella maggior parte dei casi – se non nella totalità – affidare lo svolgimento di prestazioni ad associazioni che operano senza scopo di lucro implica minor dispendio rispetto al ricorso ad imprese private che operano con finalità di profitto⁽⁵¹⁾.

Senonché, anche la soluzione appena richiamata non sembra andare esente da una ulteriore contro-obiezione: attribuendo all'amministrazione l'onere di controllare

48 Consiglio di Stato, Sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258, secondo il quale “la verifica positiva della sussistenza dell'interesse all'impugnativa comporta che l'effettiva utilità al ricorrente, conseguente all'annullamento degli atti gravati, possa essere identificata non solo nel conseguimento dell'aggiudicazione vera e propria dell'appalto pubblico, ma, in subordine, possa consistere anche solo nella mera rinnovazione della gara”. In senso conforme, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6025, Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C- 689/13, *Puligenica c. Airgest Spa*, secondo la quale “[...] ciascuna delle parti della controversia ha un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. Dall'altro lato [...] non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara di appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura”. Corte di giustizia UE, X Sezione, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb Spa c. Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*.

49 Autorità Nazionale Anticorruzione, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali - Consultazione pubblica*, p. 3, 4, 5.

50 Nel documento di consultazione si sottolinea come l'utilizzo di rimborsi forfettari sia compatibile con la natura propria dei soggetti del terzo settore, dal momento che la verifica può agevolmente essere fatta sul bilancio globale dell'associazione dal quale deve emergere la mancanza di lucro.

51 Autorità Nazionale Anticorruzione, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali - Consultazione pubblica*, cit. “A titolo esemplificativo, in occasione di manifestazioni di rilievo nazionale/internazionale, per poter garantire un livello elevato di servizio e contestualmente un risparmio si rende necessario prevedere un rimborso forfettario, sempre secondo il principio di esclusione del lucro, che garantisca a tutte le associazioni operanti sul territorio di spostarsi, rispetto alla loro ordinaria sede per supportare le associazioni operanti nell'ambito territoriale della manifestazione; diversamente se si coinvolgessero i privati, che operano esclusivamente con dipendenti e con finalità di lucro, i costi aumenterebbero notevolmente. Lo stesso principio si applica anche ai mezzi utilizzati per far fronte ad esigenze di soccorso incrementali dovute a fattori eccezionali quali quelle di tipo meteorologico (neve...), sanitario (picchi influenzali...) etc... Se così non fosse il servizio dovrebbe essere messo a gara anche per le società, che obbligatoriamente devono conseguire un lucro, con la conseguenza che tali tariffe dovrebbero essere aumentate al fine di garantire non solo i costi maggiori dati dalla presenza solo di dipendenti, ma anche del lucro. Da ciò ne deriverebbe, per tutto il sistema di emergenza urgenza un incremento di costi quantificabile annualmente per la Regione Lombardia in € 100.000.000,00”.

l'assenza della quota di lucro derivante dal rimborso forfettario si finirebbe per pregiudicare la celerità procedimentale in spregio alle istanze di semplificazione poste alla base delle recenti riforme amministrative⁽⁵²⁾.

Così fallito ogni tentativo di attribuire il controllo sul forfait all'organo giudiziario ed a quello amministrativo, a ben vedere resterebbe da percorrere un'ultima strada: affidare tale compito all'autonomia negoziale e, in particolare, allo stesso ente del terzo settore affidatario del contratto gratuito. Si tratterebbe, più precisamente, di introdurre nella convenzione – che già prevede il forfait – una ulteriore clausola che impedisca all'amministrazione di corrispondere più di quanto l'operatore abbia speso, anche se la spesa non dovesse superare il forfait pattuito. Ciò potrebbe accadere, a titolo esemplificativo, prevedendo che l'eventuale surplus di rimborso concordato in misura fissa confluisca non già nelle casse dell'ente, ma verso altre finalità di interesse generale⁽⁵³⁾, alla stregua di un patrimonio destinato all'interno dello stesso soggetto affidatario⁽⁵⁴⁾.

Ad ogni modo, tralasciando gli scenari prospettabili per il futuro e tornando alle sentenze in commento, è ora possibile formulare una prima conclusione.

Ampliare la nozione di gratuità e, così facendo, estendere l'applicazione del codice del terzo settore avrebbe rappresentato un significativo segnale a favore di un cambiamento di prospettiva nei rapporti tra pubblico e privato. *Collaborare e non competere* è lo slogan coniato dalla dottrina più avveduta e che sintetizza efficacemente le aspettative ingenerate dalla nuova stagione del codice del terzo settore⁽⁵⁵⁾.

Invece, le premesse dell'amministrazione condivisa tracciate dalla sentenza n. 131/20 e le promesse della nuova collaborazione pubblico privato di cui anche il nuovo codice dei contratti pubblici⁽⁵⁶⁾ si fa portatore nell'art 6, paiono arrestarsi a fronte di un'interpretazione "concorrenzialmente orientata" che il giudice amministrativo sembra avallare nelle sentenze n. 5217 e 5218.

Come è noto, ogni tipo di cambiamento che si attende dopo un lungo periodo di consolidamento richiede, per essere tale, una forzatura⁽⁵⁷⁾. Questa, nel caso in esame, sembrerebbe non aver trovato la giusta spinta.

52 In merito alla *ratio* delle recenti riforme normative si vedano A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in Giustamm., 2016, n. 5; E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in Dir. Amm., 1998, n.3-4, 335 ss.; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in Dir. amm., 2000, n.1, 627 ss.; E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in Dir. Amm., 2022, n. 3, 667 ss.; R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo italiano degli ultimi decenni*, in Giustamm.it, 2010; L. CARBONE, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. "decreto semplificazioni"*, in Federalismi.it, 2020, n. 30; B. G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in Astrid Rassegna, 2019, n. 11; R. SCARIGLIA, *Il mito di Sisifo e la semplificazione amministrativa. Alla ricerca di nuovi modelli di regolazione*, in DPCE Online, 2021, n. 2; M. GORLANI, *La semplificazione dei contratti pubblici: recorrente "utopia" o occasione da cogliere?*, in Riv. Interd. sul Dirit. delle Amm. Pubb., 2020, n. 3, 20 ss.; M. CLARICH, G. FONDERICO, *Procedimento amministrativo*, Milano, IPSOA, 313-416.

53 L'art. 5 CTS elenca le attività di interesse generale – con finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale – che gli enti del terzo settore devono perseguire in via esclusiva e senza scopo di lucro.

54 Si potrebbe ipotizzare in questo caso un atto di destinazione ricorrendo allo strumento dell'art 2645 *ter c.c.* che contempla tra le proprie finalità la realizzazione di "interessi meritevoli di tutela riferibili a [...] pubbliche amministrazioni o a altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art 1322, co 2". Per approfondimenti sul controllo di meritevolezza, G. PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter c.c.**, in Il foro napoletano, in 2014, n.1, 54 ss. Più in generale sugli atti di destinazione, A. GENTILI, *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2016, n.1, 224 ss.; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art 2645 *ter c.c.**, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, n. 1, M. BIANCA, *Atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. Not.*, 2006, 1175 ss.; A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007 721 ss.; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto e effetto*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, Giuffrè, 2007, 111 ss.; U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e autonomia negoziale: l'art 2645 *ter c.c.**, Padova, CEDAM, 2010, 170 ss.

55 L. GORI, F. MONCERI, *Collaborare, non competere. Co-programmazione, co-progettazione, convenzioni nel codice del Terzo settore*, Firenze, Cesvot Edizioni, 2020.

56 D.lgs. 36/2023.

57 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., rileva l'"antinomia tra regola del precedente e cultura giuridica innovativa, tra regole dello stare decisis e disegno normativo riformatore".

3. Co-progettazione e co-programmazione: sussidiarietà a doppia velocità?.

Esattamente come nell'osservazione di un quadro, spesso il giudizio cambia cambiando prospettiva, anche nella presente analisi il giudizio muta non appena si passa dalla gratuità ad esaminare il secondo profilo di rilievo delle sentenze: la co-progettazione. Sul punto, il Consiglio di Stato accoglie la censura sollevata dal ricorrente avallando, così, una lettura massimalista del significato di "co-progettare". Ed è proprio in questa interpretazione che l'amministrazione condivisa sembrerebbe ricevere una spinta maggiore rispetto al più cauto approccio descritto *supra*.

Approfondendo la questione, il giudice amministrativo ravvisa l'assenza di una vera e propria co-progettazione tra l'ente affidante – il Comune di Latina – e quello affidatario – la Società Cooperativa Ninfea. Nel caso di specie, questa sarebbe stata obliterata dal contenuto di un documento allegato nell'avviso pubblico del 14 novembre 2021 che, a dispetto della sua etichetta "documento di massima", prefigurava "*nei dettagli i profili dei vari servizi che*", invece, sarebbero dovuti "*scaturire dalla progettazione con il soggetto selezionato all'esito della procedura di evidenza pubblica*".

Senonché, l'essenza di co-progettare è collaborare e, di questo, il Consiglio di Stato sembra esserne ben consapevole quando nella decisione n. 5217 riconosce che condividere unicamente la responsabilità nell'attuazione del progetto senza mettere in comune anche le idee e la costruzione dello stesso rappresenta un tipo di intervento che non può essere sussunto nella fattispecie della co-progettazione senza tradirne la *ratio* più autentica.

La deroga all'evidenza pubblica e alla concorrenza, del resto, è legittimamente ammessa, come già ribadito in precedenza, solo nei limiti in cui si realizzino forme di partenariato pubblico-privato che siano espressione della sussidiarietà orizzontale.

Il Consiglio di Stato è fedele a tale regola e censura il ricorso ad un modello di co-progettazione quale quello del Comune di Latina che co-progettazione non è, ove la stessa sia intesa nella sua accezione più forte.

A parità di convenienza⁽⁵⁸⁾, se non si condivide si deve competere: è questo il principio che traspare dall'attuale assetto ordinamentale e che anche il giudice amministrativo fa proprio.

Tale scelta interpretativa, apprezzabile nell'esito e nelle argomentazioni, giunge al termine della sentenza, in maniera non del tutto attesa. Invero, le strade che il Consiglio di Stato avrebbe potuto intraprendere nel ricostruire il significato di co-progettazione sono molteplici e, ciononostante, tutte compatibili con lo stesso significante.

Ciò in quanto, sul piano del dato normativo, l'art. 55 è alquanto scarno nel tracciare la definizione di co-progettazione il cui contenuto viene, così, delegato all'interprete che, di volta in volta, vi si avvicina.

Né è possibile ricavare maggiori istruzioni dalle Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore⁽⁵⁹⁾. Queste, infatti, forniscono a colui che le consulta un riferimento compatibile con diverse forme di co-progettazione la cui attuazione resta, di conseguenza, demandata alle scelte discrezionali dell'amministrazione che decide di ricorrervi.

Così, se da un lato l'art. 55 contiene solo due indicazioni di cui tener conto nella sua applicazione – ossia l'attivazione della co-progettazione quale esito naturale della co-programmazione e per specifici progetti di servizio – dall'altro lato, anche la Rela-

⁵⁸ L'analisi della disciplina della gratuità presuppone, a monte, una valutazione in ordine alle modalità organizzative e di finanziamento del servizio, nonché alla maggiore convenienza del ricorso alla convenzione rispetto al mercato. La considerazione della disciplina del rimborso può risultare dirimente, ma va comunque contestualizzata nell'ambito di una valutazione analitica dei caratteri specifici del servizio in esame. In questi termini, S. FRANCA, *Le convenzioni con il Terzo settore*, cit..

⁵⁹ Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 72, 31 marzo 2021.

zione governativa si limita a ricordare solo la centralità del ruolo dell'amministrazione precedente e che *“una volta individuato l'ente o gli enti partner, lo sviluppo dell'attività vera e propria di co-progettazione non potrà riguardare aspetti caratterizzanti del progetto ma esclusivamente modalità attuative”*. E ciò, con il precipuo scopo (dichiarato nelle linee guida⁽⁶⁰⁾) di preservare, o comunque non limitare, le prerogative organizzative e regolamentari di ogni singolo ente.

È, quindi, in questo spazio lasciato alla scelta discrezionale dell'ente circa le modalità attuative del servizio di interesse generale da realizzare che la co-progettazione può risolversi in una mera collaborazione o in una stretta condivisione dei compiti. E, a fronte di una pubblica amministrazione più incline alla prima e meno propensa alla seconda, si apprezza ancora di più lo sforzo ermeneutico compiuto in seconda battuta dal Consiglio di Stato⁽⁶¹⁾ che ai fini dell'art. 55 co. 3 CTS censura la scelta di co-progettazione effettuata dal Comune di Latina, ricavando dalla *ratio* dell'istituto in esame e dal quadro ordinamentale in cui si colloca, limiti procedurali e di legittimità che non emergono altrettanto chiaramente dal dato legislativo.

Così, la predeterminazione unilaterale dei profili dei servizi effettuata dal Comune di Latina – che potrebbe in linea del tutto teorica essere ancora sussunta nell'art. 55 co. 3 CTS – diventa, tra le righe della sentenza in esame, una modalità che fuoriesce dal perimetro della co-progettazione per tornare ad abitare quello dell'ordinaria procedura di affidamento di un appalto.

A fronte di un'accezione forte di co-progettazione quale quella propugnata nella sentenza n. 5217, un lettore potrebbe attendersi, senza sorprendersi, una lettura altrettanto forte della nozione di co-programmazione che, a detta dei tecnici, rappresenta il primo momento attuativo del modello di amministrazione condivisa dell'art. 55 CTS e che, nel presente commento, costituisce il terzo ed ultimo profilo di analisi delle pronunce⁽⁶²⁾.

La funzione della co-programmazione è quella di *individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi a tal fine necessari, le modalità di realizzazione degli stessi e le risorse disponibili*, e ciò deve avvenire attraverso forme procedurali⁽⁶³⁾ che, pur lontane dalla scansione rigorosa delle procedure ad evidenza pubblica del codice degli appalti, ne condividono alcuni principi, più o meno costituzionalizzati: trasparenza, imparzialità, efficacia, efficienza⁽⁶⁴⁾.

Ebbene, contrariamente ad ogni auspicabile attesa, la co-programmazione sembrerebbe acquistare, nel ragionamento del giudice amministrativo, un significato più debole di quello riservato alla co-progettazione.

In disparte il caso concreto dove, a rigore, c'era stata da parte del Comune di Lati-

60 P. 11 delle Linee guida.

61 Sulla doglianza relativa all'assenza di co-programmazione, il Consiglio di Stato capovolge il giudizio del Tar Lazio, Latina, n. 381, 2022, che aveva considerato legittima la modalità di co-progettazione realizzata dal Comune di Latina. Più nel dettaglio *“nel caso all'esame, il Comune di Latina, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto di attivare un tavolo di co-progettazione con i soli enti del terzo settore utilmente collocati nella graduatoria finale della procedura selettiva attivata sulla base dell'avviso pubblico del 12 novembre 2021, con ciò adottando una legittima scelta discrezionale che si colloca nell'alveo di quanto consentito dalla legge”*.

62 Sul tema, L. FAZZI, *Coprogettare e coprogrammare: i vecchi dilemmi di una nuova stagione del welfare locale*, in *Rivista Impresa sociale*, 2021, n. 3; L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, n. 1; S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI, *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

63 Il procedimento di co-progettazione deve svolgersi in base ai principi della legge 7 agosto 1990, n. 241 e delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di da quelle relative alla programmazione sociale di zona.

64 V. VARONE, *È tempo di co-programmazione e co-progettazione*, in *Modulo 24 Terzo Settore*, 2021, n. 6, 12.

na un'istruttoria partecipata e condivisa con varie reti associative⁽⁶⁵⁾ in conformità del piano sociale di zona⁽⁶⁶⁾, il Consiglio di Stato si limita a ravvisare il cuore della co-programmazione nel generico *coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore*, parafrasando la formula legislativa senza imprimervi quell'impronta "solidalmente orientata" di cui, invece, connota la co-progettazione.

Ai fini della co-programmazione l'art. 55 CTS richiama unicamente i principi di cui alla legge n. 241 del 1990⁽⁶⁷⁾ e rinvia alle norme «che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare quelle relative alla programmazione sociale di zona» (seguite nel caso di specie dal Comune di Latina)⁽⁶⁸⁾. E, sul punto, il giudice amministrativo non spende ulteriori parole.

Non si sofferma sul rapporto con la co-progettazione, che pure rappresenta l'esito naturale della prima, né sull'opportunità di coinvolgere già in sede di co-programmazione anche gli stessi enti del terzo settore che, nella successiva fase di co-progettazione, parteciperanno alla relativa procedura comparativa ad evidenza pubblica⁽⁶⁹⁾.

Quello che, insomma, pare trasparire dalla sentenza in commento è un giudizio a doppia velocità su due fasi – la co-programmazione e la co-progettazione – che, invece, non possono che correre allo stesso ritmo in ragione del forte legame che le unisce.

In questa parte della sentenza, sarebbe stata auspicabile una maggiore ampiezza argomentativa da parte del giudice amministrativo volta a ribadire, anche in ottica futura, l'importanza di una inclusiva partecipazione del tessuto sociale nell'amministrazione fin dal primo contatto tra i due.

All'indomani delle prime effettive applicazioni del codice del terzo settore e delle sue Linee Guida il ruolo dell'interprete diventa quantomai strategico ora per orientare, ora per consolidare il nuovo volto del partenariato solidale, anche quando tale compito richieda approfondirsi in affermazioni di principio, non più così innovative.

Repetita iuvant, e se è ancora valida la tradizionale affermazione "chi ben comincia è a metà dell'opera", è proprio in tale prima fase di applicazione e sperimentazione del codice del terzo settore che occorre preparare il terreno su cui gettare le solide fondamenta dell'amministrazione condivisa in *fieri*.

4. Conclusioni.

A distanza di pochi mesi dalle pronunce appena esaminate ed ormai trascorso più di qualche giorno dall'entrata in vigore ed efficacia del nuovo codice dei contratti pubblici, la cornice è nuovamente mutata e l'interprete non potrà fare a meno di chiedersi se anche il quadro in essa contenuto sia davvero mutato insieme a questa.

E la risposta da parte di qualsiasi osservatore entusiasta, questa volta, non potrà che essere affermativa.

Il cambiamento soffia già dall'*incipit* dell'ultimissimo d.lgs. 36/2023 che accoglie il

65 Specificamente, i Forum Terzo Settore, Coordinamento Vialibera, CSV e FISH Lazio. Si precisa che le reti associative rientrano, ai sensi degli artt. 4, comma 1 e 41, comma 1 CTS, tra gli enti del terzo settore.

66 Art. 48 legge regionale, 10 agosto 2016, n. 11, Sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali della Regione Lazio.

67 A. CROSETTI, F. FRACCHIA, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, Giuffrè, 2002; M. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2000.

68 Para 10.2 sentenza n. 5217/23.

69 E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice del Terzo settore*, in Non Profit paper, 2017, n.1; F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. FICI (a cura di) *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

lettore con il campionario di principi⁽⁷⁰⁾ che, più di ogni altro istituto innovativo, connotano la nuova disciplina e forniscono la lente con cui studiare la restante normativa.

E, tra tutti i principi enunciati, è sufficiente leggere la rubrica dell'art. 6 “Art. 6. Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore” per comprendere che, nella costante dialettica che caratterizza lo *ius positum* e lo *ius in fieri*, la solidarietà e la sussidiarietà sono ormai trapassate dal primo al secondo⁽⁷¹⁾, diventando portatrici di regole di azione e di relazione, non solo di interpretazione⁽⁷²⁾.

Le premesse fanno ben presagire anche oltre la suddetta dichiarazione assiologica: il novellato art. 6 scende, infatti, fino al piano regolatorio per definire, una volta per tutte, il rapporto tra il codice dei contratti pubblici e quello del Terzo Settore, tracciano il confine in base al criterio della competenza, non già della gerarchia⁽⁷³⁾.

In astratto e sulla carta, tale cornice parrebbe ben delineata, sebbene ancora incompleta. Se è vero che tra diritto e fatto non sussiste separazione⁽⁷⁴⁾, sarà ora compito dell'interprete – operatore tecnico o giudiziario che sia – completare il quadro arricchendolo delle peculiarità dei casi concreti. La sfida che si prospetta sembra, insomma, giocare sulla ricerca del giusto equilibrio nel bilanciamento tra regole e principi⁽⁷⁵⁾, senza che tale attività possa essere considerata meramente dichiarativa o addirittura (inammissibilmente) creativa⁽⁷⁶⁾.

Far vivere i principi dell'ordinamento nella nuova disciplina, del resto, è il primo passo per far vivere la nuova disciplina nell'ordinamento⁽⁷⁷⁾. Ogni nuovo diritto è sempre materia incandescente nelle mani degli operatori. E come il fabbro plasma il ferro finché è caldo, anche la recente normativa prenderà le forme che la prassi, amministrativa e giudiziaria, le vorranno – *rectius*, sapranno – dare nelle sue prime applicazioni.

70 Per un primo commento si vedano: Consiglio di Stato, *Schema definitivo di 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” - Relazione agli articoli ed agli allegati*, in [Giustamministrativa.it](#), 7 dicembre 2022; M. A. SANDULLI, *Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [Giustiziainsieme.it](#), dicembre 2022; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in [Giustiziamministrativa.it](#), 1 giugno 2023; M. L. L. MORRA, R. MURINO, *Appalti: nuove regole del gioco, con la carta imprevisti non si passa dal via*, in *Federalismi*, 2023, n. 12, 79 ss.; G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in [Giustiziamministrativa.it](#), 26 aprile 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in [apertacontrada.it](#), 16 gennaio 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti*, in [Giustiziainsieme.it](#), 8 giugno 2023.

71 P. PERLINGIERI, *Ius positum o ius in fieri: una falsa alternativa*, in *Rass. Dir. civ.*, 2019, 1039 ss.

72 Sul punto, L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1992, 131 ss. Più precisamente, sulla forza precettiva dei principi, si richiama la *Relazione agli articoli*, cit., 12 ss. in cui si legge che la ratio “è stata quella non tanto di richiamare i principi “generalissimi” dell'azione amministrativa (già desumibili dalla Costituzione e dalla legge n. 241/1990), ma di fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi “precettivi”, dotati di immediata valenza operativa, che vanno in parte a soppiantare la struttura normativa rigida, detagliata, a volte contraddittoria, attraverso la quale detti principi hanno finora trovato spazio angusto, nel tessuto normativo”.

73 Come evidenziato nella *Relazione agli articoli*, cit., 18 ss. “l'articolo 6 recepisce la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale”.

74 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 233 ss.

75 In tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 225 ss.; P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1975; per un'interpretazione senza bilanciamento L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi editore, 2018.

76 *Ibidem*, 233 ss.

77 Sul punto, nella *Relazione agli articoli*, cit., 11 ss. si afferma che “i principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una “memoria del tutto” che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme”.

Pubblicato il 11/10/2023

N. 00016/2023 REG. PROV. COLL.
N. 00002/2023 REG. RIC.A.P.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sull'appello n. 2 del 2023 del ruolo dell'Adunanza Plenaria (n. 1603 del 2018 del ruolo della Sesta Sezione), proposto dalla signora [REDACTED], rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Saverio Cosenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Meta, via Meta, n. 11;

contro

il Comune di Massa Lubrense, in persona del Sindaco in carica, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Napoli (Sezione Settima), n. 4033 del 2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'ordinanza n. 3974 del 19 aprile 2023, con cui la Sesta Sezione ha rimesso l'esame della causa all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2023 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e udito per le parti l'avvocato Francesco Saverio Cosenza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Lodierno contenzioso veniva azionato dalla [REDACTED], che adiva il TAR per la Campania, al fine di ottenere l'annullamento dell'atto di accertamento di inottemperanza edilizia con annesse sanzioni pecuniarie, pratica n. 532/2013 — 199/2013, emesso dal Comune di Massa Lubrense in data 18 novembre 2015.

L'appellante, infatti, con rogito del 30 dicembre 2011 acquisiva dal [REDACTED], per donazione la nuda proprietà del fondo [REDACTED], mentre l'usufrutto sul detto bene restava riservato a quest'ultimo.

A seguito di un sopralluogo effettuato in data 5 settembre 2013 nella predetta proprietà, il Servizio Urbanistica del Comune di Massa Lubrense redigeva un accertamento tecnico, in cui rilevava che per il riferito immobile risultava trasmessa una s.c.i.a. per lavori di manutenzione ai muri di contenimento in pietrame calcareo, agli atti d'ufficio, pratica edilizia prot. 86 del 3 gennaio 2013 - pratica 3/2013 e relativa integrazione prot. 10061 del 9 maggio 2013. Si registrava che i suddetti lavori, finalizzati al ripristino ed

al completamento in sommità di un tratto di muro di sostegno in pietrame calcareo, interposto tra preesistenti tratti di muratura prospiciente la pubblica strada Via Parate, erano ancora in corso al momento del sopralluogo.

In quell'occasione veniva acclarato che la [redacted] era la nuda proprietaria ed il signor [redacted] l'usufruttuario e si dava atto che all'interno del fondo agricolo erano state accertate opere risalenti ad un'epoca passata, nessuna delle quali risultava assentita da titoli edilizi. In ragione di ciò veniva adottata l'ordinanza di demolizione n. 66 del 3 aprile 2014 sia nei confronti del [redacted], in qualità di usufruttuario, che nei confronti della [redacted], in qualità di nuda proprietaria.

2. Lodierna appellante, deducendo di non avere alcuna responsabilità nella realizzazione degli abusi commessi dal padre prima della donazione, impugnava l'ordinanza di demolizione col ricorso n. 3499 del 2014, proposto innanzi al TAR per la Campania, Sede di Napoli, che con la sentenza n. 3870 del 20 luglio 2017 lo respingeva.

Ella proponeva appello avverso la sentenza del TAR innanzi al Consiglio di Stato, il quale, con la pronuncia n. 2769 del 17 marzo 2023 della Sesta Sezione, respingeva il gravame, rilevando – tra l'altro - che l'ordinanza di demolizione poteva essere emanata nei confronti del nudo proprietario dell'immobile abusivo.

3. Durante la pendenza del giudizio avente per oggetto l'ordinanza di demolizione n. 66 del 2014, il Comune di Massa Lubrense in data 18 novembre 2015 accertava l'inottemperanza alla medesima ordinanza, rilevava che l'Amministrazione aveva acquisito il bene al suo patrimonio indisponibile e irrogava – nei confronti di entrambi i titolari dei diritti reali - la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-*bis*, del testo unico sull'edilizia, approvato con il d.P.R. n. 380 del 2001, per la realizzazione di interventi edilizi in assenza di titolo edilizio, in aree soggette a vincolo paesaggistico, ai sensi del d.lgs. n. 42/2004, quantificandola in euro 20.000, in ragione della oggettiva gravità ed entità degli interventi abusivamente realizzati.

4. Con il ricorso n. 610 del 2016, il padre dell'appellante impugnava autonomamente innanzi al TAR per la Campania, Sede di Napoli, il provvedimento di data 18 novembre 2015.

Il TAR respingeva il ricorso con la sentenza n. 4032 del 3 agosto 2017, contro la quale l'interessato interponeva l'appello n. 1985 del 2018, respinto dalla Settima Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 10087 del 16 novembre 2022.

5. A sua volta con il ricorso n. 612 del 2016 proposto dinanzi al TAR per la Campania la [redacted] impugnava lo stesso provvedimento, lamentando l'illegittimità dell'accertamento di inottemperanza edilizia con annesse sanzioni pecuniarie, sulla base di tre distinti motivi: a) la violazione del principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, per avere il Comune irrogato la sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 380 del 2001, in relazione ad un abuso commesso prima dell'entrata in vigore della disposizione di legge che ha introdotto tale sanzione pecuniaria. L'ordinanza di demolizione, infatti, era stata notificata in data 4 aprile 2014 e l'inottemperanza si era verificata allo scadere dei novanta giorni da tale notifica, mentre il comma 4-*bis* dell'art. 31 era stato introdotto solo successivamente con il D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modifiche dalla legge 11 novembre 2014, n. 164; b) la violazione dell'art 31, comma 4, del d.P.R. n. 380 del 2001, per avere il Comune irrogato la sanzione dell'acquisizione al patrimonio comunale nei confronti di un soggetto non autore e non responsabile dell'abuso. L'appellante sosteneva, infatti, di essere la nuda proprietaria del fondo ove gli abusi erano stati realizzati e di non avere in alcun modo contribuito alla loro realizzazione, circostanza peraltro non contestata dal Comune. Ebbene, a differenza della sanzione demolitoria, che ha natura

reale e può essere disposta anche nei confronti del proprietario non responsabile, l'acquisizione dell'opera al patrimonio comunale – sosteneva sempre parte appellante - potrebbe essere irrogata esclusivamente nei confronti del responsabile dell'abuso; c) l'illegittimità derivata del provvedimento impugnato, in ragione dei vizi inficianti il provvedimento presupposto ovvero l'ordinanza di demolizione.

6. Il TAR respingeva il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni: a) l'irrogazione della sanzione non poteva dirsi adottata in violazione del principio di irretroattività, perché l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione va considerata alla stregua di un illecito permanente, che non esaurisce i propri effetti alla scadenza del termine di novanta giorni dalla notifica dell'ordinanza di demolizione. In altri termini, la parte ricorrente avrebbe ben potuto ottemperare anche successivamente alla scadenza di tale termine, mentre era rimasta inerte anche successivamente alla scadenza del termine e all'entrata in vigore del comma 4-bis. Sicché, legittimamente l'Amministrazione aveva inflitto alla ricorrente anche la sanzione pecuniaria: non poteva, infatti, sostenersi che fosse stata punita una condotta compiuta prima che entrasse in vigore la norma sanzionatoria, posto che la condotta da sanzionare aveva continuato a perpetuarsi anche dopo la sua entrata in vigore; b) la sanzione demolitoria ha natura oggettiva: essa colpisce il bene abusivo, indipendentemente da chi abbia commesso l'abuso, e dunque il proprietario (anche il nudo proprietario) ne subisce gli effetti indipendentemente dal suo ruolo di responsabile; c) risultando legittima l'ordinanza di demolizione, non sussiste il vizio di illegittimità derivata.

7. Con l'appello n. 1603 del 2018 del ruolo della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, l'appellante impugna la sentenza del TAR n. 4033 del 2017, lamentandone l'errore per le seguenti ragioni:

- a) l'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, ex art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, sarebbe normativamente configurato alla stregua di un atto ad efficacia meramente dichiarativa, che si limiterebbe a formalizzare l'effetto istantaneo dell'acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale, già verificatasi alla scadenza del termine assegnato con l'ingiunzione stessa. Pertanto, la scadenza del termine per ottemperare determinerebbe in modo istantaneo il trasferimento al patrimonio comunale indisponibile del manufatto che sarà demolito o conservato in caso di accertati e prevalenti interessi pubblici al suo mantenimento, e la conseguente perdita della disponibilità dell'area interessata da parte del privato. La privazione della disponibilità dell'area allo scadere del termine di 90 giorni farebbe sorgere anche il divieto per il destinatario inadempiente di manomettere o demolire il manufatto abusivo, stante, altresì, la possibilità, in astratto, che il Comune, sussistendo un interesse pubblico, si determini, non per la demolizione, ma per l'acquisizione definitiva ai sensi del comma 5 dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001. Pertanto, l'inottemperanza all'ingiunzione ex art. 31 non avrebbe natura di illecito permanente, sicché l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4 bis nei confronti dell'appellante violerebbe il divieto di irretroattività dell'applicazione di una sanzione ad una fattispecie omissiva istantanea maturata prima della sua introduzione legislativa, in violazione di quanto statuito dall'art. 25 Costituzione, dall'art. 1 della legge n. 689/1981 e dall'art. 11 delle disp. prel. del c.c. Ai fini della legittima irrogazione delle sanzioni pecuniarie *de quibus*, occorrerebbe, dunque, che l'inadempimento all'ordine di demolizione si fosse verificato dopo l'entrata in vigore del comma 4 bis dell'art. 31 del d.P.R. 380 del 2001, diversamente da quanto accaduto nella fattispecie;

- b) la tesi sostenuta dal primo giudice, secondo la quale la sanzione demolitoria, ex art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, è una sanzione repressiva di natura reale, volta a ripristinare l'ordine urbanistico violato dall'abuso edilizio, che può essere indirizzata nei confronti del proprietario indipendentemente dalla sua responsabilità, dovrebbe trovare adeguato contemperamento, in alcuni casi limite, con altri imprescindibili principi di garanzia della proprietà privata, ogni qual volta l'ordine di demolizione è adottato a carico di un soggetto che non è nelle condizioni giuridiche di adempierlo. Nella fattispecie il nudo proprietario, in quanto tale, non avrebbe alcuna disponibilità, né facoltà d'uso sul bene gravato da usufrutto, né alcuna potestà negoziale o processuale per costringere l'usufruttuario ad eseguire un ordine pubblico di ripristino. In assenza di un'espressa previsione di legge, porre un obbligo o un onere di attivazione in capo al proprietario, sprovvisto per legge o per contratto o per *factum principis*, della disponibilità della *res*, per conseguire la demolizione dell'abuso edilizio, si tradurrebbe in una chiara lesione delle garanzie previste dall'art. 23 della Costituzione, che detta una riserva di legge per ogni genere di obbligo o prestazione imposta anche in via indiretta. Inoltre, il mancato accertamento della responsabilità dell'appellante nella commissione degli abusi impedirebbe di irrogare la sanzione dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale. Una sanzione prevista per l'ipotesi di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione dovrebbe riferirsi esclusivamente al responsabile dell'abuso, non potendo operare nella sfera giuridica di altri soggetti e, in particolare, nei confronti del proprietario dell'area. Ciò sarebbe conforme ai principi formulati con la sentenza n. 345 del 15 luglio 1991 dalla Corte Costituzionale, nonché ai principi della CEDU, così come ritenuti applicabili dalla Corte di Strasburgo in materia di sanzioni di confisca e di acquisizione nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, decisione 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. Pertanto, l'atto di accertamento di inottemperanza all'ingiunzione di ripristino, con acquisizione della *res* al patrimonio comunale, andrebbe notificato al proprietario, solo quando sia rilevabile una sua connivenza rispetto al commesso abuso edilizio;
- c) a fronte dell'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, il primo giudice avrebbe dovuto concludere per l'illegittimità derivata del provvedimento impugnato nel presente giudizio.

8. Con memoria depositata in data 30 dicembre 2022, l'appellante insisteva nelle proprie conclusioni.

9. L'Amministrazione appellata non si è costituita nel corso del secondo grado del giudizio.

10. Con l'ordinanza n. 3974/2023, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, avendo ravvisato la presenza di contrasti giurisprudenziali circa la natura dell'illecito edilizio sanzionato che è destinato a riflettersi anche sulla questione dell'applicazione temporale del citato comma 4-bis dell'art. 31, rimetteva il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria.

10.1. La Sezione remittente ricostruisce il quadro normativo e giurisprudenziale nei seguenti termini.

Il decreto legge 12 settembre 2014 n. 133, convertito con modifiche dalla legge 11 novembre 2014 n. 164, ha modificato l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, inserendovi i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater, che così recitano:

“4-bis. L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti. La sanzione, in caso di

abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

4-ter. I proventi delle sanzioni di cui al comma 4-bis spettano al comune e sono destinati esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico.

4-quater. Ferme restando le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano, le regioni a statuto ordinario possono aumentare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4-bis e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione”.

Dopo l'entrata in vigore della legge 11 novembre 2014, n. 164, un primo orientamento (Consiglio di Stato, Sez. II, 14 febbraio 2023, n. 1537; Sez. VI, 16 aprile 2019, n. 2484; Sez. VI, 9 agosto 2022, n. 7023) ha sostenuto che l'illecito in esame sanzioni il mancato ripristino dell'abuso edilizio e quindi sia applicabile anche agli abusi posti in essere prima dell'entrata in vigore della normativa e tali rimasti anche successivamente, in quanto gli abusi edilizi sono considerati illeciti permanenti.

Un secondo orientamento, invece, ha offerto una diversa interpretazione dell'art. 31 comma 4-bis, ritenendo che esso sanzioni segnatamente l'inottemperanza all'ordine di demolizione, ossia punisca una condotta omissiva specifica, consistente nel non provvedere alla rimessione in pristino dopo aver ricevuto il relativo ordine (Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5242; Sez. VI, 25 luglio 2022, n. 6519).

Quanto, invece, alla questione dell'applicabilità della sanzione pecuniaria in esame alle situazioni createsi per effetto di ordinanze di demolizione che hanno fissato per l'ottemperanza il termine di 90 giorni già scaduto prima della entrata in vigore della legge n. 164 del 2014, si è formato un orientamento giurisprudenziale quasi unanime che ha ritenuto che la sanzione in esame sia applicabile anche a tali situazioni, purché l'inottemperanza all'ordine di demolizione si sia protratta anche dopo la sua entrata in vigore: si è osservato che l'inottemperanza all'ordine di demolizione costituisce un illecito avente natura permanente, che si protrae fino alla cessazione della situazione di illiceità, in quanto lo scadere del termine di 90 giorni dalla notifica dell'ordine di demolizione non determina il venir meno dell'obbligo di rimuovere le opere abusive (Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5242; Sez. VII, 28 dicembre 2022, n. 11397; Sez. VI, 25 luglio 2022, n. 6519; cfr. Cass. Civ., Sez. II, 19 luglio 2022, n. 22646).

A sostegno di quest'impostazione viene, talvolta, utilizzato un argomento letterale tratto dall'art. 31, comma 4-quater, del d.P.R. n. 380 del 2001, il quale prevede il potere delle Regioni a statuto ordinario di “*aumentare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4-bis e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione*”, previsione questa che sarebbe compatibile solo con la configurazione dell'illecito come illecito permanente e che confermerebbe come l'obbligo di ripristino permanga, a carico del privato, anche allo scadere del termine indicato nell'ordine di demolizione.

Un orientamento giurisprudenziale minoritario (Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. n. 178 del 2018), invece, in ragione della natura istantanea dell'illecito sostiene che il principio di irretroattività non consenta di imporre il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria laddove la disposizione legislativa (l'art. 31, comma 4-bis, cit.) che ha introdotto la previsione punitiva sia entrata in vigore in epoca successiva rispetto al momento in cui si è maturata la trasgressione.

10.2. La Sezione remittente ritiene che l'illecito sanzionato dall'art. 31, comma 4-*bis*, sia autonomo e distinto rispetto all'abuso edilizio di base, constando di una condotta omissiva specifica, consistente nel non provvedere al ripristino dello stato dei luoghi nei termini indicati nella ordinanza di demolizione.

La differenza tra i due illeciti andrebbe, infatti, ravvisata nella loro natura giuridica. Mentre l'abuso edilizio dovrebbe essere qualificato in termini di illecito permanente, la mancata ottemperanza all'ordinanza di demolizione raffigurerebbe un illecito istantaneo con effetti permanenti, trattandosi di una condotta omissiva che è legata alla scadenza di un termine, il quale deve considerarsi perentorio in considerazione degli effetti, di natura sostanziale, assai gravi che scaturiscono dalla violazione di esso e che, secondo l'orientamento di gran lunga prevalente, sono stabiliti al comma 3, ovvero l'automatica acquisizione del bene e dell'area di sedime al patrimonio del Comune. A conferma di questa convinzione la Sezione richiama la giurisprudenza penale relativa ai reati omissivi legati alla scadenza di un termine (Cassazione penale, Sez. III, 28 febbraio 2019, n. 25541; Sez. V, 14 febbraio 2020, n. 12929; Sez. III, 14 dicembre 2010, n. 615; Sez. III, 12 giugno 2019, n. 36387) e, in particolare, quella riguardante il reato di cui all'art. 650 c.p., qualora l'esecuzione dell'ordine sia legata alla scadenza di un termine perentorio (Cassazione penale, sez. IV, 28 aprile 2022, n. 30805).

Inoltre, secondo la Sezione remittente la natura perentoria del termine di 90 giorni si evince dalla circostanza che:

a) il suo decorso comporta l'automatico trasferimento della proprietà del bene abusivo e dell'area di sedime al patrimonio comunale;

b) il provvedimento che dispone l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale in via automatica - *ex lege* senza necessità di un formale atto scritto di trasferimento - ha natura meramente dichiarativa;

c) è irrilevante l'eventuale adempimento tardivo al fine di evitare il trasferimento della proprietà a favore del Comune;

d) è illecita la demolizione posta in essere dal privato successivamente a tale passaggio di proprietà, in quanto il Comune potrebbe decidere di non demolire l'opera, esercitando le prerogative attribuitegli dal comma 5 dell'art. 31 del d.P.R. 380 del 2001, in base al quale l'opera acquisita è demolita salvo che con deliberazione consiliare non si dichiara l'esistenza di prevalenti interessi pubblici;

e) l'art. 36, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 consente di presentare istanza di sanatoria di conformità "*fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative*".

La Sezione, infine, ha osservato che, pur se la legge dispone l'acquisizione di diritto del manufatto e dell'area di sedime, diversamente dovrebbe concludersi per l'area ulteriore "*necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive*", la cui estensione "*non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita*".

Per "*l'area ulteriore*" l'atto di accertamento avrebbe efficacia costitutiva traslativa della proprietà, atteso che l'individuazione di tale area implica l'esercizio di un potere di valutazione, sia tecnica che discrezionale in senso proprio, dell'Amministrazione.

Pertanto, si potrebbe inquadrare l'acquisizione gratuita nei termini di una fattispecie a formazione progressiva, ovvero di una sequenza di fatti e di atti, non tutti ad effetti dichiarativi, attraverso i quali dall'inottemperanza si giunge per distinte fasi procedurali all'acquisizione al patrimonio comunale e un bene in origine privato diventa (può diventare) di proprietà pubblica.

Ad avviso della Sezione remittente, quindi, se il privato non può più demolire l'opera abusiva decorso il termine di 90 giorni, questi manterrebbe interesse a collabo-

rare con l'Amministrazione, poiché l'adempimento tardivo all'ordine di demolizione varrebbe ad evitargli conseguenze più gravi, quali la perdita anche dell'area ulteriore rispetto a quella di sedime.

Militerebbero, infine, a sostegno della tesi dell'illecito istantaneo ad effetti permanenti due ulteriori argomenti:

a) la non ostatività dell'argomento letterale di cui al comma 4 *quater*, in quanto ai fini della definizione del presente giudizio è solo la disposizione statale ad applicarsi, che non prevede la possibilità di reiterazione della sanzione pecuniaria, non risultando che la Regione Campania abbia disciplinato l'esercizio del relativo potere;

b) la natura afflittiva e non ripristinatoria della sanzione, con conseguente applicazione del regime previsto per le sanzioni pecuniarie dalla legge n. 689/1981.

10.3. Tanto premesso la Sezione formula all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

I) se, e in che limiti, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione adottata ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, abbia effetti traslativi automatici che si verificano alla scadenza del termine di novanta giorni assegnato al privato per la demolizione;

II) se l'art. 31, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 380 del 2001 sanzioni l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva, *id est*, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione;

III) se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti;

IV) se la sanzione di cui all'art. 31, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa essere irrogata nei confronti di soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione prima dell'entrata in vigore della L. n. 164 dell'11 novembre 2014, quando il termine di novanta giorni, di cui all'art. 31, comma 3, risulti a tale data già scaduto e detti soggetti più non possano demolire un bene non più loro, sempre sul presupposto che a tale data la perdita della proprietà in favore del Comune costituisca un effetto del tutto automatico.

10.4. Con memoria depositata in data 6 giugno 2023, l'appellante ha argomentato in ordinew fondatezza dei motivi di gravame.

10.5. All'udienza del 12 luglio 2023, il Presidente del Collegio ha segnalato al difensore dell'appellante che per l'esame di alcuni motivi d'appello rilevano le statuizioni della sentenza n. 2769 del 2017 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, che ha respinto l'appello proposto dall'odierna appellante avverso la sentenza del TAR per la Campania n. 3870 del 20 luglio 2017.

Il difensore dell'appellante ha preso atto della segnalazione e la causa è stata trattata per la decisione.

11. Preliminarmente, deve evidenziarsi che il presente contenzioso è stato rimesso dalla Sezione a questa Adunanza Plenaria nella sua totalità e che sussistono i presupposti per decidere su tutti i motivi di ricorso, sicché il Collegio ritiene che ai sensi del comma 4 dell'art. 99 del c.p.a. vada risolta l'intera controversia.

12. Prima di scendere nel dettaglio della disamina dei singoli motivi di appello, è opportuno ricostruire il quadro di regole applicabili quando l'Amministrazione comunale esercita i propri poteri di vigilanza e repressione degli abusi edilizi disciplinati dagli articoli 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, come modificato dalla legge n. 164 del 2014.

13. Innanzitutto, va rimarcato come la commissione di un illecito edilizio comporta la sussistenza del reato previsto dall'art. 44, comma 1, lettere a) e b), del d.P.R. n. 380 del 2001 e la lesione dei valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione.

La realizzazione di opere edilizie, in assenza del relativo titolo e in contrasto con le previsioni urbanistiche, incide negativamente sul paesaggio, sull'ambiente, sull'ordinato assetto del territorio e sulla regola per la quale il godimento della proprietà privata deve svolgersi nel rispetto dell'utilità sociale.

Sotto il profilo penale, il reato edilizio è caratterizzato da una condotta attiva che perdura nel tempo sino alla ultimazione nel manufatto: il termine di prescrizione del reato comincia a decorrere dalla data dell'ultimazione delle opere (Cass. penale, n. 24407 del 2022; n. 7889 del 2022; n. 7407 del 2021; n. 30147 del 2017; Sez. Unite n. 17178 del 2002), inclusi i lavori di rifinitura interni ed esterni, quali gli intonaci e gli infissi (Cass. penale, n. 7404 del 2021, n. 48002 del 2014; n. 32969 del 2005) e le parti che costituiscano pertinenze dell'abitazione (Cass. penale, n. 8172 del 2010).

Per le opere abusive disciplinate dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, ai sensi del suo comma 9 *“il giudice, con la sentenza di condanna..., ordina la demolizione... se ancora non sia stata altrimenti eseguita”*.

14. Sotto il profilo amministrativo, a seguito della commissione di un illecito edilizio, il Comune è titolare dei poteri previsti dagli articoli 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001.

15. L'articolo 27, al comma 2, dispone che *“il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale” “provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi”, “quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici”*.

Sulla base del comma 2, sin da quando cominciano i lavori abusivi e anche dopo la loro esecuzione, l'Autorità amministrativa può immediatamente disporre ed effettuare – senza la previa intimazione al proprietario - la materiale demolizione delle opere e il ripristino dello stato dei luoghi, anticipando le relative spese e ponendole a carico dei soggetti indicati dall'art. 29, comma 1.

Il comma 2 dell'art. 27 disciplina un peculiare e semplificato procedimento, volto alla immediata repressione dell'abuso, con il quale l'Amministrazione dispone la demolizione materiale senza alcun differimento, verosimilmente quando non vi sia bisogno di particolari accertamenti sull'abusività dei lavori e vi siano le relative risorse tecniche e finanziarie.

16. L'articolo 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, al comma 2, disciplina la diversa ipotesi in cui il Comune - anziché procedere esso stesso senz'altro alla demolizione o dopo avere attivato il procedimento previsto dall'art. 27 senza concluderlo - accerta *“l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32” e “ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3”*.

I successivi due commi dell'articolo 31 dispongono che:

“3. Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita.

4. L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui

al comma 3, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente”.

Ai sensi dell'articolo 31 (che contiene disposizioni in parte riprodotte dei commi dell'art. 7 della legge n. 47 del 1985), dunque, il Comune, qualora non abbia effettuato esso stesso la demolizione materiale delle opere abusive e la rimessione in pristino, deve ordinare al responsabile la loro demolizione.

Se il responsabile non ottempera all'ordine di demolizione entro il termine perentorio di 90 giorni, si verificano le conseguenze previste dai commi 2, 3 e 4 del testo originario dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 ed aventi per oggetto le opere abusive, nonché quelle previste dai commi 4-bis, 4-ter e 4-quater, introdotti nell'articolo 31 con la legge n. 164 del 2014, relative all'irrogazione delle sanzioni pecuniarie.

17. L'art. 31 struttura l'intervento repressivo del Comune in quattro distinte fasi.

18. Una prima fase è attivata dalla notizia dell'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32, sfocia in un accertamento istruttorio e si conclude, in caso di verifica positiva dell'esistenza dell'illecito, con un'ordinanza che ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto in caso di inottemperanza all'ordine. La mancata individuazione della detta area non comporta l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, potendo la sua individuazione avvenire con il successivo atto di accertamento dell'inottemperanza (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 maggio 2023, n. 4563).

Entro il termine perentorio di 90 giorni, il destinatario dell'ordine di demolizione può formulare l'istanza di accertamento di conformità prevista dall'art. 36, comma 1, del testo unico n. 380 del 2001.

L'art. 36, comma 1, infatti, consente la presentazione di tale istanza “*fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative*” e dunque prima della scadenza del termine indicato per demolire o ridurre in pristino ovvero - nel caso in cui ciò non sia possibile - prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli articoli 33 e 34 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Va, altresì, precisato che l'art. 36 è entrato in vigore prima dell'introduzione del comma 4 bis dell'art. 31 e ovviamente non poteva far riferimento anche a quest'ultimo. Pertanto, la disposizione non può che essere interpretata nel senso che l'accertamento di conformità può essere richiesto prima della scadenza del termine indicato per demolire o ridurre in pristino ovvero - nel caso in cui ciò non sia possibile - prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli artt. 33 e 34 d.P.R. n. 380 del 2001.

Non può invece ritenersi che l'istanza *ex art.* 36 comma 1, possa essere presentata fino all'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4 bis dell'art. 31, facendo leva sul riferimento generico contenuto nell'art. 36 alla locuzione “*fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative*”. Infatti, la situazione del proprietario, che lascia trascorrere inutilmente il termine per demolire, è quella del soggetto non più legittimato a presentare l'istanza di accertamento di conformità, avendo perduto ogni titolo di legittimazione rispetto al bene.

Entro il termine di 90 giorni, il destinatario dell'ordinanza di demolizione può anche chiedere una sua proroga, qualora dimostri la sua concreta volontà di disporre la demolizione e sussistano ragioni oggettive che rendano impossibile il completamento della *restitutio in integrum* entro tale termine.

19. Una seconda fase si attiva decorso il termine di 90 giorni dalla notifica del prov-

vedimento di demolizione agli interessati (o il diverso termine prorogato dall'Amministrazione su istanza di quest'ultimi) con un sopralluogo sull'immobile, che si conclude con l'accertamento positivo o negativo dell'esecuzione dell'ordinanza di ripristino.

19.1. Nel caso di accertamento positivo, l'autore dell'abuso mantiene la titolarità del suo diritto, non potendo l'Amministrazione emanare l'atto di acquisizione.

L'ordinamento, dunque, incentiva l'autore dell'illecito a rimuovere le sue conseguenze materiali, con la prospettiva del mantenimento del suo diritto reale nel caso di tempestiva esecuzione dell'ordinanza di demolizione.

19.2. Nel caso di accertamento negativo, l'Amministrazione rileva che vi è stata l'acquisizione *ex lege* al patrimonio comunale (salvi i casi previsti dal comma 6) del bene come descritto nell'ordinanza di demolizione (ovvero come descritto nello stesso atto di acquisizione con l'indicazione dell'ulteriore superficie nel limite del decuplo di quella abusivamente costruita).

19.3. Alla scadenza del termine di 90 giorni, l'Amministrazione è dunque *ipso iure* proprietaria del bene abusivo ed il responsabile non è più legittimato a proporre l'istanza di accertamento di conformità.

19.4. A seguito dell'entrata in vigore del comma 4-*bis* dell'art. 31, l'Amministrazione deve anche irrogare la sanzione amministrativa pecuniaria (anche con atto separato, qualora tale sanzione per una qualsiasi ragione non sia stata contestuale all'accertamento dell'inottemperanza).

19.5. Come ha evidenziato la Corte Costituzionale, l'ordine di demolizione e l'atto di acquisizione al patrimonio comunale costituiscono due distinte sanzioni, che rappresentano “*la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla*” (sentenza n. 140 del 2018, § 3.5.1.1.; sentenza n. 427 del 1995; sentenza n. 345 del 1991).

La sanzione disposta con l'ordinanza di demolizione ha natura riparatoria ed ha per oggetto le opere abusive, per cui l'individuazione del suo destinatario comporta l'accertamento di chi sia obbligato *propter rem* a demolire e prescinde da qualsiasi valutazione sulla imputabilità e sullo stato soggettivo (dolo, colpa) del titolare del bene.

Invece, l'acquisizione gratuita, quale conseguenza dell'inottemperanza all'ordine di demolizione e della relativa omissione, ha natura affittiva (così come la correlata sanzione pecuniaria).

19.6. In considerazione di tale natura affittiva, ritiene l'Adunanza Plenaria che vada affermato in materia anche il principio per il quale deve esservi l'imputabilità dell'illecito omissivo della mancata ottemperanza.

Pertanto, l'atto di acquisizione delle opere abusive al patrimonio comunale non può essere emesso quando risulti la non imputabilità - per una malattia completamente invalidante - della mancata ottemperanza da parte del destinatario dell'ordine di demolizione (salvi gli obblighi del suo eventuale rappresentante legale).

Per il principio della vicinanza alla fonte della prova, è specifico onere per il destinatario dell'ordine di demolizione - o, in ipotesi, del suo rappresentante legale - dedurre e comprovare la sussistenza di tale non imputabilità: l'Amministrazione, in assenza di comprovate deduzioni, deve emanare l'atto di acquisizione.

20. Una terza fase - già disciplinata dal testo originario dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 e poi disciplinata anche dalla legge n. 164 del 2014, che ha ivi aggiunto i commi 4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater* - si apre con la notifica dell'accertamento dell'inottemperanza all'interessato e concerne l'immissione nel possesso del bene e la trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari. Quest'ultimo adempimento, che deve essere compiuto con sollecitudine, rappresenta un atto indispensabile al fine di rendere pubblico nei rapporti con i terzi l'avvenuto trasferimento del diritto

di proprietà e consolidarne gli effetti, sicché ai sensi di quanto disposto dal comma 4 *bis* dell'art. 31 deve ritenersi che rappresenti un elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente, al pari della tardiva o mancata adozione della stessa sanzione che con l'atto di accertamento viene irrogata.

20.1. Con tale notifica, il bene si intende acquisito a titolo originario al patrimonio pubblico – con decorrenza dalla scadenza del termine fissato dall'art. 31, salva la proroga eventualmente disposta - e di conseguenza eventuali ipoteche, pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione (cfr. Cons. St., Sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2459).

20.2. L'accertamento della inottemperanza certifica il passaggio di proprietà del bene al patrimonio pubblico e costituisce il titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente.

20.3. Ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 già nel suo testo originario, l'acquisto *ipso iure* del bene abusivo da parte dell'Amministrazione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo ricadente *propter rem* sull'autore dell'abuso e sui suoi aventi causa.

Infatti, l'obbligo di demolire il proprio manufatto entro il termine fissato dall'Amministrazione dopo la scadenza di tale termine viene meno (non potendo più il responsabile demolire un bene che non è più suo) ed è sostituito *ex lege* dall'obbligo di rimborsare all'Amministrazione tutte le spese che essa poi sostenga per demolire il bene abusivo.

20.4. Con l'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014, l'art. 31 è stato integrato con i commi 4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater*.

L'art. 31, comma 4-*bis*, dispone che: “L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria”.

Esso ha dunque previsto una ulteriore sanzione di natura afflittiva, nel caso di inottemperanza all'ordinanza di demolizione: alla tradizionale previsione dell'acquisizione di diritto al patrimonio comunale del bene abusivo e della 'area ulteriore', la riforma del 2014 ha aggiunto la doverosa irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, che deve essere disposta senza indugio (col medesimo atto di accertamento dell'inottemperanza o con un atto integrativo autoritativo successivo).

La *ratio* di tale ulteriore previsione si basa anch'essa sull'esigenza di salvaguardare i valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione.

Poiché il responsabile dell'illecito ha cagionato un *vulnus* al paesaggio, all'ambiente ed all'ordinato assetto del territorio, in contraddizione con la funzione sociale della proprietà, il legislatore ha inteso sanzionarlo – oltre che con la perdita della proprietà - anche con una sanzione pecuniaria, qualora non abbia ottemperato all'ordinanza di demolizione.

In considerazione della scarsità delle risorse economiche di cui sono ordinariamente dotati i Comuni e della complessità delle procedure in base alle quali le Amministrazioni possono disporre la demolizione in danno e porre le spese a carico del responsabile, il legislatore ha inteso in questo modo stimolare il responsabile ad eliminare le conseguenze dell'illecito edilizio, con la previsione di una sanzione pecuniaria.

20.5. Sotto il profilo civilistico, l'acquisto *ipso iure* da parte del Comune comporta l'applicabilità dell'art. 2053 del codice civile, sulla responsabilità del proprietario nei confronti dei terzi per i danni derivanti dalla rovina dell'edificio, salva l'applicazione dell'articolo 2051 dello stesso codice, sulla responsabilità di chi continui a possedere l'edificio abusivo, fin quando l'Amministrazione si sia immessa nel possesso, in

esecuzione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione.

21. La quarta (ed eventuale) fase riguarda il 'come' l'Amministrazione intenda gestire il bene ormai entrato nel patrimonio comunale.

21.1. A seguito della perdita *ipso iure* del bene, pur se accertata successivamente, chi lo possiede ormai senza idoneo titolo giuridico non può né demolirlo, né modificarlo, ed è tenuto a corrispondere un importo all'Amministrazione proprietaria per la sua disponibilità che avviene *sine titulo*.

21.2. In alternativa alla demolizione del bene il Consiglio comunale può, ai sensi del secondo periodo del comma 5 dell'art. 31, deliberare il mantenimento in essere dell'immobile abusivo, che secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (Corte cost., n. 140 del 2018) è una via del tutto eccezionale, che può essere percorsa per la presenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico.

In assenza di tale motivata determinazione del Consiglio comunale, va senz'altro disposta, ai sensi del primo periodo del comma 5, la materiale demolizione del bene abusivo a spese del responsabile dell'abuso e dei suoi eventuali aventi causa, fermo restando che la demolizione non comporta il riacquisto dell'area di sedime, ormai definitivamente acquisita al patrimonio comunale.

Anche in tal caso, l'Amministrazione può consentire che la demolizione possa essere effettuata dal responsabile (o dal suo avente causa), il quale può averne uno specifico interesse, per contenerne le spese, che altrimenti sarebbero anticipate anche in misura superiore dall'Amministrazione, con rivalsa nei suoi confronti.

21.3. Salvo il caso eccezionale in cui l'Amministrazione ritenga di evitare la demolizione dell'immobile ormai entrato nel suo patrimonio per soddisfare interessi pubblici, l'esito finale ordinario dell'abuso edilizio è dunque costituito dalla demolizione del manufatto abusivo.

21.4. Il responsabile dell'illecito, il proprietario ed i suoi aventi causa hanno sempre il dovere di rimuoverne le conseguenze, sicché vanno distinte le seguenti fasi temporali:

a) fino a quando scade il termine fissato nell'ordinanza di demolizione, questi hanno il dovere di effettuare la demolizione, che, se viene posta in essere, evita il trasferimento della proprietà al patrimonio pubblico;

b) qualora il termine per demolire scada infruttuosamente, i destinatari dell'ordinanza di demolizione commettono un secondo illecito di natura omissiva, che comporta, da un lato, la perdita *ipso iure* della proprietà del bene con la conseguente e connessa irrogazione della sanzione pecuniaria e, dall'altro, la novazione oggettiva dell'obbligo *propter rem*, perché all'obbligo di demolire il bene si sostituisce l'obbligo di rimborsare l'Amministrazione, per le spese da essa anticipate per demolire le opere abusive entrate nel suo patrimonio, risultanti *contra ius* (qualora essa non abbia inteso eccezionalmente utilizzare il bene ai sensi dell'art. 31, comma 5, del d.P.R.n. 380 del 2001);

c) decorso il termine per demolire, qualora l'Amministrazione non decida di conservare il bene, resta la possibilità di un'ulteriore interlocuzione con il privato per un adempimento tardivo dell'ordine di demolire, che non comporta il sorgere di un diritto di quest'ultimo alla 'retrocessione' del bene, né fa venire meno la sanzione pecuniaria irrogata, ma può evitaragli, da un lato, la perdita dell'ulteriore proprietà sino a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita se non è già stata individuata in sede di ordinanza di demolizione, nonché gli eventuali maggiori costi derivanti dalla demolizione in danno. Il proprietario non ha dunque alcun diritto a porre in essere

la demolizione dopo la scadenza del termine dei 90 giorni, spettando alla discrezionalità dell'Amministrazione di valutare se coinvolgerlo ulteriormente nella demolizione.

22. Per quanto riguarda la 'natura' degli illeciti edilizi previsti dalle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, va evidenziata la diversità delle qualificazioni rilevanti nel diritto penale e nel diritto amministrativo.

Come si è sopra rilevato nel § 13, sotto il profilo penale il termine di prescrizione del reato edilizio comincia a decorrere dalla data di ultimazione delle opere.

Talvolta la giurisprudenza e la dottrina richiamano la nozione di 'reato permanente', ma più propriamente – poiché il legislatore non ha disciplinato la condotta in modo bifasico e non ha inserito nel fatto tipico alcun richiamo alla mancata demolizione delle opere abusive - si tratta di reati caratterizzati unicamente da una 'condotta attiva' frazionata e perdurante nel tempo, quella di realizzazione delle opere abusive: quanto alla condotta punibile e alla decorrenza del termine di prescrizione del reato, non rileva che dopo l'ultimazione delle opere perduri la violazione dei valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione.

Pur se il responsabile dell'abuso ha l'obbligo (ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001) di demolire le opere abusive e sotto il profilo amministrativo risponde della mancata ottemperanza all'ordine di demolizione con la perdita del diritto di proprietà, sotto il profilo penale la legge non ha attribuito di per sé rilevanza alla fase omissiva della mancata demolizione di quanto realizzato.

Si è dunque in presenza non di un reato permanente a condotta mista (dapprima commissiva e poi omissiva), ma di un reato commissivo caratterizzato dalla condotta costruttiva perdurante nel tempo, che termina o con l'interruzione o con l'ultimazione dei lavori (o il sequestro del bene, se non seguito dalla prosecuzione dei lavori).

23. Ben diversa è la natura 'amministrativa' dell'illecito edilizio.

Infatti, l'articolo 31 del testo unico n. 380 del 2001, proprio perché la realizzazione delle opere abusive comporta un perdurante *vulnus* ai valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione, ha previsto, da un lato, l'obbligo dell'autore dell'illecito di demolire le opere abusive entro il termine fissato con l'ordinanza di demolizione (cui segue l'obbligo di rimborsare gli oneri sostenuti dall'Amministrazione, per la demolizione del bene nel frattempo divenuto suo) e, dall'altro, il dovere del Comune di reprimere l'illecito.

L'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta – come si è sopra rilevato – un secondo illecito di natura omissiva, che si aggiunge a quello di natura commissiva (insito nella realizzazione delle opere abusive) e comporta la perdita del diritto di proprietà.

La perdurante situazione *contra ius* – caratterizzata dalla novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile, che dapprima è quello di demolire l'immobile abusivo ancora suo e poi diventa quello di rimborsare all'Amministrazione le spese sostenute per la demolizione d'ufficio - viene meno o quando è emesso un provvedimento con effetti sananti (l'accertamento di conformità previsto dall'art. 36 del testo unico n. 380 del 2001 o il condono in passato previsto dalle leggi speciali) o quando le opere abusive sono materialmente demolite.

Sotto il profilo amministrativo, dunque, l'abuso edilizio ha una peculiare natura di illecito con effetti permanenti, in quanto la lesione dei valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione si protrae nel tempo sino al ripristino della legittimità violata (col rilascio di un titolo abilitativo o con la materiale demolizione delle opere), mutando nel tempo l'obbligo del responsabile (poiché all'obbligo di demolire il proprio bene abusivo si sostituisce *ex lege* l'obbligo di rimborsare le spese sostenute dall'Amministrazione per la demolizione, salva la possibilità per l'Amministrazione di

emanare nuovamente l'ordinanza di demolizione e di disporre una ulteriore sanzione pecuniaria nel caso di ottemperanza, qualora la competente Regione dia attuazione all'art. 31, comma 4-*quater*).

Al riguardo questa Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2017 ha già chiarito che l'ordine di demolizione di una costruzione abusiva deve comunque essere emanato senza alcuna rilevanza del decorso del tempo, proprio perché la presenza del manufatto abusivo comporta una lesione permanente ai valori tutelati dalla Costituzione e l'eventuale connivenza o la mancata conoscenza della loro esistenza da parte degli organi comunali non incide sul dovere di disporre la demolizione.

Inoltre, la medesima sentenza dell'Adunanza Plenaria ha rimarcato come la sanzione amministrativa consistente nell'ordine di demolizione, avendo carattere reale, prescinda dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile, dovendo esso essere emanato anche nei confronti di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento della sua emanazione in un rapporto con la *res* tale da consentire la restaurazione dell'ordine giuridico violato.

Con l'acquisto del diritto reale da parte dell'avente causa, si verifica una novazione soggettiva cumulativa dell'obbligo *propter rem* di demolire il bene.

24. Così ricostruito il quadro normativo in tema di conseguenze dell'illecito edilizio (e salve le osservazioni che saranno di seguito formulate a proposito della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-*bis*), ritiene l'Adunanza Plenaria di dover prendere a questo punto in specifico esame la posizione del nudo proprietario che sia stato coinvolto nella commissione dell'illecito edilizio.

Invero, pur se in nessuno dei quesiti formulati dalla Sezione Sesta vi è un espresso richiamo a tale posizione, la motivazione dell'ordinanza di rimessione – così come la motivazione della sentenza del TAR impugnata in questa sede – si è diffusamente soffermata sulle peculiarità che caratterizzano il diritto reale della nuda proprietà.

25. Nell'esaminare la posizione del nudo proprietario, l'Adunanza Plenaria ritiene peraltro che vadano nettamente distinte due fattispecie.

26. La prima fattispecie si ha quando, come è avvenuto nel caso in esame, l'illecito edilizio sia stato commesso dal proprietario anche possessore del bene, il quale – dopo la commissione degli abusi – ponga in essere un atto a titolo derivativo in favore di un avente causa (sia esso una compravendita, una donazione o un altro contratto avente effetti reali).

In tale frequente ipotesi, come ha evidenziato la pacifica giurisprudenza di questo Consiglio ed ha rimarcato la sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 9 del 2017, l'acquirente – tenuto secondo l'ordinaria diligenza ad informarsi della situazione giuridica in cui si trova l'immobile oggetto del contratto – subentra nella medesima posizione giuridica del suo dante causa, è obbligato *propter rem* ad effettuare la demolizione e il Comune deve emanare gli atti previsti dagli articoli 27 e 31 del testo unico n. 380 del 2001, così come li avrebbe potuti emanare nei confronti del dante causa e cioè deve emanare sia l'ordinanza di demolizione che il successivo atto di accertamento dell'inottemperanza.

27. Il caso in esame rientra pienamente in questa fattispecie: il padre dell'appellante ha dapprima commesso l'abuso edilizio e poi ha donato alla figlia la nuda proprietà dell'immobile, sicché del tutto legittimamente il Comune ha dapprima emanato l'ordine di demolizione anche nei confronti di quest'ultima e poi ha accertato la sua inottemperanza all'ordine.

28. La seconda fattispecie – alla quale si attagliano le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione – si ha quando l'usufruttuario, 'all'insaputa' del nudo proprietario, commetta abusi edilizi sul bene oggetto del proprio diritto reale *in re aliena* e dunque

quando il bene – al momento della commissione dell'illecito - sia già nella contitolarità del nudo proprietario e dell'usufruttuario.

28.1. In relazione a tale ipotesi, il Comune deve emanare l'ordinanza di demolizione anche nei confronti del nudo proprietario, risultando condivisibili e dovendosi qui ribadire le argomentazioni poste da questo Consiglio a base della sentenza n. 2769 del 2023:

- *“il nudo proprietario di un terreno non perde la disponibilità del bene, sebbene concesso in usufrutto a terzi” e “l'usufruttuario, ancorché possessore rispetto ai terzi, è, nel rapporto con il nudo proprietario, mero detentore del bene”;*

- *“la giurisprudenza riconosce la legittimazione del nudo proprietario ad agire in giudizio contro tutti coloro che mettono in atto ingerenze sulla cosa oggetto di usufrutto”* (cfr. Cass. Civ., Sez. II, 21 febbraio 2019, n. 5147);

- *“il nudo proprietario non si trova affatto, contrariamente a quanto assume la odierna appellante, in posizione tale da non potersi opporre alla realizzazione, sull'immobile concesso in usufrutto, di opere abusive, né che gli è precluso di agire direttamente, o per via giudiziale, per procedere al ripristino dello stato dei luoghi” e “argomenti in tal senso si ricavano prima ancora dal diritto positivo: sia dall'art. 1005 c.c. che pone a carico del nudo proprietario le riparazioni straordinarie, sia dall'art. 1015 che – con un'elencazione di comportamenti ritenuta per lo più esemplificativa e non tassativa - annovera gli abusi dell'usufruttuario tra le cause di decadenza dell'usufrutto e prevede una serie di rimedi attivabili dal nudo proprietario”;*

- risulta *“legittima l'ordinanza di rimozione di opere abusive diretta anche al nudo proprietario”*, poiché egli può attivarsi per recuperare il pieno godimento dell'immobile e provvedere direttamente alla rimozione delle opere abusivamente realizzate, potendo, in particolare in caso di opposizione dell'usufruttuario, agire in giudizio a tale scopo: ed è evidente che la domanda giudiziale con cui il nudo proprietario chieda accertarsi il suo diritto/dovere di rimuovere opere edilizie abusivamente realizzate sull'immobile concesso in usufrutto, essendo idonea a prenotare gli effetti scaturenti dalla futura sentenza, potrebbe precludere l'acquisizione del bene al patrimonio dell'Amministrazione, a seguito del vano decorso del termine assegnato per la demolizione.

28.2. D'altra parte, l'ordine di demolizione – allorché sia emesso nei confronti del nudo proprietario, oltre che nei confronti dell'usufruttuario autore dell'illecito - radica un dovere in capo allo stesso nudo proprietario, consentendogli di attivarsi per ripristinare l'ordine giuridico violato dal responsabile dell'abuso e per evitare di perdere il proprio diritto reale a causa dell'illecito comportamento altrui.

L'ordine di demolizione costituisce quel *factum principis* che – a tutela dei sopra richiamati valori costituzionali - impone al nudo proprietario di attivarsi, qualora intenda mantenere il proprio diritto reale.

Va ancora ribadito, sotto tale profilo, il principio formulato da questa Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2017, per il quale *“gli ordini di demolizione di costruzioni abusive, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile (l'estraneità agli abusi assumendo comunque rilievo sotto altri profili), applicandosi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la res tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato”*.

29. Una volta rilevato che nel caso di abuso commesso dall'usufruttuario il Comune deve emanare l'ordinanza di demolizione anche nei confronti del nudo proprietario, si deve approfondire l'ulteriore questione se – nel caso di inottemperanza – l'atto di acquisizione vada anch'esso emanato nei confronti del nudo proprietario.

30. Tale questione va risolta senz'altro nel senso affermativo.

30.1. L'ordinanza di demolizione contiene non solo l'ordine di ripristino, ma anche l'avviso che la sua mancata ottemperanza comporterà la perdita del diritto di proprietà secondo un meccanismo che comporta l'estinzione *ex lege* del diritto in capo al proprietario e la sua acquisizione al patrimonio pubblico.

La regola della acquisizione di diritto con la scadenza del termine di 90 giorni si applica nei confronti di tutti coloro che siano stati destinatari dell'ordinanza di demolizione e dunque anche nei confronti del nudo proprietario che abbia in precedenza avuto la notifica della medesima ordinanza.

30.2. Peraltro, anche nei confronti del nudo proprietario si applica il principio sopra esposto al § 19.6., per il quale l'atto di acquisizione non può essere emesso quando risulti la non imputabilità della mancata ottemperanza da parte del destinatario dell'ordine di demolizione.

Anche il nudo proprietario, dunque, può dedurre e comprovare di essere stato impossibilitato ad effettuare la demolizione, in ragione di una malattia completamente invalidante, che non gli consente di compiere gli atti giuridici necessari all'uopo, né direttamente, né per interposta persona.

30.3. Con riferimento al caso in esame, non si pongono però questioni sulla non imputabilità all'appellante della mancata ottemperanza, poiché:

- è divenuta inoppugnabile l'ordinanza di demolizione a suo tempo emessa nei suoi confronti quale nuda proprietaria e non può essere rimessa in discussione la sua posizione di destinataria degli atti repressivi dell'illecito edilizio;

- nulla è stato dedotto dall'interessata su una ipotetica non imputabilità della sua mancata ottemperanza, né in sede processuale, né in sede procedimentale, nonostante il verbale di accertamento dell'inottemperanza del 12 gennaio 2015 sia stato formato alla sua presenza, con l'avviso che entro dieci giorni dalla sua notifica potessero essere proposte osservazioni o memorie all'Ufficio urbanistico comunale (e, del resto, neppure dopo la scadenza di tale termine di dieci giorni ella ha dedotto e comprovato la non imputabilità della mancata ottemperanza, finché il Comune ha accertato l'inottemperanza in data 18 novembre 2015).

31. I principi sopra affermati - per i quali l'atto di accertamento dell'inottemperanza va emesso anche nei confronti del nudo proprietario destinatario dell'ordine di demolizione, salva la sua possibilità di dedurre e di comprovare la non imputabilità della mancata ottemperanza - non si pongono in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo.

31.1. L'appellante ha richiamato la sentenza CEDU del 20 gennaio 2009, resa sul ricorso n. 75909/2001, con cui è stata rilevata la violazione dell'art. 1 del protocollo 1 della Convenzione.

31.2. Tuttavia, i principi affermati da tale sentenza non supportano la tesi secondo cui l'atto di acquisizione non potrebbe essere emesso nei confronti del nudo proprietario.

Nel caso esaminato dalla Corte europea, una sentenza del giudice penale aveva disposto la confisca, senza indennizzo, per un abuso paesaggistico caratterizzante una lottizzazione abusiva effettivamente sussistente sul piano oggettivo, malgrado vi fosse stato il proscioglimento degli imputati per l'assenza dell'elemento soggettivo del reato.

Tale sentenza ha dunque riguardato l'ipotesi (poi analizzata anche dalla Corte europea con la sentenza 28 giugno 2018, resa sul ricorso n. 1828/2006) della '*confisca disposta in sede penale senza condanna*'.

Questa ipotesi risulta ben diversa dalla fattispecie in esame, che riguarda l'ordina-

ria applicazione in sede amministrativa delle regole concernenti la repressione degli abusi edilizi, tra le quali – come si è sopra evidenziato – vi è la regola per cui l'atto di accertamento dell'inottemperanza e quella dell'acquisizione *ipso iure* del bene abusivo al patrimonio comunale costituiscono le naturali conseguenze giuridiche dell'illecito edilizio (che presuppongono l'imputabilità dell'inottemperanza, che, nella specie, è fuori discussione).

32. Per tutte le ragioni sopra esposte, il secondo motivo di appello risulta infondato e va respinto.

33. Stessa sorte segue il terzo motivo di appello, con il quale si deduce l'illegittimità derivata dall'accertamento di inottemperanza, che recepirebbe i vizi dell'ordinanza di demolizione.

In disparte la sua stessa ammissibilità per violazione del principio di specificità, la circostanza che l'ordine di demolizione abbia superato indenne il vaglio di legittimità del giudice amministrativo, con la citata sentenza n. 2769/2023, non consente di scrutinare favorevolmente la doglianza in esame. Vale, infatti, il principio secondo il quale, qualora l'ordinanza di demolizione dell'opera abusiva diventi inoppugnabile, gli atti ad essa consequenziali possono essere impugnati solo per vizi propri (cfr. *ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3565).

34. Sulla base delle considerazioni che precedono, l'Adunanza Plenaria nell'esaminare i quesiti proposti enuncia i seguenti principi di diritto:

a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente 'primo' illecito – avente anche rilevanza penale - commesso con la realizzazione delle opere abusive;

b) la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario - alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza;

c) l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo *propter rem* - l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva);

d) l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato.

35. Deve a questo punto passarsi all'esame del primo motivo di appello con il quale si contesta nella sostanza l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4-*bis* del citato art. 31 in capo all'appellante per violazione del principio di irretroattività, poiché il suo illecito – consistente nella mancata ottemperanza all'ordine di demolizione - è stato commesso prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014.

Il motivo è fondato e, pertanto, il gravame in esame va in parte accolto.

36. In punto di fatto, va rilevato che:

- l'ordinanza di demolizione n. 66 del 3 aprile 2014 è stata notificata all'appellante in data 11 aprile 2014;

- l'interessata è rimasta successivamente inerte, non avendo nei successivi 90 giorni né ottemperato all'ordine di demolizione, né dedotto e comprovato la propria impossibilità di ottemperare, né presentato l'istanza di accertamento di conformità;

- in data 18 novembre 2015, il Comune ha preso atto dell'inottemperanza ed ha di conseguenza accertato l'acquisizione del bene al patrimonio comunale, rilevando l'effetto giuridico automatico dell'acquisto *ipso iure*, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001.

Ciò comporta che lo stesso atto di acquisizione, che ha contestualmente irrogato la sanzione prevista dal comma 4-*bis* dell'art. 31, ha rilevato come il bene si debba considerare acquisito al patrimonio comunale con la scadenza del termine di 90 giorni, fissato con l'atto notificato l'11 aprile 2014.

37. Il comma 4 *bis* del citato art. 31 prevede che: “L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria”.

La formulazione della disposizione non lascia adito a dubbi quanto al fatto che la sanzione pecuniaria è irrogata in ragione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione: l'accertamento deve necessariamente precedere l'irrogazione della sanzione.

La condotta colpevolmente omissiva del destinatario dell'ordine di demolizione comporta, quindi, per il proprietario una duplice sanzione: a) la perdita della proprietà del bene; b) una sanzione pecuniaria variabile da 2.000 a 20.000 euro.

Si tratta di sanzioni che vengono irrogate a causa del mancato adempimento all'ordine di demolire, ossia in ragione di un illecito ad effetti permanenti, che si consuma con lo scadere del termine di 90 giorni assegnato dall'autorità amministrativa con l'ordine di demolizione: il loro presupposto è l'accertamento dell'inottemperanza dell'ordine di demolizione.

Deve, pertanto, concludersi nel senso che si è in presenza di un illecito ad effetti permanenti, in quanto la perdita del bene abusivo e dell'area di sedime consegue all'inerzia nel demolire protrattasi oltre il termine di 90 giorni assegnato dall'autorità.

Come sopra evidenziato, l'acquisto del bene avviene *ope legis*, sicché l'atto di accertamento dell'inottemperanza ha natura dichiarativa.

38. Sulla base dei principi nazionali e tenuto anche conto dei principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi 8 giugno 1976, la sanzione pecuniaria in questione ha la finalità di prevenzione generale e speciale, mirando a dissuadere dalla commissione degli illeciti edilizi e a salvaguardare il territorio nazionale: il comma 4-*bis* sanziona chi non si è adoperato per porre rimedio alle conseguenze derivanti dagli abusi realizzati direttamente o a causa della mancata vigilanza sui propri beni.

Rilevano pertanto i seguenti tre principi:

a) il principio di irretroattività, desumibile nella materia sanzionatoria dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981, oltre che dall'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile

b) il principio di certezza dei rapporti giuridici, perché chi non ha ottemperato all'ordine di demolizione, facendo decorrere il termine di 90 giorni prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014, ha compiuto una omissione (che nella specie è maturata nel mese di luglio 2014) in un quadro normativo che prevedeva 'unicamente' la conseguenza della perdita della proprietà e non anche quella della irrogazione della sanzione pecuniaria;

c) il principio di tipicità ed il principio di coerenza, poiché – come si è sopra evidenziato – col decorso del termine di 90 giorni il responsabile non può più demoli-

re il manufatto abusivo, poiché non è più suo, sicché non è più perdurante l'illecito omissivo (in quanto si è 'consumata' la fattispecie acquisitiva), sicché l'applicazione dell'art. 31, comma 4-bis, anche alle ipotesi in cui il termine di 90 giorni era già decorso prima della sua entrata in vigore, comporterebbe l'applicazione di una sanzione per una omissione giuridicamente non più sussistente, essendo preclusa ogni modifica del bene in assenza di ulteriori determinazioni del Comune sulla gestione del bene divenuto ormai suo.

39. Nel caso all'esame dell'Adunanza Plenaria, il termine fissato dall'ordinanza n. 66 del 3 aprile 2014 era indiscutibilmente già scaduto alla data del 12 novembre 2014, di entrata in vigore della legge n. 164 del 2014, sicché – essendo stati violati i principi sopra esposti - si deve annullare il provvedimento impugnato in primo grado, nella parte in cui esso ha irrogato la sanzione pecuniaria.

40. Va pertanto enunciato il seguente principio di diritto: la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere irrogata nei confronti di chi – prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014 – abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore.

41. In via riassuntiva, rispetto ai quesiti formulati devono darsi le seguenti risposte:

a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente illecito – avente anche rilevanza penale - commesso con la realizzazione delle opere abusive;

b) la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario - alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza;

c) l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo *propter rem* - l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva);

d) l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato;

e) la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere irrogata nei confronti di chi – prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014 – abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore.

42. In conclusione, ai fini della definizione del giudizio:

- va respinto il secondo motivo, sulla inapplicabilità dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del

2001 al nudo proprietario;

- va respinto il terzo motivo, perché l'impugnato atto di accertamento dell'inottemperanza non è affetto da illegittimità derivata;

- va accolto il primo motivo, sicché – in parziale riforma della sentenza del TAR – va annullato l'atto impugnato in primo grado di data 18 novembre 2015, nella parte in cui ha disposto la sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti dell'appellante.

43. La parziale novità delle questioni trattate e la parziale reciproca soccombenza giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello n. 2 del 2023 del ruolo dell'Adunanza Plenaria (n. 1603 del 2018 del ruolo della Sesta Sezione):

- respinge il secondo motivo d'appello;

- respinge il terzo motivo d'appello;

- accoglie il primo motivo d'appello e, in riforma parziale della sentenza impugnata, annulla il provvedimento di data 18 novembre 2015 emesso dal Comune di Massa Lubrense, nella parte in cui ha irrogato all'appellante la sanzione amministrativa pecuniaria;

- compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Mario Luigi Torsello, Presidente

Luigi Carbone, Presidente

Rosanna De Nictolis, Presidente

Marco Lipari, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Massimiliano Tarantino

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 10/10/2023

N. 01411/2023 REG. PROV. COLL.
N. 00710/2011 REG. RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 710 del 2011, proposto da [REDACTED], rappresentata e difesa dall'avvocato Danni Livio Lago, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cittadella, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dell'ordinanza di demolizione a firma del Dirigente del Settore Urbanistica -Edilizia privata comunale prot. n. 3950 in data 1 febbraio 2011, e di ogni atto conseguente, presupposto e/o comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 20 giugno 2023 il dott. Marco Rinaldi e lette le note d'udienza con cui parte ricorrente ha chiesto che la causa fosse trattenuta in decisione sulla scorta degli scritti;

Si controverte della legittimità dell'ordinanza con la quale è stata intimata all'odierna istante la demolizione di un ampliamento abusivamente realizzato.

Esponde la ricorrente di essere titolare di un'azienda agricola e di una vasta area sottoposta a vincolo ai sensi dell'art. 142 co. 2 lett. c) d.lgs. 42/2004, sita in località [REDACTED], presso la quale aveva realizzato un intervento volto a ricavare un alloggio per il figlio, collaboratore presso l'azienda agricola.

L'opera era ultimata entro la fine di febbraio 2003 e, a seguito dell'entrata in vigore della l. 326/2003, la [REDACTED] presentava istanza di condono in relazione all'intervento abusivo realizzato.

Il Comune, in data 2/12/2009, emanava «una sorta di preavviso di rigetto» (Determinazione di cui al Doc. 5 tra quelli depositati il 18/4/2011) col quale informava la ricorrente della impossibilità di accogliere l'istanza presentata. Contestualmente rendeva noto che sarebbe stata avviata la procedura prevista dagli artt. 91 e 92 della l. r. 61/1985 per l'illecito edilizio.

In data 24 novembre 2010, al punto n. 297, la Commissione Edilizia Comunale Integrata dagli esperti in materia di bellezze naturali e tutela ambiente, costituita ai sensi della Legge Regionale n. 63/1994, esprimeva parere negativo ("Preso atto del diniego del 19/11/2010, prot. n. 47794 del 02/12/2009, notificato in data 04/12/2009, si applica

la procedura prevista dall'art. 92 della Legge Regionale n. 61/1985”).

Con nota prot. n.350 del 01/02/2011 il Comune emanava l'ordinanza di demolizione in questa sede impugnata.

Seguiva, in pari data, la nota protocollo n. 3984 del 01/02/2011 con la quale il Comune ribadiva il parere negativo formulato dalla Commissione edilizia Integrata, precisando che: «Per effetto di quanto riportato, seguirà alla presente comunicazione apposito provvedimento per la demolizione delle opere abusive”.

Avverso l'ordinanza di demolizione n. 3950 del 1 febbraio 2011 è insorta la ricorrente formulando le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 35 co. 15 (ovvero 16) della l. 47/1985 e dell'art. 20 co. 2.c e 2.d del vigente regolamento edilizio comunale. Violazione dell'art. 3 della l. 241/1990 e dell'art. 92 l.r. 61/1985. Eccesso di potere per carenza di motivazione e per palese genericità ed indeterminatezza e per difetto di motivazione.

Rileva parte ricorrente che l'ordinanza di demolizione sarebbe stata emanata a conclusione di una procedura irrituale, nonché in assenza di un formale provvedimento di diniego di condono edilizio, come invece richiesto dall'art. 35 co. 16 l. 47/1985.

La Signora Berno sarebbe infatti stata destinataria solo di una sorta di preavviso di rigetto, il quale ammetteva la possibilità di presentare memorie nei 30 giorni successivi alla ricezione.

Si rileva peraltro che la comminatoria conseguente all'eventuale mancata demolizione sarebbe del tutto generica e non consentirebbe alla proprietaria di conoscere l'effettiva entità della sanzione.

Neppure sarebbe stato dato atto del contrasto con la disciplina urbanistica vigente, come invece richiederebbe l'art. 92 l.r. 61/1985.

Ulteriore profilo di invalidità del provvedimento deriverebbe anche dalla assenza di una congrua motivazione in ordine alla permanenza dell'interesse pubblico alla permanenza dell'abuso.

2) Illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 3 della l.r. n. 21/2004. Violazione dell'art. 32 co. 27 e co. 43 della l. 326/2003.

Sussisterebbe contrasto con l'art. 117 co. 2 lett. s) Cost., in quanto il potere di definire le opere abusive non suscettibili di sanatoria spetterebbe esclusivamente alla legislazione statale.

Sarebbe parimenti violato l'art. 3 Cost. in ragione del diverso trattamento tra autori degli abusi che dipenderebbe dal solo momento di inoltro della richiesta di sanatoria.

I profili di illegittimità costituzionale dell'art. 3 co. 3 l. r. 21/2004 rileverebbero nel caso di specie in quanto, secondo quanto asserito da parte ricorrente, l'art. 32 l. 326/2003 non escluderebbe la condonabilità di opere comportanti un aumento di volume, seppur realizzate in aree soggette a vincolo.

La PA., benchè ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

All'udienza straordinaria in epigrafe indicata la causa è passata in decisione.

Il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni e nei limiti di seguito indicati.

Come correttamente dedotto con il primo motivo di ricorso, l'amministrazione ha illegittimamente emesso il provvedimento sanzionatorio in pendenza di un procedimento di condono non ancora definito, così violando l'articolo 38 della legge 47/1985, come richiamato dall'articolo 32, comma 25, del D.L. n. 269/2003.

L'atto emanato dal Comune in data 2/12/2009 non ha valenza di atto conclusivo del procedimento, bensì di mero atto interlocutorio in quanto assegnava all'interessata un termine per presentare memorie (osservazioni) e può, pertanto, valere, al più, come preavviso di rigetto.

Alla nota n. 3984 del 01/02/2011, che richiama tutti i precedenti atti del procedi-

mento, compresa la nota del 2/12/2009 e il successivo parere negativo dalla Commissione edilizia Integrata, potrebbe astrattamente riconoscersi il valore sostanziale di diniego di condono, senonché essa ha un numero di protocollo (n. 3984 del 01/02/2011) successivo a quello assegnato all'ordinanza di demolizione (n. 3950 del 01/02/2011) e deve, pertanto, considerarsi posteriore alla sanzione edilizia.

In definitiva, il Comune ha emanato l'ordinanza di demolizione prima di concludere il procedimento avviato sulla domanda di condono presentata dall'interessata

La giurisprudenza è pacifica nel ritenere illegittima l'ordinanza di demolizione emanata senza la previa definizione della domanda di condono. (cfr. ex multis Tar Roma n. 4565/2023 ove si rammenta che "l'amministrazione, sino alla definizione del procedimento attivato per il rilascio della concessione in sanatoria, deve astenersi da ogni iniziativa repressiva che vanificherebbe a priori il rilascio del titolo abilitativo; ne può ritenersi che l'adozione del provvedimento di demolizione possa costituire un implicito rigetto della domanda di condono edilizio, posto che l'articolo 35, comma 15, della predetta legge 47 del 1985 impone la notifica espressa del diniego al privato" In termini Tar Napoli, Sez. VII, n. 4244/2016: «Per orientamento assolutamente consolidato, che il Collegio condivide, è illegittima l'ordinanza di demolizione ex art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 emanata in pendenza dell'esame dell'istanza di condono, in quanto, ai sensi degli artt. 38, 43 e 44 della Legge n. 47/1985 (richiamati dall'art. 32, comma 25 del D.L. n. 269/2003), la presentazione dell'istanza di condono determina l'obbligo per l'Amministrazione comunale di procedere in primo luogo al suo esame, paralizzando il corso dei procedimenti per l'applicazione delle misure repressive fino alla definizione della domanda di sanatoria. Né l'ordinanza di demolizione può avere valenza anche di implicito atto di reiezione della sanatoria posto che il Comune è tenuto a pronunciarsi sul condono con distinto provvedimento espresso e motivato in applicazione dei principi di trasparenza e buon andamento»).

Il ricorso va, pertanto, accolto, con assorbimento degli ulteriori motivi dal cui esame la parte ricorrente non potrebbe ritrarre ulteriori utilità.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della problematicità delle questioni che hanno dato origine alla vertenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione intenderà adottare.

Spese compensate, ferma la restituzione del contributo unificato, che deve essere posto a carico della P.A.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Mara Bertagnolli, Presidente
 Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere
 Marco Rinaldi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Marco Rinaldi

IL PRESIDENTE

Mara Bertagnolli

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 14/12/2023

N. 02958/2023 REG. PROV. COLL.

N. 00911/2023 REG. RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 911 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Comune di Serino, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Irpinia Rifiuti Zero S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Geremia Biancardi e Alfredo Contieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Irpiniambiente S.p.A., Provincia di Avellino, Regione Campania, non costituiti in giudizio; Ambito Territoriale Ottimale di Avellino - Ente D'Ambito per il Servizio di Gestione Integrata dei Rifiuti Urbani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Brancaccio e Alberto La Gloria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Salerno, l.go Dogana Regia 15;

nei confronti

Comune di Pago del Vallo di Lauro, non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione,

PER QUANTO RIGUARDA IL RICORSO INTRODUTTIVO:

a - della delibera di Consiglio di Ambito dell'EDA ATO Avellino n. 23 del 27.4.2023 che ha confermato la delibera di Consiglio d'Ambito n. 21 del 29.3.2023 con cui è stata deliberata la costituzione di Società *in house* per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti per l'ambito territoriale di Avellino, in uno al richiamato parere del Prof. Contieri del 27.04.2023;

b - della delibera di Consiglio d'Ambito di EDA Avellino n. 21 del 29.3.2023 con cui, preso atto del parere del Prof. Avv. Contieri, si è disposta la costituzione di Società *in house* per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti, in uno all'allegato parere;

c - della delibera di Consiglio di Ambito n. 14 del 18.3.2023 di modifica della P.O.;

d - della delibera di Consiglio di Ambito n. 9 del 17.3.2023 di approvazione della bozza di statuto;

e - della delibera di Consiglio di Ambito di EDA Avellino n. 4 del 4.2.2023 di scelta di indirizzo sulla modalità di gestione del ciclo integrato dei rifiuti mediante costituzione di società *in house* con contestuale approvazione della relazione del Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Napoli Partenope e del Piano Economico

Finanziario, ai sensi degli artt. 14 e 17 co 4 D. Lgs 201/2022;

f - ove e per quanto occorra, della nota Presidente di EDA Avellino prot. 72 del 25.1.2023 e del decreto n. 5/2022 del Presidente di EDA Avellino di affidamento di incarico per la redazione di relazione, ex art. 34 DL 179/2012;

g - ove e per quanto occorra, delle delibere di Consiglio di Ambito n. 13 del 7.9.2022, n. 3 del 27.5.2022 e n. 4 del 27.3.2021 e del Decreto del Presidente n. 1 dell'8.5.2021;

h - di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;
nonché per l'accertamento, in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. b), c) ed e), c.p.a., della nullità/inefficacia degli atti deliberativi di cui alle precedenti lett. da a) a e) e dell'atto costitutivo della società Irpinia Rifiuti Zero spa di cui all'atto pubblico del 29.3.2023 rep 24363 per notar Romana Capaldo.

PER QUANTO RIGUARDA I MOTIVI AGGIUNTI ("MOTIVI INTEGRATIVI")
PRESENTATI DA COMUNE DI SERINO IL 20/9/2023:

a - della delibera di Consiglio di Ambito dell'EDA ATO Avellino n. 23 del 27.4.2023 che ha confermato la delibera di Consiglio d'Ambito n. 21 del 29.3.2023 con cui è stata deliberata la costituzione di Società in house per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti per l'ambito territoriale di Avellino, in uno al richiamato parere del Prof. Contieri del 27.04.2023;

b - della delibera di Consiglio d'Ambito di EDA Avellino n. 21 del 29.3.2023 con cui, preso atto del parere del Prof. Avv. Contieri, si è disposta la costituzione di Società *in house* per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti, in uno all'allegato parere;

c - della delibera di Consiglio di Ambito n. 14 del 18.3.2023 di modifica della P.O.;

d - della delibera di Consiglio di Ambito n. 9 del 17.3.2023 di approvazione della bozza di statuto;

e - della delibera di Consiglio di Ambito di EDA Avellino n. 4 del 4.2.2023 di scelta di indirizzo sulla modalità di gestione del ciclo integrato dei rifiuti mediante costituenda società *in house* con contestuale approvazione della relazione del Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Napoli Partenope e del Piano Economico Finanziario, ai sensi degli artt. 14 e 17 co 4 D. Lgs 201/2022, in uno alla relazione del predetto Dipartimento ed al PEF asseverato;

f - ove e per quanto occorra, della nota Presidente di EDA Avellino prot. 72 del 25.1.2023 e del decreto n. 5/2022 del Presidente di EDA Avellino di affidamento di incarico per la redazione di relazione, ex art. 34 DL 179/2012;

g - ove e per quanto occorra, delle delibere di Consiglio di Ambito n. 7 dell'8.2.2023 con relativi allegati, n. 13 del 7.9.2022, n. 3 del 27.5.2022, n. 10 del 2.8.2022, n. 6 del 2.7.2021 e n. 4 del 27.3.2021 e del Decreto del Presidente n. 1 dell'8.5.2021;

h - ove e per quanto occorra, dell'avviso prot. 161 del 15.2.2023;

i - ove e per quanto occorra, della delibera di Consiglio Provinciale di Avellino n. 81 del 7.10.2022;

l - ove e per quanto occorra della delibera di Consiglio d'Ambito n. 6/2021 in uno all'allegato Piano d'Ambito;

m - di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;
nonché per l'accertamento, in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. b), c) ed e), cpa, della nullità/inefficacia degli atti deliberativi di cui alle precedenti lett. da a) a e) e dell'atto costitutivo della società Irpinia Rifiuti Zero spa di cui all'atto pubblico del 29.3.2023 rep 24363 per notar Romana Capaldo.

PER QUANTO RIGUARDA I MOTIVI AGGIUNTI PRESENTATI DA COMUNE DI SERINO IL 31/10/2023:

a - della delibera di Consiglio di Ambito dell'EDA ATO Avellino n. 23 del 27.4.2023 che ha confermato la delibera di Consiglio d'Ambito n. 21 del 29.3.2023 con cui è stata deliberata la costituzione di Società *in house* per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti per l'ambito territoriale di Avellino, in uno al richiamato parere del Prof. Contieri del 27.04.2023;

b - della delibera di Consiglio d'Ambito di EDA Avellino n. 21 del 29.3.2023 con cui, preso atto del parere del Prof. Avv. Contieri, si è disposta la costituzione di Società *in house* per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti, in uno all'allegato parere;

c - della delibera di Consiglio di Ambito n. 14 del 18.3.2023 di modifica della P.O.;

d - della delibera di Consiglio di Ambito n. 9 del 17.3.2023 di approvazione della bozza di statuto;

e - della delibera di Consiglio di Ambito di EDA Avellino n. 4 del 4.2.2023 di scelta di indirizzo sulla modalità di gestione del ciclo integrato dei rifiuti mediante costituzione di società *in house* con contestuale approvazione della relazione del Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Napoli Partenope e del Piano Economico Finanziario, ai sensi degli artt. 14 e 17 co 4 D. Lgs 201/2022, in uno alla relazione del predetto Dipartimento ed al PEF asseverato;

f - ove e per quanto occorra, della nota Presidente di EDA Avellino prot. 72 del 25.1.2023 e del decreto n. 5/2022 del Presidente di EDA Avellino di affidamento di incarico per la redazione di relazione, ex art. 34 DL 179/2012;

g - ove e per quanto occorra, delle delibere di Consiglio di Ambito n. 7 dell'8.2.2023 con relativi allegati, n. 13 del 7.9.2022, n. 3 del 27.5.2022, n. 10 del 2.8.2022, n. 6 del 2.7.2021 e n. 4 del 27.3.2021 e del Decreto del Presidente n. 1 dell'8.5.2021;

h - ove e per quanto occorra, dell'avviso prot. 161 del 15.2.2023;

i - ove e per quanto occorra, della delibera di Consiglio Provinciale di Avellino n. 81 del 7.10.2022;

l - ove e per quanto occorra della delibera di Consiglio d'Ambito n. 6/2021 in uno all'allegato Piano d'Ambito;

m - di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali

n - della delibera del Consiglio d'Ambito dell'EDA ATO Avellino n. 29 del 31.7.2023 di approvazione del Regolamento sul controllo analogo (depositata in data 12.10.2023) in uno al relativo Regolamento;

o - della delibera del Consiglio d'Ambito dell'EDA ATO Avellino n. 31 del 24.8.2023 di adozione del Piano d'Ambito aggiornato per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani in uno alla Relazione Generale di aggiornamento ed al PEF di aggiornamento;

q - ove e per quanto occorra, dell'Avviso prot. 791 del 29.8.2023 e della nota prot. 794 del 29.8.2023;

nonché per l'accertamento, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, co .1, lett. b), c) ed e), cpa, della nullità/inefficacia degli atti deliberativi di cui alle precedenti lett. da a) a e) e dell'atto costitutivo della società Irpinia Rifiuti Zero spa di cui all'atto pubblico del 29.3.2023 rep 24363 per notar Romana Capaldo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Irpinia Rifiuti Zero S.p.A. e di Ambito Territoriale Ottimale di Avellino - Ente D'Ambito per il Servizio di Gestione Integrata dei Rifiuti Urbani;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2023 la dott.ssa Anna Saporo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto notificato il 29 maggio 2023 e depositato il successivo 31 maggio il Comune di Serino ha impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensiva, la delibera dell'EDA ATO Avellino n. 23 del 27.4.2023 (che ha confermato la delibera n. 21 del 29.3.2023, relativa alla costituzione di Società *in house* per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti per l'ambito territoriale di Avellino), nonché gli ulteriori atti in epigrafe specificati.

1.1. L'ente locale ricorrente premette, in fatto:

- di aver aderito all'Ente d'Ambito Avellino (d'ora innanzi, EDA Avellino), titolare delle funzioni in materia di ciclo integrato dei rifiuti nella ATO Avellino ex l. R.C. n. 14/2016;

- la gestione del ciclo dei rifiuti, nel predetto ATO, è svolta da Irpiniamambiente Spa, società pubblica interamente partecipata dalla Provincia di Avellino, in forza di risulante contratto di servizio (Rep. 117/2010) con scadenza al 2040;

- l'EDA Avellino in un primo tempo (delibera n. 13 del 7.9.2022) ha disposto di acquisire la predetta società *in house* Irpiniamambiente;

- successivamente, con delibera n. 4/2023 (pure fatta oggetto di gravame), EDA Avellino ha optato per costituire una nuova società *in house* per la gestione dei rifiuti;

- la delibera è stata trasmessa alla Corte dei Conti ed alla AGCM per l'acquisizione dei prescritti pareri, ai sensi dell'art. 5 TUSP;

- la Corte dei Conti ha trasmesso parere negativo con pec del 29.3.2023, pervenuta alle ore 15.45;

- EDA Avellino, nella medesima data del 29.3.2023, alle ore 17,50, con delibera n. 21/2023 (oggetto di impugnativa), ha deliberato di costituire la nuova società pubblica subordinatamente a tre condizioni: a) il parere positivo della Corte dei Conti, ex art. 5 TUSP; b) l'inutile decorso del termine di 60 giorni dalla richiesta di parere; c) il riesame puntualmente motivato, diretto a superare i rilievi della Corte dei Conti, in caso di parere negativo;

- nella stessa data EDA Avellino ha costituito la Società Irpinia Rifiuti Zero (con atto pubblico Rep. 24363 del 29.3.2023 per notar Capaldo);

- la società Irpinia Rifiuti Zero è stata iscritta nel Registro delle Imprese presso la Camera di Commercio di Avellino in data 30 marzo 2023;

- con delibera n. 23 del 27.4.2023 EDA ha confermato la delibera n. 21 del 29.3.2023.

2. Il gravame è stato affidato alle seguenti censure, appresso sintetizzate:

I - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 5 TUSP IN RELAZIONE ART. 6 - 17 - 33 D.LGS. 201/2022) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - DIFETTO DEL PRESUPPOSTO LEGALE E DI "CONDICIO JURIS" - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI - VIOLAZIONE DELL'ART. 21 SEPTIES L. 241/1990 - NULLITÀ: la delibera n. 21/2023, che ha disposto la costituzione della società *in house*, è stata adottata in dichiarata carenza del parere obbligatorio della Corte di Conti ed è pertanto radicalmente nulla per difetto di potere, ovvero comunque illegittima per violazione dell'art. 5 TUSP;

II - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 6 - 17 E 33 D.LGS 201/2022 - ART 5 D. LGS 175/2016) - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART 12 PRELEGGI) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - DIFETTO DEL PRESUPPOSTO - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI - VIOLAZIONE DELL'ART. 21 SEPTIES L. 241/1990 - NULLITÀ: la sola costituzione della società prima del 30 marzo 2023, oltre a risultare invalida ai sensi del primo motivo, non è condizione sufficiente per sottrarsi al divieto di partecipazione diretta o indiretta ai "soggetti incaricati della gestione del servizio", posto dall'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 202/2022 in capo agli Enti di Ambito; non sussiste l'ulteriore presupposto, di natura oggettiva, cui l'art. 33, comma 2, del decreto ha ancorato la validità della partecipazione societaria, ovvero la finalizzazione della stessa alla "attuazione dei Piani di Ambito in via di definizione"; è stato inoltre violato l'art. 6, comma 3, del citato decreto;

III - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 6 - 17 E 33 D.LGS 201/2022 - ART 5 D. LGS 175/2016 - ART. 192 D. LGS 50/2016) - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART 12 PRELEGGI) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - DIFETTO DEL PRESUPPOSTO - VIOLAZIONE DELL'ART. 21 SEPTIES L. 241/1990 - NULLITÀ: ulteriori vizi di illegittimità sono rappresentati dalla circostanza che: a) EdA Avellino non è iscritta all'Albo di cui all'art. 192 D.Lgs. n. 50/2016 presso l'ANAC; b) l'iscrizione di Irpinia Rifiuti Zero nel Registro delle Imprese è avvenuta in data 30 marzo 2023, nella vigenza del divieto di cui all'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 201/2022; c) EdA Avellino non ha attestato la compatibilità della scelta effettuata con la disciplina dettata in materia di Aiuti di Stato; d) gli atti deliberativi di costituzione della nuova società *in house* non sono stati sottoposti a consultazione pubblica in violazione dell'art. 5 TUSP; e) gli atti con cui EdA Avellino ha esternato le ragioni del superamento del parere negativo della Corte dei Conti non sono stati soggetti alla "pubblicità" prescritta dall'art. 5, comma 4, TUSP;

IV - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 6 - 17 E 33 D.LGS 201/2022 - ART 5 D. LGS 175/2016 - ART. 192 D. LGS 50/2016) - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 12 PRELEGGI) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO - DIFETTO DI MOTIVAZIONE - ERRONEITÀ - ARBITRARIETÀ - SVIAMENTO): EdA Avellino ha disposto la costituzione di una nuova società *in house* attraverso un'immotivata manovra recessiva rispetto al procedimento, in corso, di acquisizione della distinta società Irpiniambiente, attuale gestore del ciclo integrato dei rifiuti; è mancata, inoltre, la necessaria ed indefettibile valutazione comparativa dei costi connessi a ciascuna delle due soluzioni.

3. Si sono costituiti l'Ambito Territoriale Ottimale di Avellino - Ente d'Ambito per il Servizio di Gestione Integrata dei Rifiuti Urbani e la società Irpinia Rifiuti Zero, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del gravame sotto vari profili (per omessa tempestiva impugnazione della delibera del Consiglio d'Ambito n. 4 del 4 febbraio 2023, con la quale l'EDA ha scelto quale modalità di gestione del servizio l'affidamento a società *in house*; per difetto di legittimazione attiva in capo al Comune ricorrente; in quanto trattasi di controversia interorganica e non già intersoggettiva; per carenza di interesse a causa del mancato superamento della prova di resistenza; per omessa notifica a tutti i Comuni facenti parte dell'A.T.O.; per violazione dei principi in materia di organi collegiali, in quanto nessuno dei Consiglieri d'ambito ha votato contro i provvedimenti impugnati), poi contestando nel merito la fondatezza delle avverse censure.

4. Con "motivi integrativi" notificati il 15 settembre 2023 e depositati il successivo 20 settembre il Comune ha impugnato l'avviso prot. 161 del 15.2.2023, la delibera del Consiglio Provinciale di Avellino n. 81 del 7.10.2022 e la delibera del Consiglio d'Ambito n. 6/2021 in uno all'allegato Piano d'Ambito, deducendo - oltre a vizi di illegittimità derivata dalle censure dedotte con il ricorso introduttivo - le seguenti ulteriori censure:

I - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 33 CO 2 D.LGS. 201/2022 ED ART. 34 L.R. CAMPANIA N. 14/2016) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - ECCES- SO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO - DI ISTRUTTORIA - DI MOTI- VAZIONE - ARBITRARIETÀ - SVIAMENTO - CONTRADDITTORIETÀ): in modo del tutto contraddittorio EDA ha ritenuto il Piano d'ambito per un verso definito (per legittimare l'approvazione della relazione e del PEF redatti dall'Università Partenope ex artt. 14, comma 3 e 17, comma 4, d.lgs. n. 201/2022) per altro verso, invece, "in via di definizione"; inoltre il Piano non ha affatto previsto la gestione del ciclo dei rifiuti attraverso il modulo della società *in house providing*;

II - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 6 D.LGS. 201/2022) - VIOLAZIONE DEL GIU- STO PROCEDIMENTO - ECCES- SO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO - DI ISTRUTTORIA - DI MOTIVAZIONE - ARBITRARIETÀ - SVIAMENTO - CON- TRADDITTORIETÀ - SULLA VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 6 DEL D.LGS. 201/2022: la modifica della pianta organica, adottata con delibera n. 14 del 2023, non è idonea a superare il divieto di commistione fra funzione di controllo e funzione gestoria di cui all'art. 6, comma 3, d.lgs. 201/2022;

III - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 33 CO 2 - ART. 17 - ART. 6 D.LGS. 201/2022) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - ECCES- SO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO - DI ISTRUTTORIA - DI MOTIVAZIONE - ARBITRARIETÀ - SVIAMENTO - CONTRADDITTORIETÀ: le delibere n. 3/2022 e n. 13/2022 confermano il deficit di istruttoria e di motivazione, non essendo stata svolta alcuna analisi di mercato in ordine ad eventuali costi da sopportare nel caso di affidamento del servizio con procedura di evidenza pubblica.

5. Nel costituirsi in resistenza ai motivi integrativi l'ATO Avellino - ribadita l'innammissibilità per le medesime ragioni del ricorso introduttivo - ne ha altresì eccepito anche l'irricevibilità per tardività, trattandosi di motivi nuovi proposti oltre il termine ordinario di impugnazione.

6. Con memoria del 21 ottobre 2023 il Comune ricorrente ha replicato alle eccezioni di rito.

7. Con atto di motivi aggiunti notificati e depositati il 30 ottobre 2023 il Comune ha impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensiva, la delibera del Consiglio d'Ambito dell'EDA Avellino n. 29 del 31.7.2023 di approvazione del Regolamento sul controllo analogo in uno al relativo Regolamento; la delibera del Consiglio d'Ambito dell'EDA Avellino n. 31 del 24.8.2023 (che ha adottato il Piano d'Ambito aggiornato) unitamente alla Relazione Generale di aggiornamento ed al PEF di aggiornamento; l'Avviso prot. 791 del 29.8.2023 e la nota prot. 794 del 29.8.2023. A sostegno del gravame sono stati reiterati i vizi già denunciati con il ricorso introduttivo e con i motivi integrativi; il Comune ha altresì formulato le seguenti ulteriori censure:

I - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 6 CO 2 E ART. 33 CO 2 D.LGS. 201/2022 ED ART. 34 L.R. CAMPANIA N. 14/2016) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMEN- TO - ECCES- SO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO - DI ISTRUTTORIA - DI MOTIVAZIONE - ARBITRARIETÀ - SVIAMENTO - CONTRADDITTORIETÀ): la delibera n. 31 del 24.8.2023 attraverso lo schermo di una sopravvenienza (costituzione del SAD Capoluogo, in realtà avvenuta con delibera di GC n. 280 del 24.10.2022 e delibera di CC n. 208 del 23.12.2022) ha modificato in via postuma l'originario PEF del 2.7.2021; la modifica postuma della Relazione e del PEF, ove ammissibile, esigeva il contraddittorio procedimentale;

II - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 6 - ART. 17 - ART. 33 CO D.LGS. 201/2022

– ART 5 D. LGS 175/2016 – ART. 192 D LGS 50/2016) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ARBITRARIETÀ – SVIAMENTO – CONTRADDITTORIETÀ: la modifica sostanziale del PEF e del Piano di Ambito reca, ancora una volta, scarse ed inadeguate motivazioni sull'opportunità/convenienza del modello *in house*;

III - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 6 D.LGS. 201/2022) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ARBITRARIETÀ – SVIAMENTO – CONTRADDITTORIETÀ – SULLA VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 6 DEL D.LGS. 201/2022: la delibera n. 29/2023, che ha approvato il Regolamento sul controllo analogo, si è limitata ad introdurre clausole insufficienti ad assicurare la concreta ed effettiva separazione di funzioni prescritta dalla normativa in tema di riordino dei servizi pubblici locali.

7.1. Irpinia Rifiuti Zero e ATO Avellino hanno replicato ai motivi aggiunti con memorie depositate rispettivamente in data 17 e 18 novembre 2023.

8. All'udienza pubblica del 22 novembre 2023, previa rinuncia ai termini a difesa da parte delle resistenti ed assorbimento della domanda cautelare, la causa è stata introitata in decisione.

9. Come esposto nella premessa del fatto che precede, la presente controversia involge plurime questioni in rito e nel merito.

Il Collegio si atterrà, nell'esame delle varie questioni prospettate, ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4 (richiamata dalle successive decisioni dello stesso Supremo Consesso 3 giugno 2011 n. 10, 25 febbraio 2014 n. 9 e 27 aprile 2015 n. 5), secondo cui, in applicazione della regola positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c. (che ha recepito l'orientamento in precedenza già espresso sul punto da C.d.S., sez. VI, 6 marzo 1992, n. 159), <<il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione>>.

10. La prima questione da esaminare (concernendo un presupposto processuale) è quindi quella relativa alla eccezione di irricevibilità dell'impugnazione della delibera del Consiglio d'Ambito n. 4 del 4.2.2023 (e, conseguentemente, di inammissibilità dell'impugnazione delle delibere n. 21 del 29 marzo 2023 e n. 23 del 27 aprile 2023).

Il Collegio ritiene tuttavia infondata tale eccezione, che deve quindi essere disattesa.

Con la citata delibera n. 4 del 4 febbraio 2023 l'Ente d'Ambito ha approvato la Relazione ed il Piano Economico e Finanziario predisposti dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope, scegliendo, quale modalità di gestione quella dell'affidamento a società *in house* a capitale interamente pubblico.

La delibera ha altresì dato atto che “la NEWCO da costituire sarà ad intero capitale pubblico”; ha incaricato il Presidente e il Direttore Generale, ognuno per le proprie competenze, di predisporre gli atti necessari alla successiva costituzione della NEWCO; ha demandato agli uffici dell'Ente l'invio della deliberazione alla Sezione Regionale di Controllo della Corte dei Conti per l'acquisizione del parere previsto ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, D.Lgs. n. 175/2016 e s.m.i., nonché all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Per quanto di interesse, il citato art. 5, comma 3, D.Lgs. n. 175/2016 prevede che

“L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo”.

A sua volta, il comma 4 prevede che *“...in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni”.*

Come evidenziato dalle Sezioni Riunite in sede di controllo nella delibera n. 16 del 3 novembre 2022 (16/SSRRCO/QMIG/2022) l'esame intestato alla Corte dei Conti riguarda un atto già perfetto ed efficace (a differenza del controllo preventivo di legittimità, che interviene su un atto già perfetto ma non efficace) per il quale tuttavia sussiste *“nel lasso temporale concesso alla Corte per l'esame, e al massimo per sessanta giorni, un impedimento temporaneo alla sua esecuzione (stipula del contratto di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni)”* in conformità al principio generale di cui all'art. 21-quater, comma 1, della legge n. 241 del 1990, a mente del quale *“i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo”.*

Laddove poi (come nel caso di specie) nel termine di 60 giorni intervenga il parere negativo della Corte dei Conti *“l'effetto impeditivo opera automaticamente (art. 5, comma 4, Tusp), come conseguenza diretta del parere negativo o parzialmente negativo con cui viene riscontrata la non conformità della deliberazione alle prescrizioni contenute negli artt. 4, 5, 7 e 8 del Tusp. Da tale accertamento negativo, segnatamente, consegue l'obbligo dell'ente di adottare una nuova deliberazione, con una motivazione analitica e rinforzata, anche a mero scopo confermativo”* (Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per il Lazio, Deliberazione n. 59/2023/PASP).

Da quanto premesso discende che:

a) la delibera trasmessa alla Corte dei Conti per il parere ex art. 5 TUSP non è eseguibile prima dell'inutile decorso dei sessanta giorni previsti dalla legge (salvo che in tale lasso temporale intervenga parere positivo della magistratura contabile, fattispecie esulante dal presente giudizio);

b) prima di tale data, pertanto, essa non arreca una lesione attuale e concreta, bensì solo futura e potenziale;

c) l'interesse all'impugnazione (e, correlativamente, l'obbligo di impugnazione) sorge solo allorché la lesione si attualizza in ragione dell'acquisita eseguibilità dell'atto per effetto dell'inutile decorso del termine assegnato alla Corte dei Conti;

d) laddove intervenga parere negativo si origina un ulteriore effetto impeditivo, nel senso che la deliberazione originaria non può essere *sic et simpliciter* portata ad esecuzione, ma è necessaria *“una nuova deliberazione, con una motivazione analitica e rinforzata”* (Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per il Lazio, Deliberazione n. 59/2023/PASP cit.).

Calando le suesposte coordinate ermeneutiche nel caso di specie, occorre ritenere che la delibera n. 4 del 4 febbraio 2023, al momento della sua adozione, non era idonea ad arrecare una lesione attuale e concreta, in quanto non eseguibile; l'acquisizione di tale attitudine lesiva è stata nel prosieguo inibita per effetto dell'emanazione (entro il

termine all'uopo previsto) del parere negativo della Corte dei Conti, che ha originato l'ulteriore effetto impeditivo di cui al precedente punto d).

L'effetto lesivo è dunque da ascrivere alla delibera n. 21 del 29 marzo 2023 (mediante la quale l'EdA – pur non essendo decorso il termine assegnato - ha dato avvio alla costituzione della società, prevedendo che l'attività sociale “*resterà sospesa fino al verificarsi di uno dei seguenti eventi: parere positivo della Corte dei Conti.. infruttuoso decorso del termine di 60 (sessanta) giorni... parere negativo - in tutto o in parte - della Corte dei Conti che l'Amministrazione pubblica interessata non ritenga di superare giusta quanto disposto dall'art. 5, comma 4, TUSP e sue successive modifiche e integrazioni*”), che è stata peraltro a sua volta confermata – in tal modo rinnovando la lesione - dalla delibera n. 23 del 27 aprile 2023 (che rappresenta infatti - come emerge sia dal suo tenore testuale che, soprattutto, dalla sostanza del deliberato - atto di conferma in senso proprio, in quanto adottata previa acquisizione ed esame di un nuovo parere del Prof. Contieri e sulla base di una nuova motivazione; in ordine alla distinzione fra atto di conferma ed atto meramente confermativo, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27/07/2023, n. 7343).

In conclusione, a reiezione dell'eccezione formulata, deve escludersi che la delibera n. 4 del 4 febbraio 2023 rappresenti atto presupposto ed immediatamente lesivo la cui mancata impugnazione rende inammissibile, a causa di una originaria carenza di interesse, il ricorso proposto avverso gli atti conseguenziali o esecutivi.

11. Seconda questione preliminare da esaminare è quella relativa al contraddittorio.

Il ricorso non risulta infatti notificato a tutti i Comuni facenti parte dell'Ambito Territoriale Ottimale di Avellino, per cui si potrebbe postulare la necessità, ai fini della valida instaurazione del rapporto processuale in relazione a tutte le parti “interessate”, di disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei suddetti Comuni non intimati.

Il Collegio, anche all'esito della discussione svoltasi sul punto nel corso dell'udienza pubblica (in cui i difensori delle parti hanno concordemente escluso, anche se in base a motivazioni differenti, la necessità di siffatto incumbente), ritiene che, nella presente fattispecie, i Comuni facenti parte dell'Ambito Territoriale Ottimale di Avellino non possono configurarsi come controinteressati (nei cui confronti, quindi, provvedere necessariamente alla notifica del ricorso o alla integrazione del contraddittorio).

Come è noto, infatti, nel processo amministrativo, ai fini della configurazione della nozione di controinteresse al ricorso, occorre la contemporanea sussistenza di due elementi: quello formale, rappresentato dalla contemplazione nominativa del soggetto nel provvedimento impugnato, tale da consentirne alla parte ricorrente l'agevole individuazione; e quello sostanziale, derivante dall'esistenza in capo a tale soggetto di un interesse legittimo uguale e contrario a quello fatto valere attraverso l'azione impugnatoria, e cioè di un interesse al mantenimento della situazione esistente, fonte di una posizione qualificata meritevole di tutela conservativa (Consiglio di Stato, sez. III, 8 maggio 2023, n. 4609).

In altre parole, il controinteressato è tale se l'atto gli attribuisce in via diretta e immediata una situazione giuridica di vantaggio, mentre non può essere così qualificato il soggetto la cui posizione sia incisa solo in modo indiretto e riflesso, e tantomeno chi non può subire alcuna sorta di pregiudizio (Consiglio di Stato, sez. IV, 17 maggio 2023, n. 4930).

Orbene, nella presente fattispecie, non sussiste né l'elemento formale, né quello sostanziale.

In relazione al primo presupposto, è agevole fare riferimento al testo delle delibere impugnate, che non contemplano (né espressamente, né implicitamente) alcun Comu-

ne dell'ATO di Avellino.

In relazione all'aspetto sostanziale, occorre rilevare che nessuno di tali Comuni è destinatario di una situazione giuridica di vantaggio concreta e diretta derivante dai provvedimenti impugnati. Né potrebbe essere altrimenti, in quanto con i provvedimenti impugnati non vengono attuate scelte differenziate tra i Comuni dell'ATO di Avellino (di modo che potrebbe eventualmente ipotizzarsi un vantaggio per alcuni ed uno svantaggio per altri), ma viene individuata una modalità di gestione del servizio di gestione dei rifiuti valida per tutti i Comuni dell'ATO, unitariamente ed indistintamente considerati.

Si potrebbe parlare, al più, di "cointeresse" al ricorso (tale eventualmente da legittimare un intervento *ad adiuvandum*, come in alcuni dei ricorsi chiamati alla stessa udienza pubblica effettivamente verificatosi), ma non di "controinteresse", in quanto i provvedimenti impugnati non attribuiscono a tali Comuni una posizione giuridica "uguale e contraria" a quella del Comune ricorrente, ma la stessa identica posizione.

In realtà, tale configurazione, come meglio si vedrà nei punti che seguono della presente motivazione (sulla legittimazione al ricorso), è diretta conseguenza della disciplina normativa della gestione del ciclo integrato dei rifiuti (per come posta a livello nazionale dal D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e a livello regionale dalla L.R.C. 26 maggio 2016, n. 14), la quale - nel prevedere che la funzione amministrativa della gestione del ciclo integrato dei rifiuti sia obbligatoriamente esercitata in forma associata dall'Ente d'Ambito - attenua e stempera la posizione dei singoli Comuni che ne fanno parte.

In fattispecie similari, del resto, la giurisprudenza ha sempre escluso la configurazione di controinteressati e la necessità di integrazione del contraddittorio.

Valga a tal fine il richiamo a quella giurisprudenza che, dopo aver ribadito il principio per il quale nel processo amministrativo sono necessari contraddittori solo i soggetti originariamente contemplati nel provvedimento amministrativo impugnato ovvero che siano facilmente identificabili come soggetti cui l'atto specificamente si riferisce, e abbiano la titolarità di una posizione qualificata alla conservazione dello stesso, ha chiarito che *"tali non sono i consiglieri comunali, concorrendo essi, con la loro manifestazione di volontà, a formare la volontà dell'ente di cui fanno parte, inteso nella sua unitarietà e nella sua significazione pubblica"* (Consiglio di Stato, sez. V, 28 dicembre 2020, n. 8344).

12. Terza questione preliminare, in ordine logico, da esaminare, è quella relativa alla legittimazione attiva.

Il Collegio, condividendo l'eccezione al riguardo formulata dalle parti resistenti, ritiene che il ricorso sia, nella fattispecie concreta, inammissibile per difetto di legittimazione attiva del Comune ricorrente.

12.1. Come è noto, la giurisdizione amministrativa ha ordinariamente natura soggettiva, in quanto deputata ad erogare tutela giurisdizionale - salvo i casi espressamente previsti di azione popolare - al titolare di una situazione giuridica soggettiva lesa dall'azione amministrativa (non potendo con il ricorso al giudice essere richiesto un mero controllo oggettivo della legittimità dell'azione amministrativa, scisso da una concreta lesione arrecata agli specifici interessi di un determinato consociato).

Come precisato dall'Adunanza plenaria più sopra richiamata, *"nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice. Poiché il ricorso non è mera "occasione" del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pre-giudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della*

giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte", di modo che "l'eventuale reiezione della domanda per "ragioni processuali", collegate alla riscontrata carenza delle condizioni e dei presupposti dell'azione (comprensivi della legittimazione e dell'interesse al ricorso), non rappresenta l'affermazione di un risultato meramente "formale". Al contrario, costituisce l'esito fisiologico, pienamente congruente con le regole costituzionali in materia di tutela giurisdizionale, della valutazione in ordine alla titolarità, in capo all'attore, di una posizione tutelabile dinanzi al giudice amministrativo" (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4, cit.).

12.2. L'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è dunque soggetta a tre condizioni fondamentali, rappresentate: dalla legittimazione a ricorrere, discendente dalla speciale situazione giuridica soggettiva vantata dal soggetto, qualificata in astratto da una norma, che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo; dall'interesse ad agire, che presuppone la lesione concreta, attuale e immediata della posizione sostanziale dell'interessato; dalla *legitimitas ad causam* (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo).

In tale quadro, la legittimazione al ricorso presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione; deve trattarsi di una posizione qualificata e differenziata rispetto al provvedimento, idonea a distinguere, di fronte al potere esercitato, la situazione di colui che agisce da quella della generalità dei soggetti dell'ordinamento, da riscontrarsi sulla base della disciplina normativa avente ad oggetto la situazione giuridica soggettiva di cui il ricorrente deduce di essere titolare.

12.3. Poste tali generalissime premesse, laddove venga in rilievo un'impugnazione promossa da un Comune, la legittimazione può, in linea di principio, essere correlata sia alla lesione di prerogative proprie dell'ente comunale sia - considerato che i Comuni risultano titolari di una situazione rappresentativa degli interessi radicati nel proprio territorio (in specie nel nuovo contesto costituzionale in cui all'equiparazione tra diversi livelli di governo, come fissata dall'art. 114 Cost., si accompagna l'individuazione del principio di sussidiarietà quale parametro principale di affidamento delle funzioni amministrative, ex art. 118, comma 1, Cost.) - alla lesione di interessi facenti capo alla collettività rappresentata.

13. Per quanto attiene al primo profilo, incentrato sulla lesione delle prerogative comunali, preliminarmente si osserva che il Comune non lamenta in alcun modo la lesione del perimetro delle sue competenze in ragione dell'esondare del potere deliberativo esercitato dal Consiglio d'Ambito in settori riservati in via esclusiva all'ente locale (né tantomeno contesta la spettanza in capo all'EdA Avellino delle prerogative *ex lege* attribuite in ordine alla scelta della modalità di gestione ed all'affidamento del servizio), ma piuttosto contesta la correttezza delle modalità di esercizio delle competenze dell'Ente d'Ambito e la ragionevolezza della scelta effettuata a mezzo delle deliberazioni impugnate.

Il taglio (e l'esatta perimetrazione) della legittimazione non può dunque prescindere dalla considerazione dello specifico contesto normativo nel quale si collocano le citate deliberazioni, venendo in rilievo, nel caso di specie, un'ipotesi di esercizio in forma (obbligatoriamente) associata delle funzioni da parte degli enti comunali.

13.1. La gestione integrata dei rifiuti urbani è disciplinata, in ambito nazionale, dalla Parte IV, Titolo I, del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale).

Il menzionato decreto da un lato ha abrogato, recependone le disposizioni, il d.lgs.

5 febbraio 1997, n. 22 (Attuazione della direttiva 91/156/CEE sui rifiuti, della direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio), dall'altro ha introdotto significative novità alla disciplina preesistente in materia di gestione dei rifiuti urbani; la principale è rappresentata dall'organizzazione del servizio all'interno di organismi denominati "*Ambiti Territoriali Ottimali*" (cd. ATO), preposti per l'appunto al servizio di gestione integrata dei rifiuti allo scopo di superare gli inconvenienti - non solo organizzativi ma anche economico/finanziari - dovuti alla frammentazione delle gestioni per singoli enti comunali, e di sfruttare sinergie in grado di consentire una migliore razionalizzazione ed il raggiungimento di economie di scala.

In particolare, l'art. 198, comma 1, lett. a), del menzionato D.Lgs. n. 152/2006 prevede che "*I comuni concorrono, nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200 e con le modalità ivi previste, alla gestione dei rifiuti urbani...*".

Il richiamato art. 200 a sua volta prevede che "*La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali, di seguito anche denominati ATO, delimitati dal piano regionale*" nel rispetto delle linee guida che la Regione stessa stabilisce, e secondo criteri indicati dalla norma stessa, in particolare secondo quello del "*superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti*".

Infine, l'art. 201, al comma 2, precisa che "*l'Autorità d'ambito è una struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla competente regione, alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle loro competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti*".

13.2. In tale quadro la Regione Campania, con legge regionale 26 maggio 2016, n. 14 (recante "*Norme di attuazione della disciplina europea e nazionale in materia di rifiuti e dell'economia circolare*"), dopo aver definito l'ATO quale "*dimensione territoriale per lo svolgimento, da parte dei Comuni, in forma obbligatoriamente associata, delle funzioni relative alla gestione dei rifiuti urbani secondo i principi di efficienza, efficacia, economicità, trasparenza e sostenibilità ambientale*" (art. 7, comma 1), ha stabilito che:

- "*le funzioni di organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani spettano ai Comuni che le esercitano in forma associata nel rispetto delle norme di cui al Titolo III*" (art. 10, comma 1);

- "*è fatto obbligo ai Comuni della Campania di aderire all'Ente d'Ambito territoriale (EdA) in cui ricade il rispettivo territorio per l'esercizio in forma associata delle funzioni in materia di gestione del ciclo dei rifiuti*" (art. 25, comma 1);

- il soggetto di governo di ciascun ATO è l'EdA, che ha personalità giuridica di diritto pubblico ed è dotato di autonomia organizzativa, amministrativa e contabile (art. 25, commi 3 e 4);

- per ciascun ATO, l'Ente d'Ambito esercita le competenze previste dall'art. 26, ed in particolare, per quanto di interesse, "*predispone, adotta, approva ed aggiorna il Piano d'Ambito*" (le cui previsioni sono "*vincolanti per i Comuni*" ex art. 34) ed "*individua il soggetto gestore del servizio di gestione integrata dei rifiuti all'interno dell'ATO o di ciascun Sub Ambito Distrettuale e affida il servizio, ai sensi dell'articolo 202 del decreto legislativo 152/2006*";

- fra gli organi dell'EdA figura l'Assemblea dei Sindaci, di cui sono membri di diritto i Sindaci dei Comuni dell'A.T.O., che si esprime in sede consultiva su svariati argomenti, fra i quali figurano l'approvazione del Piano d'Ambito e "*ogni argomento proposto dall'EdA o ad iniziativa di un terzo dei Sindaci dei Comuni ricadenti nell'ATO*" (art. 27);

- il Consiglio d'Ambito, organo esecutivo dell'EdA che esercita le competenze di

cui all'art. 29 della legge regionale, *“si compone di un numero di membri in misura proporzionale ad uno per ogni 50.000 abitanti residenti e comunque, non inferiore a 12 e non superiore a 30 e dura in carica cinque anni. Lo Statuto dell'EdA disciplina le modalità di elezione e di composizione del Consiglio d'Ambito in modo da garantire la rappresentanza dei Comuni appartenenti a ciascun ATO sulla base del rispettivo peso demografico per tre fasce di rappresentanza. 2. Il Consiglio di Ambito è eletto dall'Assemblea dei Sindaci appartenenti a ciascun ATO”* (art. 28).

13.3. Le disposizioni statali e regionali in materia di esercizio associato delle funzioni comunali hanno più volte superato il vaglio della Corte Costituzionale: si pensi, in via esemplificativa, alla sentenza n. 22 del 2014 (che a sua volta richiama la precedente pronuncia n. 43 del 2004, nella quale la Consulta ha affermato che la legge regionale o statale può collocare le funzioni comunali a livello sovracomunale e in via obbligatoria, anche per scopi di contenimento della spesa pubblica, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione); alla pronuncia n. 44 del 2014 (con la quale la Corte Costituzionale ha ribadito che la legge regionale o statale può imporre agli enti locali l'esercizio in forma comune di alcune funzioni o servizi, considerato che le disposizioni che richiedono ai comuni con ridotto numero di abitanti la gestione in forma associata di servizi e funzioni pubbliche perseguono l'obiettivo di ridurre la spesa pubblica corrente per il funzionamento di tali organismi, attraverso una disciplina uniforme che coordina la legislazione del settore); alla sentenza n. 33 del 2019, la quale - pur avendo ritenuto costituzionalmente illegittima la previsione rigida e generalizzata dell'obbligo associativo laddove non prevede la possibilità di dimostrare, al fine di ottenere l'esonero, l'irrealizzabilità, a causa della peculiare situazione geografica, demografica e socio-ambientale del Comune, di economie di scala - ha riconosciuto in linea generale la legittimità dell'obbligo di gestione associata per tutte le funzioni fondamentali, dovendosi *“escludere l'esistenza di una «riserva costituzionale di esercizio individuale» delle funzioni fondamentali, che renderebbe illegittimi gli stessi istituti associativi degli enti locali a prescindere dalla loro obbligatorietà”*.

Degna di particolare nota, a tale riguardo, è anche la sentenza 7 luglio 2016, n. 160, con la quale la Consulta - ribadito che l'autonomia dei Comuni non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale a fronte di esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali - ha precisato che *“con specifico riguardo a norme che prevedono la partecipazione degli enti locali ad autorità d'ambito alle quali sia trasferito l'esercizio di competenze in materia di servizi pubblici, la Corte ha ritenuto che norme siffatte non ledano l'autonomia amministrativa degli enti locali, in quanto si limitano a razionalizzarne le modalità di esercizio, al fine di superare la frammentazione nella gestione (sentenza n. 246 del 2009). Naturalmente, ove si opti per l'esercizio delle funzioni mediante organismi associativi, deve essere preservato uno specifico ruolo agli enti locali titolari di autonomia costituzionalmente garantita, nella forma della partecipazione agli organismi titolari dei poteri decisionali, o ai relativi processi deliberativi, in vista del raggiungimento di fini unitari nello spazio territoriale reputato ottimale (sentenza n. 50 del 2013)”*, con ciò chiarendo pertanto che gli interessi di cui sono portatori i singoli Comuni devono trovare tutela e composizione nelle forme aggregative previste dalla normativa di settore.

13.4. Anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare come *“il legislatore statale... se, da un lato, ha attribuito ai comuni il compito di organizzare e gestire i servizi di raccolta e quello di avviare allo smaltimento ed al recupero i rifiuti urbani, in conformità alla ripartizione di competenze effettuata dalla Costituzione... dall'altro, ha tuttavia previsto l'esercizio “associato” di siffatti compiti da parte degli enti*

locali titolari delle stesse (ricadenti nel medesimo Ambito territoriale ottimale)... al fine di consentire economie di scala e differenziazioni idonee a massimizzare l'efficienza del servizio” ciò in quanto “*nell'architettura della legislazione europea, nazionale e regionale, pur nel rispetto del principio di sussidiarietà, sancito dall'art. 118 della Costituzione, non può prescindersi da una gestione razionale e sinergica del ciclo dei rifiuti, con conseguente necessaria compressione dell'autonomia del comune nello stabilire le modalità di svolgimento del servizio*” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 maggio 2020, n. 1681, cit.).

14. Dal quadro normativo delineato e dalla condivisibile giurisprudenza che si è formata sul punto emerge dunque che i Comuni, obbligati ad aderire all'Ambito territoriale per l'esercizio in forma associata delle funzioni, partecipano alla vita associativa e contribuiscono alle decisioni dell'Ente d'Ambito nei modi e con i mezzi previsti dalla legge regionale e dallo Statuto dell'Ente, esercitando le loro prerogative istituzionali all'interno dell'Ente d'Ambito e degli organi ai quali partecipano.

Se infatti è innegabile che all'ATO è trasferita *ex lege* non già la titolarità bensì “l'esercizio” delle competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti (art. 201, comma 2, d.lgs. 152/2006), tuttavia l'obbligatorietà della partecipazione e l'esercizio associato della funzione, lungi dall'aver valenza neutra rispetto all'odierno *thema decidendum*, inevitabilmente stemperano ed attenuano la posizione dei singoli Comuni facenti parte dell'Ente d'Ambito, delimitandone la legittimazione ad impugnare le relative deliberazioni.

Con maggiore sforzo esplicativo, dalla ricostruzione operata ai §§ 13 e ss. discende, ad avviso del Collegio, il necessario corollario per cui il Comune, partecipante obbligatoriamente all'Ente d'Ambito, gode (fatto salvo quanto appresso si dirà al § 15 in ordine alla legittimazione in qualità di “ente esponenziale”) di una legittimazione “attenuata” ad impugnare le deliberazioni dell'E.d.A., vale a dire non generale ed assoluta, ma riconoscibile - anche al fine di non frustrare la *ratio* sottesa alla richiamata normativa statale e regionale - nei soli limiti in cui tali deliberazioni si riflettano negativamente sulla posizione del Comune stesso all'interno dell'E.d.A., pregiudicandone le facoltà partecipative.

14.1. Per le deliberazioni rientranti nell'ambito di competenza dell'E.d.A. ben può dunque trovare applicazione il costante e condivisibile orientamento giurisprudenziale - formatosi principalmente sull'ufficio di consigliere comunale ma evidentemente estensibile anche ai componenti di altri organi rappresentativi - secondo il quale i singoli membri di un organo collegiale sono legittimati ad impugnare le deliberazioni del collegio di cui fanno parte solo se fanno valere le pretese al regolare svolgimento del loro ufficio, giacché, ove fossero legittimati ad impugnare le deliberazioni alla cui assunzione hanno partecipato, verrebbe alterato lo stesso principio della collegialità dell'organo deliberante e del rispetto, da parte della minoranza, della volontà della maggioranza regolarmente formatasi, che è volontà imputabile all'organo.

14.2. Giova precisare che tale orientamento trova applicazione con riferimento non solo alle delibere dell'organo di appartenenza, ma anche di altri organi dello stesso ente, con la conseguenza che i medesimi principi devono trovare applicazione anche per i Comuni che - pur rappresentati nell'Assemblea dei Sindaci sulla base dell'ordito normativo sopra richiamato - non siano parte del Consiglio d'Ambito, venendo pur sempre in rilievo questioni rimesse alla dialettica tra organi dell'ente. I componenti dell'organo non sono infatti di norma legittimati ad agire contro l'Amministrazione di appartenenza “*poiché il processo amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti di organi di uno stesso ente, ma è diretto a risolvere controversie intersoggettive ed atteso che i conflitti interorganici trovano la loro composizione in via amministrativa*” (*ex plurimis*, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 marzo 2022, n. 698,

cit.). In tal senso è stato infatti precisato che *“va esclusa la legittimazione dei consiglieri comunali a impugnare in sede giurisdizionale un atto emesso da un organo dello stesso ente al quale essi appartengono (Sindaco, Giunta comunale e Consiglio comunale), a eccezione dei casi in cui le censure proposte siano rivolte a contestare lesioni della propria sfera giuridica o della propria posizione all'interno dell'organo o dell'ente medesimo, ovvero a contestare la modifica della composizione dell'organo e il relativo funzionamento, ma sempre in relazione a un interesse connesso alla propria sfera giuridica o alla propria posizione all'interno dell'organo o dell'ente”* (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 8 novembre 2006, n. 3749) e che deve ritenersi esclusa *“l'ammissibilità di un'azione di singoli consiglieri in relazione ad un contrasto funzionale tra consiglio comunale e giunta, dal momento che tale contrasto non riguarda in modo diretto il singolo consigliere, ma i consessi dei quali i consiglieri fanno parte, che, come organi della stessa persona giuridica, non sono legittimati a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo, l'uno contro gli atti dell'altro”* (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 marzo 2022, n. 698).

14.3. Sulla base del richiamato orientamento, dunque, la legittimazione all'impugnazione delle deliberazioni collegiali può essere riconosciuta laddove siano adotte violazioni procedurali direttamente lesive del *munus* rivestito dal componente dell'organo o vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sullo *ius ad officium*, che compromettano il corretto esercizio del mandato (come nel caso di erronee modalità di convocazione dell'organo, violazione dell'ordine del giorno, inosservanza del deposito della documentazione necessaria per poter liberamente e consapevolmente deliberare e, più in generale, per tutte quelle circostanze che precludano in tutto o in parte l'esercizio delle funzioni relative all'incarico rivestito; cfr. *ex plurimis* T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 30 novembre 2020, n. 5641), con la precisazione che *“l'impugnabilità delle deliberazioni collegiali da parte del componente dell'organo non è invece mai ammessa per motivi attinenti in via esclusiva al contenuto intrinseco della deliberazione”* (Consiglio di Stato, sez. III, 24 marzo 2022, n. 2164).

14.4. Tali circostanze non ricorrono tuttavia nel caso di specie, considerato che le violazioni denunciate non comportano una compressione delle prerogative del *munus* del singolo Comune rispetto alle delibere adottate dall'Ente d'Ambito, dovendosi d'altronde escludere che *“ogni violazione di forma o di sostanza nell'adozione di una deliberazione (che di per sé può produrre un atto illegittimo impugnabile dai soggetti diretti destinatari o direttamente lesi dal medesimo), si traduca in una automatica lesione dello ius ad officium, giungendosi, altrimenti, al paradosso che qualunque delibera consiliare dovrebbe ritenersi impugnabile dai consiglieri dissenzienti quanto meno con riferimento alla censura relativa alla pretesa conformità di essa al modello legale”* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 giugno 2020, n. 7322).

15. Come anticipato al § 12.3, un distinto profilo di legittimazione può essere ricondotto alla configurazione del Comune quale ente esponenziale della collettività di riferimento, con riguardo alla lesione degli interessi propri della Comunità locale dallo stesso rappresentata.

La giurisprudenza ha avuto infatti modo di stabilire - proprio con riguardo ad ipotesi di impugnazione da parte di un Comune di deliberazioni adottate dall'Ambito Territoriale Ottimale di riferimento - che *“il Comune deve intendersi titolato, quale ente esponenziale degli interessi riferibili alla collettività dei residenti nel suo territorio (come, peraltro, espressamente sancito dall'art. 3 comma 2, d.lg. 18 agosto 2000 n. 267), all'impugnazione dei provvedimenti che hanno attitudine a produrre effetti pregiudizievoli per la comunità locale dallo stesso rappresentata”* (Cons. giust. amm., sez. giurisd., 19 gennaio 2010, n. 45) e che *“il Comune, anche se spogliato di specifiche competenze, nella sua qualità di Ente esponenziale, portatore in via continuativa di interessi diffusi radicati nel*

proprio territorio che fanno capo ad una circoscritta e determinata popolazione residente, è, in astratto, portatore di un interesse pubblico differenziato e qualificato, diverso da quello di cui è titolare l'Autorità nel quale rientra e non può essergli negata a priori la legittimazione a ricorrere" (Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1725, relativa all'impugnazione di un provvedimento di localizzazione di una discarica di rifiuti).

In tale solco si colloca, a ben vedere, anche la stessa sentenza citata dal Comune ricorrente (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 novembre 2009, n. 10719) la quale, nel riconoscere la legittimazione dell'ente locale ad impugnare atti adottati dall'Autorità d'Ambito (sia pure dei servizi idrici integrati ed in un contesto in cui ai sensi della l. n. 36/94, l'organizzazione del servizio rimane affidata ai Comuni, che lo organizzano e "provvedono alla gestione del servizio...mediante le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 8 giugno 1990, n. 142", cfr. art. 9, comma 2), àncora tuttavia la legittimazione al presupposto che i citati atti denotino "l'attitudine a ledere posizioni soggettive di propria pertinenza, relative alle funzioni istituzionalmente individuate dalla legge in materia di servizio idrico integrato e che riguardano, in definitiva, la collettività di cui essi sono enti esponenziali (cfr., da ultimo, Consiglio Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; id. 14 aprile 2008, n. 1725)".

Anche in materia di legittimazione degli enti consorziati rispetto all'ente Consortile, fattispecie in senso lato assimilabile a quella qui in esame, il Consiglio di Stato (sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082) ha posto in luce che "non può quindi revocarsi in dubbio la legittimazione del Comune, quale titolare di competenze sostanziali proprie ed autonome non incise dal modello consortile, ad impugnare gli atti promananti dal consorzio che siano suscettibili di ledere la sfera giuridica dei suoi interessi di riferimento, in relazione alle sue funzioni istituzionalmente individuate dalla legge con riguardo alla titolarità del servizio pubblico di gestione dei rifiuti che riguarda la collettività comunale di cui il Comune è ente esponenziale.....Con detta iniziativa giudiziaria, infatti, il Comune... contesta la correttezza delle modalità dell'esercizio delle sue competenze, con precipuo riguardo alla lesione inferta all'interesse della collettività territoriale di cui il Comune è e resta ente esponenziale per eccellenza".

15.1. Osserva tuttavia il Collegio che, pur volendo accedere alla configurazione, nella presente vicenda, del Comune ricorrente quale ente esponenziale degli interessi rilevanti per la collettività stanziata, sarebbe comunque pur sempre necessaria, ai fini della legittimazione, la sussistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale degli interessi propri della collettività rappresentata (cfr., con riguardo a tale specifico profilo, Consiglio di Stato, sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8683, ove si evidenzia l'esigenza di collegare per l'ente esponenziale "la legittimazione all'esistenza di un danno, diffuso seppure di entità contenuta, che possa ricadere sull'intera collettività e che, non giustificando l'intervento del singolo cittadino, autorizza tuttavia l'ente esponenziale a farsene carico"), lesione tuttavia non comprovata, per come appresso si dirà.

15.2. Nel caso di specie, il Comune ricorrente ricollega la propria legittimazione (ed il proprio interesse) alla scelta di una modalità di gestione del servizio "da cui derivano oneri finanziari ingenti, con grave pregiudizio per la collettività di cui il Comune è Ente esponenziale" (cfr. memoria del 21 ottobre 2023, pag. 4); richiama "la straordinaria rilevanza degli esborsi, a carico del Comune ricorrente, che incidono sulla collettività in termini tariffari e sull'equilibrio economico - finanziario del Comune" (ricorso introduttivo, pag. 26); fa poi riferimento ad "effetti ...devastanti per il Comune ricorrente...per la concreta erogazione del servizio, per il rischio di interruzioni/sospensioni (in danno della collettività) non essendo peraltro chiara la concreta operatività del nuovo soggetto giuridico" (ricorso introduttivo, pag. 26).

15.3. Deve tuttavia osservarsi che i paventati rischi di interruzioni/sospensioni del

servizio assumono connotato meramente eventuale ed ipotetico e che l'Ente locale non ha in alcun modo comprovato la dedotta straordinaria rilevanza degli esborsi a proprio carico - tali da incidere sul proprio equilibrio economico finanziario - ovvero in capo ai singoli cittadini amministrati, né ha efficacemente contrastato le deduzioni dell'amministrazione resistente secondo le quali, viceversa, il modello di gestione prescelto comporterà un considerevole decremento della tariffa a carico dei Comuni dell'ATO (cfr. memoria EdA del 21 ottobre 2023, ove si precisa che *"il valore considerato ... è quello relativo al proprio P.E.F. 2020 ovvero all'entrata tariffaria determinata con il Metodo Tariffario Rifiuti (MTR) basato sui costi relativi all'annualità a-2... ebbene, il Piano d'Ambito e, quindi, il P.E.F. della nuova società in house non prevede alcun incremento della tariffa .. anzi, come emerge dalla stessa tabella a pagina 418, allorché il modello di gestione in house providing andrà effettivamente a regime, il Comune ... vedrà un considerevole decremento della tariffa a suo carico, pari, addirittura, al 45% in meno."*).

Per completezza espositiva, merita inoltre segnalare che, per quanto concerne gli impatti tariffari sulla comunità rappresentata, è stato osservato - con considerazioni mutuabili in questa sede - che *"se è incontestabile che i provvedimenti impugnati abbiano una notevole incidenza e pesanti riflessi sui costi del servizio pubblico di gestione dei rifiuti, servizio che riguarda la collettività comunale di cui l'amministrazione ricorrente è ente esponenziale (cfr. C.d.S., sez. V, 26 agosto 2009 n. 5082), tuttavia non può ammettersi nel nostro ordinamento una azione surrogatoria da parte di un soggetto esponenziale ogni volta che il provvedimento impugnato abbia una incidenza diretta ed immediata nella sfera giuridica di altri soggetti giuridici, i quali soltanto subiscono il pregiudizio economico derivante dalla supposta erronea determinazione delle voci di costo dello smaltimento dei rifiuti. A costoro dunque, e solo ad essi, è concessa la facoltà (e l'onere) di contestare la determinazione tariffaria"* (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26 settembre 2011, n. 4489; in termini analoghi T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 30 aprile 2020, n. 1604 che ha precisato che *"è ben vero che il Comune è l'Ente esponenziale della collettività che sul suo territorio risiede, ma è altrettanto vero che non pertiene a quest'ultimo agire in surroga rispetto all'interesse vantato dai propri cittadini, così come non pertiene al Comune la tutela delle posizioni economiche degli amministrati"*).

16. In conclusione, la legittimazione del Comune, partecipante all'ATO, ad impugnare delibere dell'Ente d'Ambito, se non può essere negata sul piano generale e astratto, tuttavia non sussiste nella fattispecie in esame, considerato che il Comune ricorrente non deduce la lesione di prerogative del *munus* (o della sfera giuridica delle funzioni e competenze istituzionalmente individuate dalla legge in capo all'Ente territoriale), né tantomeno contesta la spettanza in capo all'EdA Avellino delle prerogative *ex lege* attribuite in ordine alla scelta della modalità di gestione ed all'affidamento del servizio.

Piuttosto, ciò che è oggetto di censura è la correttezza delle modalità di esercizio delle competenze dell'Ente d'Ambito e la ragionevolezza della scelta effettuata, con precipuo riguardo alla (presunta) lesione inferta sotto il profilo economico al bilancio comunale e ai singoli cittadini utenti del servizio.

Tuttavia, il Comune non dimostra un danno reale in termini di incidenza sul bilancio comunale (per cui il ricorso si presenta, in relazione a tale profilo, anche inammissibile per carenza di interesse), mentre - per quanto concerne l'incremento dei costi a carico della collettività - finisce per proporre sostanzialmente un'azione surrogatoria nell'interesse del singolo utente inciso, non ammissibile per quanto più sopra indicato; ciò che residua, in ultima analisi, è una pretesa alla legalità dell'azione amministrativa, incompatibile con il nostro sistema di giurisdizione soggettiva.

17. Il gravame deve essere pertanto dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione.

18. Stante la complessità delle questioni trattate, può disporsi la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti.

19. Il contributo unificato versato dalla parte ricorrente in base alla tariffa del rito “ordinario” deve essere integrato.

Nella specie, si tratta infatti di ricorso assoggettato al rito “abbreviato” di cui all’art. 119 c.p.a., in quanto ha ad oggetto delibere dell’Ente d’Ambito dell’Ambito Ottimale di Avellino (che è un ente locale, in base alle previsioni di cui all’art. 25 della legge regionale Campania 26 maggio 2016, n. 14), concernenti la costituzione di una società per il servizio di gestione integrata dei rifiuti.

La norma applicabile è quindi quella di cui all’art. 119, comma 1, lett. c), c.p.a., che prevede l’applicazione di tale rito per i giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a <<provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali>>.

La Segreteria dovrà quindi provvedere a richiedere alla parte ricorrente la conseguente integrazione del contributo unificato versato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara inammissibili.

Spese compensate.

Manda alla Segreteria di curare gli incumbenti di cui in motivazione relativi alla integrazione del contributo unificato versato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2023 con l’intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Anna Saporito, Referendario, Estensore

Raffaele Esposito, Referendario

L’ESTENSORE

Anna Saporitoi

IL PRESIDENTE

Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO

Publicato il 26/05/2023

N. 05217/2023 REG. PROV. COLL.

N. 03697/2022 REG. RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3697 del 2022, proposto da Comune di Latina, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Paolo Cavalcanti e Anna Caterina Egeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Parsifal Consorzio di Cooperative Sociali – Società Cooperativa Sociale Impresa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ninfea Coop. Soc., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), 28 marzo 2022, n. 280.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Parsifal Consorzio di Cooperative Sociali – Società Cooperativa Sociale Impresa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2022 il Cons. Giorgio Manca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 14 novembre 2021 il Comune di Latina (capofila del distretto "Latina 2", formato anche dai Comuni di Sermoneta, Norma, Pontinia e Sabaudia) ha pubblicato un avviso per l'individuazione di un *partner* con cui progettare e gestire il servizio di accesso, valutazione e progettazione delle attività di interesse generale da garantire sul territorio, in attuazione del piano sociale di zona 2021-2023, ai sensi dell'art. 55 d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 (d'ora in avanti: codice TS), del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 31 marzo 2021 n. 72 e della delibera di Giunta regionale n. 326 del 13 giugno 2017, tra le quali: il servizio di segretariato sociale, il punto unico di accesso, il servizio sociale professionale, il sostegno socio-educativo domiciliare, la mediazione familiare-centro per la famiglia e il pronto intervento sociale.

Alla procedura hanno partecipato il Consorzio di cooperative sociali Parsifal e la società cooperativa Ninfea. All'esito delle operazioni di gara, con determinazione

dirigenziale n. 2002 del 29 novembre 2021 la Società Cooperativa Ninfea è stata individuata quale ente attuatore per l'elaborazione del progetto definitivo del servizio, unitamente ai rappresentati degli enti locali che compongono il Distretto Latina 2.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, il Consorzio Parsifal ha impugnato la suddetta determinazione, deducendo in particolare la violazione dell'art. 55 del codice TS in tema di co-programmazione e co-progettazione dei servizi sociali e dell'art. 56 del medesimo codice, per il difetto della necessaria gratuità del servizio dato in affidamento alle associazioni di volontariato o di promozione sociale.

3. Con sentenza del 28 marzo 2022, n. 280, il T.a.r. ha accolto in parte il ricorso rilevando la violazione dell'art. 56 del codice TS (secondo cui le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale «*possono prevedere esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate*») in quanto la previsione del riconoscimento del rimborso dei costi indiretti a beneficio dell'ente attuatore prescelto, in una misura percentuale dei costi diretti ammessi a rimborso (pari al 14,55%), dimostra l'assenza di collegamento con una effettiva spesa sostenuta, documentata e rendicontata, in contrasto con quanto previsto dal citato art. 56.

4. Il Comune di Latina, rimasto soccombente, ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza sulla base di plurime censure.

5. Resiste in giudizio il Consorzio Parsifal, chiedendo la reiezione del gravame.

Il Consorzio propone anche appello incidentale con cui reitera il motivo concernente la violazione dell'art. 55 del codice TS e del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 72/2021 (recante linee guida sul codice del terzo settore), poiché il Comune di Latina avrebbe sostanzialmente ommesso la fase di co-programmazione, per il mancato coinvolgimento degli enti del terzo settore nella programmazione dei servizi; e anche la fase di co-progettazione, come si evincerebbe dal fatto che il servizio oggetto della procedura era puntualmente definito in ogni particolare nel documento di massima approvato dai comuni, per cui non sussisterebbe quel collegamento tra co-progettazione e affidamento del servizio di cui all'art. 55 cit.

5. All'udienza del 17 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Con il primo motivo, l'appellante Comune di Latina deduce l'ingiustizia della sentenza per la violazione dell'art. 56 del codice TS, inapplicabile nella fattispecie in esame che ha per oggetto le forme di partenariato di cui all'art. 55 del codice TS, non la stipula delle convenzioni (le sole per le quali l'art. 56 prevederebbe il requisito della gratuità). La co-progettazione, di cui all'art. 55 del codice TS, riguarderebbe progetti innovativi e specifici, che richiedono interventi di tipo organizzativo, economico, gestionale e finanziario; le convenzioni di cui all'art. 56 del codice TS riguarderebbero, invece, attività e interventi esigibili da talune, specifiche, tipologie di enti del terzo settore, le quali si avvalgono in maniera prevalente delle prestazioni dei volontari associati. Le procedure di co-progettazione non debbono necessariamente essere a "costo zero": anzi, il contenuto economico, in specie a fronte di progetti, attività e interventi complessi, costituisce un elemento caratterizzante questa specifica modalità di relazione pubblico privato.

Il primo giudice, quindi, erroneamente ha accomunato le due diverse situazioni contemplate dagli artt. 55 e 56 del Codice TS.

6.1. Sotto altro profilo denuncia l'erroneità della sentenza per non aver tenuto in considerazione l'impostazione complessiva della *lex specialis* dalla cui lettura completa e sistematica si ricaverebbe che il valore pari al 14,55 per cento rappresenta solo una

soglia non oltrepassabile, entro la quale le spese indirette sono rimborsabili solo se documentate e rendicontate. La previsione, pertanto, non integrerebbe una forma di rimborso forfetario dei costi.

7. L'appello è infondato.

7.1. Considerata la rilevanza della questione sollevata con l'appello in esame appare necessario delineare sinteticamente il complessivo quadro normativo in cui essa si iscrive.

7.2. Secondo l'art. 55 del codice TS:

- «*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 [...]*»;

- «*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*».

L'art. 56, con riferimento alle convenzioni che le medesime amministrazioni pubbliche «*possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale*» (comma 1), stabilisce che detti accordi «*possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate*».

7.3. La disciplina dettata dal Titolo VII del codice TS si articola, pertanto, intorno ad almeno quattro fasi procedurali. La prima è costituita dalla pubblicazione dell'avviso (in applicazione dei principi di trasparenza e imparzialità contemplati all'art. 55, comma 4) per l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato; la seconda, dalla presentazione delle candidature e dalla selezione del candidato *partner* dell'ente; la terza, dalla co-progettazione da realizzare tra il soggetto selezionato e l'amministrazione; la quarta è costituita dalla stipula della convenzione con il soggetto che ha collaborato alla progettazione degli interventi e a cui è affidata l'attuazione di questi.

7.4. È in quest'ultima fase che si profila la questione della natura gratuita dei servizi oggetto dell'affidamento, elemento essenziale (anche) della convenzione tra l'amministrazione e il soggetto che ha contribuito alla progettazione degli interventi e a cui viene affidata la realizzazione degli specifici progetti (arg. art. 55, comma 3: «*La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione [...]*»).

In tale contesto, per stabilire il contenuto della nozione di gratuità occorre muovere dalle considerazioni svolte nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e il codice del terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017) nella parte in cui disciplina l'affidamento di servizi sociali a soggetti o enti del c.d. terzo settore. Premesso che, di regola, «*l'affidamento dei*

servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario» (pag. 13 del parere), si è sottolineato come in determinate ipotesi «la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché [...] la procedura disciplinata dal diritto interno [...] miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito», il che si giustifica essenzialmente per il fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi.

La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice del terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e del codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento (in termini anche Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232).

7.5. La formula utilizzata dall'art. 56 del codice TS, facendo riferimento al (solo) «rimborso [...] delle spese effettivamente sostenute e documentate», appare recepire pienamente l'indirizzo affermato dalla Corte di giustizia dell'U.E., secondo cui l'affidamento diretto di servizi alle associazioni di volontariato (nella specie si trattava del servizio di trasporto sanitario di urgenza) si giustifica, nel diritto unionale, solo se «l'attività delle associazioni di volontariato [sia] svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. Relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse» (cfr. Corte di giustizia U.E., sez. V, 11 dicembre 2014 in causa C-113/13, in specie al punto 62).

Ciò posto, è certamente da escludere la possibilità di rimborsare forfetariamente le spese e i costi diretti o indiretti sopportati per l'attività svolta dalle associazioni di volontariato o di promozione sociale, metodo che, per definizione, prescinde dalla verifica di quanto effettivamente speso.

Pertanto, applicando gli enunciati principi al caso di specie, occorre rilevare come le previsioni contenute al punto 9.2-b, del documento di massima allegato all'avviso del 14 novembre 2021, nel prevedere la corresponsione del «valore percentuale del tasso forfettario dei costi indiretti, ammissibile e rendicontabile a fronte di costi diretti eleggibili, [...] pari al 14,55%», si discostano dal concetto normativo di rimborso ammissibile secondo l'art. 56, comma 2, del codice TS.

8. In conclusione, l'appello va respinto.

9. Quanto all'appello incidentale autonomo proposto dal Consorzio Parsifal, è fondato nei limiti di cui appresso.

9.1. Come anticipato, l'appellante incidentale censura la sentenza per aver respinto il primo motivo di ricorso con cui è stata dedotta la violazione dell'art. 55 del codice TS e del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 2021 (linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore), in quanto il Comune di Latina non avrebbe promosso alcun coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore nelle fasi di co-programmazione dei servizi.

9.2. Sarebbe mancato, inoltre, il necessario collegamento tra la fase di co-progettazione e l'affidamento del servizio al soggetto che ha contribuito alla progettazione; collegamento che costituirebbe la *ratio* dell'art. 55 del codice TS, non potendo

essere oggetto di tale procedura servizi già in essere. Secondo l'appellante incidentale, infatti, il servizio oggetto della procedura di co-progettazione era già puntualmente definito in ogni particolare nel documento di massima allegato all'avviso pubblico (e corrispondeva al servizio già gestito dal Consorzio ricorrente). Il documento di massima, quindi, finirebbe con il coincidere con un capitolato d'appalto, prevedendo anche un corrispettivo per i servizi appaltati, mascherato come rimborso dei costi diretti e indiretti (i primi rappresentati dai «*costi sostenuti per il personale valorizzati al costo orario lordo come indicato dalla tabella del CCNL Cooperative Sociali*», i secondi remunerati forfetariamente per il 14,55 per cento dei costi diretti).

10. Il primo profilo è infondato.

10.1. Come bene ha rilevato il primo giudice, la fase di programmazione dei servizi e degli interventi – seppure svolta con le modalità procedurali previste dall'art. 48 della legge della Regione Lazio 10 agosto 2016, n. 11, in tema di piano sociale di zona - ha visto il coinvolgimento anche dei rappresentanti degli enti del terzo settore e in specie delle reti associative (quali Forum Terzo Settore, Coordinamento Vialibera, CSV e FISH Lazio) che, ai sensi degli artt. 4, comma 1 e 41, comma 1, codice TS, sono soggetti del terzo settore.

10.2. Peraltro l'art. 55, primo comma, solo genericamente prevede che le amministrazioni «*assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore*», senza prescrivere specifiche modalità procedurali attraverso le quali debba svolgersi la programmazione né indicare strumenti mediante i quali individuare i soggetti da coinvolgere. Sul punto la norma (come a suo tempo segnalato anche dal parere del Consiglio di Stato, commissione speciale, 31 maggio 2017, reso sullo schema di codice del terzo settore) si limita a richiamare i principi di cui alla legge n. 241 del 1990 e a rinviare alle norme «*che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare quelle relative alla programmazione sociale di zona*». Né potrebbe essere estesa alla co-programmazione la disciplina dell'art. 55, comma 4 (secondo la quale «*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*»: comma 4) testualmente dettata «*[a]i fini di cui al comma 3*», ossia per la diversa fase della co-progettazione.

10.3. Ne consegue che non appare censurabile la modalità procedurale scelta dal Comune di Latina che trova sostegno anche nel testuale rinvio, operato dall'art. 55 cit., alle norme «*relative alla programmazione sociale di zona*» (nella specie, come già segnalato, si è proceduto ai sensi dell'art. 48 della legge della Regione Lazio 10 agosto 2016, n. 11, in tema di approvazione del piano sociale di zona).

11. Il secondo profilo di censura è fondato.

11.1. Nell'articolato sistema dell'art. 55 del codice TS, dalla co-programmazione dovrebbero emergere, in primo luogo, i bisogni da soddisfare, i servizi da promuovere e gli interventi da realizzare, oltre alla ricognizione delle risorse disponibili nei diversi settori di cui all'art. 5 del codice TS. La co-progettazione, invece, ha la funzione di attuazione concreta di quanto è stato programmato; e la procedura di evidenza pubblica delineata dal comma 4 dell'art. 55 (già richiamato sopra) è funzionale alla individuazione del soggetto appartenente al Terzo settore con il quale collaborare nella stesura della puntuale progettazione degli interventi previsti nell'atto programmatico, insieme con l'amministrazione procedente. Solo all'esito della fase progettuale dei singoli servi-

zi o interventi si può procedere alla definizione dei contenuti della convenzione per la realizzazione degli interventi progettati.

11.2. Nel caso di specie, il “documento di massima” allegato all’avviso pubblico del 14 novembre 2021 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 (e a tale incertezza contribuisce anche la previsione di un rimborso delle spese e dei costi che non rispetta – come si è veduto esaminando l’appello principale - il criterio dell’art. 56, comma 2 del codice TS). 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.

12. In conclusione, l’appello principale va respinto; l’appello incidentale va accolto e, in parziale riforma della sentenza impugnata, va accolto anche il primo motivo del ricorso di primo grado.

13. Considerata la novità delle questioni esaminate, nonché la parziale soccombenza reciproca, si giustifica la compensazione tra le parti delle spese giudiziali per il doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto:

- rigetta l’appello principale;
- accoglie l’appello incidentale e, per l’effetto, in parziale riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina (Sezione Prima), 28 marzo 2022, n. 280, accoglie il ricorso di primo grado anche quanto al vizio di cui al punto 11 ss. della motivazione.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022 con l’intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente
Pierfrancesco Ungari, Consigliere
Angela Rotondano, Consigliere
Elena Quadri, Consigliere
Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L’ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 26/05/2023

N. 05218/2023 REG. PROV. COLL.
N. 03702/2022 REG. RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3702 del 2022, proposto da Comune di Latina, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Paolo Cavalcanti e Anna Caterina Egeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Parsifal Consorzio di Cooperative Sociali – Società Cooperativa Sociale Impresa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ninfea Coop. Sociale, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina (Sezione Prima), 28 marzo 2022, n. 281, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Parsifal Consorzio di Cooperative Sociali – Società Cooperativa Sociale Impresa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2022 il Cons. Giorgio Manca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 16 novembre 2021 il Comune di Latina (capofila del distretto "Latina 2", formato anche dai Comuni di Sermoneta, Norma, Pontinia e Sabaudia) ha pubblicato un avviso per l'individuazione di un *partner* con cui progettare e gestire le «Misure per il sostegno e l'inclusione sociale del distretto Latina 2», ai sensi dell'art. 55, d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117, del d.m. 31 marzo 2021 n. 72 e della delibera della Giunta regionale 13 giugno 2017 n. 326.

Alla procedura hanno partecipato il Consorzio di cooperative sociali Parsifal e la società cooperativa Ninfea. All'esito delle operazioni di gara, con determinazione dirigenziale n. 2004 del 29 novembre 2021 la Società Cooperativa Ninfea è stata individuata quale ente attuatore per l'elaborazione del progetto definitivo del servizio, unitamente ai rappresentati degli enti locali che compongono il Distretto Latina 2.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata

di Latina, il Consorzio Parsifal ha impugnato la suddetta determinazione, deducendo in particolare la violazione dell'art. 55 del d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 (Codice del terzo settore, d'ora in avanti: codice TS) in tema di co-programmazione e co-progettazione dei servizi sociali e dell'art. 56 del medesimo codice, per il difetto della necessaria gratuità del servizio dato in affidamento alle associazioni di volontariato o di promozione sociale.

3. Con sentenza del 28 marzo 2022, n. 281, il T.a.r. ha accolto in parte il ricorso rilevando la violazione dell'art. 56 del codice TS (secondo cui le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale «*possono prevedere esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate*») in quanto la previsione del riconoscimento del rimborso dei costi indiretti a beneficio dell'ente attuatore prescelto, in una misura percentuale dei costi diretti ammessi a rimborso (pari al 9,14 per cento), dimostra l'assenza di collegamento con una effettiva spesa sostenuta, documentata e rendicontata, in contrasto con quanto previsto dal citato art. 56.

4. Il Comune di Latina, rimasto soccombente, ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza sulla base di un unico motivo.

5. Resiste in giudizio il Consorzio Parsifal, chiedendo la reiezione del gravame.

5.1. All'udienza del 17 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Con l'unico, articolato motivo, l'appellante Comune di Latina deduce l'ingiustizia della sentenza per la violazione dell'art. 56 del codice TS, inapplicabile nella fattispecie in esame che ha per oggetto le forme di partenariato di cui all'art. 55 del codice TS, non la stipula delle convenzioni (le sole per le quali l'art. 56 prevederebbe il requisito della gratuità). La co-progettazione, di cui all'art. 55 del codice TS, riguarderebbe progetti innovativi e specifici, che richiedono interventi di tipo organizzativo, economico, gestionale e finanziario; le convenzioni di cui all'art. 56 del codice TS riguarderebbero, invece, attività e interventi esigibili da talune, specifiche, tipologie di enti del terzo settore, le quali si avvalgono in maniera prevalente delle prestazioni dei volontari associati. Le procedure di co-progettazione non debbono necessariamente essere a "costo zero": anzi, il contenuto economico, in specie a fronte di progetti, attività e interventi complessi, costituisce un elemento caratterizzante questa specifica modalità di relazione pubblico privato.

Il primo giudice, quindi, erroneamente ha accomunato le due diverse situazioni contemplate dagli artt. 55 e 56 del Codice TS.

6.1. Sotto altro profilo, denuncia l'erroneità della sentenza per non aver tenuto in considerazione l'impostazione complessiva della *lex specialis* dalla cui lettura completa e sistematica si ricaverebbe che il valore del 9,14 per cento rappresenta solo una soglia non oltrepassabile, entro la quale le spese indirette sono rimborsabili solo se documentate e rendicontate. La previsione, pertanto, non integrerebbe una forma di rimborso forfetario dei costi.

7. L'appello è infondato.

7.1. Considerata la rilevanza della questione sollevata con l'appello in esame appare necessario delineare sinteticamente il complessivo quadro normativo in cui essa si iscrive.

7.2. Secondo l'art. 55 del codice TS:

- «*1 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 [...]»;

- «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».

L'art. 56, con riferimento alle convenzioni che le medesime amministrazioni pubbliche «possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale» (comma 1), stabilisce che detti accordi «possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate».

7.3. La disciplina dettata dal Titolo VII del codice TS si articola, pertanto, intorno ad almeno quattro fasi procedurali. La prima è costituita dalla pubblicazione dell'avviso (in applicazione dei principi di trasparenza e imparzialità contemplati all'art. 55, comma 4) per l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato; la seconda, dalla presentazione delle candidature e dalla selezione del candidato partner dell'ente; la terza, dalla co-progettazione da realizzare tra il soggetto selezionato e l'amministrazione; la quarta è costituita dalla stipula della convenzione con il soggetto che ha collaborato alla progettazione degli interventi e a cui è affidata l'attuazione di questi.

7.4. È in quest'ultima fase che si profila la questione della natura gratuita dei servizi oggetto dell'affidamento, elemento essenziale (anche) della convenzione tra l'amministrazione e il soggetto che ha contribuito alla progettazione degli interventi e a cui viene affidata la realizzazione degli specifici progetti (arg. art. 55, comma 3: «La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione [...]»).

In tale contesto, per stabilire il contenuto della nozione di gratuità occorre muovere dalle considerazioni svolte nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e il codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017) nella parte in cui disciplina l'affidamento di servizi sociali a soggetti o enti del c.d. Terzo settore. Premesso che, di regola, «l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario» (pag. 13 del parere), si è sottolineato come in determinate ipotesi «la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché [...] la procedura disciplinata dal diritto interno [...] miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, lente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito», il che si giustifica essenzialmente per il fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi.

La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice del terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e del codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento (in termini anche Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232).

7.5. La formula utilizzata dall'art. 56 del codice TS, facendo riferimento al (solo) «rimborso [...] delle spese effettivamente sostenute e documentate», appare recepire pienamente l'indirizzo affermato dalla Corte di giustizia dell'U.E., secondo cui l'affidamento diretto di servizi alle associazioni di volontariato (nella specie si trattava del servizio di trasporto sanitario di urgenza) si giustifica, nel diritto unionale, solo se «l'attività delle associazioni di volontariato [sia] svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. Relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse» (cfr. Corte di giustizia U.E., sez. V, 11 dicembre 2014 in causa C-113/13, in specie al punto 62).

Ciò posto, è certamente da escludere la possibilità di rimborsare forfetariamente le spese e i costi diretti o indiretti sopportati per l'attività svolta dalle associazioni di volontariato o di promozione sociale, metodo che, per definizione, prescinde dalla verifica di quanto effettivamente speso.

Pertanto, applicando gli enunciati principi al caso di specie, occorre rilevare come le previsioni contenute al punto 8.1-b, del documento di massima allegato all'avviso del 16 novembre 2021, nel prevedere la corresponsione del «valore percentuale del tasso forfettario dei costi indiretti, ammissibile e rendicontabile a fronte di costi diretti eleggibili, [...] pari al 9,14%», si discostano dal concetto normativo di rimborso ammissibile secondo l'art. 56, comma 2, del codice TS.

8. In conclusione, l'appello va respinto.

9. Considerata la novità delle questioni esaminate, nonché la parziale soccombenza reciproca, si giustifica la compensazione tra le parti delle spese giudiziali per il presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa tra le parti le spese giudiziali per il presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente
Pierfrancesco Ungari, Consigliere
Angela Rotondano, Consigliere
Elena Quadri, Consigliere
Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

Corte di Giustizia UE, sez. V, sentenza 19 ottobre 2023, C-186/22**Trasporto pubblico locale – Contratti pubblici – Aggiudicazione diretta – Trasporto multimodale – Compensazione degli obblighi di pubblico servizio – Aiuti di Stato – Legittimità – Condizioni**

L'art. 1, paragrafo 2, del regolamento CE 23 ottobre 2007, n. 1370 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, non è applicabile a un contratto misto di servizi pubblici di trasporto multimodale di passeggeri comprendente il trasporto con tramvia, funicolare e funivia, anche se il trasporto su rotaia rappresenta la parte maggioritaria dei servizi di trasporto affidati in gestione.

L'articolo 107, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che non configura «*aiuto di Stato*», ai sensi di tale disposizione, la compensazione di obblighi di servizio pubblico erogata a un operatore interno nell'ambito di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri da parte di un'autorità competente a livello locale che è stata calcolata sulla base dei costi di gestione che sono, da un lato, determinati tenendo conto dei costi precedenti del servizio reso dall'operatore uscente e, dall'altro, rapportati a costi o corrispettivi anch'essi relativi all'aggiudicazione precedente o, comunque, concernenti parametri standard di mercato riferibili alla generalità degli operatori del settore interessato, purché il ricorso a siffatti elementi conduca alla determinazione di costi che riflettono quelli che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi necessari al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi.

* * *

Corte costituzionale, 6 novembre 2023, n. 200**Enti locali – Segretario comunale – Diritti di rogito – Limiti attribuzione della quota**

La violazione del principio di eguaglianza non può essere invocata quando la disposizione di legge da cui è tratto il *tertium comparationis* si riveli derogatoria di una regola generale. In questo caso la funzione del giudizio di legittimità costituzionale alla stregua dell'art. 3 Cost. non può coincidere che con il ripristino della disciplina generale, ingiustificatamente derogata da quella particolare e non con l'estensione ad altri casi di quest'ultima, la quale aggraverebbe, anziché eliminare, il difetto di coerenza del sistema normativo.

Il principio del buon andamento della pubblica amministrazione non può essere associato all'entità della retribuzione, la quale non è legata da un vincolo funzionale all'efficiente organizzazione amministrativa. Nel caso in cui un intervento sulla retribuzione produca un effetto dissuasivo, esso non è automaticamente di pregiudizio al

buon andamento della pubblica amministrazione, posto che l'efficienza della macchina amministrativa non è di per sé scalfita dal fatto che determinate funzioni siano esercitate da personale che non gode del livello retributivo massimo consentito ma dispone, comunque, di adeguata competenza e professionalità.

I diritti di segreteria sono prestazioni pecuniarie dovute alla pubblica amministrazione dai destinatari di alcune attività da questa compiute nello svolgimento delle sue funzioni di diritto pubblico ed hanno natura di tributi.

Sono dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli art. 3, 36 e 97 Cost., nonché ai principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, dell'art. 10, comma 2-*bis*, anche in combinato disposto con il comma 1, del d.l. n. 90 del 2014, nella parte in cui limita l'attribuzione di una quota dei diritti di rogito spettanti all'ente locale ai segretari comunali che non abbiano qualifica dirigenziale o che prestino servizio in enti locali privi di personale con qualifica dirigenziale, anziché prevederla per tutti i segretari comunali e provinciali. La disposizione censurata non mina i presupposti dell'atto urgente, in quanto persegue finalità di razionalizzazione della spesa pubblica e di sostegno alla finanza locale con misure volte alla rimodulazione del trattamento economico di una categoria di dipendenti degli enti locali, che non risultano né estranee, né intrusive rispetto alla relativa cornice teleologica. Né determina una disparità di trattamento, in quanto la disposizione esprime due norme, di cui una, dettata dal fine di attenuare l'impatto della soppressione dei diritti su chi fruisce di un trattamento economico più basso, derogatoria rispetto all'altra: con la conseguenza di non poter costituire un utile termine di confronto, non rispondendo le situazioni introdotte alla medesima ragione giustificatrice e non risultando omogenee, né sul piano funzionale, né su quello soggettivo. Essa neppure mina l'adeguatezza e la proporzionalità della retribuzione, in quanto sopprime solo un trattamento aggiuntivo. Conseguentemente non si rileva un contrasto nemmeno con i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, in quanto l'esigenza di ripristinare criteri di equità e ragionevolezza, rimuovendo le sperequazioni e le incongruenze insite in un trattamento economico di favore, è da ritenersi preponderante. Né è violato il canone di ragionevolezza, sia per il carattere remoto dell'ipotesi di un segretario che, pur non avendo qualifica dirigenziale, presti servizio presso un ente con dirigenti, sia in quanto, anche qualora ciò avvenisse, l'interessato continuerebbe a percepire uno stipendio tabellare largamente inferiore rispetto a quello riconosciuto ai segretari con qualifica dirigenziale. Infine, non è leso il principio del buon andamento, in quanto non si produce un effetto disincentivante, risultando l'esercizio della funzione rogante connesso ai compiti istituzionali e non essendo legato da un vincolo funzionale all'efficiente organizzazione amministrativa.

* * *

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 novembre 2023, n. 32559

Concessioni demaniali – Demanio – Regime di proroga - Eccesso di potere giurisdizionale – Intervento del terzo

È ammissibile la proposizione del ricorso per cassazione *ex art.* 111, u.c., Cost. per “motivi di giurisdizione” anche avverso una sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che non abbia definito il merito del giudizio ma si sia limitata, *ex art.* 99, comma 4, c.p.a., ad enunciare il principio di diritto ed a restituire per il resto il giudizio alla sezione deferente, in quanto sussiste un'incondizionata ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali aventi forma di sentenza, senza necessità di ulteriore scrutinio sulla loro portata decisoria;

Costituisce “motivo di giurisdizione” ex art. 111, u.c., Cost. deducibile a mezzo di ricorso per cassazione avverso una sentenza del Consiglio di Stato sotto forma di diniego ovvero rifiuto della tutela giurisdizionale (e non mero *error in procedendo*) quello con cui si denuncia che il giudice amministrativo ha dichiarato, in via pregiudiziale, l’inammissibilità dell’intervento spiegato dinanzi a sé da parte di un ente portatore di un interesse collettivo o di un ente territoriale senza esaminare in concreto il contenuto dei loro statuti o valutare la loro concreta capacità di farsi portatori degli interessi della collettività di riferimento in quanto trattati di questione connessa al rango dell’interesse legittimo sostanziale fatto valere dagli interventori e siffatta pronuncia del giudice amministrativo ha l’effetto di degradare tale posizione giuridica subiettiva a interesse di mero fatto non giustiziabile.

Corte di Cassazione, Civile, sez. I, 13 novembre 2023, n. 31550

Enti locali – Elezioni – Natura personale incandidabilità – Comuni sciolti in filtrazioni mafiose

La natura personale della misura della declaratoria di incandidabilità degli amministratori locali richiede una particolare personalizzazione degli addebiti da muovere a ciascuno di essi. Si rende, pertanto, necessario verificare la sussistenza sia dell’elemento soggettivo, costituito dall’incapacità di contrastare efficacemente le ingerenze e le pressioni delle organizzazioni criminali, che dell’elemento oggettivo, ovvero la sussistenza di una condotta inefficiente, disattenta ed opaca, che si sia tradotta in una cattiva gestione della cosa pubblica, che ha reso possibile l’asservimento dell’amministrazione alle pressioni inquinanti delle associazioni criminali.

Corte di Cassazione, Civile, sez. II, 27 ottobre 2023, n. 29828

Enti locali – Nullità contratto – Determina – Visto di regolarità contabile – Copertura finanziaria

In relazione ai contratti dell’ente locale conclusi in forma scritta sulla base di determina a contrattare del responsabile del servizio, la copertura finanziaria prescritta esige non soltanto l’indicazione del capitolo di bilancio al quale imputare la spesa, ma anche il visto di regolarità contabile recante l’attestazione della disponibilità effettiva di risorse in bilancio.

Corte di Cassazione, Civile, sez. I, 13 ottobre 2023, n. 28542

Enti locali – Elezioni – Incompatibilità – Carica di consigliere comunale – Termine per eliminare la causa di incompatibilità – Carattere perentorio – Conseguenze

In tema di elettorato passivo, l’art. 69 del d.lgs. n. 267 del 2000 (cd. “TUEL”) prevede un procedimento in più fasi, ciascuna scandita da termini perentori, prima di giungere alla dichiarazione di decadenza del consigliere dell’ente locale in seguito al verificarsi di una causa di incompatibilità con la carica pubblica, con la conseguenza che, scaduti i dieci giorni dall’invito a rimuoverla ed intervenuta la dichiarazione di decadenza, è irrilevante qualsiasi atto o fatto che ponga fine alla situazione di incompatibilità.

* * *

Consiglio di Stato, sez. V, 11 dicembre 2023, n. 10640

Contratti pubblici – Appalti di servizi – Raggruppamenti temporanei di operatori economici – Requisiti dei mandanti

Negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di operatori economici non vige *ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara. Ne consegue che la legge non stabilisce la misura dei requisiti che i mandanti devono possedere, rimandando a tal fine alle eventuali previsioni di gara; né tali requisiti sono riconducibili *sic et simpliciter* alla quota di partecipazione al Raggruppamento Temporaneo, attesa appunto l'insussistenza di un principio di simmetria fra partecipazione e qualificazione.

Consiglio di Stato, sez. IV, 4 dicembre 2023, n. 10487

Pianificazione urbanistica – Piano attuativo comunale di iniziativa pubblica adottato dopo l'indizione dei comizi elettorali – Dichiarazione di pubblica utilità di opere private

La disposizione di cui all'art. 38, comma 5, d.lgs. n. 267 del 2000, secondo la quale dopo l'indizione dei comizi elettorali possono essere adottati in materia solamente gli atti urgenti e improrogabili, è strettamente riferibile agli atti di competenza dei Consigli comunali, secondo l'interpretazione correttamente data anche dal Ministero dell'interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali con parere circolare del 4 febbraio 2020; i limiti posti dalla disposizione non hanno riguardo alla materia, bensì all'attività dell'organo Consiglio comunale. Ove la disposizione si riferisse alla Giunta, si determinerebbe una paralisi dell'attività amministrativa degli enti locali nel periodo pre-elettorale. Infatti, la Giunta comunale ha competenza sull'approvazione dei piani attuativi, qualora non comportino variante allo strumento urbanistico generale.

Qualora con legge regionale sia previsto che le procedure di adozione e approvazione del piano attuativo comunale sostituiscano quelle degli strumenti urbanistici attuativi delle previsioni di pianificazione comunale e sovracomunale, ivi compresi i piani delle aree da destinare a insediamenti produttivi, sussiste in ogni caso la possibilità di approvare i contenuti dei PIP attraverso strumenti urbanistici diversamente denominati, quali i PAC.

In tal caso, la delibera di approvazione del PAC equivale a dichiarazione di pubblica utilità e consente di disporre la successiva espropriazione delle aree interessate, anche per la realizzazione di insediamenti di interesse privatistico.

Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2023, n. 9622

Accesso agli atti – Presupposti – Ammissibilità – Onere probatorio

La possibilità di acquisire i documenti postula la materiale detenzione dell'Amministrazione cui è rivolta l'istanza. Tale presupposto va acquisito in termini di fatto costitutivo della pretesa ostensiva, pertanto, la sua dimostrazione grava sulla parte che intenda far valere il diritto, la quale può assolvervi anche attraverso presunzioni, ovvero in via indiziaria, ma non tramite mere supposizioni.

In assenza di prova della effettiva esistenza e disponibilità della documentazione richiesta, non è possibile ingiungere a un'amministrazione di consentire l'accesso ad alcunché, perché si tratterebbe di ordine che risulterebbe per definizione insuscettibile di essere eseguito.

Ove l'amministrazione dichiara di non detenere il documento, assumendosi la responsabilità della veridicità della sua affermazione, non sarà possibile l'esercizio dell'accesso. Al cospetto di una dichiarazione espressa dell'amministrazione di inesistenza di un determinato atto, non vi sono margini per ordinare l'accesso, rischiandosi altrimenti una statuizione impossibile da eseguire per mancanza del suo oggetto, che si profilerebbe, dunque, come *inutiliter data*.

Il diritto di accesso ha ad oggetto documenti formati e quindi venuti ad esistenza che si trovino nella certa disponibilità dell'Amministrazione, non potendo l'esercizio di tale diritto o l'ordine di esibizione impartito dal giudice, alla luce del principio generale per cui "*ad impossibilia nemo tenetur*" e per evidenti ragioni di buon senso, riguardare documenti non più esistenti o mai formati; laddove infatti l'esistenza del documento sia incerta o solo eventuale o ancora di là da venire, l'azione di accesso agli atti non può essere ritenuta ammissibile.

C.G.A.R.S., 7 novembre 2023, n. 472

Pianificazione urbanistica – Autotutela – Discrezionalità – Presupposti

L'esercizio del potere di autotutela è, anche in materia di governo del territorio, espressione di una rilevante discrezionalità che non esime l'amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti. In particolare, il potere di autotutela deve essere esercitato dalla p.a. entro un termine ragionevole, tanto più quando il privato, in ragione del tempo trascorso, ha riposto, con la realizzazione del progetto, un ragionevole affidamento sulla regolarità dell'autorizzazione edilizia.

Il termine «ragionevole», previsto dall'art. 21-nonies, entro cui esercitare la potestà di autotutela, decorre dalla conoscenza da parte dell'amministrazione dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro; è del tutto congruo che il termine in questione (nella sua dimensione 'ragionevole') decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto. A maggior ragione nel caso di titoli abilitativi rilasciati sulla base di dichiarazioni oggettivamente non veritiere (e a prescindere dagli eventuali risvolti di ordine penale), laddove la fallace prospettazione abbia sortito un effetto rilevante ai fini del rilascio del titolo, è parimenti congruo che il termine ragionevole decorra solo dal momento in cui l'amministrazione ha appreso della richiamata non veridicità.

Anche nel caso di rappresentazioni non veritiere, la p.a. nell'esercizio dei propri poteri di autotutela gode di discrezionalità, in quanto l'asserito "mendacio" (o dichiarazioni non veritiere) non obbliga l'Amministrazione all'esercizio dei poteri inibitori e repressivi invocati, che, presupponendo la non conformità dell'atto alle vigenti norme edilizie e urbanistiche, richiede anche la ricorrenza dell'ulteriore presupposto dell'interesse pubblico al ritiro dell'atto, valutato tenendo anche conto degli interessi privati in gioco.

[Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9186](#)

Contributo ANAC – Pagamento – Termini – Natura giuridica – Soccorso istruttorio

Il mancato pagamento del contributo Anac entro il termine per la presentazione delle offerte implica l'esclusione del concorrente, non passibile di sanatoria mediante soccorso: ciò in quanto, come è noto, il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una condizione di ammissibilità dell'offerta e la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge, e cioè dall'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, che prevede che «L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche».

Per gli affidamenti di lavori, relativi, cioè, alla realizzazione di opere pubbliche, il pagamento del contributo è previsto quale vera e propria condizione di ammissibilità dell'offerta.

L'istituto del soccorso istruttorio, in relazione al versamento in sé del contributo, non può valere a elidere una ragione d'esclusione (*rectius*, il mancato avveramento d'una condizione d'ammissibilità entro il termine prescritto) già verificatasi. Infatti, il soccorso istruttorio è volto a sanare carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, nonché la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo. In questo senso, è al di fuori di tale perimetro, il compimento *ex novo* di un atto (in specie, un versamento) dovuto quale condizione di ammissibilità prevista dalla legge e fatta propria della *lex specialis*.

[Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2023, n. 9071](#)

Libertà di iniziativa economica privata – Localizzazione nuove attività commerciali – Luoghi sensibili – Normativa Regione Toscana – Limiti – Sale gioco

L'art. 8, comma 4 del Regolamento – che include le discoteche tra i luoghi sensibili – dispone che “*Ai sensi dell'articolo 4, comma 3, della L.R. Toscana 57/2013, sono individuati i seguenti altri luoghi sensibili, dai quali i centri scommesse e gli spazi per il gioco devono mantenere una distanza non inferiore a 500 metri, misurata in base al percorso pedonale più breve [...]*”: la norma vale, pertanto, ad individuare una condizione ostativa (una distanza non inferiore a 500 metri) perché possa essere autorizzata la nuova apertura di un centro scommesse o di una sala giochi, ma nulla dice in ordine ad altre attività commerciali. Trattandosi di previsione che determina una grave ed insuperabile limitazione al principio generale (avente copertura costituzionale ed eurounitaria) della libertà di iniziativa economica privata, alla stessa va necessariamente riconosciuto carattere eccezionale, per tale insuscettibile di estendersi a casi non strettamente riconducibili al tenore letterale della norma.

L'articolo 4, comma 3, della L.R. Toscana 57/2013 contempla esclusivamente una condizione per l'apertura *ex novo* di “*centri scommesse e [...] spazi per il gioco*”, ma non dispone, di converso, analoghi vincoli per potersi autorizzare nuove attività commerciali (o di altra natura) riconducibili alla categoria dei cd. “*luoghi sensibili*”, laddove, *in situ*, già legittimamente operino delle sale giochi (o spazi assimilati).

Consiglio di Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610**Procedimento amministrativo – Procedimento di autorizzazione paesaggistica – Conferenza di servizi – Decisione pluristrutturata – Parere della Soprintendenza – Silenzio assenso orizzontale**

Il parere della Soprintendenza ha natura co-decisoria: tale natura è stata nettamente accentuata dalla riforma che ha interessato l'articolo 146 nel 2011, con il decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106. Per effetto di tale modifica normativa, al fine di emendare la prassi secondo cui la Regione o il Comune delegato trasmettevano le pratiche relative alle domande di autorizzazione in modo automatico e senza svolgere un minimo di istruttoria, si è stabilito che la Regione o il Comune delegato devono trasmettere una proposta motivata alla Soprintendenza e, quindi, devono necessariamente fare un'adeguata istruttoria. Inoltre, si è previsto che in caso di parere negativo, il preavviso di rigetto, ex art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, deve essere adottato dalla stessa Soprintendenza.

La funzione consultiva si esprime esclusivamente per il tramite dei pareri obbligatori e facoltativi. In tali casi, ci si trova di fronte ad atti mediante i quali un'autorità appresta ad altra, che deve provvedere, apporti conoscitivi utili per l'adozione di un provvedimento destinato ad incidere su interessi istituzionalmente affidati alla cura dell'autorità, la quale risulta, con tali apporti, in grado di rendere l'autorità decidente idonea a soddisfare l'esigenza di adeguatezza cui ogni decisione deve sovvenire. E ciò in quanto l'attività di consulenza ha il fine di fornire un mero sussidio alla decisione finale, consentendo di norma, a chi deve agire, di sostituire la propria valutazione a quella espressa dal consulente (è questo uno dei profili che consente di distinguere i pareri dagli altri atti di valutazione, che tali non sono, ad esempio, le valutazioni tecniche).

I pareri vincolanti non possono essere disattesi dall'amministrazione. Un parere che non lasci nessuno spazio di scelta in capo all'organo di amministrazione attiva non esprime nessuna consulenza, ma pone in essere una decisione preliminare, sicché solo atecnicamente può essere definito alla stregua di «parere». Tale impostazione trova conferma, sul piano sistematico, negli artt. 16 e 17 e nell'art. 17-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo, aventi rispettivamente a oggetto i pareri istruttori (e le valutazioni tecniche) e quelli decisorii. Con riferimento ai pareri meramente istruttori, di cui al citato art. 17, il legislatore ha ritenuto non configurabile il silenzio assenso, in quanto, in tale caso, l'autorità decidente è unica e, quindi, per definizione, non indeffettibile. Di contro, nella fattispecie di cui all'art. 17-*bis* si configura una decisione “a doppia chiave” e dunque – un'ipotesi di cogestione della funzione (c.d. decisione pluristrutturata). In tal caso, l'eventuale silenzio serbato dell'autorità co-decisore consolida la scelta dell'autorità procedente, che è comunque dotata di competenza (sia pure non esclusiva) in materia.

Il parere (semplificato) della Soprintendenza è atto co-decisore, ai sensi dell'art. 17-*bis*, che si applica ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata e, pertanto, anche ai pareri vincolanti, e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti) che rimangono assoggettati alla diversa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della legge n. 241 del 1990. In sostanza, se gli artt. 16 e 17 fanno riferimento ad atti di altre amministrazioni da acquisire nella fase istruttoria, l'art. 17-*bis* fa riferimento ad atti da acquisire nella fase decisoria, dopo che l'istruttoria si è chiusa. L'art. 17-*bis* è, quindi, destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del *nomen iuris*, abbia valenza co-decisoria. La norma non si applica nei casi in cui un'amministrazione ha un ruolo meramente formale (come nel caso dello Sportello Unico che si limita a rac-

cogliere e trasmettere l'istanza all'Amministrazione unica decidente).

Nella logica del "primato dei diritti", i meccanismi di semplificazione dell'azione amministrativa non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico ma, al contrario, come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati. Essi trovano, quindi, un fondamento nel principio del buon andamento dell'azione amministrativa, che postula anche l'efficienza e la tempestività di quest'ultima. L'introduzione di rimedi di semplificazione dissuasivi e stigmatizzanti il silenzio contribuisce, quindi, a dare piena attuazione al principio di trasparenza dell'azione amministrativa: l'arresto del procedimento non può più avvenire con un comportamento per definizione "opaco", qual è l'inerzia.

Il silenzio assenso ex art. 17-*bis* non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo - che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva - influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*; per l'effetto, l'amministrazione procedente è comunque tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, alla stregua delle relative risultanze, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'Amministrazione co-decidente. In tale prospettiva, l'assenso del Soprintendente sulla proposta di accoglimento ricevuta dall'amministrazione procedente si forma *per silentium*, ma ciò non esonera quest'ultima dalla necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa.

Il silenzio assenso nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, proprio perché ispirato ai principi di efficienza e, quindi, di buon andamento amministrativo, sollecita una migliore organizzazione delle risorse amministrative, garantendo, al contempo, l'effettiva protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti.

Nel procedimento di autorizzazione paesaggistica, ove opera il silenzio assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento, da parte dell'amministrazione procedente.

Il legislatore, attraverso gli istituti di semplificazione di cui agli artt. 17-*bis* e 14-*bis* L. 241, ha cercato di raggiungere un delicato punto di equilibrio tra la tutela degli interessi sensibili e la, parimenti avvertita, esigenza di garantire una risposta (positiva o negativa), entro termini ragionevoli all'operatore economico, che, diversamente, rimarrebbe esposto al rischio dell'omissione burocratica. In tale composito quadro, la competenza della Soprintendenza resta garantita, sia pure entro termini stringenti entro i quali deve esercitare la propria funzione. In caso di mancata attivazione entro i termini, resta ferma la possibilità della Soprintendenza di poter agire in autotutela secondo il principio del *contrarius actus*, in base al quale l'eventuale esercizio dell'autotutela deve seguire il medesimo procedimento d'emanazione dell'atto che si intende rimuovere o modificare. Quindi, l'amministrazione autrice dell'assenso silenzioso non potrà limitarsi ad esprimere il proprio sopravvenuto dissenso, ma dovrà sollecitare l'avvio del procedimento di riesame, condotto dall'amministrazione procedente, secondo le regole dell'art. 21-*nonies* o 21-*quinquies*. evidenziando le ragioni di illegittimità o le ragioni che giustificerebbero la revoca dell'atto, nell'ottica del principio di leale collaborazione tra Amministrazioni.

L'applicazione del silenzio assenso orizzontale al procedimento di autorizzazione paesaggistica è conforme a Costituzione ed è stata espressamente affermata dal Ministero dei Beni culturali. Pertanto, il parere della Soprintendenza reso tardivamente nell'ambito di una conferenza di servizi è *tamquam non esset*.

Consiglio di Stato, sez. VII, 27 settembre 2023, n. 8553**Titolo edilizio – DIA – Nozione – Poteri inibitori – Autotutela – Presupposti**

La denuncia d'inizio attività non è un provvedimento a formazione tacita, ma è un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge.

Anche dopo la scadenza del termine di trenta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori sulla DIA, la P.A. conserva un potere residuale di autotutela, da intendere, però, come potere *sui generis*, che si differenzia dalla consueta autotutela decisoria, perché non implica un'attività di secondo grado insistente su un precedente provvedimento amministrativo. Tale potere può essere esercitato soltanto se vi sono i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela (in particolare dell'annullamento d'ufficio) e, quindi, entro un ragionevole lasso di tempo, dopo aver valutato gli interessi in conflitto e sussistendone le ragioni di interesse pubblico.

* * *

Tar Lazio, Roma, sez. V, 15 dicembre 2023, n. 19048**Edilizia residenziale pubblica – Occupazione abusiva – Silenzio assenso**

Sull'istanza di regolarizzazione dell'occupazione di alloggio di edilizia residenziale pubblica non si forma il silenzio-assenso ex art. 20 l. n. 241/1990, in quanto il procedimento che consente la formazione di un titolo abilitativo attraverso il meccanismo del silenzio-assenso non può avere luogo nelle ipotesi in cui l'Amministrazione pubblica debba rilasciare sostanzialmente una concessione amministrativa, tanto più che la regolarizzazione può operare solo previa verifica, da parte dell'Amministrazione procedente, della sussistenza di tutti i requisiti richiesti dalla normativa di riferimento.

Tar Marche, Ancona, sez. I, 12 dicembre 2023, n. 833**Procedimento amministrativo – Discrezionalità tecnica – Eccesso di potere – Censurabilità**

La discrezionalità tecnica è censurabile unicamente, sul piano della legittimità, per evidente superficialità, incompletezza, incongruenza, manifesta disparità, emergenti dalla stessa documentazione, tali da configurare un palese eccesso di potere, senza che con ciò il giudice possa o debba entrare nel merito della valutazione. Inoltre, è sindacabile in sede di legittimità nei limiti del corretto esercizio dei poteri affidati all'Amministrazione sotto il profilo della completezza dell'istruttoria, della sussistenza dei presupposti del provvedere, dell'osservanza di criteri di proporzionalità e ragionevolezza, ovvero quando risulti che il risultato raggiunto dall'Amministrazione, a prescindere dalla sua fisiologica opinabilità, si collochi comunque al di fuori di quei limiti di naturale elasticità sottesi al concetto giuridico indeterminato che l'Amministrazione è chiamata ad applicare, risultando così in tutto o in parte inattendibile. In sostanza, ciò che è consentito è soltanto mettere in rilievo l'inattendibilità della metodologia utilizzata.

Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 5 dicembre 2023, n. 891

Procedura di gara ad evidenza pubblica – Valutazione di integrità e di affidabilità dei concorrenti – Espulsione – Offerta economica – Costo del lavoro

La stazione appaltante, in caso di presentazione in gara di false informazioni da parte dei concorrenti, ha l'obbligo di svolgere la valutazione di integrità e di affidabilità dei concorrenti, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c *bis*), d.lgs. n. 50/2016, senza alcun automatismo espulsivo. A tali conseguenze conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità e affidabilità dell'operatore economico. La lett. f *bis*) dell'art. 80 comma 5, del Codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lett. c) (ora c *bis*), della medesima disposizione.

Va escluso dalla gara l'operatore la cui offerta economica preveda un costo del lavoro inferiore al trattamento salariale minimo stabilito in modo inderogabile dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, cioè l'offerta economica non può prevedere un costo del lavoro che si compendia in un trattamento salariale inferiore a quello minimo stabilito in modo inderogabile dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, ai sensi di quanto previsto dall'art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50/2016. In questo caso, non sono ammesse giustificazioni in relazione al trattamento salariale applicato e l'operatore va escluso dalla gara. Fermo restando il rispetto del trattamento salariale minimo inderogabile, l'offerta può indicare a titolo di «costo del personale» un costo «inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle» di cui all'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016. In questo caso, il mancato rispetto dei parametri indicati nelle tabelle ministeriali non implica l'automatica esclusione del concorrente il quale, al contrario, può fornire giustificativi, fondati sulla propria organizzazione aziendale, in ordine al discostamento dai parametri tabellari.

La determinazione tabellare del costo del lavoro è per la stazione appaltante solo un indice valutativo del giudizio di adeguatezza economica, in quanto i valori indicati dalle tabelle ministeriali sul costo del lavoro non hanno carattere cogente ed inderogabile, essendo invece consentiti motivati scostamenti dai medesimi.

Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2023, n. 18141

Valutazione d'Impatto Ambientale-VIA – Nozione – Ratio – Finalità – Discrezionalità – Sviluppo sostenibile

La VIA è configurata come procedura amministrativa di supporto per l'autorità competente finalizzata ad individuare, descrivere e valutare gli impatti ambientali di un'opera, il cui progetto è sottoposto ad approvazione o autorizzazione. In altri termini, trattasi di un procedimento di valutazione *ex ante* degli effetti prodotti sull'ambiente da determinati interventi progettuali, il cui obiettivo è proteggere la salute umana, migliorare la qualità della vita, provvedere al mantenimento delle specie, conservare la capacità di riproduzione dell'ecosistema, promuovere uno sviluppo economico sostenibile (cfr. art. 3, direttiva n. 85/337/CEE e successive modifiche apportate dalla direttiva n. 97/11/CE). Essa mira a stabilire, e conseguentemente governare in termini di soluzioni più idonee al perseguimento di ridotti obiettivi di salvaguardia, gli effetti sull'ambiente di determinate progettualità. Tali effetti, comunemente sussumibili nel concetto di "impatto ambientale", si identificano nella alterazione "qualitativa e/o

quantitativa, diretta ed indiretta, a breve e a lungo termine, permanente e temporanea, singola e cumulativa, positiva e negativa” che viene a prodursi sull’ambiente, laddove quest’ultimo a sua volta è identificato in un ampio contenitore, costituito dal “sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici, in conseguenza dell’attuazione sul territorio di piani o programmi o di progetti nelle diverse fasi della loro realizzazione, gestione e dismissione, nonché di eventuali malfunzionamenti” (art. 5, comma 1, lett. b) e c), del D.Lgs. n. 152 del 2006). L’istituto è finalizzato alla tutela preventiva dell’ambiente inteso in senso ampio.

Nel rendere il giudizio di valutazione di impatto ambientale, l’amministrazione esercita una amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica *tout court* sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all’apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti.

Le esigenze di tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile.

Tar Lazio, Roma, sez. II, 1° dicembre 2023, n. 18072

Servizi pubblici – Affidamento in house – Tipi di gestione – Telecomunicazioni

Le forme di gestione dei servizi pubblici con rilevanza economica si caratterizzano per la minore o maggiore afferenza del gestore all’organizzazione pubblica; la gestione può infatti essere: a) diretta, ossia eseguita dalle strutture dello stesso ente che ha assunto il servizio pubblico (aziende speciali, gestione in economia); b) indiretta, ossia affidata ad un altro ente pubblico, ad esempio un ente pubblico economico; c) affidata ad una società in house providing; d) affidata ad una società mista a partecipazione pubblica e privata (c.d. partenariato pubblico privato istituzionale - PPPI); e) affidata in concessione a privati scelti mediante procedure di evidenza pubblica (c.d. concorrenza per il mercato); f) autorizzata a più gestori che erogano il servizio in concorrenza nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico stabiliti dal regolatore (c.d. concorrenza nel mercato). Dagli anni Novanta in poi, per effetto delle direttive comunitarie, si è passati da un modello di organizzazione del servizio pubblico caratterizzato dalla riserva originaria dell’attività, con i c.d. diritti speciali o di esclusiva, ad un modello sempre più concorrenziale. Le direttive volte alla liberalizzazione dei diversi settori e dei differenti mercati operano una distinzione tra “concorrenza nel mercato” e “concorrenza per il mercato”: nel primo caso, quando le caratteristiche del mercato lo consentono, il servizio può essere svolto da operatori economici in concorrenza tra loro, sulla base di un provvedimento autorizzatorio, non discrezionale, che realizza quindi la piena concorrenza; nel secondo caso, ragioni di tipo tecnico o economico (monopolio naturale, costi eccessivi di duplicazione delle reti e delle infrastrutture), suggeriscono che il servizio pubblico venga svolto in modo efficiente soltanto da un unico gestore. Pertanto, l’amministrazione indice una procedura selettiva di affidamento della concessione del servizio, alla quale possono partecipare tutti gli operatori economici interessati, per la scelta del gestore cui viene riconosciuto un diritto speciale o di esclusiva. In questo modello di gestione, dunque, la concorrenza si realizza a monte, secondo due modalità alternative: procedura ad evidenza pubblica per l’affidamento del servizio a soggetto privato, ovvero procedura ad evidenza pubblica per la scelta del

socio privato industriale cui affidare la gestione operativa del servizio in una società a partecipazione mista pubblica e privata.

Nel settore delle reti di telecomunicazioni, il Codice delle comunicazioni elettroniche ha tendenzialmente optato per un sistema di “concorrenza nel mercato”.

[Tar Toscana, Firenze, sez. I, 24 novembre 2023, n. 1084](#)

Procedura di gara ad evidenza pubblica – One shot temperato – Risarcimento del danno da mancata aggiudicazione – Responsabilità oggettiva

Secondo il principio del cd. *one shot temperato*, l'Amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto, può rinnovarlo una sola volta, e quindi deve riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente, neppure in relazione a profili non ancora esaminati.

Sulla base dei principi di diritto comunitario relativi alla materia degli appalti pubblici, ai fini del risarcimento del danno da mancata aggiudicazione non rileva l'assenza di colpa della P.A. in quanto, trattandosi di gare pubbliche, la responsabilità dell'Amministrazione ha natura oggettiva. In particolare, la natura oggettiva della detta responsabilità si ravvisa ove risulti impossibile l'esecuzione in forma specifica della pretesa del ricorrente.

[Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 7 novembre 2023, n. 845](#)

Procedimento amministrativo – Partecipazione del privato – Ratio – Obbligo di comunicazione avvio procedimento – Pianificazione urbanistica – Misure di salvaguardia – Discrezionalità – Atto amministrativo viziato – Autotutela – Onere motivazionale

Le norme dettate in tema di partecipazione al procedimento amministrativo sono finalizzate ad una funzione difensiva, nonché a formare, nella P.A., una più completa e meditata volontà e non possono essere ritenute applicabili in modo meramente meccanicistico, dovendosi, comunque, ritenere che il vizio derivante dall'omissione di comunicazione non sussista nei casi in cui lo scopo della partecipazione del privato sia stato comunque raggiunto o manchi l'utilità della comunicazione all'azione amministrativa. Ne consegue che, se l'interessato ha avuto *aliunde* informazione dell'avvio del procedimento, tali esigenze partecipative possono essere ritenute soddisfatte.

Anche in dipendenza dei principi stabiliti dall'art. 21 *octies* della L. n. 241 del 1990, non può configurarsi la violazione dell'obbligo di comunicazione, nel caso in cui il soggetto, inciso sfavorevolmente da un provvedimento, non dimostri che, ove fosse stato reso edotto dell'avvio del procedimento, sarebbe stato in grado di fornire elementi di conoscenza e di giudizio, tali da far determinare in modo diverso le scelte dell'Amministrazione procedente.

Le cd. “misure di salvaguardia”, in una prospettiva esclusivamente cautelare, sono regole di diritto intertemporale utilizzate in urbanistica allo scopo di evitare che, nel periodo intercorrente tra l'adozione e l'approvazione definitiva di un piano, il rilascio di provvedimenti che consentono attività edificatorie (o comunque trasformative) del territorio, alla stregua per lo più di norme maggiormente permissive, possa comprometterne l'assetto per come “progettato” e pensato negli strumenti adottati. Esse si concretizzano nella doverosa sospensione dei procedimenti finalizzati al conseguimento

mento di ridetti titoli, fino all'approvazione del nuovo strumento urbanistico pianificatorio, e in attesa della sua entrata in vigore, alla stregua del quale dovrà assumersi la determinazione definitiva. L'esigenza sottesa alle misure di salvaguardia è dunque di carattere conservativo e si identifica nella necessità di evitare che le richieste dei privati – fondate su una pianificazione ritenuta non più attuale, in quanto *in fieri*, e quindi potenzialmente modificata – finiscano per alterare profondamente la situazione di fatto e, di conseguenza, per pregiudicare definitivamente proprio gli obiettivi generali cui invece è finalizzata la programmazione urbanistica, rendendo estremamente difficile, se non addirittura impossibile, l'attuazione del piano *in itinere*.

Il disegno urbanistico espresso da uno strumento di pianificazione costituisce una estrinsecazione del potere connotato da ampia discrezionalità, che rispecchia non soltanto scelte strettamente inerenti all'organizzazione edilizia del territorio, bensì afferenti anche al più vasto e comprensivo quadro delle possibili opzioni inerenti al suo sviluppo socio-economico.

Quando il vizio che inficia l'atto amministrativo è significativamente grave, in quanto implica la violazione di regole e principi posti a presidio di beni di particolare rilevanza, il potere di autotutela, pur non assumendo natura meramente vincolata, si caratterizza per una più intensa considerazione dell'interesse pubblico al ritiro, rispetto a quello al mantenimento in vita del provvedimento di primo grado, con la conseguenza che il giudizio di prevalenza del primo sul secondo richiede una motivazione meno pregnante. L'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*).

Tar Puglia, Lecce, sez. II, 31 ottobre 2023, n. 1208

Procedura di gara ad evidenza pubblica – Revisione prezzi – *Actio contra silentium*

È ammissibile l'*actio contra silentium* in tema di revisione dei prezzi negli appalti pubblici, non discendendo il diritto soggettivo alla revisione direttamente dalla legge, ma dovendo lo stesso trovare riconoscimento all'esito di un procedimento amministrativo, vertendosi in un'area di rapporti in cui la P.A. agisce esercitando il suo potere autoritativo, come palesato dalla circostanza che l'art. 115 del previgente Codice dei contratti rinvia ad un'istruttoria condotta dei dirigenti responsabili dei beni e servizi e, pertanto, ad una attività procedimentalizzata, avviabile ad impulso di parte.

Tar Campania, Napoli, sez. III, 25 ottobre 2023, n.5817

Attività produttive – Libertà di iniziativa economica privata – Limitazioni legittime nel Comune di Napoli – Contemperamento di interessi primari

Il Comune e la Regione hanno contemperato le esigenze di preservazione di moltissimi quartieri di Napoli (oggetto, da anni, per ragioni essenzialmente turistiche, di proliferazione incontrollata di attività a carattere esclusivamente commerciale e lucrativo, che tendono a far scomparire i locali e le attività storiche e tradizionali), con la tutela delle attività commerciali e quindi del turismo, degli investimenti programmati

e effettuati, delle attività alimentari e di somministrazioni di alimenti e bevande siti in determinati edifici (musei, librerie, stazioni). Rispetto all'immane sforzo di sintesi fatto dai due Enti, la tutela esclusiva e rafforzata di un'unica particolarissima strada (via San Gregorio Armeno) si pone come eccezione del tutto ragionevole e armoniosa nel contesto di una disciplina che risulta, allo stato, del tutto coerente, logica e finalizzata alla tutela di plurimi valori tutelati dalla Costituzione: la tutela dei beni culturali e la tutela delle iniziative imprenditoriali.

Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sez. Unica, 18 ottobre 2023, n. 159

Titolo edilizio – Intervento di nuova costruzione – Barriere architettoniche – Agevolazioni

Il permesso di costruire deve essere rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente

La finalità della legge 9 gennaio 1989, n. 13 è quella di permettere le innovazioni da attuare negli edifici privati dirette ad eliminare le barriere architettoniche e, a questo fine, introduce una serie di agevolazioni ai fini autorizzatori. Pertanto, la norma è teleologicamente diretta ad eliminare le barriere e, solo in funzione di tale obiettivo, possono avere spazio dette agevolazioni.

Tar Lombardia, Milano, sez. I, 16 ottobre 2023, n. 2334

Servizi pubblici – Servizi a rete – *In house providing* – Creazione della società *in house*

L'affidamento del servizio sottratto al mercato avviene dopo la creazione della società *in house*, che, nell'ambito dei servizi a rete per i quali la gestione della rete è distinta dall'erogazione del servizio, può essere costituita anche soltanto per la gestione della rete o degli impianti (art. 113 c 5 D. Lgs. 267/2000 rilevante *ratione temporis*).

Tar Lombardia, Milano, sez. I, 16 ottobre 2023, n. 2331

Servizi pubblici – Recupero RSU – Mercato libero

L'affidamento degli appalti di servizio per l'attività di recupero della frazione organica di RSU deve necessariamente essere effettuato tramite indizione di procedure ad evidenza pubblica, con la conseguenza che tale specifica attività di trattamento e recupero di RSU provenienti dalla raccolta differenziata, non è assoggettata a regime di "privativa", tanto meno con riferimento ad eventuali limiti territoriali riguardanti gli impianti di conferimento del particolare tipo di rifiuto in esame. Infatti, il quadro normativo di specifico riferimento, e, in particolare l'art. 181 c. 4 e ss. del D. Lgs. n. 152 del 2006 stabilisce chiaramente che, per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero, è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali di cui all'art. 212, c. 5 del D. Lgs. n. 152 del 2006. A sua volta l'art. 198 dello stesso Decreto circo-scrive e delimita il regime di "privativa"

(comunale) riguardo alle sole operazioni di smaltimento dei RSU, con conseguente necessario assoggettamento delle attività di riciclaggio e recupero degli altri RSU provenienti da raccolta differenziata a procedura aperta, secondo quanto dispongono gli artt. 35 e 60 del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 10 ottobre 2023, n. 3021

IMU – Terreni agricoli – Zone montane e collinari – Esenzione – Criteri – Discrezionalità

La normativa nazionale ha normativizzato le regole e i criteri per l'individuazione dei terreni agricoli che possono godere della esenzione dall'IMU. In particolare, è stata puntualmente determinata la fattispecie agevolativa, individuando, quale presupposto per usufruire del beneficio dell'esenzione, l'ubicazione dei terreni agricoli nei Comuni qualificabili come "montani o di collina".

Il tenore letterale dell'art. 1, co. 13, prima parte, della L. n. 208/2015 e dell'art. 1, co. 758, lett. d), della l. n. 758/2019 induce a ritenere che il legislatore abbia inteso cristallizzare, quanto alla circolare n. 9/1993, i soli criteri ivi indicati, lasciando all'amministrazione un margine di discrezionalità da esercitare nell'ambito dei criteri normativamente indicati, soggettivi (i terreni agricoli ricadenti in aree montane o di collina delimitate ai sensi dell'art. 15 della l. n. 984/1977) e oggettivi (i criteri individuati dalla circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993); assetto, questo, compatibile con la riserva di legge in materia tributaria.

Tar Veneto, Venezia, sez. II, 10 ottobre 2023, n. 1411

Abuso edilizio – Istanza in sanatoria – Ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi – Legittimità

È illegittima l'ordinanza di demolizione emanata senza la previa definizione della domanda di condono. Infatti, l'amministrazione, sino alla definizione del procedimento attivato per il rilascio della concessione in sanatoria, deve astenersi da ogni iniziativa repressiva che vanificherebbe a priori il rilascio del titolo abilitativo; ne può ritenersi che l'adozione del provvedimento di demolizione possa costituire un implicito rigetto della domanda di condono edilizio, posto che l'articolo 35, comma 15, della legge 47 del 1985 impone la notifica espressa del diniego al privato, cioè, che il Comune si pronunci sul condono con distinto provvedimento espresso e motivato, in applicazione dei principi di trasparenza e buon andamento.

Tar Marche, Ancona, sez. I, 9 ottobre 2023, n. 607

Intervento di nuova costruzione – Oneri di urbanizzazione – Requisiti igienico-sanitari

Fra gli elementi rilevanti ai fini del calcolo degli oneri di urbanizzazione, non sono annoverabili i requisiti igienico sanitari degli immobili.

Tar Calabria, Reggio Calabria, 5 ottobre 2023 n. 748

Minore, infanzia e maternità – Disabilità – Diritti inviolabili – Danno da mero ritardo – Danno esistenziale – Risarcimento

La richiesta di accertamento del diritto al risarcimento dei danni da cd. “ritardo mero”, ex art. 2 bis comma 1 bis, può essere accolta solo qualora i ricorrenti, a fronte dell’inerzia dell’amministrazione comunale, abbiano preliminarmente fatto ricorso al potere sostitutivo di cui all’art. 2 comma 9 bis L. n. 241/90, quale condizione legittimante la risarcibilità del danno in parola.

Il risarcimento per il danno da ritardo nel provvedere può essere riconosciuto a condizione che venga dimostrata la spettanza del bene della vita, ovvero che si dimostri che, con ragionevole probabilità, l’Amministrazione dovrà accogliere l’istanza del privato, sulla quale non ha provveduto, accordandogli così il bene della vita con essa richiesto.

Nel caso di violazione dei diritti del minore disabile costituzionalmente garantiti e protetti può farsi luogo al risarcimento del danno esistenziale, che è individuabile negli effetti che la diminuzione (anche temporanea) delle ore di assistenza ha sullo sviluppo del disabile in situazione di gravità, in considerazione dell’interruzione del processo di promozione dei suoi bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione a fasi di vita “normale”.

Il danno di tipo esistenziale è inteso come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva e interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all’espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Tale accezione di danno esistenziale è stata elaborata ed è abitualmente usata per i soggetti la cui esistenza non è in partenza minata da disabilità psico-fisiche, e rispetto ai quali, dunque, il pregiudizio è più immediatamente percepibile, passandosi da una situazione originaria di pienezza, ad una di limitazione. Per il caso di soggetti minori e disabili gravi, la nozione di pregiudizio, e soprattutto la sua esigenza di prova cui è ancorata la risarcibilità, deve tenere conto del fatto che esso incide su esistenze, le cui abitudini ed i cui assetti si presentano già gravemente compressi e portatrici di condizioni di forte sofferenza.

Il comportamento ritenuto lesivo non è, quindi, meramente limitativo ed impeditivo di una pur meritevole aspirazione di vita, ma è un comportamento negligente che omette di rimuovere – in una situazione che per di più, per il soggetto, è anche di assolvimento di un obbligo (nella specie quello scolastico) – quei limiti incolpevoli da cui il destinatario, soggetto particolarmente debole in quanto disabile e pure minore d’età, è gravato.

In presenza di documenti di natura non economica, soccorrono le disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c., legittimanti la liquidazione degli stessi in via equitativa.

Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 28 settembre 2023, n. 1171

Contratti pubblici – Appalto di servizi – Verifica anomalia offerta – Discrezionalità – Modificabilità offerta – Limiti – Onere di indicazione separata dei costi

Il procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta è volto ad accertare l’attendibilità e la serietà dell’offerta e l’effettiva possibilità dell’impresa di bene eseguire l’appalto alle condizioni proposte; la valutazione ha natura necessariamente globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo,

costituendo esercizio di apprezzamento tecnico-discrezionale, non sindacabile in giustizia se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà.

Nella materia degli appalti pubblici, vige il principio generale della immodificabilità dell'offerta, a tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici, nonché dell'imparzialità e trasparenza dell'agire dell'amministrazione. Tuttavia, il concorrente di una gara pubblica, al fine di giustificare la congruità dell'offerta, può rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile indicate inizialmente nell'offerta, purché non ne risulti una modifica degli elementi compositivi tali da pervenire ad un'offerta diversa rispetto a quella iniziale.

L'inosservanza dell'onere di indicazione separata dei costi aziendali della sicurezza e della manodopera, di cui all'art. 95 comma 10, d.lgs. n. 50/2016, deve ritenersi sanzionata con l'esclusione dalla gara, a prescindere dall'esistenza di una specifica previsione in tal senso della *lex specialis*. Inoltre, tale onere deve intendersi come riferito anche ai costi legati al personale impiegato dall'eventuale azienda subappaltatrice. In quanto finalizzata a consentire la verifica del rispetto dei minimi salariali, la previsione (articolo 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016) deve essere estesa a tutti i costi che l'offerente, direttamente o indirettamente, sostiene per adempiere alle obbligazioni contrattualmente assunte.

Tar Lazio, Latina, sez. II, 14 settembre 2023, n. 667

Intervento di nuova costruzione – Titolo edilizio – Procedimento di rilascio – Termini – Sospensione

In generale, il procedimento di rilascio del permesso di costruire deve essere definito nei termini previsti dall'art. 20 D.P.R. n. 380/01, che, d'altro lato, non prevede che il procedimento possa essere sospeso a discrezione dell'amministrazione.

La possibilità di una sospensione del procedimento, oltre che nelle ipotesi previste, non può essere esclusa in termini generali e astratti, potendo essere ammessa, quantomeno: a) allorché essa sia disposta nell'interesse dell'istante, come nel caso di un'iniziativa edilizia non assentibile all'attualità, in quanto in contrasto con la vigente strumentazione urbanistica e vi sia, *in itinere*, una modifica di quest'ultima che possa invece permetterne la realizzazione; b) in caso di pendenza di un procedimento avente carattere di pregiudizialità logico-giuridica, come un procedimento di sanatoria della preesistenza.

* * *

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 12 dicembre 2023, 290/2023/PAR

Contabilità armonizzata – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo – differenza tra debiti fuori bilancio ai sensi dell'art. 194 TUEL e passività pregresse ai sensi dell'art. 191 TUEL

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia, in merito all'estensione della disciplina sulla procedura di riconoscimento dei debiti fuori bilancio alle passività pregresse per cui risulta cancellato o insufficiente l'impegno contabile precedentemente assunto, ha pronunciato il seguente principio di diritto: "*Le c.d. "passività pregresse" o arretrate, sono, invece, spese che, a differenze dei debiti fuori bilancio, si collocano*

all'interno di un ordinario procedimento di spesa. Si tratta, infatti, di spese per le quali l'Amministrazione comunale ha proceduto a un regolare impegno, ma che, per fatti non prevedibili, di norma collegati alla natura della prestazione, hanno dato luogo a un debito non assistito da idonea copertura ex art. 191 TUEL, che può rilevare come insufficienza dell'impegno contabile. Ponendosi, quindi, all'interno di una regolare procedura di spesa, la passività pregressa esula dalla fenomenologia del debito fuori bilancio, costituendo debiti la cui competenza finanziaria è riferibile all'esercizio di loro manifestazione. Lo strumento procedimentale, in casi come questi, è costituito di fatto dalla procedura ordinaria di spesa disciplinata dall'art. 191 TUEL, accompagnata dalla eventuale variazione di bilancio finalizzata al reperimento delle risorse ove queste risultino insufficienti (art. 193 TUEL)". Ciò atteso il *discrimen* tra le c.d. "passività pregresse" (riconducibili nell'art.191 del TUEL) e i "debiti fuori bilancio" (disciplinati dall'art.194 del TUEL) la cui disciplina risulta eccezionale e limitata "a ipotesi tassative e di tendenziale stretta interpretazione"

Nel caso in questione, l'Ente, a fronte di un'obbligazione giuridicamente perfezionata la cui spesa sia stata correttamente impegnata, ma parzialmente liquidata mentre il residuo dell'impegno risulta esser stato erroneamente cancellato, potrà esser pagata per l'intero e senza decurtazione del c.d. "utile d'impresa".

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 5 dicembre 2023, 283/2023/PAR

Contabilità armonizzata – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo – applicazione generalizzata dell'art. 26, comma 3, del D.Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con riferimento alla possibilità di dare applicazione all'art. 26, comma 3, del D.Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, in via generalizzata, ossia prevedendo tariffe agevolate per tutti gli utenti del servizio di illuminazione votiva, ha pronunciato il seguente principio di diritto: la facoltà prevista dall'art. 26, comma 3, del D.Lgs. 201/2022, secondo cui gli enti affidanti possono prevedere tariffe agevolate per specifiche categorie di utenti in condizione di disagio economico o sociale o diversamente abili, provvedendo alla relativa compensazione in favore dei gestori, *"non può interpretarsi nel senso di riconoscere agli EE.LL. la facoltà di stabilire, anche per un periodo limitato di tempo, la totale e generalizzata gratuità dei servizi soggetti a tariffazione"*. Ciò atteso che la norma *de qua* è di stretta interpretazione, che non contempla affatto la gratuità generalizzata del servizio, disposta, tra l'altro, in relazione alla sussistenza di una reale e verificata *"...condizione di disagio economico o sociale..."*, ma non in via generalizzata.

Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 4 dicembre 2023, n. 18/SE-ZAUT/2023/QMIG

Contabilità armonizzata – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo ai fini dell'applicazione dell'articolo 33, comma 2, ultimo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2019 n. 34, convertito dalla legge 28 giugno 2019 n. 58 – computo del personale in servizio per l'adeguamento, in aumento o in diminuzione, del limite al trattamento accessorio del personale di cui all'articolo 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017 – Assunzioni a tempo determinato ai sensi dell'articolo 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267

La Sezione delle Autonomie, con riferimento alla questione di massima concernente la corretta interpretazione del computo del personale in servizio per l'adeguamento, in aumento o in diminuzione, del limite al trattamento accessorio del personale di cui all'articolo 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017, per garantire l'invarianza del valore medio pro-capite del fondo per la contrattazione integrativa riferito all'anno 2018, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Ai fini dell'applicazione dell'articolo 33, comma 2, ultimo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2019 n. 34, convertito dalla legge 28 giugno 2019 n. 58, per garantire l'invarianza del valore medio pro-capite dell'apposito fondo per la contrattazione decentrata integrativa, deve essere preso in considerazione non solo il personale dirigenziale a tempo indeterminato, ma anche quello a tempo determinato e, in particolare, il personale dirigenziale assunto ai sensi dell'articolo 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, sia nell'anno base che in quello di applicazione del limite”*. Ciò attesa, sia l'oggettiva *ratio legis* rappresentata dalla volontà di garantire comunque l'invarianza del valore medio *pro capite* del trattamento accessorio, a fronte di un ampliamento della possibilità di procedere ad assunzioni per gli enti locali, sia il principio di non discriminazione tra rapporti di lavoro a tempo indeterminato e a tempo determinato, ivi compresi quelli pubblici come riconosciuto dalla CGUE (v. da ultimo ordinanza del 18 maggio 2022 - causa C 450/21). Pertanto, sulla base del predetto principio di diritto, l'ente locale potrà considerare, ai fini dell'applicazione dell'articolo 33, comma 2, ultimo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2019 n. 34, convertito dalla legge 28 giugno 2019 n. 58, anche il personale assunto ai sensi dell'articolo 110 TUEL. La Sezione delle Autonomia, con riferimento ai proventi da alienazioni immobiliari, la cui quota del 10% è espressamente destinata dall'art. 56-*bis*, comma 1.

[Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 25 novembre 2023, n. 17/SEZAUT/2023/QMIG](#)

Contabilità armonizzata – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo gestione dei servizi sociali comunali in forma singola o associata – Assunzioni assistenti sociali in deroga ai sensi dell'art. 1, comma 801, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 – trasferimento del Fondo di solidarietà all'Unione dei Comuni con relativa cessione di capacità assunzionali di assistenti sociali.

La Sezione delle Autonomie, con riferimento ai proventi da alienazioni immobiliari, la cui quota del 10% è espressamente destinata dall'art. 56-*bis*, comma 11, del d.l. n. 69/2013, come modificato dal d.l. n. 78/2015, alla estinzione anticipata dei mutui, in ordine alla possibilità, posta dalla Sezione regionale di controllo della Toscana, per di estendere il predetto vincolo anche alla cassa, oltreché alla competenza, ha affermato il seguente principio di diritto: *“Nelle ipotesi di entrate vincolate dalla legge o dai principi contabili alla effettuazione di una spesa, il vincolo di destinazione specifico, rilevante sia per la gestione di competenza che per quella di cassa, in assenza di indicazioni puntuali o univoche da parte della legge o dei principi contabili, si concretizza con l'approvazione dei previsti strumenti di programmazione che operino la scelta tra destinazioni talora eterogenee o alternative. Le entrate indicate dalla Sezione remittente si considerano vincolate nei termini di cui in motivazione”*. Ciò sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale in tema di entrate vincolate rappresentato dalla deliberazione n. 31/2015/INPR, con cui la Sezione delle Autonomie aveva precisato che *«solo le entrate previste dall'art. 180, comma 3 lettera d) del TUEL (ovvero quelle i cui vincoli siano previsti da legge, da trasferimenti e da prestiti) possono essere considerate vincolate anche per cassa. (... omis-sis ...)* Per altre entrate, per le quali è prevista una generica destinazione, non operano i

vincoli anzi detti». Nella parte conclusiva della pronuncia, la Sezione ha poi ritenuto di ribadire il seguente principio: «*Con riferimento alle entrate vincolate, occorre distinguere tra entrate vincolate a destinazione specifica, individuate dall'art. 180, comma 3, lett. d) del TUEL; entrate vincolate ai sensi dell'art. 187, comma 3-ter, lett. d); entrate con vincolo di destinazione generica. Solo per le prime opera la disciplina prevista dagli artt. 195 e 222 del TUEL per quanto riguarda la loro utilizzabilità in termini di cassa*».

Pertanto, sulla base del predetto principio di diritto, l'ente locale, con riferimento alle entrate derivanti da sanzioni per violazione del codice della strada di cui agli artt. 208 e 142 del codice della strada, da proventi dei parcheggi a pagamento di cui all'art. 7, comma 7, del d.lgs. n. 285/1992, proventi dei titoli abilitativi edilizi e delle sanzioni previste dal D.P.R. n. 380/2001 e da imposta di soggiorno e contributo di sbarco di cui al d.lgs. n. 23/2011, il vincolo di destinazione, oltre che alla competenza si estende anche alla gestione di cassa, all'atto dell'adozione degli atti di programmazione che operino in concreto la scelta tra le finalizzazioni determinate in astratto dal Legislatore.

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, 23 novembre 2023, n. 152/2023/PAR

Società partecipate – Parere ex art. 5 TUSP – Controllo collaborativo – Onere di motivazione analitica sulla sussistenza dei requisiti di “convenienza economica” e “sostenibilità finanziaria”

La Sezione regionale di controllo per il Lazio, in merito alla delibera consiliare di acquisto di una quota di società per l'affidamento *in house* del servizio di igiene urbana, ha pronunciato il seguente principio di diritto: “*L'Ente avrebbe potuto (e potrebbe) procedere legittimamente solo provvedendo a dare esplicita evidenza di tutti gli elementi individuati nella citata deliberazione SS.RR. n. 16/QMIG/2022 per poter apprezzare tanto la “convenienza economica” quanto la “sostenibilità finanziaria” dell'operazione societaria de qua*”. Ciò in ossequio all'indirizzo nomofilattico espresso dalla SS.RR. con la deliberazione n. 16/QMIG/2022.

Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 23 ottobre 2023, n. 15/SE-ZAUT/2023/QMIG

Contabilità armonizzata – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo – *dies a quo* per la relazione di fine mandato da parte del sindaco o del presidente della provincia

La Sezione delle Autonomie, in tema di individuazione del *dies a quo* di decorrenza, a ritroso, del termine di sessanta giorni previsto dall'art. 4, comma 2, del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 149 per la sottoscrizione della relazione di fine mandato da parte del sindaco o del presidente della provincia nell'ipotesi in cui la data fissata per le elezioni risulti antecedente al termine di scadenza del mandato di cui all'art. 51 del TUEL, ha enunciato il seguente principio di diritto: “*nel caso in cui la data fissata per le elezioni risulti antecedente al termine di scadenza del mandato di cui all'art. 51 del TUEL, il termine per la sottoscrizione della relazione di fine mandato stabilito dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 149/2011 deve essere calcolato computandolo a ritroso dalla data fissata per le nuove elezioni*”.

[Corte Conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 3 ottobre 2023, n. 150/2023/VSG](#)

Contabilità armonizzata – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo – Residui attivi ultratriennali e stralcio dal conto del bilancio – FCDE

La Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, nel corso di un'indagine sull'applicazione dei principi contabili in ordine alla verifica del fondo rischi da contenzioso, *“rimarca l'importanza del processo di costante ricognizione e aggiornamento del contenzioso in essere o potenziale e delle verifiche sulla congruità dei relativi accantonamenti a bilancio”*. Ciò in ossequio all'indirizzo nomofilattico espresso dalla Sezione delle Autonomie con deliberazione. n. 14/2017/INPR.

[Corte Conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, 25 settembre 2023, n. 136/2023/PAR](#)

Spesa di personale – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo – capacità assunzionale dei Consorzi tra enti locali per la gestione e l'erogazione dei servizi socioassistenziali, più specificamente riguardante l'esatta interpretazione e l'applicazione dell'art. 57, comma 3-septies, del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito in l. 13 ottobre 2020, n. 126

La Sezione regionale di controllo per il Lazio, in merito in merito alle capacità assunzionali dei Consorzi tra enti locali per la gestione e l'erogazione dei servizi socioassistenziali, più specificamente riguardante l'esatta interpretazione e l'applicazione dell'art. 57, comma 3-septies, del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito in l. 13 ottobre 2020, n. 126, ha pronunciato il seguente principio di diritto: *“Il meccanismo introdotto dall'art. 57, comma 3-septies in esame espressamente sancisce la “neutralità” sia della spesa, sia della correlata entrata, relativa all'assunzione di personale etero-finanziata, così escludendone la rilevanza ai fini della determinazione degli spazi assunzionali di cui al citato art. 33 del d.l. n. 34/2019”*. Ciò in coerenza con i principi di carattere generale in materia di corretta determinazione delle capacità assunzionali di personale a tempo indeterminato da parte degli enti territoriali e si inserisce nel quadro normativo applicabile alle specifiche fonti di finanziamento.

[Corte Conti, Sezione regionale di controllo per le Marche, 25 settembre 2023, n. 144/2023/PAR](#)

Contabilità armonizzata – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo – Residui attivi ultratriennali e stralcio dal conto del bilancio – FCDE

La Sezione regionale di controllo per le Marche, con riferimento alla possibilità che, in sede di ricognizione annuale dei residui, che un credito di dubbia esigibilità ultra triennale venga stralciato senza attendere l'esaurimento delle procedure esecutive e la comunicazione definitiva di inesigibilità del credito da parte del concessionario, ha pronunciato il seguente principio di diritto: *“la mancata conclusione delle procedure giudiziali o stragiudiziali di esecuzione coattiva o la mancata dichiarazione di definitiva inesigibilità del credito da parte dell'agente della riscossione non costituisce ragione di per sé sufficiente a giustificare il mantenimento nel conto del bilancio dell'ente locale di un residuo attivo di anzianità ultratriennale e di dubbia o difficile esigibilità, a meno che*

non sussistano congrui e plausibili elementi capaci di fondare ragionevoli aspettative di effettivo incasso, di cui l'ente deve fornire, in occasione delle operazioni di riaccertamento annuale ordinario dei residui, adeguata ed esaustiva motivazione, tanto più pregnante ed incisiva quanto più remoto è l'esercizio di provenienza del residuo stesso”.

Corte Conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, 8 settembre 2023, n. 239/2023/PAR

Spesa personale – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo – interpretazione ed applicazione analogica dei CCNL – carenza di competenza della Corte dei conti

La Sezione regionale di controllo per la Campania, al fine di verificare la possibilità, per l'Ente locale, di utilizzare come valore di riferimento, applicando analogicamente la norma contrattuale relativa alla dirigenza, il parametro della spesa di enti di pari dimensioni, per dotarsi di una organizzazione minima (tre posizioni organizzative) sempre nel rispetto degli equilibri di bilancio, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“l'interpretazione di clausole della contrattazione collettiva è estranea al perimetro dell'attività consultiva di questa Corte, in quanto demandata per legge alle parti contraenti e, per la parte pubblica, all'ARAN (art. 49 d. lgs. n. 165/2001)”*.

Ciò in ossequio all'indirizzo nomofilattico espresso dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti con la deliberazione n. 56 del 2 novembre 2011, ove è statuito che *“in sede consultiva e di nomofilachia, le Sezioni della Corte dei conti non possono rendere parere sull'interpretazione e sul contenuto della norma del contratto collettivo nazionale di lavoro(...) poiché, come più volte specificato, l'interpretazione delle norme contrattuali rientra nelle funzioni che il legislatore ha attribuito all'ARAN. Al riguardo, le Sezioni riunite si sono pronunciate in sede di nomofilachia con Delibera n. 50/CONTR/2010, con la quale hanno evidenziato che l'interpretazione delle clausole dei contratti collettivi trova una sua compiuta disciplina nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*.

* * *

Corte dei conti, sezione giurisdizionale d'appello regionale per la Sicilia, 22 novembre 2023, n. 62

Responsabilità amministrativa – Danno erariale – Contributi pubblici – Sviamento finalità – Condotta commissiva – Dolo eventuale

I funzionari di un Comune che utilizzano incentivi economici statali per finalità non inerenti a quelle per cui il finanziamento è stato concesso, sul presupposto che diversamente si sarebbe verificata la perdita del finanziamento, causano un danno erariale pari alle somme indebitamente percepite.

Non sussiste alcuna incompatibilità tra la perseguibilità delle condotte commissive poste in essere con dolo eventuale e l'art. 21 del d.l. n. 76/2020 laddove per la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso, in quanto anche nello stadio più lieve di intensità dolosa sussiste un'infedeltabile componente volontaristica.

[Corte dei conti, II sezione giurisdizionale centrale d'appello, 13 novembre 2023, n. 337](#)

Responsabilità amministrativa – Danno erariale – Opera pubblica - Inadempimento – Polizza fideiussoria

Il responsabile del servizio tecnico comunale, che stipuli una polizza fideiussoria rivelatasi inidonea a garantire l'ente dall'inadempimento degli obblighi derivanti da un rapporto di concessione per la realizzazione di un'opera pubblica, in quanto non in linea con il contenuto guida riportato negli schemi tipo di contratto approvati con il d.m. n. 123 del 12 marzo 2004 e incompleta nell'oggetto, deve rispondere del danno erariale arrecato all'ente di appartenenza pari al valore delle opere non realizzate.

[Corte dei conti, I sezione giurisdizionale centrale d'appello, 2 novembre 2023, n. 429](#)

Responsabilità amministrativa – Danno erariale – Riorganizzazione amministrativa – demansionamento – Discrezionalità tecnica

La condotta del sindaco che effettui una riorganizzazione amministrativa dell'ente da cui derivi un dimensionamento di un servizio a favore di un altro, a cui sia seguita una condanna civile risarcitoria a favore del Responsabile del settore demansionato, non è da ricondursi a colpa grave quando i propri atti decisori si pongono quale adempimento di delibere di Giunta, sul presupposto che la riorganizzazione rientra nell'ambito del potere discrezionale – di discrezionalità tecnica – non sindacabile nel merito dal Giudice.

[Corte dei conti, I sezione giurisdizionale centrale d'appello, 6 ottobre 2023, n. 473](#)

Responsabilità amministrativa – Danno erariale – Incarichi posizioni organizzative – Illegittimità – Corresponsabilità – Sindaco – Segretario comunale

Il Sindaco di un Comune che conferisce incarichi di posizione organizzativa ad un dipendente, in carenza delle condizioni prescritte dalla normativa di settore e precisamente affidando mansioni di pertinenza della categoria D ad un impiegato di fascia inferiore, pur in presenza nell'Ente di due figure del livello richiesto, causa un danno erariale pari al trattamento economico erogato al soggetto designato in assenza della specifica qualifica richiesta e al di fuori delle condizioni cui la legge subordina, in via eccezionale e temporanea, l'attribuzione di mansioni superiori.

Non può riferirsi a terzi la corresponsabilità per una scelta di esclusiva competenza del Sindaco, né tantomeno, può venire in risalto un qualche ruolo del Segretario comunale, con riguardo all'art. 97, comma 4, del TUEL, trattandosi di una norma che attribuisce a tale figura un compito di sovrintendenza e di coordinamento rispetto allo svolgimento delle attività dei dirigenti, funzione che non potrebbe di certo essere espletata nei confronti del Sindaco, in ragione della posizione apicale dallo stesso ricoperta e delle prerogative dal medesimo esercitate, in via esclusiva.

Corte dei conti, II sezione giurisdizionale centrale d'appello, 6 ottobre 2023, n. 270

Procedura SUAP – Variazione strumenti pianificazione urbanistica – Organi dell'Amministrazione - Dipendente comunale - Responsabilità amministrativa - Danno erariale indiretto - Debito fuori bilancio da sentenza esecutiva

Il Sindaco che crea un legittimo affidamento nell'accoglimento di una domanda di variante urbanistica, poi rigettata, procedendo con la richiesta di versamento degli oneri di urbanizzazione, deve rispondere del danno erariale derivante dall'importo risarcitorio riconosciuto al soggetto richiedente, in quanto quale vertice dell'amministrazione comunale doveva essere ben a conoscenza del fatto che la proposta di variante urbanistica sarebbe stata per legge sottoposta alla valutazione dei cittadini e degli enti portatori di interessi diffusi presenti sul territorio, e, dunque, avrebbe dovuto mantenere una condotta improntata a maggiore prudenza nella fase iniziale del procedimento, piuttosto che creare aspettative verso il favorevole esito della domanda; ed altresì avrebbe dovuto ponderare, nei passaggi successivi del procedimento, il rischio derivante dal diniego al progetto di variante che avrebbe potuto riportare il privato richiedente.

Corte dei conti, II sezione giurisdizionale centrale d'appello, 6 luglio 2023, n. 185

Responsabilità amministrativa – Danno erariale - Comune - Esternalizzazione – Ufficio tecnico

Non viola il principio di autosufficienza della pubblica amministrazione, sancito dall'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, l'esternalizzazione da parte di un Comune di incarichi di progettazione e di altre attività tecniche, anche qualora sussista all'interno personale con competenza specifica, quando gli stessi siano connotati da particolare complessità, manchi all'interno del Comune la dotazione tecnologica necessaria alla predisposizione degli elaborati e il personale tecnico interno risulti particolarmente impegnato nella gestione ordinaria.

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Emilia-Romagna, 4 dicembre 2023, n. 119

Enti pubblici economici – Società di scopo nei LL.PP - Gara “a doppio oggetto” - Dipendente comunale – Termine di prescrizione per danno erariale indiretto – Recesso da contratti di servizio - Segretario Comunale - Responsabilità amministrativa

Il segretario comunale di un Comune risponde del danno erariale derivante da un affidamento illegittimo, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia costituito oggetto di un'integrazione dell'ordine del giorno presentata direttamente in Giunta, poiché la circostanza non esclude l'antigiuridicità, in quanto il Segretario Comunale quale garante di legalità dell'ente, avrebbe dovuto prudentemente rappresentare l'impossibilità che aveva avuto di studiare l'operazione, evidenziando la necessità di rinviare l'approvazione dell'affidamento al fine di garantire la legittimità della decisione che la Giunta era chiamata a prendere.

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Friuli Venezia Giulia, 21 novembre 2023, n. 32

Responsabilità amministrativa – danno erariale – aggiudicazione illegittima – limitazione responsabilità erariale – condotta omissiva

I componenti di una commissione di gara, costituita per conto di un Comune, devono rispondere del danno erariale derivante dall'aggiudicazione ad impresa, che andava esclusa dalla gara poiché offriva prodotti con caratteristiche tecniche inferiori rispetto a quelle richieste dal capitolato speciale, anche nella vigenza della limitazione della responsabilità erariale alle sole ipotesi di condotte commissive dolose e di omissioni dolose e gravemente colpose di cui all'art. 21 co. 2 del DL 76/2020. Infatti, l'omessa esclusione dalla gara della società vincitrice, configura una responsabilità omissiva senza che assumano rilievo causale le attività positivamente svolte dalla commissione di gara, in quanto il danno contestato risulta causalmente conseguente alla violazione di una regola di condotta che avrebbe imposto ai convenuti un *facere*, ovvero l'esclusione dalla procedura di gara della società aggiudicataria.

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Toscana, 16 ottobre 2023, n. 330

Giudizio di conto – Società partecipata – Consegnatario azioni per conto dell'Ente – Improcedibilità – art. 9 D.lgs. 175/2016

I titoli azionari e partecipativi rientrano tra i beni mobili dello Stato, per i quali sussiste l'obbligo di resa del conto giudiziale. Infatti, il Regolamento di contabilità dello Stato prevede che tutti i beni mobili devono essere dati in consegna ad agenti responsabili e che la consegna si effettua tramite inventario.

In mancanza della nomina di uno o più dirigenti cui affidare la gestione delle partecipazioni, è il Sindaco, nella sua qualità di organo di vertice dell'amministrazione, che assume la veste di agente contabile, considerato che la società incaricata di detenere le azioni non può essere considerata consegnataria dei titoli azionari e delle quote di partecipazione dell'ente e, in quanto tale, tenuta alla resa del conto, essendo pacifico che non ha svolto alcuna attività di gestione dei diritti di socio connessi alla proprietà dei titoli, ma si è limitata a detenerli quale mero depositario, senza alcun potere dispositivo.

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Sicilia, 28 settembre 2023, n. 404

Responsabilità amministrativa – Danno erariale – Sindaco - Incarico dirigenziale – Insussistenza del danno

Il sindaco che conferisce in modo illegittimo un incarico a tempo determinato ai sensi dell'art. 110 comma 11 del TUEL, in quanto in violazione della misura del 30 per cento dei posti istituiti nella dotazione organica della medesima qualifica, non determina alcun danno erariale nel periodo in cui il numero dei dirigenti assunti con contratto a tempo determinato è tornato entro il limite di legge, in quanto successivamente a detta data, può al più parlarsi della presenza di irregolarità del procedimento

seguito per addivenire a detta assunzione che, tuttavia, deve per tale fase ridursi a illegittimità, comunque, non produttiva di danno in ragione del mancato superamento del limite percentuale.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Toscana, 8 settembre 2023, n. 278](#)

Responsabilità amministrativa – Danno erariale – Danno alla concorrenza – Danno da violazione del nesso sinallagmatico

Amministratori e funzionari di un ente locale che alterano una gara pubblica non garantendo una negoziazione basata su un'effettiva ricerca delle migliori condizioni di mercato devono rispondere del danno patrimoniale alla concorrenza arrecato all'ente di appartenenza, che può essere quantificato nella differenza tra la media delle percentuali di ribasso proposte dalle imprese partecipanti e quella offerta dall'aggiudicataria, nonché del danno da violazione del nesso sinallagmatico, essendo evidente la distrazione delle energie lavorative del dipendente dai suoi compiti istituzionali.

Codice Etico

della Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni

Doveri dell'editore

La pubblicazione degli esiti di una rivista scientifica è un processo complesso e delicato, che richiede autonomia, rigore e serietà a tutti i soggetti coinvolti, a partire dall'editore. A tale scopo, Comunicare – ANCI Comunicazione ed Eventi – srl società unipersonale, nella sua qualità di editore della “Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni”, è impegnata nel rispettare e far rispettare le più aggiornate prassi internazionali, nonché i principi del *COPE's Code of Conduct and Best Practice for Journal Editors* (a seguire, anche solo le “Linee Guida COPE”) e i criteri di cui al Regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, e nell'ammettere alla pubblicazione esclusivamente contributi originali, redatti secondo alti *standard* scientifici ed editoriali, rispettosi della proprietà intellettuale e del diritto d'autore e non sottoposti contemporaneamente a valutazione presso altre riviste. L'editore sostiene, inoltre, l'indipendenza della ricerca, condanna il plagio e disapprova la violazione del *copyright*. Lo stesso, infine, si impegna a collaborare con gli organi della Rivista al fine della ricerca di ogni utile soluzione alle questioni, anche di carattere organizzativo, dagli stessi sollevate.

Doveri degli organi della Rivista

Il Direttore Responsabile, il Direttore Scientifico e gli altri organi della Rivista sono tenuti ad agire in piena autonomia e indipendenza e a rispettare le norme di legge in materia di stampa, quanto indicato nelle Linee Guida COPE, nonché nel citato Regolamento ANVUR, oltre che nel Regolamento di funzionamento della Rivista. Gli stessi, nelle proprie attività, e per quanto di rispettiva competenza, mantengono la massima riservatezza sui contributi ricevuti ed esaminati, impegnandosi a non farne in alcun modo uso personale nelle proprie attività di ricerca, ed evitano e denunciano ogni conflitto d'interessi. L'attività di valutazione dei contributi, inoltre, sia pure nel perseguimento della linea editoriale e degli obiettivi culturali della Rivista, deve svolgersi in base al solo contenuto scientifico degli stessi, senza alcuna distinzione di sesso, razza, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico dell'Autore. Allo stesso modo, la scelta dei *referee* per la procedura di *peer-review* deve avvenire in assenza di conflitti di interessi e al solo fine di una valutazione obiettiva, rigorosa ed equilibrata dei contributi.

Doveri dei *referee*

I *referee* selezionati devono attenersi alle Linee Guida COPE e a criteri di autonomia e indipendenza, evitando conflitti d'interessi e garantendo, oltre che il richiedo anonimato, un impegno obiettivo, rigoroso e serio, nel rispettare dei seguenti requisiti etici: contributo alla decisione della Direzione Scientifica, rispetto dei tempi assegnati per la revisione, riservatezza. In particolare, i contributi ricevuti devono essere trattati come documenti riservati, e non possono essere mostrati o discussi con chiunque non sia stato previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Il *referee* che non si senta qualificato all'attività di revisione del contributo assegnato o chesi trovi in conflitto di interessi o che non possa rispettare i tempi

previsti deve comunicare la propria rinuncia. Il *referee* si impegna a riportare gli esiti dell'attività di referaggio in una scheda anonima digitale, con un giudizio finale in ordine alla pubblicabilità del contributo.

Doveri degli Autori

Gli Autori devono attenersi alle Linee Guida COPE e devono garantire l'autenticità e l'originalità dei propri contributi, il rispetto delle norme in materia di diritto d'autore e proprietà intellettuale, nonché dei criteri redazionali della Rivista; la corretta ed esaustiva indicazione delle fonti impiegate; la veridicità delle fonti e dei dati citati; l'assenza di conflitti d'interessi e la disponibilità a correggere gli errori nei contributi, nonché a considerare le proposte di adeguamento alle valutazioni dei *referee*; l'indicazione come co-autore di coloro che abbiano contribuito in maniera sostanziale alla formazione del contributo, che ne hanno approvato la stesura definitiva dello stesso o espresso l'accordo sulla pubblicazione.

Istruzioni per gli Autori

STRUTTURA TESTO

PARAGRAFI

Il testo deve essere suddiviso in paragrafi, numerati progressivamente con cifre arabe puntate (1., 2., 3. Ecc.) ed eventualmente in sotto paragrafi con propria numerazione (1.1, 1.2, 1.3, ecc.), non superando il doppio livello di partizione. Nel testo, occorre riportare i titoli dei paragrafi; i sotto paragrafi non vanno titolati.

SOMMARIO

Il testo deve essere preceduto da un SOMMARIO che deve riprodurre esattamente numeri e titoli dei paragrafi ed eventuali sotto paragrafi.

CARATTERE E CORPO

I contenuti devono essere impostati con diversi criteri di carattere/font e grandezze di carattere, come descritti di seguito.

TITOLO: carattere/font Times New Roman Bold, corpo 12, interlinea 1.

SOMMARIO: carattere/font Times New Roman Bold, Maiuscoletto, corpo 12, interlinea 1.

TITOLO DI PARAGRAFO SOMMARIO: carattere/font Times New Roman Normale, corpo 12, interlinea 1

NUMERI DI PARAGRAFO SOMMARIO: Times New Roman Bold.

TITOLETTO DI PARAGRAFO: carattere/font Times New Roman Bold, corpo 12, interlinea 1,5

PARAGRAFO DI TESTO: carattere/font Times New Roman Normale, Bold e Corsivo, corpo 12, interlinea 1,5.

NOTE A PIÈ DI PAGINA: carattere/font Time New Roman Normale, Bold e Corsivo, corpo 10, interlinea 1, con riduzione di corpo delle note a fondo pagina.

ABSTRACT: carattere/font Times New Roman Bold Maiuscoletto, corpo 12, interlinea 1,5.

CITAZIONI

Per le citazioni, nel testo e in nota, vanno osservati i seguenti criteri:

- Per la *legislazione*: la prima volta va indicato il provvedimento per esteso, con data e numero (es: legge 7 agosto 1990, n. 241). In seguito, lo stesso provvedimento va indicato in forma abbreviata (l. n. 241/1990). Per la citazione di articoli e commi, occorre indicare prima l'articolo, poi il comma (art. 1, c. 1, della l. n. 241/1990).
- Per la *giurisprudenza*: la prima volta le decisioni devono essere segnalate con l'indicazione per esteso dell'organo giudicante, della data e del numero (es: Consiglio di Stato, sez. IV, 8 gennaio 1995, n.1). In seguito, la stessa decisione va indicata in forma abbreviata (Cons. St., IV, n. 1, 1995).

- Per la *dottrina*, occorre inserire: iniziale del nome (MAIUSCOLO); cognome per esteso (MAIUSCOLETTA), titolo (*corsivo*); luogo di edizione; editore; anno di pubblicazione; numero di pagina (non preceduto da p.).
(es: M. ROSSI, *Lineamenti di diritto comunitario*, Napoli, G. Giappichelli Editore, 1980, 327)
Per le edizioni successive alla prima, indicare l'edizione citata con cifra araba scritta come apice del titolo.
(es: M. ROSSI, *Lineamenti di diritto comunitario*¹⁹⁸⁵, Napoli, G. Giappichelli Editore, 1980, 327)

Gli scritti contenuti in opere collettive, dizionari, enciclopedie, ecc., vanno citati con l'indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, dell'opera di cui fanno parte (titolo completo, luogo edizione, editore, anno di pubblicazione).

Gli scritti contenuti in riviste, vanno citati con l'indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, della rivista, dell'anno di pubblicazione, della parte e della pagina.

Citando la stessa opera per la seconda volta, occorre indicare l'autore e le prime parole del titolo seguito da "cit." (es: M. ROSSI, *Lineamenti*, cit.).

- Per le *abbreviazioni*, seguire i criteri dell'Enciclopedia giuridica Treccani (allegati);
- I nomi di *enti, associazioni, organizzazioni*, ecc.: la prima volta, devono essere indicati per esteso con la sola iniziale maiuscola, seguita dalla sigla tra parentesi, in maiuscolo. Es. Organizzazione delle nazioni unite (ONU). Le volte successive, va riportata solo la sigla.
- I *numeri* vanno citati per esteso, a lettere (anni Novanta, sette per cento, ecc.)
- L'uso delle *maiuscole* va limitato ai nomi propri o di enti (es Ministero dell'istruzione).

NOTE

Vanno inserite a piè di pagina e non nel testo.

Modalità di invio del contributo

Abstract: il contributo va inviato alla Rivista accompagnato da un *abstract*, in lingua italiana e inglese, di lunghezza non superiore alle 200 parole e non più di 1500 caratteri complessivi (spazi inclusi).

Profilo biografico dell'autore: unitamente al contributo, gli autori devono inviare un breve profilo biografico (qualifica, attività di studio più recente, ecc.), di lunghezza non superiore alle 70 parole e non più di 500 caratteri (spazi inclusi).

