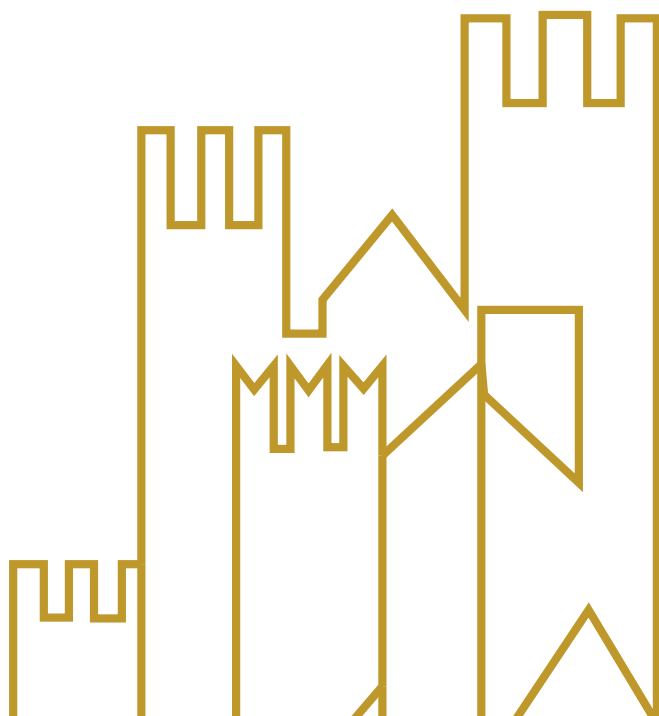


quadrimestrale di diritto ed economia

Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni



2/2023

Maggio - Agosto



**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

Maggio-Agosto n. 2/2023

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, Antonio Barone, Daniela Bolognino,
Carlo Buonauro, Elisa D'Alterio, Fabrizio Dall'Acqua, Daniela Donati, Giuliano Fon-
derico, Felice Giuffrè, Mario Gorlani, Nicola Lupo, Luciano Monti, Pasquale
Passalacqua, Aldo Sandulli, Tommaso Giupponi Giovanni Valotti, Antonio Viscomi**

Direttore Responsabile: **Stefania Dota**

Redazione: **Annalisa D'Amato, Maria Rosaria Di Cecca**

Coordinatori e collaboratori di redazione: **Gianpiero Madeo, Massimiliano Maitino -
Gianluca Briganti, Gianvito Campeggio, Lavinia Ialongo,, Anna Laura Rum, Renata
Stancanelli, Federica Zaccarelli**

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

Cura dell'impaginato: **Cleo Marazziti - SP Servizi Pubblicitari**

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

Finito di stampare nel mese di Ottobre 2023

www.rivistagiuridicadeicomuni.eu



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



<https://twitter.com/RivistaCOMUNI>

Prospettive

Prendersi cura dell'autonomia locale.....8
 DI GUIDO MELONI

Memorie

Massimo D'Antona.....16
 DI BRUNO CARUSO

Saggi

Le fonti del lavoro pubblico a trent'anni dalla contrattualizzazione.....23
 DI DANIELA BOLOGNINO E GIANFRANCO D'ALESSIO

Il socio pubblico e le società partecipate, tra antiche diffidenze e inattese promozioni.
 Appunti per una politica di governo del fenomeno societario pubblico58
 DI HARALD BONURA E GIULIANO FONDERICO

I pareri della Corte dei conti in materia di costituzione di società e di acquisizione di
 partecipazioni. Lo stato della giurisprudenza contabile 86
 DI DONATO CENTRONE

Il “cantiere” degli enti locali114
 DI MARIO GORLANI

La valorizzazione del personale Funzioni Locali nel quadro ordinamentale e
 contrattuale127
 DI PASQUALE MONEA E GIAMPIERO PIZZICONI

Le clausole sociali tra “vecchio” e “nuovo” Codice dei contratti: il difficile equilibrio
 tra la libertà di iniziativa economica, la garanzia di conservazione dei livelli
 occupazionali e la promozione della parità di genere191
 DI CRISTIANA NAPOLITANO

Concessioni balneari: tra resa dei conti e possibili soluzioni203
 DI ANDREA NARDI

Premesse per uno studio: l'amministrazione condivisa nei regolamenti comunali.
 Una esigenza di riordino?229
 DI LORENZA TOMASSI

Note

Precisazioni in ordine alla deroga all'onere di motivazione analitica e all'ammissibilità della motivazione *per relationem* ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del D.Lgs. n. 175/2016 (Nota a Corte dei Conti per la Regione Siciliana, Sez. contr., Delib. 16 giugno 2023, n. 174.245

DI FABIANA CIAVARELLA

L'efficacia dell'ordinanza di demolizione nei casi particolari di presentazione di istanza in sanatoria, di pendenza del sequestro penale e di compatibilità delle opere abusive con gli strumenti urbanistici. Il rapporto fra ordinanza di demolizione e sanzione pecuniaria alternativa (Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2023, n. 5529)252

DI ANNA LAURA RUM

La natura giuridica dei diritti edificatori e il particolare regime di pubblicità nei comuni della Regione Lombardia (Nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 giugno 2023, n. 5469)258

DI ANNA LAURA RUM

All'Adunanza Plenaria i criteri di determinazione della sanzione pecuniaria nel caso di fiscalizzazione dell'abuso edilizio (Nota a Consiglio di Stato, sez. II, 13 luglio 2023, n. 6865)264

DI VALERIA VENTURA

Giurisprudenza e controllo..... 272

INDICE GIURISPRUDENZA E CONTROLLO

Edilizia e urbanistica

Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2023, n. 5529.....	272
Consiglio di Stato, sez. IV, 5 giugno 2023, n. 5469.....	281
Consiglio di Stato, sez. II, 13 luglio 2023, n. 6865.....	292

Società pubbliche

Corte dei conti per la Regione Siciliana, sez. contr., del. 16 giugno 2023, n. 174.....	298
---	-----

INDICE AUTORI

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

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.

HARALD BONURA - Avvocato. Direttore Scientifico della Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni.

BRUNO CARUSO - Professore ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Catania. Senior fellow presso la Business School della Libera Università Internazionale degli Studi Sociali-LUISS Guido Carli.

DONATO CENTRONE - Consigliere della Corte dei conti.

FABIANA CIAVARELLA - Funzionario Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato.

GIANFRANCO D'ALESSIO - Professore Emerito di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi Roma Tre.

GIULIANO FONDERICO - Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

MARIO GORLANI - Professore Ordinario di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Brescia.

GUIDO MELONI - Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi del Molise.

CRISTIANA NAPOLITANO - Dottoranda di ricerca in Imprese ed istituzioni presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

PASQUALE MONEA - Segretario Generale della Città Metropolitana di Firenze, esperto e docente sulla materia del lavoro pubblico, cultore di Diritto Amministrativo e di Diritto del Lavoro dell'Università degli Studi di Firenze. Presidente e Componente OIV Nazionali e di Enti Locali ed Organismo straordinario di Liquidazione. Direttore Rivista "Il Governo Locale".

ANDREA NARDI - Avvocato, svolge attività di docenza all'Università di Roma Tor Vergata. Componente del comitato editoriale della rivista Diritto e politica dei trasporti. Cultore della materia in Diritto Amministrativo all'Università G. Marconi.

GIAMPIERO PIZZICONI - Magistrato della Corte dei Conti, sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato. Professore a contratto di contabilità pubblica presso l'Università Mercatorum. Esperto e docente in materia di lavoro pubblico.

ANNA LAURA RUM - Laureata con lode in giurisprudenza e avvocato. È coautrice di monografie in materia di diritto amministrativo e autrice di numerose pubblicazioni scientifiche in materia di diritto amministrativo, civile, fallimentare e penale.

LORENZA TOMASSI - Assegnista di Ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

VALERIA VENTURA - Magistrato amministrativo presso il TAR di Catania.

Prendersi cura dell'autonomia locale

DI GUIDO MELONI

Il principio autonomistico, che sancisce la scelta costituzionale sull'assetto dei poteri territoriali della Repubblica, ha una dimensione dinamica che impone di considerarne la portata nel suo costante divenire.

Ne è testimone la nostra storia più recente, contrassegnata da slanci propulsivi, precipitati nella riforma costituzionale del 2001, ma contraddistinta anche da una ridotta capacità di tradurne sul piano attuativo le più intrinseche potenzialità.

La mancata piena attuazione del portato delle norme costituzionali segna tutt'oggi l'incompiutezza del sistema di autonomia territoriale; un'incompiutezza evidenziata ancor più dal succedersi di interventi normativi volti non di rado, in un arco temporale assai ristretto, a rimettere in discussione i caratteri stessi dell'assetto autonomistico.

Anche nell'attuale legislatura numerosi risultano essere i cantieri aperti nei diversi ambiti del sistema autonomistico.

Basti pensare ai lavori per la revisione del testo unico degli enti locali⁽¹⁾, alle iniziative legislative di riforma delle province e delle città metropolitane⁽²⁾, alla ripresa del processo attuativo del regionalismo differenziato⁽³⁾, all'avvio di una analisi sugli strumenti di raccordo e cooperazione⁽⁴⁾, alla decisiva ripresa del processo di attuazione del c.d. federalismo fiscale⁽⁵⁾, ma anche ai nodi emersi in relazione al ruolo da riconoscere agli enti locali nei processi attuativi di programmi nazionali o sovranazionali, come nel caso del PNRR.

Interventi di attuazione diretta delle norme costituzionali o di revisione di scelte legislative più o meno recenti ovvero connessi al ruolo da riconoscere ai diversi soggetti territoriali sul piano della concreta attuazione di scelte amministrative, che ripropongono l'esigenza di una riflessione profonda su dove stia andando il sistema delle autonomie.

Anche se risulta senz'altro arduo cimentarsi nel tentativo di cogliere le prospettive verso cui tende il nostro ordinamento autonomistico, stretto tra ciò che non si è ancora fatto sul piano della attuazione costituzionale e ciò che, invece, pur volendone rappresentare diretta applicazione o addirittura talvolta un suo anticipato superamento, registra ancora incoerenze, deficit e frequenti ripensamenti.

Ma anche per questo non ci si può sottrarre dall'affrontare la sfida prospettica, che richiede però di essere sorretta dalla chiave di lettura attraverso cui interpretarla.

A tale riguardo, dovremmo innanzitutto ricordare a noi stessi che l'autonomia

1 Nel testo dello Schema di disegno di legge recante delega al governo per la revisione delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, del 4 agosto 2023, il cui esame è stato avviato nella seduta del Consiglio dei ministri del 7 agosto 2023.

2 Le proposte legislative delle diverse forze politiche sono confluite nel testo unificato della Commissione Affari Costituzionali del Senato Nuova disciplina in materia di funzioni fondamentali, organi di governo e sistema elettorale delle Province e delle Città Metropolitane e altre disposizioni relative agli Enti Locali, Nuovo testo n. NT alla congiunzione 57, 203, 313, 367, 417, 443, 459, 490, 556.

3 A.S. n. 615, XIX Legislatura, Disegno di legge Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione.

4 Con decreto del Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie, del 3 maggio 2023, è stata istituita la Commissione di studio e analisi del sistema delle Conferenze, che ha avviato i propri lavori il 31 maggio 2023.

5 Secondo quanto previsto dall'art. 14, Principi e criteri direttivi per la revisione del sistema fiscale dei comuni, delle città metropolitane e delle province, della legge 9 agosto 2023, n. 111, Delega al Governo per la riforma fiscale.

locale 'riconosciuta' dalla Costituzione, quale carattere fondante dell'ordinamento repubblicano, in netta discontinuità rispetto alle teorie autarchiche affermatesi con la nascita dello Stato unitario, attiene alla dimensione sociale delle comunità e solo in ragione di ciò agli enti che ne sono esponenziali.

E in quanto tale capace di fondare un nuovo modo di essere del potere pubblico, sottratto all'esclusiva statale e ricondotto ad un esercizio partecipato tra i diversi livelli di governo, in grado di riconnettersi alla dimensione propria delle scelte dei cittadini e delle comunità in cui vivono.

Dati, questi, che sembrano spesso essere dimenticati e che siamo indotti a tralasciare nel tentativo di inseguire la mera ricostruzione dell'evolversi, non lineare, delle scelte legislative che si susseguono.

Prevale, così, una mera valutazione di modelli e soluzioni istituzionali che configurano nel tempo i diversi enti di governo territoriale, il loro assetto ordinamentale, le competenze e le risorse che ad essi sono riconosciute o negate.

Ma resta sullo sfondo e per lo più negletto nella riflessione affidata ai decisori politici e a quella che dovrebbe accompagnare le valutazioni sulle scelte chiamate ad inverare il principio di autonomia, il dato che invece dovrebbe prevalere: vale a dire, misurare la coerenza del quadro istituzionale che muta rispetto alle norme costituzionali, tenendo conto dell'evolversi del contesto comunitario dei territori e del modo stesso di intendere da parte delle collettività le ragioni e gli strumenti adeguati per un autonomo governo locale.

Dovremmo considerare con rinnovata consapevolezza che l'autonomia, come insegnava Giorgio Berti, "diventa espressione di un modo di essere della Repubblica, quasi la faccia interna della sovranità dello stato" (Art. 5, in Commentario della Costituzione, a cura di G. BRANCA, Bologna, Zanichelli - Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1975, p. 286).

E che il riconoscimento e la garanzia delle autonomie territoriali, oggi rafforzato a seguito della riforma del Titolo V del 2001, poggia - come anche affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 106 del 2002 - proprio sulla sovranità che, secondo l'art. 1 della Costituzione, appartiene al popolo.

Un'autonomia territoriale, nelle sue diverse articolazioni, quale sede privilegiata di esercizio della sovranità popolare, capace di informare nel profondo l'ordinamento della Repubblica, attraverso un pluralismo istituzionale che costituisce il necessario risvolto della scelta di riconoscere ai cittadini e alle collettività territoriali spazi autonomi di autogoverno e di cura dei bisogni e degli interessi di cui sono portatori.

Ciò che ne determina la profonda valenza democratica, chiamata a tradursi nella partecipazione diretta dei cittadini alla vita e alle scelte delle istituzioni territoriali, attraverso cui ciascuna realtà locale esalta i caratteri della propria specificità e originalità e misura la capacità di trovare le soluzioni più adeguate alle esigenze ad essa sottese.

Questo appare essere il risvolto più significativo dell'intima connessione tra l'art. 1 e l'art. 5 della Costituzione, tale da escludere ogni possibile interpretazione della scelta autonomistica quale mera formula organizzativa.

Un sistema concentrico di autonomie territoriali, distinte ma non separate, chiamate ad esprimere propri indirizzi politici e a contribuire, allo stesso tempo, alla determinazione di un indirizzo politico nazionale, non più appannaggio esclusivo dello Stato e del governo nazionale, ma quale risultante di una sintesi capace di ricondurre ad unità scelte articolate nei diversi livelli territoriali.

L'autonomia, infatti, è chiamata costantemente a misurarsi ed iscriversi nel quadro dell'unità e indivisibilità della Repubblica, non già, questi ultimi, quali

caratteri uniformanti dell'assetto istituzionale e dei poteri ad esso affidati, ma quali limiti ed obiettivi, allo stesso tempo, da rispettare e perseguire da parte di tutti i soggetti del governo territoriale.

Unità e indivisibilità della Repubblica che fondano il carattere collaborativo e solidale di un ordinamento caratterizzato dal pluralismo autonomistico, in cui i cittadini, ciascun cittadino, deve potersi riconoscere nell'appartenenza a plurime comunità territoriali, ma membro di una sola dimensione repubblicana.

È rispetto a questi elementi che credo siamo chiamati a considerare non solo quanto finora fatto sul piano dei poteri locali, quanto soprattutto quelle che oggi si presentano quali prospettive di una sua trasformazione ulteriore.

Con l'avvertenza, però, che di fronte ad un così vasto campo di lavoro il primo rischio che corriamo è quello di riproporre una considerazione frammentata, in relazione ai singoli interventi, perdendo di vista la ricerca della necessaria organicità del sistema delle autonomie, da perseguire nei diversi ambiti e con specifici provvedimenti, ma da ricondurre sempre a coerenza complessiva.

Se così non sarà, assisteremo ancora una volta ad un confronto-scontro che vedrà rappresentate le diverse posizioni su ciascuna delle proposte in campo, mettendone sì in luce – come è giusto che sia – pregi e difetti, ma incapace di offrire strumenti utili per perseguire l'affermazione dell'autonomia territoriale in sé.

Il quadro dei plurimi interventi da ultimo intrapresi sul piano normativo dal governo e dal parlamento testimonia, infatti, non solo il tentativo di una pur necessaria manutenzione degli istituti autonomistici, quanto soprattutto la perdurante incompiutezza di una organica e coerente attuazione costituzionale. Ciò che determina ancora, rispetto allo sviluppo impresso al principio autonomistico con la riforma del 2001, uno iato profondo tra il concreto atteggiarsi dell'autonomia così come configurata sul piano istituzionale, delle competenze e delle risorse, e il dato costituzionale.

Un sistema che fatica ad affermarsi nella sua compiutezza e che, proprio per questo, è spesso terreno di contrapposizioni, talvolta ideologiche o, addirittura, strumentali rispetto a pretese esigenze efficientistiche e che favorisce, non di rado, proprio per questo, che a contrapporsi tra loro siano gli stessi soggetti dell'autonomia.

La necessaria armonia che invece deve caratterizzare un sistema complesso, quale quello autonomistico della Repubblica, sarà raggiunta solo quando ciascun livello di governo territoriale e ciascun ente che ne è parte costitutiva, potrà finalmente riconoscersi rispetto all'assetto ordinamentale, alle competenze e alle risorse disponibili nei confronti delle rispettive comunità e al ruolo che sono chiamati ad assolvere per esse, nel quadro delle norme costituzionali.

È da questo angolo visuale che ci si dovrebbe porre nel valutare ciò che è e ciò che è in divenire.

Ovviamente le considerazioni non possono essere le stesse rispetto ai diversi livelli di governo locale, investiti in questi ultimi anni da scelte legislative che ne hanno accentuato i caratteri differenziali.

Ciononostante, e anche proprio in ragione di ciò, emergono alcuni elementi chiave che rimangono al centro della riflessione e dei possibili sviluppi che possono ancora investire il sistema delle autonomie.

A partire dal carattere stesso da riconoscere agli enti territoriali.

Pur a fronte della comune natura autonoma riconosciuta a comuni, province e città metropolitane, esplicitata dall'art. 114, nonché dal principio fondamentale dell'art. 5 della Costituzione, le riforme degli ultimi dieci anni hanno segnato un discrimine netto tra la dimensione rappresentativa dei comuni, rispetto a quella

degli enti c.d. intermedi.

Un profilo, questo, che resta al centro della riflessione su quale assetto debba assumere il sistema delle autonomie e che viene riproposto nella sua portata generale dalle più recenti tendenze riformatrici riscontrabili in sede governativa e parlamentare.

Se per un verso, infatti, la natura dei comuni - storicamente consolidata e capace di sopravvivere anche agli interventi più restrittivi che la nostra storia anche meno recente ha registrato - risulta indiscussa, nella sua valenza direttamente rappresentativa delle comunità locali, per province e città metropolitane il tema si ripropone in tutta la sua pregnante rilevanza.

Il superamento della natura rappresentativa di secondo livello da ultimo prospettato per gli enti provinciali e metropolitani, impone di confrontarci - al di là delle pur differenti possibili soluzioni ordinamentali perseguibili - con quella che può essere considerata la questione di fondo del sistema autonomistico locale, vale a dire se tutte le autonomie territoriali si fondino su un dato comunitario e, in quanto tali, direttamente rappresentative dei territori, ovvero se i livelli sovracomunali vengano a configurarsi come rappresentativi di interessi istituzionali, espressione indiretta delle istanze prevalentemente comunali.

Una questione aperta che attesta come, al di là di pregi e difetti delle riforme di questi ultimi decenni, siamo ancora chiamati a definire il carattere stesso dell'autonomia locale nelle sue diverse articolazioni.

Permane, cioè, in tutta la sua valenza, l'interrogativo di fondo sulla natura degli enti locali e sulla loro capacità di assumere, o meno, un ruolo pieno di autogoverno dei territori e delle popolazioni che su di essi vivono.

Interrogativo a cui non può darsi risposta adeguata solo sul piano della tecnicità delle scelte normative, ma che richiede, innanzitutto, di essere messo alla prova con il carattere profondamente democratico che informa il principio autonomistico e che necessita di veder costantemente verificata la sussistenza tra una dimensione sociale e comunitaria ai vari livelli territoriali e la preposizione di enti locali che ne siano esponenziali, garanti di un effettivo autogoverno delle popolazioni.

La ricerca del dato comunitario, nella sua dinamicità, di territori che evolvono nel riconoscimento di sé stessi quali ambiti originali delle popolazioni che in essi vivono, dovrebbe, pertanto, costituire l'elemento prioritario su cui fondare ogni scelta legislativa chiamata ad inverare il principio autonomistico e l'assetto istituzionale che da esso ne dovrebbe discendere.

D'altra parte, tali considerazioni sembrano dover essere estese, per certi versi, anche con riguardo ai comuni, pur indiscussi nella loro permanente natura di enti esponenziali delle comunità locali esaltata dalla riforma costituzionale del 2001, che ne ha affermato la centralità quali enti di governo in cui trovano immediata e diretta soddisfazione i bisogni e gli interessi propri del territorio.

Ma una visione prospettica non può non misurarsi, in effetti, rispetto a scelte che pure hanno segnato in questi anni la vicenda istituzionale dei comuni.

In primo luogo, proprio sul piano della attuazione costituzionale, c'è da chiedersi quanto di quella regola dell'art. 118 della Costituzione, che vuole la 'amministrazione' quale, innanzitutto, amministrazione comunale, abbia finora trovato riscontro nelle scelte legislative di questi ultimi venti anni.

La risposta non pare poter essere soddisfacente, né sembrano aver contribuito nella direzione prefigurata dal legislatore costituzionale le scelte legislative volte a riconoscere ai soli comuni il carattere direttamente rappresentativo dei territori.

Diversi sono gli elementi in tal senso, a partire dalla individuazione delle funzionali fondamentali, previste dal legislatore costituzionale nel 2001 quali

elementi caratterizzanti, anche nei confronti della legislazione regionale, ciascun livello di governo su tutto il territorio nazionale, e che il legislatore ha invece introdotto per i comuni in una chiave meramente efficientista nei confronti dei piccoli comuni, assoggettandoli all'obbligo dell'esercizio associato.

Al di là dei limiti intrinseci di una tale scelta normativa, riconosciuta anche nella sua incostituzionalità laddove contraddica la ragionevole perseguibilità degli obiettivi che intende conseguire – come riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 33/2019 - ciò che maggiormente risalta e che appare ancora lontano da una soluzione soddisfacente, è che mentre per i comuni di maggiori dimensioni l'elenco delle funzioni fondamentali, seppur incompleto e comunque introdotto in via surrettizia rispetto ai prioritari obiettivi perseguiti dal legislatore, risulta affidato all'ente investito del suo esercizio diretto, per i comuni più piccoli si afferma una soluzione, quale l'obbligo associativo, che ha mostrato palesemente la non idoneità a riconnettere l'esercizio di quelli che sono i compiti fondamentali dei comuni alle collettività che sono chiamati a governare.

Come se, dalla individuazione delle funzioni ne dovesse discendere una dovuta e automatica ridefinizione comunitaria dei minori contesti territoriali.

La prospettiva probabilmente andrebbe invertita.

Anche se ancora difetta, e non è certo semplice da prefigurare, la capacità di favorire i processi di ricomposizione comunitaria delle realtà locali che, pur non tradendo le identità originarie, siano in grado di proiettarsi verso nuovi percorsi di riconoscimento da parte delle popolazioni in una dimensione più ampia, idonea a soddisfare la complessità crescente dei fenomeni da governare e il miglior impiego delle risorse disponibili.

Il dato, ancora una volta, appare pre-giuridico, connesso com'è con il sentirsi comunità di comunità da parte dei contesti territoriali di minori dimensioni, così da non disconoscere l'esigenza di un governo condiviso, attraverso il ricorso alle molteplici opzioni associative o addirittura pervenendo alla fusione.

Eppure, il processo di riaggregazione dal basso non riesce ancora ad affermarsi, né sembra prefigurarsi nettamente all'orizzonte.

Non mancano in questa direzione i segnali di un rafforzamento degli strumenti di incentivazione economico finanziaria da parte dello Stato e delle regioni, ma probabilmente ciò che dovrebbe maggiormente contraddistinguere un'iniziativa sinergica dei diversi livelli di governo interessati, dovrebbe caratterizzarsi per un investimento diretto multifattoriale: infrastrutturale, di potenziamento dei servizi, di rafforzamento dell'offerta di attività sociali e culturali, in modo da favorire l'autonomia ricomposizione delle realtà locali di minori dimensioni.

Si tratta solo di un esempio, ma che pone in evidenza come anche per i comuni le scelte legislative dovrebbero sempre confrontarsi con il dato reale che contraddistingue i differenti contesti territoriali, in modo non solo da non pregiudicare il carattere proprio dell'autonomia locale, che vale per tutti i comuni, di grandi o piccole dimensioni, ma favorendone il più ampio ed effettivo sviluppo pur nei differenti contesti.

Altrimenti, la pretesa misura dell'(in)adeguatezza degli enti si risolverà sempre e solo in un limite, capace di imporsi nella riduzione delle sfere di autonomia; senza considerare, invece, che l'adeguatezza può costituire anche un obiettivo da raggiungere, lasciato al perseguimento dei soggetti locali, ma sostenuto dai diversi attori istituzionali, affinché l'autonomia dei territori trovi ovunque piena compiutezza.

Sotto un ulteriore angolo visuale la ricerca di una garanzia effettiva dell'autonomia locale è messa alla prova dalla ripresa del processo di differenziazione regionale, in

attuazione dell'art. 116, co. 3 della Costituzione.

Non pochi sono i profili che dovranno essere affrontati per assicurare che la stessa differenziazione chiesta e perseguita non pregiudichi l'unità della Repubblica e la necessaria solidarietà tra territori, nonché, prioritariamente, la garanzia che ciascun cittadino possa godere nella medesima forma e misura dei diritti costituzionalmente garantiti su tutto il territorio nazionale.

Ma per quello che maggiormente interessa in questa sede, ciò che appare di preminente interesse è considerare come la differenziazione regionale, volta a rafforzare le scelte delle comunità regionali, che dovrebbero tradursi soprattutto sul piano legislativo, possa realizzarsi senza pregiudicare gli spazi di autogoverno delle comunità infraregionali e, di conseguenza, senza intaccare la dimensione propria dell'autonomia degli enti che le rappresentano.

Un rafforzamento delle regioni che non può tradursi in un depotenziamento di comuni, province e città metropolitane.

Non per difesa pregiudiziale di poteri consolidati, ma per la necessaria coerenza che un processo di differenziazione regionale deve garantire rispetto alla scelta costituzionale di fondare l'amministrazione, vale a dire la cura degli interessi delle collettività, proprio a livello locale.

Il rafforzamento degli ambiti propri dei poteri regionali, rispondente alle differenti istanze delle singole regioni, non solo non dovrebbe pregiudicare ruolo e competenze degli enti locali, ma in qualche misura dovrebbe innanzitutto tradursi proprio in un potenziamento del governo locale.

Se la comunità regionale rivendica ed ottiene, in chiave differenziata nei confronti dello Stato, forme e condizioni peculiari di autonomia, ciò non può che fondarsi, secondo il disegno costituzionale, in una nuova dimensione della amministrazione locale, chiamata ad inervare, sul piano della cura concreta degli interessi delle collettività territoriali, i nuovi spazi acquisiti a livello regionale.

Nella prospettiva della differenziazione regionale la dimensione sistemica del pluralismo autonomistico non può risolversi, in altri termini, in un risultato a somma zero o, addirittura, in negativo per gli enti locali e per le comunità che sostanziano la più ampia comunità regionale.

È anche su questo terreno che le soluzioni che verranno a prospettarsi nell'attuazione dell'art. 116, co. 3 della Costituzione andranno considerate nella loro potenzialità, ma anche nelle molteplici criticità.

Autonomia, d'altro canto, è di per sé differenziazione, non solo sul piano delle competenze anche tra gli stessi livelli di governo, ma ancor prima su quello delle scelte propriamente politiche, di indirizzo, che ciascun soggetto autonomo è chiamato ad assumere.

Il che ripropone altro profilo chiave del nostro incompiuto sistema autonomistico, quale è quello delle sedi e degli strumenti di raccordo e collaborazione.

Un modello che risulta tutt'ora fondato - nella carenza di una sede parlamentare di rappresentanza degli interessi territoriali, finora negata anche nella soluzione prefigurata con l'art. 11 della l.c. n. 3/2001 con la mera integrazione della commissione bicamerale per le questioni regionali - sul sistema delle Conferenze.

Al di là delle possibili configurazioni di interventi costituzionali ovvero meramente legislativi che potrebbero ridefinire più o meno radicalmente siffatto sistema, resta evidente l'esigenza, sempre più avvertita, tanto più con l'accentuarsi della valenza autonoma dei governi territoriali, di pervenire a garantire sedi effettive di collaborazione e confronto, capaci di portare a sintesi unitaria la pluralità degli indirizzi affermati a livello territoriale e quello proprio della dimensione nazionale.

Anche sotto questo angolo visuale, si tratta di confrontarsi su quale prospettiva

si intenda perseguire nella realizzazione di un effettivo sistema autonomistico, in cui la pluralità delle scelte propriamente politiche assunte a livello territoriale, sia chiamata a confrontarsi e a trovare la necessaria sintesi unitaria, pur nella plurale diversità, rispetto all'indirizzo politico propriamente statale.

Una rinnovata dimensione collaborativa che, nel superamento delle mere ritualità procedurali, assicuri il conseguimento effettivo di un sistema plurale, ma unitario, capace di favorire la composizione degli interessi e di tradurlo in soluzioni condivise, come richiederebbe la Repubblica delle autonomie.

Rimane, infine, il tema delle risorse finanziarie da riconoscere al sistema delle autonomie, tuttora ampiamente deficitario rispetto all'esigenza di una piena attuazione delle norme costituzionali.

Un nodo centrale che non può essere eluso ulteriormente, affinché i territori siano fonte del finanziamento e sede di impiego delle risorse, con la garanzia della salvaguardia dell'unità che solo adeguati strumenti perequativi possono assicurare.

Ma siamo ancora lontani dall'attuare i nuovi principi costituzionali dell'art. 119 della Costituzione, volti ad esaltare il nesso profondo, di piena responsabilizzazione di tutti i livelli autonomi di governo, tra reperimento delle risorse e scelte per il loro impiego.

Anzi, spesso ci troviamo ancora a dover fare i conti – è il caso di dire – con i limiti di una finanza statale restrittiva, che in questi anni, permanendo in un'ottica prevalente di finanza sostanzialmente derivata, ha tolto, più che riconoscere risorse a favore degli enti locali e che anche nell'attualità è messa alla prova di una criticità permanente, come nel caso delle risorse per l'attuazione di interventi connessi a programmi nazionali – il caso del PNRR – o, addirittura, alla disponibilità di risorse sufficienti per la gestione pur minimale dei bilanci degli enti locali, cui anche la prossima legge di bilancio è chiamata auspicabilmente a dare risposta.

Una sfida, quindi, ancora in larga misura da giocare, ma che i principi della delega fiscale recentemente approvata pongono nuovamente al centro dei futuri interventi attuativi da parte del governo, affinché, come prevede l'art. 14 della legge 9 agosto 2023, n. 111, sia assicurata finalmente la piena attuazione del federalismo fiscale, garantendo a tutti gli enti locali una effettiva autonomia finanziaria, con tributi propri, che consentano reale manovrabilità fiscale, nonché con compartecipazioni a tributi erariali e meccanismi di perequazione, tali da assicurare l'integrale finanziamento delle funzioni fondamentali, ma non solo, per tutti i contesti territoriali, nonché la garanzia del pieno godimento dei diritti costituzionali su tutto il territorio nazionale.

Una 'promessa', quella della delega fiscale, che dobbiamo augurarci trovi pieno riscontro sul piano attuativo, smentendo la purtroppo oramai lunga storia costellata da obiettivi preannunciati e mancati coerenti interventi per il loro conseguimento.

Il quadro complessivo che ne risulta, pur sommariamente tratteggiato, rappresenta plasticamente quanto ancora ci sia da fare per far sì che l'ordinamento repubblicano risulti realmente informato al principio di autonomia.

Un'autonomia dei territori e delle comunità, che i nostri costituenti hanno posto alla base del pluralismo istituzionale della Repubblica e che richiede, da parte di tutti gli attori, di essere costantemente oggetto di cura, affinché non si risolva in una rappresentazione altra da sé.

Massimo D'Antona

DI BRUNO CARUSO

La biografia storica e intellettuale di Massimo D'Antona deve iniziare dalla sua tragica scomparsa, anzi, dalla ragione della sua morte, determinata proprio dall'essere un giurista. M.D. muore assassinato dalle nuove Brigate rosse, a Roma, a poca distanza dalla sua abitazione da dove si recava al Ministero del lavoro. Vi svolgeva il ruolo di consulente ministeriale lavorando su progetti di riforma del mercato e del sistema italiano di diritto del lavoro, della pubblica amministrazione e sui grandi temi del diritto sindacale. Egli muore, dunque, in ragione del suo mestiere di giurista e del modo in cui aveva deciso di interpretarlo: non in senso puramente accademico, non dedicandosi soltanto alla libera professione, ma impegnandosi, da riformista, nelle istituzioni.

Sia nella rivendicazione originaria inviata il giorno dopo ai mezzi d'informazione, sia nella dichiarazione resa durante il processo dai suoi assassini, gli autori dell'omicidio evidenziano la perfetta dissociazione tra persona e ruolo, quasi che i colpi di pistola della calibro 9x19 utilizzata, fossero stati diretti soltanto occasionalmente al cuore della persona, essendo il corpo un mero medium dei proiettili verso la distruzione, invece, della funzione di giurista riformista e del suo pensiero: il vero e ultimo obiettivo da colpire. Una geometrica interpretazione della "disumanizzazione" del corpo, che si colloca perfettamente in linea con nefaste e annientatrici ideologie nichiliste del '900.

La biografia di M.D. se comincia, dunque, dalla sua morte, ne prescinde.

M.D. si forma alla scuola del giuslavorismo di matrice dogmatico-civilista (la scuola romano napoletana) che faceva capo a uno dei non pochi capiscuola del diritto civile (tra i quali si annoverano anche giuristi del calibro di F. Santoro Passarelli e L. Mengoni) convertitisi allo studio del diritto del lavoro, negli anni '70 dopo il big change dell'autunno caldo sindacale (1968-1972): la scuola di Renato Scognamiglio, tra i cui allievi anche, tra altri, Raffaele De Luca Tamajo, Mario Rusciano, Giuseppe Ferraro, Fabio Mazziotti e in seguito chi scrive.

Contemporaneamente, sempre a Roma, D'Antona frequenta un'altra bottega artigiana dove si producevano prodotti di alta qualità giuridica ma di altro tipo: è pienamente impegnato, come redattore, nella Rivista giuridica del lavoro, la rivista degli avvocati vicini alla CGIL, intorno alla quale gravitano anche figure accademiche come U. Natoli, A. Di Maio (entrambi civilisti ma autori di incursioni nel diritto del lavoro, attraverso fondamentali contributi), L. Ventura, avvocato giuslavorista, poi divenuto anch'egli docente universitario ricoprendo la cattedra di diritto del lavoro alla facoltà di scienze politiche di Catania, ove fu chiamato da Pietro Barcellona agli inizi degli anni '80 del Novecento. Si trattava di un gruppo di giuristi "militanti", pienamente inseriti nelle file della sinistra riformista del tempo (PCI/CGIL) i quali avevano condotto (e perso) la battaglia, anche parlamentare, su una concezione dello statuto dei lavoratori fondata più sui diritti individuali dei lavoratori (la visione costituzionalistica), che sui diritti di promozione del sindacato (la visione pragmatica e neo laburista propria di G. Giugni e di F. Mancini, poi parlamentariamente vincente e incorporata nello statuto dei lavoratori: legge 20 maggio 1970, n. 300).

La rivista ha un taglio militante ma molto tecnico e pratico: non produce

ideologia (gli anni '70 testimoniano un profluvio di riviste di sinistra più di taglio ideologico "militante", per esempio, in campo giuridico, *Critica del diritto*); si distacca dalla teorizzazione dell'uso alternativo del diritto (molto in voga soprattutto nella sinistra giuridica di formazione civilista, con l'ossimoro della critica dogmatica alla dogmatica giuridica), ma pubblica articoli e seleziona giurisprudenza commentata per dare la linea interpretativa ufficiale alla battaglia condotta dagli avvocati vicini alla CGIL nei tribunali italiani a difesa di lavoratori e sindacalisti.

In questo doppio binario formativo di M.D., l'approccio civilistico dogmatico di alto profilo e l'impegno redazionale da "giurista militante", con la frequentazione quotidiana della giurisprudenza pratica, confluiscono e si amalgamano nel profilo intellettuale; ne segnano un tratto peculiare anche nello sviluppo della personalità futura, nel periodo della maturazione sino all'impegno, da riformista, nelle istituzioni, durante il quale, non a caso, occupandosi di pubblica amministrazione e di grandi riforme del diritto sindacale, affina le sue generali competenze giusamministrativistiche (anche in ragione del suo personale rapporto con Andrea Orsi Battaglini e con la scuola fiorentina e del dialogo a distanza con Massimo Severo Giannini) e di diritto costituzionale (cfr. gli studi sull'art. 39 della Costituzione e sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali).

D'Antona va in cattedra nel 1980, molto giovane, a soli 33 anni, e viene nominato professore straordinario a Catania — dove Scognamiglio aveva insegnato — chiamato dall'allora preside Giuseppe Auletta.

Il "viaggio" a Catania fu per lui importante anche per ragioni personali: esistenzialmente, più che di un passaggio si trattò di un ritorno (riscopre le sue radici culturali e caratteriali siciliane) e questo spiega, anche, il suo particolare impegno nel fondare e radicare una scuola e il suo rapporto costante, sino al termine della sua vita, che intrattenne con quell'ateneo (si rinvia a B. CARUSO, *Per Massimo: in memoria, intervento alla cerimonia di commemorazione alla Università la Sapienza il 24 maggio 1999*, in *Diritto del Mercato del Lavoro.*, 1999, 2, p. 227 ss.).

In seguito, nel 1986, si trasferisce Napoli, e poi, infine, a Roma "la Sapienza", ma non nella facoltà del suo maestro, giurisprudenza, bensì nella facoltà di scienze politiche.

La monografia che gli consente di andare in cattedra (*La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1979) è una magistrale sintesi della iniziale doppia anima formativa alla quale si è accennato. Si occupa degli effetti del licenziamento illegittimo con taglio dogmatico ma con ampie e evidenti ricadute pratiche (prova a costruire una strategia giudiziaria realistica di effettività dell'ordine di reintegra che rischiava di essere vanificato dal principio/dogma di origine romanistica *nemo ad factum precise cogi potest*).

Il tema del licenziamento e della reintegra è un leit motiv costante del suo impegno scientifico. Vi ritorna in quattordici scritti collocati nell'arco temporale compreso tra il 1973 e il 1994 (*Opere*, vol. 3 parte I; Milano, Giuffrè, 2000). L'ultima pubblicazione è *Tutela reale del posto di lavoro*, voce scritta e più volte rimaneggiata in un intervallo relativamente lungo, apparsa nel 1994 nell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI. Essa costituisce una summa sistematica, a uso appunto di un'enciclopedia, di quanto M.D. aveva elaborato, soprattutto a partire dal 1979 e fino alla prima metà degli anni '90, sul tema a lui più caro e più sondato relativamente all'art. 18: una sistemazione concettuale del meccanismo della stabilità reale, intesa come peculiare tutela apprestata nell'ordinamento italiano per sancire il ripristino, il più integrale possibile, alla luce dei principi generali anche costituzionali (l'art. 4 Cost.), della posizione giuridica del cittadino lesa dall'uso arbitrario del potere di

impresa, concretizzatosi in un atto di recesso illegittimo.

Durante la fase del suo impegno istituzionale con il ministro Bassolino e il governo D'Alema, poco prima della sua morte, non esclude, tuttavia, la possibilità di una riforma dell'art. 18 con riguardo a una modularizzazione della tutela apprestata (neutralizzazione dell'obbligo di reintegra per i nuovi assunti) in funzione di incentivo all'occupazione, soprattutto nelle piccole imprese e nel meridione. Non ebbe mai il tempo di dare organicità a tale proposta. Non provo neppure a immaginare quale avrebbe potuto essere la sua posizione nei confronti delle riforme dell'art. 18 sopravvenute.

Se volessi però azzardare, direi che, se avesse mantenuto un ruolo organico nella CGIL, non avrebbe certamente potuto dissociarsi dalla posizione aprioristicamente critica di ogni ipotesi di riforma che la Confederazione mantiene tutt'ora. Se dovessi, invece, valutare conoscendo profondamente la persona, l'intellettuale, l'amico, il maestro, e le sue aperture culturali e cognitive, potrei azzardare una posizione moderatamente aperta alla riforma dell'art. 18; come quella di un altro grande giuslavorista, recentemente scomparso, Riccardo Del Punta, che condivise da protagonista la prima riforma, la legge Fornero, e fu invece critico nei confronti della seconda, le tutele crescenti e il Jobs Act.

A parte il tema del licenziamento, l'orizzonte scientifico culturale di M.D. spazia a 360° gradi; e tuttavia non si tratta di eclettismo culturale occasionale e non controllato. L'organizzazione sistematica delle sue opere, pubblicate ad appena un anno dalla sua tragica scomparsa, dimostra invece una peculiare (per un giuslavorista) ampiezza culturale e di orizzonti, non scevra di sistematicità. L'opera curata da chi scrive e dall'attuale Presidente della Corte Costituzionale, Silvana Sciarra, con la collaborazione del suo ultimo, in ordine di tempo, allievo catanese, Antonio Lo Faro, è composta di 7 volumi, tematicamente organizzati (B. CARUSO, Silvana SCIARRA, a cura di, *Opere*, Milano, Giuffrè, 2000). L'ampiezza e la sistematicità della produzione scientifica in un lasso relativamente breve, dimostrano versatilità e facilità di scrittura e anche una visione a tutto campo della disciplina, in contrasto con la tendenza alla iperspecializzazione tematica che tendeva invece ad affermarsi come ineluttabile direzione di marcia della dottrina scientifica giuslavorista dopo la fase di riposizionamento anche teorico del sistema avvenuta soprattutto a cavallo tra gli anni '70 e gli anni '80 (si rinvia a P. ICHINO, a cura di, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Milano, Giuffrè, 2008).

M.D., da giurista eclettico qual era, sino alla fine non disdegna di utilizzare l'intera tastiera dei prodotti del giurista (dal saggio teorico e di attualità, alla nota a sentenza, alla recensione, al commento legislativo, all'articolo — in qualità di esperto — sui grandi quotidiani di informazione, alla voce enciclopedica: vedili raccolti in *Opere* v. IV). L'ampiezza dei temi trattati e di alcuni particolari filoni è, infatti, disvelatrice della sua versatile biografia intellettuale e accompagna il personale percorso di vita oltre che le sue inclinazioni culturali. Per altro D'Antona è pionieristico nell'uso dell'informatica e dell'ITC applicati al diritto e contribuisce alla creazione, presso l'università di Catania, del portale LabourWeb (www.csdle.lex.unict.it), che, nel corso degli anni, diventa punto di riferimento della comunità, anche internazionale, dei giuslavoristi.

I saggi sul metodo (in particolare, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, 1990 ora in *Opere* v. I, p. 53 ss., che sollecita un intenso dibattito postumo, e il saggio *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità* apparso nel 1998 ad un anno dall'omicidio, ora in *Opere*, v. I, p. 249) dicono di

una sua costante attenzione al tema della trasformazione del diritto, e del diritto del lavoro nella globalizzazione e nella società post industriale, e del ruolo che la giurisprudenza teorica può e deve mantenere in costante dialogo con altri saperi. Si intravede un dialogo serrato con grandi storici del diritto e con teorici generali, oltre che con filosofi ed economisti. Non fu sfiorato dal tema delle capability e dalla teoria dello sviluppo umano di A. Sen e di M. Nussbaum ripresa e applicata, allo studio del diritto del lavoro, da chi scrive e dal compianto Riccardo Del Punta all'inizio del terzo millennio, quindi dopo la sua morte. E tuttavia, se gli avessero consentito di vivere, nell'humus umanistico e personalistico del suo pensiero quella teorica, fondata sull'individualismo etico, avrebbe certamente germogliato e prodotto lasciti di cui l'intera cultura giuridica si sarebbe giovata (B. CARUSO, *Massimo D'Antona e l'idea di soggetto nel diritto del lavoro*, in *Studium Iuris*, 3/2023, p. 290 ss.).

La frequentazione "culturale" del diritto del lavoro è il modus operandi che D'Antona sceglie per segnare la sua personale appartenenza al ceto accademico nel periodo di più intenso impegno istituzionale. Questa stessa chiave di lettura può adottarsi per comprendere la concettualizzazione del sistema giuslavoristico, cognitivamente aperto, come lavoro tipico e ineludibile del giurista accademico il quale mantiene saldi legami e radici dentro l'istituzione universitaria, i suoi luoghi fisici, ancorché in Italia logisticamente deficitari: un modo di legittimare anche con la pratica intellettuale, la funzione dell'università come istituzione di alto sapere, traendone osmoticamente legittimazione come ceto, pur senza escludere una impegnata attività, prima nell'ufficio studi di un grande sindacato (la CGIL di Cofferati), poi, dentro le istituzioni (come sottosegretario del ministro dei trasporti Caravale durante l'esperienza del governo Dini nel 1995 e come consulente dei ministri della funzione pubblica, Bassanini, I° governo Prodi nel 1996, e del lavoro, Bassolino, primo governo D'Alema nel 1998).

I saggi sull'Europa (ora in *Opere*, v. I) dicono dell'apertura di orizzonti, come in altra sede rilevato, al di là dei confini nazionali (B. CARUSO, *Massimo D'Antona: dieci anni dopo, ricordo pronunciato il giorno 22 maggio 2009, presso il Teatro Massimo V. Bellini di Catania in occasione del decimo anniversario della uccisione, nell'ambito del XVI Congresso nazionale di Diritto del lavoro*, ora in *Lavoro e Diritto*, 3, 2009, p. 323); D'Antona si confronta seriamente con "il nomos della terra d'Europa". Dopo il Trattato di Maastricht — che segna la prima e rilevante torsione sociale della CEE (l'Europa prima socialmente "frigida" come l'aveva definita Federico Mancini) — si occupa, e da allora in poi con costanza, del tema della integrazione europea, della crisi dello stato nazione e della crisi della regolazione lavoristica nazionale di fronte alla globalizzazione. Egli percepisce, con lucidità, che lo studio del diritto del lavoro nella dimensione Europea costituisce insieme una esaltante esperienza culturale, scientifica e politica, cioè un modo per librare la mente su dimensioni ordinamentali sino ad allora inedite (B. CARUSO, *Massimo D'Antona*, cit.). Onde la consapevolezza, anche dichiarata in privato, ma plasticamente ravvisabile nei saggi dedicati, che l'approdo all'Europa avrebbe comportato rivisitazioni profonde non solo delle politiche del lavoro, ma dello stesso paradigma scientifico della disciplina. M.D. in tal modo partecipava dell'entusiasmo di Federico Mancini (prima avvocato generale e poi giudice della Corte di giustizia) manifestato in un'intervista a Pietro Ichino: "la cosa più affascinante che possa accadere ad un giurista è collaborare alla formazione di un ordinamento giuridico nuovo" (ora in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., 475).

D'Antona, nello stesso periodo in cui scopre scientificamente l'Europa, è pienamente consapevole anche della centralità della questione dello Stato in

Italia. La visione europeista e integrazionista non gli impediscono, in quella fase, anche un confronto, particolarmente fecondo, con un tema fondamentale quale la riforma dello stato. Pur nella consapevolezza della crisi della stessa idea di sovranità statale, nel processo di globalizzazione economica e giuridica, Egli si dedica con grande impegno allo studio dei problemi della pubblica amministrazione, anche in funzione del processo di integrazione europea post Maastricht: non si può arrivare all'appuntamento con l'Europa senza avere i conti in ordine anche con riguardo alla piena funzionalità delle istituzioni statuali; era l'intuizione alla base della prima privatizzazione del pubblico impiego alla quale D'Antona aderisce con piena consapevolezza.

Il rapporto con la pubblica amministrazione assorbì, dunque, l'impegno intellettuale e di law maker di M.D. nel periodo a cavallo della seconda privatizzazione del pubblico impiego (96/98); una fase che ebbe come esiti i decreti legislativi 15 marzo 1997, n. 59, e 31 marzo 1998, n. 80, modificativi del decreto legislativo del 3 febbraio 1993, n. 29 alla cui stesura diede un decisivo e personale apporto (si rinvia a F. CARINCI, *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali.*, cit.).

Con l'incarico di direttore generale del ministero della Funzione pubblica — a capo del quale era il costituzionalista Franco Bassanini con il quale intrattenne un fruttuoso rapporto anche di tipo personale — partecipa della vicenda riformista forse più importante in Italia dopo quella della programmazione dei governi di centro sinistra negli anni '60: è impegnato nel primo governo Prodi insediatosi nel maggio del 1996.

La riforma della pubblica amministrazione ha come perno la contrattualizzazione del pubblico impiego: l'idea essenziale di D'Antona è che non si può procedere alle riforme organizzative degli apparati delle pubbliche amministrazioni (il decentramento amministrativo, poi confluito nella riforma costituzionale in senso regionalista del 2001, lo snellimento, l'efficienza, la trasparenza, la partecipazione degli utenti) senza la modifica dei criteri di gestione dei pubblici dipendenti e senza una, profonda e radicale, riforma della dirigenza pubblica: il problema dei rapporti tra il ceto politico e una burocrazia riqualificata, fortemente responsabilizzata, valutata e resa autonoma (con la separazione tra l'attività di indirizzo e coordinamento e l'attività di gestione) è al centro della sua riflessione teorica, della sua pratica riformista, ma anche della polemica a distanza sui grandi quotidiani di informazione con un autorevole giusamministrativista, Sabino Cassese (vedi *Opere v. V*). Cassese considerava, infatti, deleteri gli interventi di riforma del ciclo 96/98 in quanto avrebbero introdotto nella pubblica amministrazione italiana (storicamente ispirata al modello classico francese o weberiano) la pratica di derivazione americana dello spoils system, un modello del tutto spurio e anomalo. D'Antona contesta la tesi di Cassese e sostiene con forza l'originalità della soluzione italiana.

Di là del merito delle riforme attuate (si rinvia, per un'analisi retrospettiva di quella fase e del ruolo che vi giocò D'Antona, a B. CARUSO, *La storia interna della riforma del pubblico impiego: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni* 2001, 6, p. 973) quel che rileva per la biografia del giurista è che il periodo di permanenza al ministero della funzione pubblica — e il suo impegno nella riforma del pubblico impiego — costituiscono probabilmente la sintesi più proficua della sua concezione del giurista come grande strutturista in grado di erigere solidi ponti tra l'elaborazione teorica e la pratica riformista nelle istituzioni.

D'Antona, contemporaneamente, presiede le commissioni di esperti che elaborano i testi sotto la sua maieutica regia; rappresenta il Ministro nella negoziazione legislativa con i partiti nelle commissioni parlamentari che per prassi devono approvare i decreti delegati; negozia direttamente il testo che viene fuori dalle commissioni con le grandi Confederazioni sindacali; conduce una delicatissima mediazione con l'alta burocrazia (direttori generali ministeriali, avvocati dello stato, capi di gabinetto, giudici del Consiglio di Stato) nettamente contraria alla riforma, anche per ragioni culturali e di preservazione di ceto: la riforma della fase '96/98 segna il passaggio definitivo del pubblico impiego dal dominio, anche giurisdizionale oltre che culturale, del diritto amministrativo a quello del diritto del lavoro generale.

Mentre opera a questo livello dà, in ogni caso, voce alle proprie idee in memorabili saggi che escono praticamente in contemporanea all'azione pratica che va conducendo, quasi a prevenire ma anche a contrastare le obiezioni, per suffragare, sul piano teorico, le soluzioni tecniche via via apprestate. Il tutto frutto di una tensione intellettuale indomita, mai prometeica, che si alimentava costantemente nella prassi e che rendeva il suo pensiero particolarmente lucido e accattivante.

Completata la riforma del pubblico impiego, quasi in contemporanea con la caduta del governo Prodi (ottobre 1998), D'Antona passa al ministero del lavoro (da consulente ministeriale era stato prima al ministero dei trasporti e poi al ministero della funzione pubblica, ma mai al ministero del lavoro). Dal ministro Bassolino riceve vari incarichi formali tra cui il coordinamento della commissione d'esperti che avrebbe dovuto formulare una proposta di modifica del protocollo Ciampi sulle relazioni sindacali; l'acclarata impossibilità di procedere alla riforma del sistema sindacale soltanto per vie di autoriforme dell'ordinamento sindacale, lo inducono a tentare la via della grande riforma legislativa del sistema. Si tratta del tema ancora aperto e impantanato oggi nell'asfittico dibattito del salario minimo per legge, della riforma della rappresentanza e della rappresentatività sindacale e del regime di efficacia dei contratti collettivi di diritto comune.

Lavora con grande lena a un disegno di legge parlamentare di riforma del sistema di rappresentanza sindacale e di contrattazione collettiva (sul modello di quello del '98 varato nel settore pubblico), ma a "costituzione invariata". Teorizza, in un saggio di ampio respiro, applicando lo stesso approccio utilizzato nella riforma del lavoro pubblico, la possibilità di una riforma sindacale pienamente conforme — nello spirito e nei principi (il metodo maggioritario proporzionale) se non nelle forme procedurali — all'art. 39 seconda parte della Cost. (si rinvia a B. CARUSO, *Nella bottega del maestro: «Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi»* (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio), in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, cit. e ora se vuoi B. CARUSO, *Massimo D'Antona e le nuove prospettive dell'art. 39 Cost.*, Working Papers Centre for the Study of European Labour Law. "Massimo D'Antona", IT - 445/2021). L'esito questa volta non è il medesimo della riforma del pubblico impiego; la sua stessa tragica morte per mano delle Br (la biografia termina al punto d'inizio) blocca definitivamente quel progetto e segna pure, in una atmosfera politica diventata plumbea, la chiusura di un ciclo di speranze riformiste.

Le fonti del lavoro pubblico a trent'anni dalla contrattualizzazione

SOMMARIO: 1. La contrattualizzazione del lavoro pubblico: la chiusura del “secolo breve” del regime pubblicistico del pubblico impiego e la distinzione fra organizzazione degli uffici e disciplina del rapporto di lavoro. 2. Le fonti dell'organizzazione amministrativa: macro-organizzazione e micro-organizzazione dal d.lgs. n. 29 del 1993 al d.lgs. n. 75 del 2017. 3. Al cuore della riforma del lavoro pubblico, ossia la linea di confine tra legge e contrattazione collettiva. 3.1. Lo spazio della fonte legislativa nell'art. 2, comma 2, del TUPI: imperatività e intangibilità della legge. 3.2. Legge e contrattazione: dalla affermazione della prevalenza della contrattazione, al ritorno della primazia della legge, alla rivincita della contrattazione collettiva. 4. Le fonti del lavoro pubblico tra la competenza legislativa dello Stato e quella delle Regioni. 5. La moltiplicazione delle fonti normative sul lavoro pubblico e l'esigenza di un “risanamento conservativo” del TUPI.

DI DANIELA BOLOGNINO E GIANFRANCO D'ALESSIO

ABSTRACT: A trent'anni dall'avvio della “contrattualizzazione” del lavoro pubblico ad opera della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, e del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, si ricostruisce l'evoluzione del sistema delle fonti del lavoro pubblico, per identificare il significato e la rilevanza dell'adozione di un regime privatistico per il personale pubblico, indagare su come si è evoluto il rapporto tra organizzazione degli uffici e gestione del rapporto di lavoro e quello tra legge e contrattazione collettiva e, ancora, verificare questo assetto delle fonti alla luce della riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, del 2001. Dall'analisi emerge un quadro in cui, a fronte della conferma della compatibilità tra disciplina privatistica della relazione lavorativa e mantenimento della natura pubblicistica dell'amministrazione e della persistenza della primazia della fonte privatistica per la gestione dei rapporti di lavoro, si è assistito ad un fenomeno di moltiplicazione delle fonti normative e di iper-regolazione di singoli istituti, che ha contribuito a renderne il TUPI un contenitore di norme sconordinate, a volte contraddittorie e di difficile lettura, tanto da mettere in luce l'esigenza di porre mano ad un “risanamento conservativo” del testo.

ABSTRACT: *Thirty years after the start of the “contractualization” of public employment by the enabling law no. 421 of October 23, 1992, and the legislative decree no. 29 of February 3, 1993, the evolution of the system of sources of public employment is reconstructed in order to identify the significance and the relevance of the adoption of a private law regime for public personnel, investigate how the relationships between office organization and management of the employment relationship and that between law and collective bargaining have evolved, and, again, verify this arrangement of sources in light of the 2001 reform of Title V, Part II, of the Constitution. A picture emerges from the analysis in which, in the face of the confirmation of the compatibility between the private discipline of the labor relationship and the maintenance of the public nature of the administration and the persistence of the primacy of the private source for the management of labor relations, there has been a phenomenon of multiplication of normative sources and overregulation of individual institutions, which has contributed to making the TUPI a container of uncoordinated, sometimes contradictory and difficult-to-read norms, so much so as to highlight the need to undertake a “conservative rehabilitation” of the text.*

1. La contrattualizzazione del lavoro pubblico: la chiusura del c.d. “secolo breve” del regime pubblicistico del pubblico impiego e la distinzione fra organizzazione degli uffici e disciplina del rapporto di lavoro.

Sono trascorsi trent'anni dall'avvio della “contrattualizzazione”⁽¹⁾ del lavoro pubblico ad opera della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, e del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, che ha prodotto la “più profonda trasformazione”⁽²⁾ del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, con il superamento del modello di supremazia speciale di impianto integralmente pubblicistico - introdotto da Giolitti nel 1908⁽³⁾, rafforzato e curvato in senso autoritario da De Stefani nel 1923⁽⁴⁾ e sostanzialmente confermato anche dalla normativa successiva all'avvento dell'ordinamento repubblicano⁽⁵⁾ - riformando innanzitutto il sistema delle fonti regolatrici⁽⁶⁾.

Nel procedere all'analisi dell'assetto delle fonti del lavoro pubblico scaturito dalla contrattualizzazione è bene evidenziare da subito due dati.

In primo luogo, gli interventi del legislatore sulle fonti del lavoro pubblico (attualmente oggetto degli artt. 2, 5 e 40 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che è succeduto al d.lgs. n. 29 del 1993⁽⁷⁾) non hanno mai implicato la privatizzazione delle strutture amministrative⁽⁸⁾. Ciò va precisato perché occorre sgomberare il campo da un equivoco di fondo, serpeggiato a sussurri in taluni periodi e affermato con maggiore veemenza in altre, più recenti stagioni. La contrattualizzazione del lavoro pubblico non presuppone e non implica la trasformazione in senso privatistico delle strutture amministrative, e ciò in ragione delle finalità che ne motivano l'esistenza e ne guidano l'azione: per usare le parole di uno dei principali artefici del processo riformatore, “la pubblica amministrazione continua a distinguersi dall'impresa perché, a differenza

1 Sulle ragioni in base alle quali appare più corretto parlare di “contrattualizzazione” piuttosto che di “privatizzazione” dei rapporti di lavoro nel settore pubblico v. M. RUSCIANO, *Problemi sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in G. C. DE MARTIN (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico. Bilanci della prima tornata contrattuale, nodi problematici, prospettive*, Quaderni ARAN/11, 1999, p. 217. Di diverso avviso F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2000, LXXIII. È stato, peraltro, rilevato che i due termini in realtà non necessariamente si pongono in alternativa fra loro, in quanto identificano due diversi aspetti e obiettivi della riforma: “Privatizzazione consistente nel mutamento del regime giuridico di quest'ultimo e il conseguente assoggettamento del medesimo rapporto alla regolazione privatistica generale. Ciò seppure con la cautela dovuta alla necessità di mantenere alcuni profili di disciplina speciale in funzione dell'esigenza della salvaguardia di preminenti interessi pubblici. Contrattualizzazione intesa come valorizzazione del metodo contrattuale bilaterale di regolazione degli interessi, rispetto alla tradizione in cui prevaleva l'unilateralismo nella regolamentazione del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali” (A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto ... e ritorno? in Lan. pubbl. amm.*, 2023, n.1, p. 12).

2 H. BONURA, *Editoriale*, in *Rivista di diritto ed economia dei Comuni*, 2023, n. 1, p. 9.

3 Legge 25 giugno 1908, n. 290.

4 R.D. 11 novembre 1923, n. 2395.

5 Emblematicamente rappresentata dal T.U. 10 gennaio 1957, n. 3.

6 Con la riforma avviata nell'ultimo decennio del XX secolo, quindi, si è chiuso quello che è stato icasticamente definito “il secolo breve” della storia della disciplina del personale amministrativo (M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Lan. pubbl. amm.*, 1998, p. 35), caratterizzato da un regime del pubblico impiego separato dal diritto del lavoro comune. Sulla vicenda evolutiva della disciplina del personale, oltre a G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 2020, e Id., *La burocrazia*, Bologna, Il Mulino, 2015, v. la ricostruzione di 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*, in *Lan. pubbl. amm.*, 2018, n. 3, pp. 1 ss., e quella di S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Misera delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *SINAPPSI - Connessioni tra ricerca e politiche pubbliche*, *Rivista quadrimestrale dell'Inapp*, 2020, n. 1, pp. 1 ss., dove vengono evidenziati i profili critici degli interventi di riforma succedutisi nel tempo, specie con riferimento ai loro esiti. Sulla *ratio* delle riforme degli anni Novanta del secolo scorso e la discontinuità rispetto all'impianto antecedente v. F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, cit., 192-193.

7 Il d.lgs. n. 165 del 2001, che detta le “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”, viene usualmente qualificato come Testo unico sul pubblico impiego (TUPI), anche se in realtà non si tratta di “un testo unico vero e proprio, essendo limitato ad un semplice assemblaggio nel corpo del d.lgs. n. 29/1993 della successiva decretazione delegata del decennio '90” (F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, in *Lan. pubbl. amm.*, 2023, n. 1, p. 3).

8 Per una efficace definizione della differenza fra contrattualizzazione del rapporto di lavoro e privatizzazione dell'ente v. 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., pp. 3-5.

di questa, ha una missione che trova nella legge il suo fondamento. L'impresa privata è espressione della libertà economica dell'imprenditore, che, per definizione non è vincolata a scopi predeterminati dallo Stato, che può essere solo indirizzata o conformata, mai funzionalizzata ed incontra i limiti solo esterni nei diritti dei terzi⁽⁹⁾.

In secondo luogo, le ripetute modifiche che negli ultimi decenni il legislatore ha apportato all'assetto delle fonti sul lavoro pubblico nel contesto di complessivi testi di riforma (dopo la legge n. 421 del 1992 e il d.lgs. n. 29 del 1993, la legge delega 15 marzo 1997, n. 59, e i relativi decreti attuativi; il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; la legge delega 4 marzo 2009, n. 15, e il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150; la legge delega 7 agosto 2015, n. 124 e il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75), sia pure rispondenti a ispirazioni politico-culturali eterogenee, se non divergenti, e diversamente impostate sul piano tecnico, hanno sempre confermato la scelta di fondo posta in essere trent'anni fa, ossia l'utilizzo della strumentazione privatistica per la regolazione e la gestione dei rapporti di lavoro; è stata, invece, altalenante la linea di confine nel rapporto fra legge e contrattazione collettiva, per ragioni e con conseguenze che verranno messe in evidenza nell'ambito di questo contributo.

Questo aspetto è fondamentale, e marca una evidente differenza dei provvedimenti appena richiamati rispetto ad altri interventi legislativi, più o meno ampi (ad es., la legge 15 luglio 2002, n. 145, sulla dirigenza) e, soprattutto, a modifiche (o deroghe) a singole disposizioni della normativa generale sul personale delle pubbliche amministrazioni, apportate in modo alluvionale, frammentario e, non di rado, estemporaneo - attraverso decretazioni d'urgenza, oppure all'interno di leggi di stabilità e di bilancio o di altri provvedimenti di natura finanziaria aventi finalità di contenimento della spesa⁽¹⁰⁾ - e dirette ad intervenire, in modo più o meno esplicito, sulla "natura" di determinati istituti (con ricadute anche sull'inquadramento delle fonti), che hanno introdotto elementi di notevole confusione nel complesso quadro della disciplina del lavoro pubblico contrattualizzato⁽¹¹⁾.

La vicenda normativa di cui si discute, che, prendendo le mosse dalla legge delega n. 421 del 1992 e dal d.lgs. n. 29 del 1993, ha posto fine alla parabola del pubblico impiego come ordinamento connotato da specialità, si inquadra un insieme di riforme⁽¹²⁾, quelle degli anni Novanta del secolo scorso, introdotte con provvedimenti normativi che avevano oggetti, finalità e caratteristiche differenti, ma rispondevano, sia pure in misura e con modalità diverse, ad alcune linee di fondo comuni:

a) riduzione del ruolo dello Stato centrale in favore delle autonomie territoriali, in applicazione dell'art. 5 della Costituzione, dando corpo (ancor prima della riforma del Titolo V della Carta fondamentale) ai principi di decentramento, autonomia e sussidiarietà, senza mettere mai in discussione l'unità dell'ordinamento⁽¹³⁾, con un ripensamento profondo del quadro funzionale delle istituzioni amministrative;

b) affermazione di una visione efficientistica dell'agire delle pubbliche amministrazioni che ha determinato il passaggio da una amministrazione produttrice di atti ad una amministrazione erogatrice di servizi, in omaggio ad una declinazione

9 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p.57.

10 D. BOLOGNINO, *Manuale di contabilità pubblica*, Bari, Cacucci, 2019, 128-132.

11 Sul tema v. ampliamente 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, pp. 291-335

12 G. D'ALESSIO, *Prospettive di riforma*, in S. SEPE (a cura di) "I modelli organizzativi delle amministrazioni pubbliche tra accentramento e decentramento: dalla riflessione storica alle prospettive di riforma" (Atti del seminario di studio di Roma, 25 marzo 1996), Milano, Giuffrè, 1999, pp. 27-64; Id., *Decentramento e riorganizzazione della p.a. nella legge n. 59/1997*, in *La. pubbl. amm.*, 1998, pp. 9-34.

13 G. C. DE MARTIN, *Le funzioni amministrative delle Regioni e degli enti locali dopo la legge n. 42/09*, in *Amministrare*, 2010, n. 3, pp. 485-493; Id., *Il disegno autonomistico disatteso, tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, Intervento all'incontro su "Un nuovo assetto costituzionale per le autonomie?" (Bologna, 8 novembre 2013), in *Istituzioni del federalismo*, 2014, n. 1, p. 26.

del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. nelle "tre E": efficacia, efficienza ed economicità⁽¹⁴⁾.

Ciò ha determinato un cambio di passo in materia di procedimento amministrativo (a partire, ovviamente, dalla legge 7 agosto 1990, n. 241), di controlli interni ed esterni, di contabilità pubblica, con la nascita del sistema di contabilità economica per centri di costo da affiancare alla contabilità finanziaria; ma, soprattutto – per quanto interessa in questa sede – ha inciso sulla dimensione organizzativa delle amministrazioni⁽¹⁵⁾.

Il processo di cambiamento, che ha investito tutto il sistema amministrativo, ha prodotto anche un ripensamento del regime del rapporto di lavoro di gran parte dei dipendenti pubblici, ed ha visto l'affermazione di una chiara distinzione funzionale tra politica e amministrazione, e dunque tra indirizzo e gestione, dalla quale è derivata la scelta di attribuire una connotazione "manageriale" alla dirigenza pubblica, chiamata non solo ad assumere tutte le decisioni di natura amministrativa, ma anche a gestire risorse umane, finanziarie e strumentali e ad esserne conseguentemente responsabile.

Nel contesto di questo fermento riformatore, se la pubblica amministrazione è e rimane tale e "ha una missione che trova nella legge il suo fondamento"⁽¹⁶⁾, cosa si è messo in discussione con la scelta della contrattualizzazione del lavoro pubblico?

Si è messo in discussione il dominio della fonte unilaterale, legislativa o amministrativa, nella gestione dei rapporti di lavoro, opzione, quest'ultima, "consentita, ma non prescritta dalla Costituzione"⁽¹⁷⁾.

Volendo ricercare i presupposti costituzionali di una riforma del pubblico impiego che, adottando il modello privatistico, tende alla riunificazione o, quantomeno, al riavvicinamento fra lavoro pubblico e lavoro privato, si può richiamare in generale l'ispirazione "lavoristica" della Carta, che vede nel lavoro il fondamento della Repubblica (art. 1), riconosce il diritto al lavoro in tutte le sue forme, promuovendone l'effettività (artt. 4 e 35), individua e tutela una serie di diritti dei lavoratori (artt. 36, 37 e 38), garantisce la libertà di associazione sindacale (art. 39) e il diritto di sciopero (art. 40).

È pensabile che tutti questi principi riguardino solo i lavoratori del settore privato, e non valgano per quelli del settore pubblico? Alcuni – legati, chiaramente, alla vecchia concezione del pubblico impiego come ordinamento separato e speciale – ritengono che sia così, richiamandosi ad altri precetti costituzionali (artt. 51, 54, 97, 98) e, soprattutto, al fatto che nessuna delle disposizioni in tema di lavoro menziona i dipendenti pubblici. È però, emersa, e si è progressivamente affermata, un'altra, innovativa interpretazione del silenzio costituzionale sul pubblico impiego, secondo la quale nella Costituzione "l'impiego pubblico non è specificamente menzionato perché implicitamente ricompreso. L'impiegato pubblico è indiscutibilmente un lavoratore subordinato. Se la disciplina costituzionale sul lavoro avesse voluto escluderlo dal proprio ambito di applicazione, lo avrebbe esplicitamente affermato. Ubi lex voluit dixit. Il silenzio allora significa che le norme costituzionali sul lavoro si applicano a tutti i lavoratori, pubblici e privati. E tale diritto costituzionale comune del lavoro corregge, piuttosto che accogliere, la tradizionale separazione e specialità dell'impiego pubblico"⁽¹⁸⁾.

Una riforma che in via di principio immagina parità di diritti in capo ai lavoratori

14 D. BOLOGNINO, *Gli obiettivi di efficacia, di efficienza e di economicità nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 2004.

15 G. D'ALESSIO, *La riforma del lavoro pubblico nel quadro delle tendenze alla modernizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995, 83 ss.; Id., *Nuovi principi di organizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in P. ALLEVA, G. D'ALESSIO e M. D'ANTONA (a cura di), *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, Ediesse, 1995, 76 ss.

16 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p. 57.

17 Ibidem, p. 56.

18 S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, cit., p. 7.

pubblici e privati può trovare, allora, naturale collocazione in un contesto in cui il silenzio costituzionale sul pubblico impiego viene interpretato in senso positivo ricomprendendo i lavoratori pubblici tra i lavoratori subordinati (si tratta, quindi, di un silenzio significativo): per cui nulla si frapporrebbe all'adozione della medesima strumentazione nella gestione dei rapporti di lavoro, fatta salva l'individuazione di elementi di "specialità" che tengano conto della natura e delle peculiari funzioni delle amministrazioni pubbliche.

L'affermazione della compatibilità tra disciplina privatistica della relazione lavorativa e mantenimento della natura pubblicistica dell'amministrazione (al fine di garantire buon andamento ed imparzialità), si è fondata innanzitutto su una rilettura della riserva relativa di legge dell'art. 97 Cost. che - superando la visione monolitica di un *unicum* organizzazione-rapporto di lavoro, dove la pretesa unicità di scopo aveva condotto all'applicazione del medesimo regime giuridico⁽¹⁹⁾ - riconosceva e assumeva come principio cardine la distinzione fra la materia dell'organizzazione e quella relativa al rapporto di lavoro⁽²⁰⁾: ne conseguiva che la riserva di legge, senza escludere la legittimità di una fonte di regolamentazione pubblicistica unilaterale, non impediva (e non ha impedito) che si lasciasse spazio ad una fonte di regolamentazione negoziale.

Su questa interpretazione, come è ben noto, si registrò - in occasione della elaborazione del d.lgs. n. 29 del 1993 - la netta contrarietà del Consiglio di Stato⁽²¹⁾, secondo il quale sussisterebbe una "*diversità ontologica*" tra lavoro privato e impiego pubblico, in quanto "*la 'prestazione lavorativa' richiesta al dipendente pubblico consiste, in tutto o in parte, nell'esercizio di pubbliche funzioni*", il che costituirebbe un impedimento per "*la privatizzazione generale, astratta e globale, del pubblico impiego*"⁽²²⁾.

A favore della nuova impostazione si è, invece, espressa la Corte costituzionale, affermando che la conformità ai principi dettati dalla Costituzione verrebbe egualmente garantita da "*un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici che venga a delineare un quadro in cui l'aspetto organizzativo, nel suo nucleo essenziale, resta necessariamente affidato alla massima sintesi politica espressa dalla legge nonché alla potestà amministrativa nell'ambito di regole che la stessa pubblica amministrazione previamente pone, mentre il rapporto di lavoro dei dipendenti venga attratto nell'orbita della disciplina civilistica per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa*"⁽²³⁾.

Dunque, la contrattualizzazione del lavoro pubblico, imperniata sulla interpretazione della riserva di legge di cui all'art. 97 Cost.⁽²⁴⁾ che sostiene la distinzione tra la disciplina dell'organizzazione e quella del rapporto di lavoro, ha condotto al superamento del pubblico impiego come ordinamento speciale, il che "*non nega la differenza intrinseca alla natura del soggetto pubblico, nega i corollari che la tradizionale concezione pubblicistica ha dedotto da questa differenza*"⁽²⁵⁾.

A sua volta, il venir meno dell'ordinamento speciale ha comportato il superamento della qualificazione della negoziazione di determinati aspetti del lavoro pubblico come

19 C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di) *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, cit., 89 ss.

20 Fondamentale per l'affermazione di questa tesi è il contributo di A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, pp. 461 ss. Sul versante giuslavoristico, il tema era stato già chiaramente posto da M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978.

21 Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere n. 146 del 31 agosto 1992.

22 In termini critici rispetto alla posizione assunta del Consiglio di Stato v. M. D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 238, e M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Bari, 1997, 58.

23 Corte costituzionale, sentenza n. 309 del 1997

24 C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 89 ss.

25 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassaninò»*, cit., p. 57.

una procedura destinata a confluire in un atto normativo (si pensi al meccanismo previsto “legge quadro” 20 marzo 1983, n. 93⁽²⁶⁾) e non come espressione dell’autonomia contrattuale della pubblica amministrazione.

La contrattualizzazione ha investito tutti gli elementi fondamentali della relazione del dipendente con l’amministrazione a partire dal momento della costituzione del rapporto (che, appunto, si produce con la stipula di un contratto), ma ha mantenuto in regime di diritto pubblico la disciplina dell’accesso al lavoro pubblico e delle relative procedure concorsuali, in virtù delle previsioni costituzionali di cui all’art. 97, ultimo comma, e all’art. 51, con una conseguente conferma della giurisdizione del giudice amministrativo per le eventuali controversie (art. 68, comma 4, del d.lgs. n. 29 del 1993, e ora art. 63, comma 4, del TUPI).

Naturalmente, poi, si deve ricordare che non tutti i dipendenti pubblici sono stati “contrattualizzati” e assoggettati al regime privatistico, in quanto alcune categorie di personale, attualmente individuate nell’art. 3 del TUPI, sono rimaste in regime di diritto pubblico: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e della Polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, i dipendenti delle autorità amministrative indipendenti; rimane, inoltre, disciplinato dai rispettivi ordinamenti il personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e il personale della carriera dirigenziale penitenziaria⁽²⁷⁾.

La *ratio* del mantenimento di un’area di pubblici dipendenti esclusa dalla privatizzazione è da ritrovare nella inopportunità che tali categorie, in ragione della loro collocazione istituzionale e delle specifiche funzioni ad esse affidate, vedano regolato dalla contrattazione collettiva⁽²⁸⁾, dunque con una importante componente di relazioni sindacali, il loro rapporto di lavoro⁽²⁹⁾.

Va aggiunto che originariamente nel d.lgs. n. 29 del 1993 anche la dirigenza generale era rimasta nel regime di diritto pubblico, e per essa il passaggio del rapporto di lavoro in regime di diritto privato è avvenuto solo ad opera della “seconda privatizzazione”,

26 La legge n. 93 del 1983 rappresentò il tentativo di separare l’organizzazione degli uffici dalla gestione del rapporto di lavoro, ma senza smentire il carattere di specialità attribuito al pubblico impiego. Con questa legge fu introdotta una forma di negoziazione collettiva tra Governo e sindacati maggiormente rappresentativi su determinati aspetti della disciplina del lavoro pubblico (mentre per altri era esclusa la negoziabilità), ma gli accordi scaturiti da tale negoziazione non producevano effetti giuridici, in quanto i loro contenuti dovevano essere recepiti in atti normativi (regolamento del Governo o legge regionale per i dipendenti delle Regioni). Si deformava così il ruolo della contrattazione collettiva, che non era intesa “come attività libera, esercitata in virtù di una generale capacità degli enti pubblici, ma come fonte dell’ordinamento speciale pubblicistico, caratterizzata essenzialmente dal necessario consenso del sindacato” (M. D’ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassaninò»*, cit., p. 41).

27 Sempre nell’art. 3, al comma 4, si trova una disposizione secondo la quale “Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato, resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all’articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n. 168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all’articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421”: questa “specifica disciplina” non ha mai visto la luce, per cui a tutt’oggi anche i docenti universitari sono esclusi dalla contrattualizzazione.

28 Per meglio dire, non si è ritenuta opportuna per queste categorie l’adozione del sistema contrattuale utilizzato per la gran parte dei lavoratori pubblici, dato che almeno per alcune di esse sono previste specifiche forme di negoziazione (basta citare il caso degli appartenenti alla Polizia di Stato).

29 “...la riforma ha conservato lo status pubblicistico solo per alcune posizioni, che rappresentano un nucleo ristretto collocato all’interno della sfera, pur essa residuale, delle ipotesi in cui permane il legame fra nazionalità e funzione pubblica: diplomatici, prefetti, militari e personale delle forze di polizia, magistrati e avvocati dello Stato (in un primo tempo anche dirigenti generali dello Stato...)” (S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent’anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, cit., p. 305).

peraltro con l'avallo della Corte costituzionale⁽³⁰⁾.

In base a queste previsioni si è determinata la creazione di uno spartiacque nel regime delle fonti del lavoro pubblico, ossia la presenza di personale in regime di diritto pubblico, cui si applicano il T.U. n. 3 del 1957 e i rispettivi ordinamenti settoriali, e di personale contrattualizzato, cui si applicano il TUPI, le norme del codice civile e dei rapporti di lavoro nell'impresa e le disposizioni dei contratti collettivi di comparto e di area.

I regimi differenti non hanno tuttavia impedito al legislatore di adottare, talvolta, disposizioni applicabili ad entrambe le categorie; possiamo citare, ad esempio:

a) all'interno dello stesso TUPI, il regime di incompatibilità per gli incarichi extra istituzionali e il divieto di cumulo di impieghi pubblici di cui all'art. 53 che, richiamandosi all'art. 98 Cost., impone per tutti i dipendenti pubblici, quale che sia il regime giuridico del loro rapporto di lavoro, l'applicazione del principio di esclusività, impedendo loro di svolgere una attività lavorativa che per intensità e continuità li distolga dal perseguimento dell'attività di servizio e degli interessi generali a favore di interessi economici e professionali alternativi;

b) all'interno del T.U. n. 3 del 1957, le norme sulla responsabilità dei dipendenti pubblici, verso l'amministrazione e verso i terzi, che si applicano anche al personale contrattualizzato.

È sulla scorta di questa ampia, ma indispensabile premessa che è ora possibile ragionare sulla evoluzione del sistema delle fonti del lavoro pubblico contrattualizzato, per identificare la *ratio* e l'essenza della contrattualizzazione, indagare su come si è evoluto il rapporto tra organizzazione e gestione del rapporto di lavoro e quello tra legge e contrattazione collettiva e, ancora, verificare come questo quadro delle fonti abbia trovato allocazione alla luce della intervenuta riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, del 2001.

Da ultimo si ragionerà sul fenomeno della moltiplicazione delle fonti riguardanti a vario titolo il lavoro pubblico, sfociato in una iperregolazione che ha disperso le regole sulla materia in una miriade di provvedimenti legislativi e ha contribuito a rendere il TUPI un contenitore di previsioni anche contraddittorie e di difficile lettura. Viene, quindi, in evidenza l'esigenza di porre mano ad una operazione di riscrittura del Testo unico, che realizzi una ricucitura del tessuto normativo, eliminando incongruenze e superfetazioni e introducendo anche elementi innovativi, ma coerenti con l'ispirazione originaria della riforma con la quale si è realizzata la contrattualizzazione del pubblico impiego.

2. Le fonti dell'organizzazione amministrativa: macro-organizzazione e micro-organizzazione dal d.lgs. n. 29 del 1993 al d.lgs. n. 75 del 2017.

La distinzione della disciplina del rapporto di lavoro da quella dell'organizzazione è il presupposto logico della contrattualizzazione del lavoro pubblico, in virtù della summenzionata interpretazione della riserva di legge relativa di cui all'art. 97 Cost.

Su queste basi, nel corso della vicenda evolutiva della legislazione sul lavoro

³⁰ Corte costituzionale, ordinanza n. 11 del 2002 (commentata da A. BOSCATI, *La privatizzazione della dirigenza generale promossa a pieni voti dalla Consulta*, in *Lan. pubbl. amm.*, 2002, pp. 310 ss.).

Va, peraltro, rammentato che con tale decisione la Corte costituzionale mutò orientamento rispetto a quanto affermato nella sentenza n. 313 del 1996 (commentata da E. ALES, *La contrattualizzazione dei dirigenti nel pubblico impiego al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Dir. lav.*, 1999, n. 2, pp. 446 ss.), dove si sottolineava la diversità strutturale della dirigenza generale, che si colloca "a metà strada tra il modello pubblicistico e quello privatistico coerentemente con la posizione apicale propria di tale categoria rispetto al complesso del personale, più nettamente privatizzato" fungendo da "cerniera tra indirizzo politico ed azione amministrativa che le è assegnato nel rapporto con la funzione di Governo".

pubblico iniziata trent'anni fa le fonti regolatrici dell'organizzazione e del rapporto di lavoro si diversificano, essendo attribuita la prima materia alle fonti pubblicistiche (anche se non interamente, come si dirà) e la seconda a quelle privatistiche. Tuttavia, questa è una semplificazione del processo di riforma, che invece è stato più profondo e graduale, ed è stato imperniato sulla ricerca di soluzioni che consentissero di realizzare, pur in un modello caratterizzato da una distinzione fra i due momenti, una coerenza logica e non una scollatura, se non una schizofrenia, fra il sistema delle regole sull'organizzazione degli uffici e di quelle sulla gestione del personale.

Occorre dire che il testo originario dell'art. 2 del d.lgs. n. 29 del 1993 manteneva una struttura delle fonti dell'organizzazione che risentiva dell'impostazione tradizionale, secondo la quale dalla riserva dell'art. 97 discendeva la imprescindibilità dell'utilizzazione degli strumenti di diritto pubblico (legge, regolamento, atto amministrativo) per la definizione degli assetti organizzativi⁽³¹⁾, mentre l'art. 45 dello stesso decreto - riproducendo l'art. 2, comma 1, lettera c), della legge n. 421 del 1992⁽³²⁾ - enunciava una serie di materie escluse dalla contrattazione collettiva, consolidando il regime esclusivamente pubblicistico dell'organizzazione, e finendo per coinvolgere anche alcuni profili dell'organizzazione del lavoro (che, invece, è concettualmente distinta dalla organizzazione degli uffici).

In dottrina fu autorevolmente rilevato che la riforma del 1993, nello stabilire una serie di materie da cui era esclusa la contrattazione collettiva, definiva un perimetro che facesse da "garanzia dell'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione e riserva di regime pubblicistico. Sotto il manto della riserva di legge, si stabilisce così una discutibile saldatura concettuale tra l'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione, l'esclusione della contrattazione collettiva e il regime pubblicistico degli atti organizzativi"⁽³³⁾.

Anche l'art. 4 del d.lgs. n. 29 del 1993, dedicato ai poteri di organizzazione, confermava appieno la natura pubblicistica degli atti di organizzazione, e in certa misura anche degli atti sulla gestione del lavoro, laddove prevedeva, al comma 1, che "le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione per l'organizzazione degli uffici al fine di assicurare la economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa. Nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi, esse operano con i poteri del privato datore di lavoro, adottando tutte le misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro". Dunque, si contemplava l'esercizio dei poteri propri del privato datore di lavoro da parte delle pubbliche amministrazioni (peraltro, senza precisare a chi spettasse tale esercizio nell'ambito di esse), ma nelle sole materie soggette alla disciplina civilistica.

Ne derivava, per effetto del combinato disposto degli articoli 2, 4 e 45 del d.lgs. n. 29 del 1993, un modello in cui tutta l'organizzazione degli uffici e, in parte, anche quella del rapporto di lavoro restava sostanzialmente rimessa alla fonte pubblicistica.

Questa impostazione della materia dell'organizzazione trovava riscontro in un sistema di riparto di giurisdizione previsto dall'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993⁽³⁴⁾,

31 L'originario art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 recitava: "Le amministrazioni pubbliche sono ordinate secondo disposizioni di legge e di regolamento ovvero, sulla base delle medesime, mediante atti di organizzazione".

32 L'originario art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 recitava: "La contrattazione collettiva è nazionale e decentrata. Essa si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro, con esclusione di quelle riservate alla legge e agli atti normativi e amministrativi secondo il disposto dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421".

33 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassaninò»*, cit., p. 43.

34 L'originario art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 recitava: "Sono devolute al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, con esclusione delle materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421".

fondato non sulla “*natura del rapporto controverso, ma sulla natura della fonte che ha prodotto la regola applicabile al rapporto controverso*”⁽³⁵⁾.

Tale corto circuito fu in linea di principio superato con la legge n. 59 del 1997, che – per quanto attiene al tema qui trattato – avviò la c.d. “seconda privatizzazione” del pubblico impiego, attuata con quattro decreti legislativi (n. 396 del 1997, n. 59 del 1998, n. 80 del 1998, n. 387 del 1998), dai quali scaturì una profonda modifica del d.lgs. n. 29 del 1993, e nello specifico del regime delle fonti dell’organizzazione⁽³⁶⁾.

In particolare, il d.lgs. n. 80 del 1998 è stato il provvedimento legislativo che ha permesso di armonizzare i principi di efficacia, efficienza ed economicità, ispiratori dell’intero sistema di riforma, con il principio di legalità dell’organizzazione amministrativa, grazie ad una riscrittura dell’art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993, in base alla quale “*le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinando le dotazioni organiche complessive*”.

Questo nuovo testo dell’art. 2, comma 1, è stato riprodotto nel TUPI e non ha più subito modifiche, a conferma di una scelta coerente con il principio di legalità di cui all’art. 97 Cost. e che si è consolidata anche nella prassi applicativa: in base ad esso le amministrazioni pubbliche provvedono mediante propri atti organizzativi, sulla base di principi generali fissati da disposizioni di legge (in ottemperanza della riserva relativa sull’organizzazione dei pubblici uffici) non alla disciplina integrale dell’organizzazione amministrativa, bensì alla definizione delle “*linee fondamentali di organizzazione degli uffici*”, alla individuazione degli “*uffici di maggiore rilevanza*” e dei “*modi di conferimento della titolarità dei medesimi*”, nonché alla determinazione delle “*dotazioni organiche complessive*”. In questi ambiti sussiste un regime che si esprime attraverso atti, di tipo normativo o amministrativo, aventi sempre natura pubblicistica⁽³⁷⁾, il che preclude qualunque spazio per atti di natura privatistico-contrattuale⁽³⁸⁾.

Però, il fatto nuovo – che rompe con una visione fino ad allora ritenuta intangibile nel nostro ordinamento amministrativo – è che, come detto, l’organizzazione non rimane totalmente assoggettata a fonti unilaterali pubblicistiche, ma viene distinta in “macro-organizzazione”, che attiene alle materie e agli aspetti di cui al richiamato art. 2, comma 1, del TUPI, e in “micro-organizzazione”, che fa riferimento a quanto previsto nell’art. 5, comma 2, del medesimo TUPI, dove si stabilisce che “*nell’ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all’articolo 2, comma 1, le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*”.

Ciò significa che le scelte riguardanti l’organizzazione degli uffici delle pubbliche amministrazioni⁽³⁹⁾, una volta che gli atti normativi e amministrativi ne hanno definito l’impianto complessivo, sono poste in essere dai dirigenti (gli “*organi preposti*”

35 M. D’ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p. 44; sulla evoluzione del riparto di giurisdizione nella “seconda contrattualizzazione” v. G. D’ALESSIO, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario. Nota a C. Cost. 23 luglio 2001, n. 275*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, pp. 631-644; D. Bolognino, *Il riparto di giurisdizione nel pubblico impiego alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 275/2001*, in *Amministrazione in cammino*, 2001.

36 C. D’ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 89 ss.

37 Secondo A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lan. relaz. ind.*, cit., p. 466, gli atti amministrativi debbano riguardare solo i principi generali in materia organizzativa, intesi quali “*strumenti istituzionali rivolti al conseguimento dei fini*”.

38 G. D’ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, in F. PIZZETTI e A. RUGHIETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Roma, EDK, 2010, 24.

39 Le quali, come recita il precedente comma 1 dell’art. 5, “*assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l’attuazione dei principi di cui all’art. 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell’azione amministrativa*”.

alla gestione”) utilizzando i poteri propri del privato datore di lavoro, cioè mediante strumenti che si configurano come atti unilaterali di diritto privato: in tal modo la dimensione privatistica travalica l’ambito della gestione dei rapporti di lavoro, per investire *in parte qua* la sfera organizzativa degli apparati pubblici⁽⁴⁰⁾.

Successivamente, il testo della disposizione dell’art. 5, comma 2, introdotto nel d.lgs. n. 29 del 1993 dalla decretazione attuativa della legge 59 del 1997, e recepito nel TUPI, è stato oggetto di modifiche, ad opera prima del d.lgs. n. 150 del 2009, poi del d.lgs. n. 75 del 2017.

Queste modifiche normative, tuttavia, non ne hanno cambiato il senso complessivo: esse, in realtà, sono state tutte volte a consolidare uno specifico profilo della norma, che secondo alcuni ne costituirebbe la *ratio* o, quantomeno, un obiettivo implicito e una naturale conseguenza, ossia la preclusione dell’intervento della contrattazione collettiva negli atti di direzione e organizzazione del lavoro nell’ambito degli uffici⁽⁴¹⁾, dato che le determinazioni in questione hanno sì natura privatistica, ma non negoziale⁽⁴²⁾.

Si ricorderà che il decreto n. 150 del 2009 nasce con una impostazione intesa dichiaratamente a limitare il ruolo dei sindacati, anche per arginare alcune esondazioni della contrattazione collettiva (una tra tutte, la contrattazione sulle progressioni di carriera, che in un certo momento furono di fatto sganciate dal titolo di studio per l’accesso ad una determinata area, portando alla degenerazione delle progressioni con la creazione della c.d. “piramide rovesciata”⁽⁴³⁾), accompagnata da una sfiducia nelle capacità della dirigenza di esercitare i poteri del privato datore di lavoro⁽⁴⁴⁾, testimoniata dalla prassi, diffusa in molte realtà amministrative, di far precedere l’adozione di tali atti da forme di “consultazione” o da una vera e propria “concertazione” con le rappresentanze sindacali.

Per questo nella versione dell’art. 5, comma 2, del TUPI modificata dal d.lgs. n. 150 del 2009 si conferma che le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dai dirigenti (quali soggetti preposti alla gestione delle amministrazioni) “*con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*”, ma si chiarisce che tali decisioni spettano ai dirigenti “*in via esclusiva*”, e si precisa che nei loro poteri rientrano, in particolare, “*le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l’organizzazione del lavoro nell’ambito degli uffici*”.

Tale precisazione aveva un carattere essenzialmente declamatorio e non aggiungeva dati sostanziali a quanto era deducibile dalla affermazione di ordine generale contenuta nella prima parte della disposizione. In questo caso gli atti di organizzazione, costituiti dalle determinazioni dirigenziali, hanno natura privatistica, ma, come detto, si configurano come atti unilaterali, espressione del potere datoriale, con conseguente

40 Per un’ampia analisi del tema si può leggere E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro, un’interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2002. Sulle conseguenze in capo alla posizione giuridica dei lavoratori pubblici v. D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità (dalla legge delega n. 421/92 alle prospettive di riforma)*, Padova, Cedam, 2007, 44-49.

41 Nel senso che la riforma del 2009 fu animata dalla volontà di inibire alla contrattazione collettiva la materia dell’organizzazione v. M. RAGUSA, *Tra organizzazione degli uffici e rapporto di lavoro. Il contratto (collettivo) tra politica e amministrazione, vent’anni dopo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2021, n. 2, p. 493.

42 Evidenzia la differenza e la distanza tra “ambito privatistico” e “ambito negoziale”, che non coincidono, 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., pp. 40-42.

43 V. TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *Dir. amm.*, 2001, n. 4, pp. 557-592.

44 V. su questo aspetto F. VERBARO, *La privatizzazione del lavoro pubblico e la sua evoluzione nella legge 15/2009 e nel decreto legislativo 150/2009*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Roma, Promo P.A. Fondazione, 2010, 20; M. G. GAROFALO, *Delegificazione e rilegificazione*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Roma, Ediesse, 2009, 16.

esclusione di forme di negoziazione destinate a produrre atti di tipo contrattuale⁽⁴⁵⁾.

L'aspetto più rilevante dell'intervento correttivo apportato dal d.lgs. n. 150 del 2009, però, è la limitazione delle forme "extracontrattuali" di partecipazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti al processo decisionale delle amministrazioni. Nel testo dell'art. 5, comma 2, del TUPI, novellato dall'art. 34 del d.lgs. n. 150 del 2009, infatti, si specifica che in ordine agli atti di spettanza dirigenziale (compresi quelli riguardanti la gestione dei rapporti di lavoro e l'organizzazione del lavoro) ai sindacati spetta "la sola informazione", mentre l'art. 36 del decreto del 2009 riscrive l'art. 9 del TUPI in termini tali ("fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità gli istituti della partecipazione") da rendere puramente formale il richiamo alla partecipazione e, in particolare, alla possibilità di una articolazione dei relativi istituti attraverso la fonte negoziale, in quanto, tenendo fermo il riferimento a quanto affermato nella nuova versione dell'art. 5, comma 2, è difficile ipotizzare uno spazio per altre forme di partecipazione, diverse dall' "informazione" lì prevista.

Il legislatore delegato del 2009, in tal modo, sembra essere andato molto al di là dell'obiettivo, condivisibile, di limitare forme di indebita ingerenza sindacale nella sfera decisionale propria della dirigenza: chiaramente, era e rimane del tutto impraticabile l'ipotesi di ammettere in questo ambito momenti di contrattazione, ma confinare la partecipazione delle rappresentanze dei lavoratori pubblici, sempre e comunque, alla mera informazione appariva eccessivamente riduttivo e, in ogni caso, poco realistico.

Successivamente il d.lgs. n. 75 del 2017, attuativo della legge n. 124 del 2015, nel contesto di un generale ripensamento del rapporto fra legge e contrattazione collettiva (come si vedrà di seguito) e del ruolo del dirigente pubblico come datore di lavoro, riporta la formulazione dell'art. 5, comma 2, alla originaria versione, ferma restando la conferma della "esclusività" della responsabilità per l'assunzione delle determinazioni organizzative in capo alla dirigenza pubblica. Inoltre, tale decreto rimodula il rapporto tra dirigenza e rappresentanze sindacali, e nell'ambito dell'art. 5, comma 2, conferma "la sola informazione" ai sindacati, ma apre anche alle "ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti di cui all'articolo 9", così lasciando alla contrattazione collettiva nazionale la possibilità di instaurare forme di partecipazione (istituto ben diverso dalla contrattazione) tra le parti, anche su decisioni organizzative aventi riflessi sul rapporto di lavoro⁽⁴⁶⁾.

La sequenza degli interventi di riforma sulle fonti dell'organizzazione ha condotto, dunque, a determinare lo spazio spettante, in tale materia, ad atti di diritto privato, chiarendone la natura e fissandone i limiti sia rispetto agli atti pubblicistici che a quelli contrattuali: va, peraltro, considerato che la distinzione tra macro-organizzazione e micro-organizzazione non va vista in termini di contrapposizione fra i due tipi di fonti chiamate a disciplinarle, benché differenti (pubblicistica per la macro-organizzazione e privatistica per la micro-organizzazione), posto che entrambe sono rivolte ad una finalità comune, che si concretizza nell'accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni, la razionalizzazione del costo del lavoro, l'integrazione graduale della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato⁽⁴⁷⁾.

In conclusione, si può rilevare che, sia pure adottando impostazioni diverse e non

45 In altra sede (G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., 25) si è avuto modo di rilevare come a una tale conclusione fosse possibile arrivare già prima che il d.lgs. n. 150 del 2009 le desse una copertura formale, da un lato dichiarando il carattere di "esclusività" della potestà dirigenziale, e dall'altro includendo, come visto, tutte le determinazioni dirigenziali ex art. 5, comma 2, fra le materie sottratte alla contrattazione collettiva.

46 Va ricordato che in precedenza l'art. 2, comma 17, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, intervenendo anch'esso sul testo dell'art. 5, comma 2, del TUPI, mentre conservava il riferimento alla "sola informazione" per le determinazioni relative all'organizzazione, per le misure riguardanti il rapporto di lavoro aveva introdotto l'istituto dell' "esame congiunto", che riapriva uno spazio per la partecipazione attiva dei sindacati.

47 A. ORSI BATTAGLINI e A. CORPACI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 1065.

sempre lineari, le modifiche al testo originario delle norme del d.lgs. n. 29 del 1993 sulle fonti e sui poteri di organizzazione, apportate dalla legge n. 59 del 1997 e dai suoi decreti attuativi, dal d.lgs. n. 150 del 2009 e dal d.lgs. n. 75 del 2017 hanno tutte, prima introdotto e poi confermato l'uso della strumentazione privatistica per l'organizzazione degli uffici e per l'organizzazione e la gestione dei rapporti di lavoro ad opera della dirigenza pubblica, delineando una parabola che sul lungo periodo può definirsi coerente e stabile.

3. Al cuore della riforma del lavoro pubblico, ossia la linea di confine tra legge e contrattazione collettiva.

Una diversa sorte è toccata al rapporto fra legge e contratto nella regolazione dei rapporti di lavoro nel settore pubblico, perché il legislatore negli scorsi decenni è intervenuto a più riprese, anche con finalità e modalità diametralmente opposte, a definire il ruolo da riconoscere all'una e all'altra fonte.

Merita di essere ricordato che la "prima contrattualizzazione" ad opera del d.lgs. n. 29 del 1993 fu giudicata dallo studioso che fu il principale protagonista, sul piano tecnico-giuridico, della stagione della "seconda contrattualizzazione", avviata con la legge n. 59 del 1997, come una riforma che oscillava tra "innovazione e compromessi"⁴⁸⁾, perché al riconoscimento della natura contrattuale del rapporto individuale di lavoro corrispondeva la sottoposizione della contrattazione collettiva, da parte della legge, a vincoli e condizionamenti di natura amministrativa⁴⁹⁾.

Sono seguiti, nell'arco temporale di circa vent'anni, interventi normativi che hanno spostato più volte la linea di demarcazione tra fonte normativa e fonte contrattuale, alternandosi momenti nei quali la contrattazione collettiva si è affermata quale fonte principale e privilegiata dei rapporti di lavoro pubblico ed espressione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, ad altri nei quali la legge è stata vista quale fonte primaria da difendere dall'avanzata della contrattazione collettiva, sia con enunciazioni di principio, sia con l'applicazione di clausole tradizionalmente poste nel codice civile a tutela del "contraente debole".

Appare, dunque, importante dare contezza dei provvedimenti legislativi che hanno contrassegnato questa tendenza altalenante dell'equilibrio fra i due tipi di fonti, seguendo un filo rosso che focalizza l'attenzione su tre tappe temporali: il rapporto fra legge e contratto prima del 2009, quello stabilito con la legge n.15 e il d.lgs. n. 150 del 2009 e quello ulteriormente modificato con la legge n. 124 del 2015 e il d.lgs. n. 75 del 2017.

3.1. Lo spazio della fonte legislativa nell'art. 2, comma 2, del TUPI: imperatività e intangibilità della legge.

La formulazione dell'art. 2, comma 2, varia concettualmente tra la versione originaria del d.lgs. n. 29 del 1993 e la versione *post legge* delega n. 59 del 1997, che poi sarebbe stata trasfusa nel TUPI. La prima prevedeva l'applicazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche delle disposizioni del libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa "in quanto compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto"; la seconda dichiarava applicabili al

48 M. D'ANTONA *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p. 45.

49 "La contrattazione collettiva, inquadrata in un procedimento a più stadi, scopre di aver assunto natura privatistica, ma di essere soggetta a momenti di discrezionalità amministrativa dai quali dipendono gli effetti utili del contratto collettivo" (Ibidem).

personale pubblico le medesime disposizioni civilistiche sul lavoro “fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto”, faceva cadere il richiamo alla “specialità del rapporto” e delineava per il futuro una delegificazione a favore della contrattazione collettiva, salvo diversa espressa previsione legislativa.

La versione originaria del TUPI, quindi, si caratterizzava per una impostazione la cui *ratio*, volta all'avvicinamento del lavoro pubblico al lavoro privato, demandava alla fonte privatistica (dunque, codice civile e leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa) la disciplina del rapporto di lavoro dei lavoratori pubblici contrattualizzati. È, però, evidente che l'eccezione “fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto” consente alla fonte normativa di giocare un ruolo di primo piano, dato che nel medesimo TUPI si ritrova larghissima parte delle disposizioni che si applicheranno al rapporto di lavoro pubblico; disposizioni che trovano la loro ragion d'essere nella specifica natura e nelle specifiche finalità della pubblica amministrazione, che costituisce il datore di lavoro chiamato ad esercitare poteri privatistici, e toccano numerosi aspetti rilevanti della regolazione del lavoro dei dipendenti pubblici (dalla pianificazione delle assunzioni, alla mobilità, alla disciplina degli incarichi dirigenziali, alle disposizioni sulla contrattazione collettiva e sui rapporti fra contratti collettivi nazionali e contratti integrativi, ecc.).

Il legislatore del 2009 – che, come sopra già ricordato, muoveva da un giudizio critico riguardo alla funzione svolta dai sindacati e agli esiti dell'uso dello strumento contrattuale – è intervenuto con il d.lgs. n. 150 del 2009 per rafforzare il ruolo della legge, attribuendo alle disposizioni contenute nello stesso TUPI “carattere imperativo”: imperatività della quale, peraltro, nessuno dubitava, posta la primazia del medesimo decreto contenente le norme generali sul lavoro pubblico rispetto alle altre leggi che disciplinano il rapporto di lavoro con l'impresa.

La scelta di dare un maggior peso alla fonte legislativa era accompagnata dalla introduzione nell'art. 2 di un nuovo comma 3 *bis*, nel quale si stabiliva che “nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”. Dunque, ove il contratto contenesse disposizioni contrastanti con quelle a carattere “imperativo” del TUPI o che fuoriescano dai limiti posti alla contrattazione dall'art. 40 dello stesso decreto, come riformulato dall'art. 54 del d.lgs. n. 150 del 2009, le sue clausole sarebbero automaticamente sostituite dalle norme legislative.

In sede di commento a questa norma si è espressa una perplessità sul fatto che il legislatore avesse scelto il meccanismo codicistico della inserzione automatica di clausole e di nullità parziaria del contratto, che è tradizionalmente utilizzato per tutelare la posizione del contraente debole, identificato nel diritto del lavoro con il lavoratore⁽⁵⁰⁾. La riforma del 2009 snaturava questi istituti e apertamente evidenziava la debolezza della legge e del datore di lavoro pubblico, del quale aveva sentito la necessità di difendere l'ambito decisionale dalle invasioni ad opera della contrattazione. Peraltro, la sostituzione diretta delle previsioni contrattuali con quelle di legge potrebbe anche risultare problematica, perché potrebbe accadere che la nullità di una clausola non si traduca nella sua sostituzione *ex lege* con un'altra clausola, ma con una clausola da riempire di contenuto quantomeno con una decisione dell'amministrazione⁽⁵¹⁾.

L'assetto appena descritto peraltro, è rimasto invariato anche con la legge n. 124 del 2015 e il d.lgs. n. 75 del 2017, pur essendo tali provvedimenti ispirati ad un orientamento diverso in ordine ai rapporti con i sindacati e allo spazio della contrattazione

50 G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., 19-20.

51 M. MAGRI, *Il ritorno del pubblico impiego (le fonti nel d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, in *Amministrativ@mente*, n. 11, 2009.

collettiva. La conferma dell'imperatività delle norme del TUPI e dell'applicazione degli articoli 1339 e 1419, comma 2, del codice civile evidentemente è un sintomo della necessità di tutelare lo spazio della legge dall'avanzata della contrattazione collettiva, sebbene quest'ultima costituisca una espressione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione.

3.2. Legge e contrattazione: dall'affermazione della prevalenza della contrattazione, al ritorno della primazia della legge, alla rivincita della contrattazione collettiva.

Nel ripercorrere le tappe dell'evoluzione delle fonti del lavoro pubblico, e nello specifico del rapporto fra legge e contrattazione collettiva va tenuto presente che la *ratio* posta a fondamento della c.d. "seconda contrattualizzazione" del 1997 fu quella di affermare che *"la contrattazione collettiva è espressione della libertà negoziale e non di potere normativo e trova fondamento, come sancito nella Costituzione, nella generale autonomia collettiva garantita ai datori di lavoro in base all'art. 39, comma 1, Cost."*⁽⁵²⁾; sicché le fonti normative presupponevano e presuppongono l'esistenza della capacità e autonomia negoziale dell'amministrazione.

In tale prospettiva con il d.lgs. n. 80 del 1998 (come detto, uno dei decreti di attuazione della legge delega n. 97 del 1997) venne introdotta nell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 29 del 1993, una previsione (poi confermata dal d.lgs. n. 165 del 2001) in base alla quale *"eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario"*. Si tratta, come appare evidente, di una formula normativa che aveva l'obiettivo di consolidare il contratto collettivo quale fonte naturale e principale di regolazione dei rapporti di lavoro pubblici, garantendo omogeneità di disciplina nei comparti e nelle aree di contrattazione ed evitando i fenomeni di "microlegislazione", che storicamente avevano caratterizzato in senso negativo la storia del pubblico impiego⁽⁵³⁾.

Questo assetto delle fonti era destinato a cambiare drasticamente con la legge n. 15 del 2009 e il d.lgs. n. 150 del 2009, ispirati nel loro insieme ad una logica di "rilegificazione", che andava ad investire intere materie (ad esempio, quella della responsabilità disciplinare).

Innanzitutto, la legge n. 15 del 2009 modificava le ultime parole del comma 2 dell'art. 2 del TUPI, sostituendole con la formula *"solo qualora ciò sia espressamente previsto dalle legge"*: si trattava di un cambiamento radicale, se non di un vero e proprio rovesciamento logico del significato e del valore della norma, finalizzato ad affermare la prevalenza della legge sul contratto⁽⁵⁴⁾, in forza dell'inderogabilità delle prescrizioni legislative da parte dei successivi accordi negoziali, salvo che non fossero le stesse leggi a prevederlo (ipotesi, chiaramente, assai improbabile, a maggior ragione in un contesto di disfavore nei confronti della fonte contrattuale).

52 M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, cit., p. 61.

53 Su questo si rimanda a G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., 15.

54 *"Sul piano che qui interessa del sistema delle fonti si accentuava il ruolo della legge ampliando i profili di specialità della disciplina del lavoro pubblico e qualificando come imperative tutte le speciali disposizioni del decreto 165 (cfr. art. 2, comma 2, primo periodo d. lgs. n. 165/2001 ed art. 40, comma 1, sempre d.lgs. n. 165/2001). A ciò si accompagnava una significativa contrazione dell'ambito di libera esplicabilità della contrattazione collettiva a favore di un'unilateralità delle decisioni datoriali"* (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., p. 17).

Quindi, dato che ovviamente i contenuti dei contratti collettivi possono essere sempre e comunque oggetto di modifica ad opera della legge, che può anche arrivare ad alterarne la configurazione o, al limite, sostituirsi ad essi, senza che la contrattazione collettiva possa riaffermare in via derogatoria il proprio ruolo, quest'ultima finiva per perdere il ruolo di fonte "ordinaria" del lavoro pubblico.

Resta, tuttavia, fermo anche dopo la riforma del 2009 l'affidamento ai contratti collettivi della determinazione dei trattamenti economici dei lavoratori pubblici, confermando in tale materia una riserva di contrattazione collettiva (art. 2, comma 3, del TUPI).

Il cambiamento del rapporto tra legge e contrattazione collettiva è ancora più evidente se si legge insieme all'art. 2, comma 2 (nel testo introdotto dalla legge n. 15 del 2009), la modifica apportata all'art. 40, comma 1, del TUPI, che prima della riforma del 2009 prevedeva una competenza di ordine generale della contrattazione collettiva estesa a "tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali", mentre il testo introdotto dall'art. 54 del d.lgs. n. 150 del 2009 ne limitava l'ambito di intervento alla determinazione dei diritti e degli obblighi "direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali".

La indeterminatezza della nuova formula adottata per definire lo spazio della contrattazione collettiva, come venne tempestivamente rilevato dalla dottrina⁽⁵⁵⁾, avrebbe potuto determinare una condizione di incertezza, di potenziale conflittualità, che era suscettibile di dar luogo a divergenze applicative e rischiava di produrre una situazione caratterizzata da reciproche invasioni di campo fra le fonti pubblicistiche e privatistiche, in analogia con quanto già avvenuto per l'attuazione della "legge quadro" n. 93 del 1983⁽⁵⁶⁾.

Va aggiunto che l'art. 40, comma 1, come riformulato dal d.lgs. n. 150 del 2009, stabiliva che fossero escluse dalla contrattazione "le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 22 ottobre 1992, n. 421"

Questo elenco appare non solo ridondante e ripetitivo, ma riguarda materie che, sostanzialmente, sono quasi tutte riconducibili alla dimensione dell'organizzazione degli uffici, per la quale era ed è in ogni caso preclusa la possibilità di disciplinarla con lo strumento contrattuale⁽⁵⁷⁾.

Si è introdotta, poi, una ulteriore riduzione dell'ambito di intervento della fonte contrattuale⁽⁵⁸⁾, in quanto sempre l'art. 40, comma 1, del TUPI, come modificato nel

55 Fu autorevolmente espresso il timore che a causa della difficoltà di determinare, in base al criterio indicato nella nuova versione dell'art. 40, lo spazio della fonte normativa rispetto a quella negoziale "la giungla di regole speciali sul pubblico impiego, che il legislatore della privatizzazione si era illuso di abbattere, ricomincerà a crescere. Progressivamente, tornerà ad occupare il campo che si voleva preservare per la contrattazione, sovrapponendosi a quest'ultima, con un effetto di ri-pubblicizzazione e ri-politicizzazione della disciplina del lavoro pubblico" (L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 29-30). In senso analogo S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 478; G. D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., p. 29.

56 Secondo S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, cit., p. 22, questa impostazione non solo riportava indietro le lancette dell'orologio alla legge quadro del 1983, ma introduceva una regola di riparto molto più oscura rispetto a quella presente in tale legge, "che peraltro aveva comunque conosciuto una invasione continua di materie riservate alla legge da parte dei contratti e viceversa".

57 Come è stato opportunamente precisato, "in via diretta il nuovo art. 40 del d. lgs. n. 165 del 2001 esclude apertis verbis dalla sfera del contrattabile un gruppo di materie che, tuttavia, già antecedentemente dovevano considerarsi precluse, in quanto afferenti a materie organizzative e comunque ad istituti esterni al rapporto di lavoro e che solo per la congenita debolezza dell'agente negoziale pubblico (nazionale e decentrato) hanno conosciuto una rinegoziazione sicuramente extra ordinem" (N. TALAMO, *La riforma delle relazioni sindacali nel settore pubblico in Commento a d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 15).

58 R. SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in M. TIRABOSCHI e F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 465.

2009, stabilisce che “nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge”. Quindi, questa previsione (che non ha subito modifiche ad opera delle legislazione successiva) non esclude dalla contrattazione le materie indicate, ma per esse si restringe in linea di principio l’oggetto della negoziazione, perché questa potrà muoversi solo nello spazio lasciato scoperto dalla legge, che può essere anche molto limitato: il che nel concreto può anche essere ragionevole (come nel caso delle procedure e sanzioni disciplinari), ma comunque contribuisce allo spostamento in favore della fonte legislativa del confine rispetto alla contrattazione.

Certo, non può essere sottaciuto il fatto che la sfiducia nei confronti della contrattazione collettiva, di cui sono espressione la legge n. 15 e il d.lgs. del 2009, fu determinato anche dallo straripamento della contrattazione collettiva in ambiti che andavano al di là della sua sfera di competenza⁽⁵⁹⁾; tuttavia, le scelte allora adottate dal legislatore hanno rischiato di produrre conseguenze del tutto opposte rispetto alle proclamate finalità di razionalizzazione dell’assetto delle fonti in materia di lavoro nel settore pubblico, con lo spettro della creazione o, meglio, della riproduzione di una congerie di norme speciali o settoriali - introdotte, spesso, con lo scopo, non poi tanto velato, di delinearne trattamenti di favore per talune categorie di lavoratori pubblici - che avrebbero parcellizzato nuovamente la disciplina tra i vari comparti e anche all’interno di ciascuno di essi.

Altro, e di diverso significato rispetto al problema della produzione, o della riproposizione, del fenomeno delle “leggine” riguardanti i dipendenti pubblici, era il ragionamento di chi all’epoca invitava anche a evitare di ricorrere il mito della assoluta uniformità delle regole sulla gestione del personale in relazione ad una realtà tanto complessa e variegata come quella delle pubbliche amministrazioni, che poteva essere meglio colta e valorizzata nelle sue differenze attraverso lo strumento della contrattazione⁽⁶⁰⁾.

Va, però, sottolineato che la “rilegificazione” realizzata, o quantomeno, prefigurata, dal legislatore nazionale attraverso la legge e il decreto del 2009 nella “speranza di una applicazione uniforme della disciplina sottraendola a ciò ha il legislatore ha ritenuto essere elemento negativo: la contrattazione collettiva”⁽⁶¹⁾, non ha determinato una “ripubblicizzazione” del lavoro pubblico⁽⁶²⁾: la prevalenza attribuita (restituita) alla fonte normativa rispetto a quella contrattuale, non esclude affatto che la materia che ricada nella disciplina privatistica, come per altro avviene nel diritto del lavoro privato tradizionalmente inteso.

Comunque, al di là del giudizio, più o meno positivo, che si può dare sul modello di relazione fra i due tipi di fonti dettato dalla legge n. 15 del 2009 e dal decreto n. 150 del 2009, va ricordato che esso non ha trovato attuazione concreta, essendo sopravvenuto subito dopo un lungo blocco della contrattazione collettiva per il personale pubblico,

59 Da ultimo v. V. TALAMO, *Antefatti, luci e ombre dei rinnovi contrattuali del pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, pp. 277-285.

60 “La pretesa di dettare regole uniformi per amministrazioni tanto diverse l’una dall’altra – per fondamento costituzionale, ma anche per esigenze funzionali, culture professionali, tradizioni organizzative – si scontra inevitabilmente con le asprezze della realtà” (P. BARRERA, *Lo spirito della riforma: potenzialità, rischi (e ultime novità)*, in P. BARRERA e G. CANOSI (a cura di), *Rinnovare il lavoro per rinnovare l’amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 6).

61 M. gentile, *Introduzione*, in M. gentile (a cura di), *Lavoro pubblico: il passato ritorna. Il decreto attuativo della legge Brunetta sulle pubbliche amministrazioni*, Roma, Ediesse, 2010, p. 11.

62 G. D’ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, cit., pp.11-28; v. anche V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 471. Ritiene, invece, che i provvedimenti legislativi del 2009 abbiano prodotto una sostanziale ripubblicizzazione del lavoro pubblico G. GARDINI, *L’autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, p. 579 ss.

che si è protratto per buona parte del decennio successivo⁽⁶³⁾.

Nel frattempo, l'impostazione della questione è cambiata nuovamente, in senso diametralmente opposto rispetto alla normativa del 2009, con la legge delega n. 124 del 2015, e in particolare ad opera del decreto attuativo n. 75 del 2017. Il testo della seconda proposizione dell'art. 2, comma 2, del TUPI introdotto dal decreto del 2017 stabilisce che *“le disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 40, comma 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto, da successivi contratti o accordi collettivi nazionali e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili”*.

Questo nuovo intervento del legislatore non solo supera o, per meglio dire, rovescia il senso della formulazione introdotta con la legge n. 15 del 2009, ma attribuisce alla contrattazione una potenzialità derogatoria rispetto alle regole fissate da atti normativi che va anche al di là del testo originario del TUPI⁽⁶⁴⁾, dove si stabiliva che la derogabilità poteva intervenire *“salvo che la legge disponesse espressamente in senso contrario”*: infatti, ora l'effetto derogatorio delle previsioni contrattuali rispetto a quelle delle fonti legislative può riguardare tanto le disposizioni introdotte prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 75 del 2017, quanto quelle che vengano introdotte successivamente⁽⁶⁵⁾.

La decisione di ripristinare e, anzi, rafforzare l'originaria capacità derogatoria del contratto nei confronti della legge può essere valutata favorevolmente, in quanto coerente con la *ratio* originaria della contrattualizzazione, che vede nel contratto collettivo la fonte privilegiata della disciplina degli istituti riguardanti il rapporto di lavoro (e le relazioni sindacali). Senza dimenticare, però, di rilevare che *“se la nuova versione dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 consente di superare lo squilibrio in favore delle fonti normative derivante dal testo a suo tempo introdotto dalla legge n. 15 del 2009, forse potrebbe produrre, se letta in modo troppo rigido, uno squilibrio opposto e contrario, questa volta in favore della fonte negoziale”*⁽⁶⁶⁾.

La portata della riforma del 2017 si comprende bene quando si legge la modifica all'art. 2, comma 2, del TUPI unitamente alla modifica dell'art. 40, che espande nuovamente lo spazio della contrattazione collettiva: infatti ora questo articolo, al

63 Il prolungarsi nel tempo della sospensione della contrattazione è stato censurato, specie per i suoi riflessi sul piano retributivo, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 178 del 2015. In proposito v. S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, cit., p. 325; M. BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pp. 453 ss.; L. FIORILLO, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 1679-1691; L. ZOPPOLI, *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali rispetto allo ius novum*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, 2017, pp. 183 ss.; S. SCIARRA, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, pp. 347 ss.

64 Su tale impostazione, frutto dell'accordo del 30 novembre del 2016 tra il Ministro per la pubblica amministrazione e CGIL, CISL e UIL, che recitava testualmente: *“il Governo si impegna ad attuare i contenuti del presente accordo nei testi legislativi e di finanza pubblica e negli atti di indirizzo, impegnandosi inoltre, in esecuzione del presente accordo, a raggiungere l'intesa con le regioni per le modifiche normative relative alla delega di cui all'art. 17 della legge 124 del 2015”*, v. S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, cit., pp. 25-26; B. G. MATTARELLA, *Il lavoro pubblico*, in B.G. MATTARELLA e E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Monografie, Il Sole24 ore, 2017, n. 1, 322- 323.

65 G. NATULLO, *Tra legge e contratto l'“equilibrio instabile” del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, in M. esposito, V. Luciani, A. ZOPPOLI e L. ZOPPOLI (a cura di),

La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 15 ss.; M. RICCI e F. DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, numero unico, pp. 3-8.

66 G. D'ALESSIO e L. ZOPPOLI, *Riforma della Pubblica Amministrazione. Osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2017; nello stesso senso anche S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, cit., p. 326.

comma 1, stabilisce che la contrattazione collettiva disciplina in generale “*il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali*”, superando la formulazione ambigua (e mai applicata) del 2009.

Il risultato che emerge dal combinato disposto della nuova formulazione dell’art. 40, comma 1, e dell’art. 2, comma 2, è che la contrattazione collettiva ha di nuovo una posizione prioritaria nel rapporto legge-contratto, in linea con la scelta “*fondamentale della privatizzazione*” e “*giustificabile con il riferimento al principio di uguaglianza, dato che il contratto collettivo nazionale è, rispetto alla legge, una fonte meno esposta al rischio di introduzione di norme di favore per specifiche categorie di dipendenti*”⁽⁶⁷⁾.

Oggi, dunque, il contratto collettivo ha ad oggetto tutta la materia dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali, salvo quanto espressamente riservato alla legge dallo stesso TUPI.

4. Le fonti del lavoro pubblico tra la competenza legislativa dello Stato e quella delle Regioni.

Il tema delle fonti del lavoro pubblico impone di affrontare una ulteriore questione: il riparto della relativa competenza legislativa tra Stato e Regioni.

All’indomani dalla introduzione, ad opera della legge Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, del nuovo testo del Titolo V, parte seconda, della Costituzione, che ha disegnato un sistema istituzionale multilivello e policentrico in applicazione dei principi di decentramento, autonomia, differenziazione e sussidiarietà⁽⁶⁸⁾, si è posto il problema di trovare la collocazione del lavoro pubblico all’interno del rinnovato riparto di competenza legislativa fra Stato e Regioni di cui all’art. 117, Cost., dove nessun riferimento esplicito sembrerebbe essere presente a tale materia⁽⁶⁹⁾.

In considerazione dell’avvenuta contrattualizzazione e applicazione della normativa civilistica alla gestione dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici, le ipotesi interpretative che i primi commentatori hanno all’epoca proposto per il lavoro pubblico hanno preso, naturalmente, avvio dalla collocazione del diritto del lavoro nell’ambito del nuovo Titolo V⁽⁷⁰⁾.

Anche la materia del lavoro generalmente inteso non compare esplicitamente nell’art. 117 Cost. né tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, né tra quelle di competenza concorrente fra Stato e Regioni. Tuttavia, la dottrina ha rilevato fin da subito la presenza nell’art. 117 Cost. di espressioni che riportavano in vario modo alla disciplina del diritto del lavoro quali, ad esempio: all’art. 117, comma 2, lettera *m*), “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*”⁽⁷¹⁾; all’art. 117, comma 3, “*tutela e sicurezza del lavoro*” e “*previdenza complementare ed integrativa*”; all’art. 117, comma 2, lettera *o*), “*previdenza sociale*”; e in ultimo (ma non da ultimo), all’art. 117, comma 2, lettera *l*), “*ordinamento civile*”.

In una delle prime letture del nuovo art. 117 Cost. è stato sottolineato che se il legislatore avesse voluto far rientrare “*il diritto del lavoro ed il diritto sindacale*” tra le

⁶⁷Così B. G. MATTARELLA, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 323.

⁶⁸G. BERTI e G.C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo della Costituzione*, Roma, LUISS, 2002.

⁶⁹R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale ed il nuovo art. 117 Cost. all’esame della Corte Costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 605.

⁷⁰Per una ricognizione complessiva del tema sia consentito rinviare a G. D’ALESSIO, *Pubblico impiego*, in G. CORSO e V. LOPILATO (a cura di) *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale, Volume II*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 403-434.

⁷¹G. ROSSI e A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, suppl. fasc. I, pp. 22 ss..

materie di legislazione esclusiva dello Stato lo avrebbe esplicitato, né sarebbe possibile far riferimento alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui al comma 2, lettera *m*), per sopperire a tale mancanza, in quanto l'espressione “*diritti sociali*” presente in tale disposizione è ambigua e si riferisce, non al diritto del (o, meglio, al) lavoro, ma a un intervento redistributivo dello Stato⁽⁷²⁾; ciò, pur nella consapevolezza che tale impostazione, contraria a riservare allo Stato la potestà legislativa, avrebbe comportato una parcellizzazione di competenze in tema di lavoro.

Di fronte – dunque – ad un testo costituzionale che valorizza differenziazione, autonomia e decentramento, e che capovolge l'impostazione originaria dell'art. 117 Cost. nel definire lo spazio della competenza normativa statale rispetto a quella regionale, la tensione argomentativa degli interpreti fu rivolta alla ricerca del baricentro attorno a cui garantire l'unità della materia. Fu così evidenziato che il diritto del lavoro non poteva essere neanche completamente ricompreso nell'espressione “*tutela e sicurezza del lavoro*” (art. 117, comma 3), demandandolo alla legislazione concorrente delle Regioni, in quanto tale espressione⁽⁷³⁾ non poteva considerarsi idonea a ricomprendere la totalità del diritto del lavoro, ma rappresentava una “*mera endiadi precipitata nell'art. 117 Cost.*”⁽⁷⁴⁾. La relazione di lavoro è fondata sulla costruzione di un sinallagma di scambio tra una prestazione personale e una controprestazione, è un rapporto tra interessi in conflitto che non si può risolvere nella espressione “*tutela del lavoro*”: non a caso il diritto del lavoro trova i suoi principi di riferimento, all'interno del testo costituzionale, nella Parte I “*Diritti e doveri dei cittadini*”, al Titolo III “*Rapporti economici*”.

Escluse altre ipotesi, ai fini della risoluzione della questione della collocazione della disciplina della materia del lavoro nella sfera statale ovvero in quella regionale si è individuato un ancoraggio nella competenza esclusiva statale in virtù dell'espressione “*ordinamento civile*”⁽⁷⁵⁾, di cui all'art. 117 Cost., lettera *l*), deducendo che “*ordinamento*” vada inteso come complesso di principi, istituti, norme, regolamenti a carattere sistematico; l'aggettivo “*civile*”, non riguarderebbe, infatti, unicamente ciò che si trova nel codice civile, e neanche nel solo diritto privato, ma andrebbe inteso come una “*espressione espansiva*”, che attrae anche il diritto del lavoro complessivamente considerato.

Quindi, sia pure in estrema sintesi, si può rilevare che, salvo che per l'iter argomentativo utilizzato dai diversi autori, si è affermato un generale orientamento secondo il quale spetta alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la disciplina del

72M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.* 2002, p. 19 ss.

73 Una qualificata dottrina evidenzia che “*Il comma 3 dell'art. 117, contiene un'espressione sconosciuta non solo alla legislazione ordinaria ma anche agli ormai ultradecennali studi sulla materia: “tutela e sicurezza del lavoro”, infatti, costituiscono un binomio di difficile comprensione e collocazione nel lessico giuslavoristico presente e passato, nazionale e comunitario*” (E. ALES, *I livelli essenziali nel settore del lavoro*, in G. BERTI e G. C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 329. V. anche P.A. VARESI, *Regioni e politiche attive del lavoro dopo la riforma costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, suppl. n. 1, p. 121).

74 Il termine *tutela*, se allargato sino all'estremo, potrebbe ricomprendere la tutela del lavoro di cui all'art. 35 Cost.. Ad esso si accompagna la parola *sicurezza*, che può essere intesa sia come protezione nella conservazione del posto e/o assicurazione di un reddito/di una riqualificazione professionale, sia come igiene e sicurezza del lavoro. La locuzione in questione, quindi, appare suscettibile di diversa espansione, tanto che parte della dottrina l'ha utilizzata per ridimensionare il riferimento all'“*ordinamento civile*” di cui all'art. 117, comma 2, lettera *l*). Inoltre, è stato affermato che gli istituti ricompresi nell'endiadi “*tutela e sicurezza del lavoro*” sono collegati ai principi fondamentali degli artt. 36 e 39 della Costituzione, che presuppongono un sistema di fonti, di natura legislativa e contrattuale, nazionali, in considerazione di quanto previsto dall'art. 117, comma 2, lettera *m*). In tal senso v. F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 73.

75 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., pp. 12-13.

contratto/rapporto individuale, appunto in quanto inclusa nell'“ordinamento civile”⁽⁷⁶⁾: ciò al fine di garantire sia l'unità dell'ordinamento che l'uguaglianza tra i lavoratori⁽⁷⁷⁾. Nella stessa direzione andrebbe la collocazione del diritto sindacale, in ordine al quale lo sviluppo storico e l'inquadramento costituzionale inducono a sottolineare le esigenze di unità dell'ordinamento sindacale e della disciplina delle relazioni industriali, con la conseguente attribuzione della materia alla legislazione nazionale esclusiva, sia con riferimento al carattere promozionale sia con riferimento al carattere regolatorio⁽⁷⁸⁾.

Tale impostazione non nega, tuttavia, l'importanza di garantire uno spazio di intervento per le Regioni - peraltro già presente nel previgente quadro costituzionale, dunque prima della modifica del Titolo V - in linea con lo spirito di decentramento del potere legislativo che connota la riforma del 2001 (e che si traduce, nella nuova formulazione dell'art. 117, nell'affermazione della generalità/residualità della potestà legislativa regionale), escludendo che la disciplina del lavoro possa essere demandata interamente alla legislazione dello Stato in nome del solo richiamo all'“ordinamento civile”⁽⁷⁹⁾.

Quindi, sui già molteplici e complessi interrogativi in ordine alla linea di confine per ambiti in cui si sovrappongono o incrociano le competenze legislative tra Regioni e Stato (ad es., temi quali la sicurezza del lavoro o il *mobbing*⁽⁸⁰⁾), si è innestata l'affermazione della necessità di individuare una interpretazione - e, conseguentemente, una applicazione - della riforma costituzionale del 2001 tale da garantire il mantenimento della unitarietà della disciplina del lavoro con riferimento ai principi fondamentali (che si impongono anche alla legislazione concorrente), ma anche consentire una differenziazione su aspetti strumentali e accessori, che tenga conto delle varie realtà territoriali⁽⁸¹⁾, facendo anche riferimento al “diritto pubblico (amministrativo) del lavoro”, che si identificherebbe negli aspetti della disciplina del lavoro diversi dalla regolamentazione del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali⁽⁸²⁾; sempre tenendo

76 F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, cit., p. 61; L. ZOPPOLI, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i “pezzi” di un difficile puzzle?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, suppl. n. 1, p. 149; R. PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 80; F. LISO, *Nota sulla interpretazione del nuovo articolo 117 Cost. in tema di ripartizione delle competenze legislative in materia di lavoro*, su www.astridonline.it.

77 T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, in V. CERULLI IRELLI e C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo, normazione ed amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 191-193.

78 M. MAGNANI, *Il lavoro nel titolo V della Costituzione*, in *Arg.dir.lav.*, 2002, p. 653; M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, cit., p. 20.

79 “Il significato della formula “ordinamento civile” è tutt'altro che univoco, come sottolineano i civilisti che la stanno analizzando, alla luce non solo della storia ma del nuovo contesto in cui viene utilizzata dal legislatore costituzionale. Queste analisi suggeriscono di non allargare troppo la portata della formula fino a comprendere l'intera disciplina dei rapporti fra privati in tutti i loro diversi contenuti. Una simile interpretazione porterebbe ad assegnare alla competenza esclusiva dello Stato territori immensi, in contrasto con la dislocazione di poteri operata dal nuovo titolo V, e con le tendenze al decentramento normativo già attuate dalla legislazione regionale per molti aspetti anche del diritto privato” (T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, cit., pp. 188-189); v. anche M. MAGNANI, *Il lavoro nel titolo V della Costituzione*, cit., p. 651. Va tenuta presente anche una lettura diversa, e più restrittiva, del concetto di “ordinamento civile”, che “collocato, com'è, tra giurisdizione e norme processuali da un lato e giustizia amministrativa dall'altro designa l'ordinamento giudiziario” (N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 697 ss.; citato anche da R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico e la legge “finanziaria 2002”: verso il primo conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 245).

80 Riguardo al *mobbing*, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 359 del 2003, nel dichiarare l'illegittimità della legge della Regione Lazio dell'11 luglio 2002, n. 16, “non esclude che le Regioni possano intervenire, con propri atti normativi, anche con misure di sostegno idonee a studiare il fenomeno in tutti i suoi profili e a prevenirlo o limitarlo nelle sue conseguenze; deve, viceversa, ritenersi certamente precluso alle Regioni di intervenire, in ambiti di potestà normativa concorrente, dettando norme che vanno ad incidere sul terreno dei principi fondamentali, che è quanto si è verificato nel caso di specie”.

81 G. NATULLO, *I rapporti di lavoro nella legislazione regionale dopo la riforma del pubblico impiego*, su: www.unicz.it/lavoro/NA-TULLO2.htm; T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, cit., p. 181 ss.; E. ALES, *I livelli essenziali nel settore del lavoro*, cit., p. 331; G. ROSSI e A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili*, cit., p. 22 ss.

82 G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., p. 421.

presenti, comunque, i limiti che incontra la potestà legislativa regionale⁽⁸³⁾.

Di questi orientamenti della dottrina si è fatto tesoro anche per individuare la competenza legislativa in materia di lavoro pubblico⁽⁸⁴⁾, che per effetto della contrattualizzazione separa l'organizzazione delle amministrazioni dalla gestione del rapporto di lavoro, e distingue la stessa organizzazione in macro organizzazione e micro organizzazione.

Il punto di caduta della riflessione sul tema è consistito nell'affermazione della competenza esclusiva dello Stato (e, dunque, della riconduzione all'“ordinamento civile” ex art. 117, comma 2, lettera l)) per la disciplina della contrattazione collettiva nazionale e dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni⁽⁸⁵⁾, nonché per quella della micro-organizzazione⁽⁸⁶⁾, dove l'amministrazione agisce con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, comma 2, del TUPI)⁽⁸⁷⁾.

Invece, la macro-organizzazione è di competenza legislativa esclusiva dello Stato solo relativamente “all'ordinamento ed all'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali” (art. 117, comma 2, lettera g)⁽⁸⁸⁾: ricadono, dunque, in tale competenza statale le linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici, l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi e la determinazione delle dotazioni organiche complessive delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001), mentre rientra nella potestà legislativa “residuale” delle Regioni ciò che attiene all'ordinamento e all'organizzazione degli enti pubblici non nazionali (art. 117, comma 4, Cost.)⁽⁸⁹⁾.

Ai sensi dell'art. 117, comma 6, spetta in generale alle Regioni anche la potestà regolamentare, fatta eccezione per le materie rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, mentre Comuni, Province e Città metropolitane hanno il potere di emanare regolamenti “in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite”⁽⁹⁰⁾.

Va, però, evidenziato che la complessità derivante dall'intrecciarsi di competenze

83 Si ricordano in tal senso il rispetto della Costituzione (art. 117 Cost., comma 1), il rispetto dei limiti derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117 cost., comma 1), il limite del rispetto della legislazione esclusiva dello Stato (art. 117 Cost, comma 2), il limite della determinazione dei principi fondamentali, riservati alla legislazione dello Stato, con riferimento alle materie di legislazione concorrente riservate alle Regioni (art. 117, comma 3); nonché l'importanza della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale, quale materia trasversale in grado di incidere sulla totalità della materia.

84 D. BOLOGNINO, *La collocazione del lavoro pubblico tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 2005, pp. 7-25.

85 L. ZOPPOLI, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i “pezzi” di un difficile puzzle?*, cit., p. 149; PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, cit., p. 80; LISO, *Nota sulla interpretazione del nuovo articolo 117 Cost. in tema di ripartizione delle competenze legislative in materia di lavoro*, cit., p. 2; G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 413 ss.; D. BOLOGNINO, *La collocazione del lavoro pubblico tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, cit., pp.7-25.

86 F. LISO, *Art. 117 e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, su: www.astridonline.it

87 Per ragioni di spazio non si affronta il tema della attribuzione all'ARAN della legittimazione a negoziare anche per Regioni ed enti locali; sul punto si rinvia a G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., p. 425; D. BOLOGNINO, *La collocazione del lavoro pubblico tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, cit., pp. 24-25; A. VISCOMI, *Prime riflessioni sulla struttura della contrattazione collettiva nelle amministrazioni nella prospettiva della riforma costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, suppl. n. 1, 2002, p. 165; G. D'AURIA, *Il Lavoro pubblico dopo il nuovo titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 757; L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, su www.lavoro.unisannio.it, p. 9.

88 Collocare il lavoro pubblico nel campo dell'organizzazione si presenta, infatti, in contrasto con una precedente tradizione, oramai superata sulla base della scelta positiva del legislatore che ha optato per la privatizzazione del pubblico impiego: in tal senso L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, cit., p. 9.

89 Nel senso di ritenere generale la potestà legislativa delle Regioni, a cui non è preclusa la dimensione del diritto privato, R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico e la “legge finanziaria 2002”: verso il primo conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 245.

90 L. DE ANGELIS, *Federalismo e rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro it.*, 2003, p. 28; G. D'AURIA, *Variazioni su lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, pp. 18-25.

legislative in un ordinamento plurilivello produce è molto più ampia, sicché la Corte costituzionale è stata chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nel definire il ruolo dei diversi soggetti che compongono la Repubblica in base all'art. 114 della Costituzione.

La Corte nelle sue numerose pronunce ha mantenuto una sostanziale coerenza nel discernere le competenze legislative di Stato e Regioni, individuando l'ordinamento del diritto privato (*ex art. 117, comma 2, lettera l*) quale area di competenza esclusiva dello Stato, in cui rientra il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici "privatizzati", anche in applicazione del principio costituzionale di uguaglianza e per garantire un sistema che sia uniforme su tutto il territorio nazionale⁽⁹¹⁾, restando parimenti di esclusiva competenza statale i soli profili pubblicistico-organizzativi riguardanti l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa statale e quella degli enti nazionali (*ex art. 117, comma 2, lettera g*)⁽⁹²⁾.

Sono stati, dunque, inclusi nella competenza legislativa esclusiva dello Stato gli istituti della mobilità⁽⁹³⁾ e del distacco⁽⁹⁴⁾, la determinazione dell'orario di lavoro e delle turnazioni del personale⁽⁹⁵⁾; i contratti di collaborazione, disciplinati dall'art. 7, comma 6, del TUIP⁽⁹⁶⁾; gli inquadramenti del personale e l'attribuzione delle mansioni superiori, regolata dall'art. 52 del TUIP⁽⁹⁷⁾; il cumulo degli impieghi, oggetto dell'art. 53 del TUIP⁽⁹⁸⁾; la disciplina dei contratti a termine e della loro durata⁽⁹⁹⁾; il trattamento economico^{(100) (101)}.

È stata parimenti confermata la potestà legislativa "residuale" delle Regioni per tutte le fasi antecedenti all'instaurazione del rapporto di lavoro, in quanto rientranti nell'ordinamento e organizzazione degli enti pubblici non nazionali (art. 117, comma 4, Cost.), e dunque attinenti alla fase pubblicistico-organizzativa: in tal senso si può richiamare la giurisprudenza sull'accesso all'impiego regionale⁽¹⁰²⁾ e quella in materia di

91 Corte costituzionale, sentenza n. 123 del 2010.

92 Corte costituzionale, sentenza n. 63 del 2012.

93 Corte costituzionale, sentenza n. 324 del 2010. In riferimento al riconoscimento di spazi di potestà legislativa residuale delle regioni si veda la sentenza n. 25 del 2021.

94 Corte costituzionale, sentenza n. 257 del 2020.

95 Corte costituzionale, sentenza n. 151 del 2010; Corte costituzionale, sentenza n. 256 del 2012.

96 Le norme regionali che consentono ai dirigenti di prorogare, anche più volte, eventuali contratti di collaborazione in essere, per consentire la conclusione dei progetti, sono state dichiarate incostituzionali in quanto le norme ineriscono ai rapporti di lavoro che sono di competenza esclusiva dello Stato, ma si pongono anche in contrasto con quanto stabilisce sulla durata di tali rapporti l'art. 7 comma 6, lett. d) del d.lgs. n. 165 del 2001 (Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 2011). V. anche Corte costituzionale, sentenza n. 173 del 2012.

97 Corte costituzionale, sentenza n. 213 del 2012; Corte costituzionale, sentenza n. 17 del 2014; Corte costituzionale, sentenza n. 180 del 2015.

98 Corte costituzionale, sentenza n. 77 del 2013.

99 La sentenza della Corte costituzionale n. 277 del 2013 ha dichiarato illegittime le norme della Regione Sardegna che prorogavano la durata di contratti a termine che avevano già superato i 36 mesi (in contrasto con art. 9, comma 28, del d.l. n. 78 del 2010), e che prorogavano i termini entro i quali devono maturarsi i requisiti per partecipare alle procedure di stabilizzazione (in violazione del principio fondamentale in tema di stabilizzazione contenuto nell'art. 1, comma 558, della legge n. 296 del 2006).

100 Corte costituzionale, sentenza n. 7 del 2011; Corte costituzionale, sentenza n. 211 del 2014; Corte Costituzionale, sentenza n. 257 del 2016; Corte costituzionale, sentenza n. 175 del 2017. Con riferimento al trattamento economico la sentenza della Corte costituzionale n. 173 del 2012 ha dichiarato costituzionalmente legittimo il comma 3 dell'art. 9 del d.l. n. 78 del 2010, dove stabiliva che il trattamento economico erogato al dirigente dall'amministrazione di appartenenza remunera tutta l'attività da questo svolta, compresa quella connessa con lo svolgimento di incarichi; la norma, infatti, intervenendo sui rapporti di impiego contrattualizzati è riconducibile alla materia del diritto civile di competenza esclusiva dello Stato. Il comma 28 dell'art. 9, che impone vincoli al ricorso alle assunzioni a tempo determinato, alle convenzioni ed ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, fissa un principio generale di coordinamento della finanza pubblica, non derogabile dalla normativa regionale.

101 Su questa giurisprudenza v. S. DE GOZZEN, *La ricomprendimento del trattamento giuridico ed economico dei dipendenti pubblici nella materia "ordinamento civile" e la competenza regionale in materia di organizzazione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, giugno 2018.

102 Corte costituzionale, sentenza n. 2 del 2004; Corte costituzionale, sentenza n. 241 del 2018; Corte costituzionale, sentenza n. 126 del 2020).

graduatorie e scorrimento delle graduatorie regionali⁽¹⁰³⁾.

Il medesimo orientamento è stato espresso con riferimento alla competenza legislativa delle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome. Nello specifico, la Corte ha ribadito che per effetto della contrattualizzazione il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici “**è retto dalla disciplina generale dei rapporti di lavoro tra privati ed è, perciò, soggetto alle regole che garantiscono l’uniformità di tale tipo di rapporti. Conseguentemente i principi fissati dalla legge statale in materia costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull’esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l’uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati e, come tali, si impongono anche alle Regioni a statuto speciale**”. Inoltre, la regolazione mediante contratti collettivi del trattamento economico dei dipendenti pubblici “*si pone quale limite anche della potestà legislativa esclusiva che l’art. 14, lettera o), dello statuto di autonomia speciale attribuisce alla Regione Sicilia in materia di regime degli enti locali*”⁽¹⁰⁴⁾.

Questa giurisprudenza, tuttavia, non è andata esente da critiche: parte della dottrina ritiene che si debbano riconoscere maggiori spazi di autonomia alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome, in quanto “*l’accentramento sullo Stato della competenza a regolare i rapporti civili (art. 117, c. 2, lett. l, Cost.) sottrarrebbe, e di fatto ha sottratto, a questi enti la possibilità di disciplinare con proprie leggi lo stato giuridico ed economico del proprio personale*”⁽¹⁰⁵⁾.

Particolare delicatezza presenta, poi, l’insieme delle questioni riguardanti l’ordinamento della dirigenza, l’individuazione degli uffici dirigenziali e la determinazione dei poteri dei soggetti ad essi preposti: aspetti, questi, suscettibili di rientrare nella potestà normativa ed organizzativa di Regioni e degli altri enti territoriali, in quanto il regime giuridico dei dirigenti è caratterizzato da un più stretto intreccio fra organizzazione e lavoro⁽¹⁰⁶⁾.

In riferimento a questo tema, alla luce dell’art. 117, comma 2, lettera l) e lettera g), e comma 3, dovrebbero rientrare nella potestà normativa e organizzativa delle Regioni l’assetto ordinamentale della dirigenza, l’individuazione degli uffici dirigenziali e le determinazioni dei poteri dei soggetti ad essi preposti, e dunque lo Stato potrebbe legiferare solo per i propri dirigenti⁽¹⁰⁷⁾.

Merita in proposito di essere segnalata, per il percorso argomentativo utilizzato e per il risultato paradossale prodotto, una significativa decisione del 2010 della Corte costituzionale. Va ricordato che l’art. 19 del TUPI - contenente la disciplina degli incarichi dirigenziali nelle amministrazioni statali - è stato modificato dall’art. 40 del d.lgs. n. 150 del 2009, con un rafforzamento (nei commi 6 e 6 bis) della logica originaria del ricorso agli incarichi esterni, che viene limitato ai casi in cui non si rinvergono, all’interno delle amministrazioni, persone dotate della professionalità in questione, richiedendo una esplicita motivazione e stabilendo poi, nel nuovo comma 6 *ter*, che le previsioni di cui ai commi precedenti sono “*applicabili alle amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001*”), tra cui, dunque, anche le Regioni e gli

103 La Corte nella sentenza n. 77 del 2020 evidenzia la necessità del rispetto del limite del buon andamento, e nella sentenza n. 126 del 2020 indica i limiti a cui deve essere assoggettato lo scorrimento delle graduatorie. Sul punto v. ampliamento L. FIORILLO, *Pubblico impiego e potestà legislativa regionale: ancora una volta è la Corte costituzionale a tracciare i confini. Nota a sentenza Corte costituzionale 25 giugno 2020*, n. 126, in *Giur. cost.*, 2020, n. 3, pp. 1412-1413.

104 Corte costituzionale, sentenza n. 189 del 2007. In tal senso anche Corte costituzionale, sentenza n. 77 del 2013.

105 E. M. MASTINU, *Potestà legislativa statale e riserva sindacale di contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro pubblico regionale. A proposito della riforma degli statuti speciali di autonomia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2022, n. 3, p. 531; D. BOLOGNINO, *Storie di figli e figliastri tra le righe delle disposizioni contrattuali e normative dedicate alla retribuzione accessoria della dirigenza pubblica (con osservazioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2019)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2020, n. 4, pp.87-106.

106 G. D’ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 426- 427; L. ZOPPOLI, *La (piccola) controriforma della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni non statali. Prime riflessioni critiche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, pp. 911 ss..

107 G. D’ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 426.

enti locali.

Proprio il comma 6 *ter* ha indotto le regioni Piemonte, Toscana e Marche a sollevare questione di legittimità costituzionale, sostenendo tra gli altri motivi la violazione dell'art. 117, comma 4, Cost., perché la materia appartenerebbe alla competenza residuale delle Regioni. La Corte costituzionale con la sentenza n. 324 del 2010⁽¹⁰⁸⁾ ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 40, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 150 del 2009, stabilendo che l'estensione a Regioni ed enti locali delle disposizioni di cui all'art. 19, commi 6 e 6-*bis*, del TUPI è costituzionalmente legittima, in quanto tali previsioni intervengono su materia riconducibile all'ordinamento civile di cui all'art. 117, comma 2, lettera l), Cost.. Le disposizioni in questione, infatti, non riguardano né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego, né la scelta delle modalità di costituzione di quel rapporto giuridico, bensì “*il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, che si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato. Conseguentemente, la disciplina della fase costitutiva di tale contratto, così come quella del rapporto che sorge per effetto della conclusione di quel negozio giuridico, appartengono alla materia dell'ordinamento civile*”. Non sussiste, dunque, per la Corte costituzionale violazione degli artt. 117, commi 3 e 4, e 119 Cost., perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della finanza pubblica) o residuale regionale (organizzazione delle regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva del legislatore statale⁽¹⁰⁹⁾.

Già a suo tempo è stato considerato discutibile l'*iter* interpretativo seguito in tale caso dalla Corte costituzionale per affermare la competenza legislativa dello Stato.

Far rientrare la fissazione delle percentuali per il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti “esterni” (*ex* art. 19, commi 6 e 6 *bis* del TUPI) nella materia dell’ “ordinamento civile” desta perplessità se si tiene conto del complesso intreccio di fonti privatistiche, pubblicistiche e delle macro aree di influenza sia *ante* che *post* d.lgs. n. 150 del 2009 in tema di lavoro pubblico, che si combina con la riforma di Stato multilivello⁽¹¹⁰⁾ e con la distinzione delle competenze legislative sul lavoro pubblico.

Certamente la linea di confine non è limpida, anche perché incidono sul riparto di competenze anche altri elementi, quali la potestà esclusiva statale sulla “*perequazione delle risorse finanziarie*” (art. 117, comma 2, lettera e)⁽¹¹¹⁾ e sulla “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*” (art. 117, comma 2, lettera m)), e la potestà concorrente sul “*coordinamento della finanza pubblica*” (art. 117, comma 3)⁽¹¹²⁾.

Circoscrivendo il campo di analisi alla sola fissazione delle percentuali di conferimento degli incarichi dirigenziali a “soggetti esterni”, si può dubitare che essa rientri nell'ambito del rapporto di lavoro, con la conseguente riconduzione all’ “ordinamento civile”. Il fatto che “*gli incarichi dirigenziali a soggetti esterni, si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato*”, non ha nulla a che vedere con l'imposizione di limiti percentuali, che si colloca in una fase necessariamente antecedente rispetto alla stipula del contratto, e che sembra rientrare, piuttosto, “*nei modi di conferimento della titolarità*” degli incarichi, dunque nella

108 Nello stesso senso anche Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2013.

109 Nello stesso senso si veda la sentenza n. 310 del 2011.

110 T. GROPPI e M. OLIVETTI (a cura di), *La repubblica delle autonomie, Regioni ed enti locali, nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2001.

111 Su questo aspetto si è ripetutamente pronunciata la Corte Costituzionale, a partire dalla sentenza n. 4 del 2004 (sulla quale v. la nota di D. BOLOGNINO, *La collocazione del lavoro pubblico tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, cit., pp. 7-25).

112 Va considerato che l'orientamento della Corte costituzionale ha spesso ruotato attorno al “*coordinamento della finanza pubblica*”, di competenza concorrente dello Stato, che spesso ha fatto da polo di attrazione verso il centro delle competenze anche in tema di lavoro pubblico. Si rinvia sul punto a G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 417-418.

macro organizzazione: di qui, il riconoscimento di un ruolo per la potestà legislativa delle Regioni, che dovrebbe escludere l'automatica applicabilità alle amministrazioni regionali e locali delle disposizioni sulle percentuali indicate per le amministrazioni statali.

Si deve, peraltro, ricordare che Regioni e autonomie locali si trovavano ad operare in un regime di applicazione “flessibile” delle regole dettate per i dirigenti dello Stato dal d.lgs. n. 165 del 2001 già prima della modifica del Titolo V, come emerge dall'art. 27 di detto decreto (articolo peraltro non modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, né da leggi successive), dove si stabilisce che in tema di dirigenza le Regioni e le altre amministrazioni devono adeguare i propri ordinamenti ai principi ricavabili dallo stesso decreto, ma tenendo conto delle relative peculiarità.

E, in proposito, va anche rilevato che l'impostazione rigorosa verso le Regioni e gli enti locali in ordine alla quota di incarichi dirigenziali attribuibili all'esterno dei ruoli non trova riscontro in quanto avvenuto a livello nazionale, dove sono state introdotte norme derogatorie riguardanti singoli settori dell'amministrazione statale⁽¹¹³⁾.

Si è, imposta, pertanto, una uniformità non necessaria alle Regioni e si è consentito solo a determinate amministrazioni nazionali di procedere ad ampliamenti delle percentuali di incarichi conferibili a soggetti diversi dai dirigenti di ruolo (in particolare, a dipendenti delle stesse amministrazioni privi di qualifica dirigenziale), creando disparità di trattamento nel sistema multilivello.

Perplexità desta anche la sentenza n. 196 del 2018, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 10 della legge della Regione Liguria 28 aprile 2008, n. 10, istitutiva della vice-dirigenza regionale, ritenendo che la legge regionale sia intervenuta in una materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera l), della Costituzione. Si può, infatti, esprimere qualche dubbio sulla tesi che l'istituzione della vice-dirigenza sia da ricondurre all' “ordinamento civile”, posto che, invece, essa sembrerebbe rientrare nella fase antecedente alla costituzione del rapporto di lavoro, dunque nella sfera pubblicistico-organizzativa di competenza residuale delle Regioni.

Siamo, in questi casi, di fronte a pronunce che appaiono finalizzate a definire un percorso interpretativo che garantisca la “uniforme” attuazione della normativa⁽¹¹⁴⁾: ma va tenuto presente che “uniformità” è concetto differente e più rigido rispetto a quello di “unità” del sistema, non messo in discussione dal legislatore costituzionale nel promuovere la valorizzazione delle Regioni e delle autonomie locali in applicazione dell'art. 5 Cost.

Una posizione più articolata sembra essere stata assunta dalla Corte con la sentenza n. 251 del 2016 (nota soprattutto perché ne è derivata la mancata attuazione della riforma della dirigenza prevista dall'art. 11 della legge delega n. 124 del 2015). Questa sentenza, certo, conferma l'attenzione prevalente del giudice costituzionale per le esigenze di garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento: il piano delle riforme

113 Ci si riferisce, in particolare, all'art. 1, comma 352, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, che ha portato al 12% (invece che all'8%) la percentuale per gli incarichi di livello dirigenziale non generale da conferire solamente al personale in servizio presso il Ministero dell'economia e delle finanze. Tra l'altro, la deroga alle percentuali era inizialmente prevista solo per gli anni 2019-2021, e poi è stata portata a regime (sopprimendo il riferimento a tale triennio) con l' art. 1, comma 150, della legge 27 dicembre 2019, n. 160. Dunque, si è proceduto alla “promozione” dei funzionari interni, e solo per un Ministero. L'effetto emulativo non si è fatto attendere e, a un anno di distanza, grazie all'art. 1, comma 158, della stessa legge n. 160 del 2019, come modificato dall' art. 10, comma 5, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito dalla legge 24 febbraio 2023, n. 14, la possibilità di aumentare la percentuale è stata consentita anche al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ed è stata successivamente prorogata sino al triennio 2023-2025.

114 Si ricordano le pronunce che hanno avuto ad oggetto alcune leggi finanziarie (2002, 2003, 2004), nelle quali la Corte costituzionale, sia pure attraverso un diverso iter argomentativo, ha attratto le disposizioni alla competenza legislativa statale richiamandosi al “*coordinamento della finanza pubblica*”: in particolare, si segnalano Corte costituzionale, sentenza n. 4 del 2004, e Corte costituzionale, sentenza n. 260 del 2004.

amministrative contenuto nella legge del 2015, dice la Corte (riprendendo quanto già affermato nella sentenza n. 278 del 2010), è volto a disciplinare *”in maniera unitaria, fenomeni sociali complessi, rispetto ai quali si delinea una «fitta trama di relazioni, nella quale ben difficilmente sarà possibile isolare un singolo interesse», quanto piuttosto interessi distinti «che ben possono ripartirsi diversamente lungo l’asse delle competenze normative di Stato e Regioni»”*.

A fronte della difficoltà di individuare la titolarità della competenza per lo stretto intreccio fra diverse materie, relazioni e interessi la Corte costituzionale utilizza, per la prima volta in riferimento all’*iter* di approvazione di un provvedimento legislativo⁽¹¹⁵⁾, il principio di leale collaborazione.

Il modo in cui nella sentenza viene utilizzato tale principio, e le conseguenze che ne sono derivate, è stato oggetto di valutazioni prevalentemente (e fondatamente) critiche⁽¹¹⁶⁾: ma è evidente e indiscutibile che in essa trovi espressione l’esigenza di garantire un adeguato coinvolgimento delle Regioni nella definizione di una riforma unitaria.

In particolare, la Corte prende in esame una serie di disposizioni contenute nell’art. 11 e negli articoli 16 e 17 della legge del 2015, nelle quali si definiscono principi e criteri direttivi relativi, rispettivamente, alla delega sulla riorganizzazione di tutta la dirigenza pubblica (compresa la dirigenza regionale e, possiamo aggiungere, locale) e alla delega sul riordino la disciplina del lavoro alle dipendenze di tutte le pubbliche amministrazioni (comprese quelle regionali e locali), rilevando che, in entrambi i casi, tali previsioni indubbiamente incidono su ambiti riconducibili alla competenza del legislatore statale in materia di «ordinamento civile», nella parte in cui attengono a profili relativi al rapporto di lavoro privatizzato o inerenti al regime di responsabilità; ma è altrettanto indiscutibile *che le disposizioni in esame siano in parte riconducibili alla competenza regionale residuale in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa regionale*⁽¹¹⁷⁾, entro cui si collocano *le procedure concorsuali per l’accesso agli impieghi e i criteri per la determinazione delle modalità di conferimento, della durata e delle revoca degli incarichi ai dirigenti*⁽¹¹⁸⁾.

Queste competenze, si legge ancora nella sentenza, *“si pongono in un rapporto di “concorrenza”, poiché nessuna di esse prevale sulle altre”*, ma tutte confluiscono nella ridefinizione della normativa sulla dirigenza e sul lavoro pubblico in una prospettiva unitaria, rivelandosi inscindibili e strumentalmente connesse. Tale correlazione, conclude la Corte costituzionale, *“se da un lato costituisce fondamento di validità dell’intervento del legislatore statale, dall’altro impone a quest’ultimo il rispetto del principio di leale collaborazione nell’unica forma adeguata a garantire il giusto contemperamento della compressione delle competenze regionali, che è quella dell’intesa”* nella Conferenza Stato-Regioni.

Questo concorso di competenze, inestricabilmente connesse, testimonia della complessità della identificazione dei ruoli da assegnare ai diversi livelli di governo in ordine alla disciplina del personale pubblico, per effetto della riscrittura del Titolo V

115 A. POGGI e G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *Federalismi*, n. 25, 2016, pp. 4-9; R. BIFULCO, *L’onda lunga della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 3, 2017, pp. 3-4.

116 Si segnalano, fra i numerosi commenti, quelli di B. G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp.179-186; J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp.705-710; G. D’AURIA, *Sull’incostituzionalità di alcune deleghe legislative ‘ex’ l. 124/15 per la riforma della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2017, I, p. 451 Sugli effetti ritenuti “devastanti” sulla riforma del lavoro pubblico della sentenza in questione v. S. BATTINI e S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, cit., p. 25.

117 Inoltre, nella sentenza si rileva che *“le medesime disposizioni sono anche riferite alla competenza regionale residuale in materia di formazione o a quella concorrente in materia di tutela della salute, con riguardo alla disciplina di dettaglio della dirigenza regionale”*.

118 Nel senso di ritenere sussistente la competenza residuale delle Regioni in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali regionali si esprime la sentenza n. 191 del 2017 della Corte costituzionale.

della Costituzione, sicché la definizione dell'architettura delle fonti sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni impone la ricerca di punti di equilibrio e bilanciamento, in grado di salvaguardare elementi di unitarietà che impediscano la “disgregazione” del sistema delle regole, e al tempo stesso garantiscano la necessaria tutela degli spazi di autonomia legislativa regionale⁽¹¹⁹⁾; un'autonomia da garantire anche, se non soprattutto, alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome⁽¹²⁰⁾.

È, però, da rilevare che, al di là delle prese di posizione della giurisprudenza e della dottrina sugli ambiti di competenza da riconoscere rispettivamente al legislatore nazionale e a quelli regionali, nei fatti continua a prodursi una legislazione di stampo centralistico che tocca la materia del lavoro pubblico. Valga per tutti il riferimento alla recente introduzione nel testo del TUPI dell'art. 35 *ter*⁽¹²¹⁾; con il quale è stato istituito il Portale unico per il reclutamento dei dipendenti pubblici: l'ambito di utilizzo del Portale, inizialmente limitato all'assunzione del personale delle amministrazioni centrali, è stato poi “esteso anche alle Regioni ed enti locali per le rispettive selezioni di personale”⁽¹²²⁾, il che potrà agevolare sul piano pratico le procedure di accesso agli impieghi, ma può suscitare qualche perplessità sul piano giuridico, poiché la materia del reclutamento, in quanto estranea alla dimensione privatistica, è pacificamente di competenza legislativa regionale, anche per espressa indicazione della Corte costituzionale.

5. La moltiplicazione delle fonti normative sul lavoro pubblico e l'esigenza di un “risanamento conservativo” del TUPI.

Prima di chiudere questa ricognizione dei profili salienti del sistema delle fonti in tema di lavoro pubblico, può essere utile svolgere una riflessione sugli aspetti problematici di tale sistema e avanzare qualche ipotesi di revisione dell'attuale assetto normativo.

Nel contesto della scelta fondamentale di adottare un regime privatistico-contrattuale per il lavoro pubblico è palesemente ineludibile – in relazione alle caratteristiche strutturali delle pubbliche amministrazioni e, soprattutto, alle finalità da esse perseguite e, quindi, ai compiti ad esse attribuiti – la previsione di una disciplina specifica per determinati istituti rispetto al modello del codice civile: questa indicazione viene chiaramente esplicitata nell'art. 2, comma 2, del TUPI.

Si possono citare, come esempi significativi di specificità delle regole sul lavoro pubblico rispetto al paradigma privatistico: le disposizioni sulle mansioni, con specifico riferimento allo svolgimento di mansioni superiori, di cui all'art. 52 del TUPI; la disciplina della mobilità volontaria, fortemente proceduralizzata specie a seguito delle modifiche apportate al testo del TUPI dal d.lgs. n. 150 del 2009, anche se per condivisibili finalità di trasparenza e buon andamento⁽¹²³⁾; la modifica, ad opera del d.lgs. n. 75 del 2017, dell'art. 63, comma 2, del TUPI, che ha stabilito il reintegro del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, in difformità da quanto previsto all'art.

119 Si rinvia, in proposito, a G. D'ALESSIO, *Pubblico impiego*, cit., pp. 433-434.

120 E M. MASTINU, *Potestà legislativa statale e riserva sindacale di contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro pubblico regionale. A proposito della riforma degli statuti speciali di autonomia*, cit., p. 531 ss.

121 Ad opera dell'art. 2, comma 1, del d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito dalla legge 29 giugno 2022, n. 79.

122 Con l'art. 12, comma 1, lett. c), del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 aprile 2023, n. 41.

123 D. BOLOGNINO e G. D'ALESSIO, *La mobilità del personale pubblico*, in *Treccani. Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013, pp. 225-230.

18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge 28 giugno 2012, n. 92⁽¹²⁴⁾.

Nel tempo, però, le distanze delle regole normative riguardanti il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto alla disciplina civilistica si sono notevolmente accresciute, sono stati approvati, in ordine sparso, numerosi provvedimenti legislativi riguardanti singoli aspetti della materia, che, comunque, non hanno interessato né gli articoli sulle fonti (artt. 2 e 5 del TUPI) né il riparto di giurisdizione (art. 63 del TUPI): provvedimenti in larga parte motivati da esigenze di risparmio di spesa e spesso incoerenti rispetto alla *ratio* originaria della contrattualizzazione.

Ad accentuare le distanze fra lavoro pubblico e lavoro privato hanno contribuito interventi normativi riconducibili a quattro tipologie:

- a) modifiche di istituti disciplinati dal TUPI, con la finalità di ripensare o incidere, in modo più o meno dichiarato, su elementi dell'impianto privatistico;
- b) modifiche di istituti disciplinati dal TUPI, per cercare di arginarne distorsioni applicative, con riflessi sulla natura dell'istituto;
- c) fuga dalle regole del TUPI, non per correggere un'adeguatezza del testo, ma per affiancare a quanto in esso contenuto altre disposizioni normative in materia di lavoro pubblico o per introdurre deroghe rispetto a quanto previsto dallo stesso decreto;
- d) esclusione, totale o parziale, dell'applicazione al personale pubblico di norme introdotte per il settore privato, con l'obiettivo di marcare espressamente un distinguo per la disciplina del lavoro pubblico privatizzato.

Con riferimento alle modifiche di istituti ricompresi nel TUPI, poste in essere nel tentativo di ridefinire la natura giuridica di determinati atti, possiamo citare la questione riguardante gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali, alla luce di quanto previsto dalla legge n. 145 del 2002. Si ricorderà che prima di tale legge gli equilibri tra provvedimento e contratto per l'assegnazione degli incarichi ai dirigenti, secondo a quanto previsto nella versione originaria dell'art. 19 del TUPI, erano a favore del contratto, con il quale venivano determinati l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico ed il trattamento economico. Invece, in base alla legge del 2002 tali elementi non vengono più definiti contrattualmente ma con un "provvedimento", e solo il trattamento economico viene individuato in un contratto, che accede al provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale: obiettivo dichiarato dal legislatore era la riconduzione nella sfera del diritto pubblico degli atti di conferimento degli incarichi⁽¹²⁵⁾. In questa sede non serve ripercorrere tutte le posizioni dottrinali che interpretarono il quadro normativo risultante dalla legge n. 145 del 2002, talvolta vedendoci una ripubblicizzazione degli atti in questione⁽¹²⁶⁾, talaltra confermandone,

124 La reintegrazione nel caso di licenziamento illegittimo, che "pone la parola fine ad un annoso dibattito, peraltro qualche tempo prima risolto dalla Cassazione nel senso di ritenere applicabile ai dipendenti pubblici contrattualizzati l'art. 18 pre-Fornero, e che tuttavia presenta un interrogativo con riguardo alla fissazione in ventiquattro mensilità dell'indennità risarcitoria massima" viene valutata favorevolmente da 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., pp. 28-29.

125 Ciò emerge chiaramente dalla circolare del 31 luglio 2002 del Dipartimento della funzione pubblica (che stabiliva le modalità applicative della legge sul riordino della dirigenza), dove si sottolineava che "nel nuovo assetto normativo della dirigenza l'atto di conferimento dell'incarico assume connotazione provvedimento, ponendosi come determinazione conclusiva di un apposito procedimento amministrativo, nel quale si manifesta l'interesse pubblico correlato al perseguimento degli obiettivi definiti dall'organo di indirizzo politico-amministrativo. La legge qualifica espressamente l'atto di assegnazione delle funzioni dirigenziali come provvedimento, ponendo in rilievo il carattere unilaterale della determinazione".

126 L. OLIVIERI, *Costituzionalmente legittimo l'art. 68 del d.lgs. 29/93, ma restano ancora in piedi i problemi sulla giurisdizione relativa agli incarichi dirigenziali*, su www.giust.it/corte/cost_2001-275.htm, C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la l. n. 145/2002*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 931.

comunque, la natura privatistica⁽¹²⁷⁾: basta ricordare che la *querelle* fu sciolta dalla Corte di Cassazione, che in tutta una serie di pronunce ha qualificato il “*provvedimento*” previsto dalla nuova formulazione dell’art. 19 del TUPI come atto unilaterale privatistico⁽¹²⁸⁾. In particolare, nella sentenza n. 5659 del 20 marzo 2004⁽¹²⁹⁾ la Suprema Corte ha incluso il potere di conferimento degli incarichi nella categoria dei poteri privati, in quanto in base all’invariato art. 2, comma 1, del TUPI “*risulta sottratto dalla soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e concerne invece, il piano del funzionamento degli apparati e, quindi, l’area della capacità di diritto privato*”: tale atto viene, dunque, assunto dall’amministrazione “*con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*” (art. 5, comma 2, del TUPI) e si presenta come un atto “*a necessaria struttura unilaterale e non recettizio*”, con cui si è inteso rafforzare “*la posizione di preminenza del datore di lavoro pubblico sul piano dell’organizzazione*”⁽¹³⁰⁾.

Quanto alle modifiche normative motivate dalla necessità di cercare di arginare distorsioni applicative, si possono ricordare le vicende che hanno riguardato le progressioni di carriera⁽¹³¹⁾. All’indomani della tornata contrattuale degli anni 1998-2001, che diede vita alle prime vere progressioni di carriera per i dipendenti pubblici, si aprì un ampio dibattito sulla natura delle “*progressioni verticali*” (cioè quelle comportanti il passaggio dei soggetti interessati da un’area contrattuale all’altra), che vedeva parte della giurisprudenza qualificarle quali atti di gestione di un rapporto di lavoro già in atto, quindi regolamentati dalla disciplina privatistica del pubblico impiego⁽¹³²⁾, mentre altra parte della giurisprudenza, risultata maggioritaria⁽¹³³⁾, le classificava quali forme di reclutamento soggette alla regola del pubblico concorso,

127 A. CORPACI, “*Il nuovo regime del conferimento degli incarichi dirigenziali e problemi in tema di giurisdizione sugli incarichi dirigenziali*”, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 220; A. BOSCATI, *L’atto di conferimento dell’incarico dirigenziale: la Cassazione ne riafferma la natura privatistica*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, p. 188; L. ZOPPOLI, *La (piccola) “controriforma” della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 922; D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità*, Padova, Cedam, 2007, 88-104; L. MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 1028; M. G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 885; M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, Giappichelli, 2003, 61; A. PIOGGIA, *Cindecime e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, 147.

128 La linea di ragionamento adottata dalla Cassazione appare solidamente fondata in termini di principio, perché, come si è avuto occasione di rilevare già all’indomani dell’approvazione della legge n. 145 del 2002, la scelta di utilizzare lo strumento provvedimentale per l’affidamento degli incarichi dirigenziali non è “*giuridicamente ed istituzionalmente obbligata*”, e “*non sembra coerente con la considerazione di ordine generale secondo cui il negozio giuridico di diritto privato di per se è strumento idoneo al perseguimento dei diversi risultati e, quindi, anche dello specifico interesse pubblico cui la pubblica amministrazione informa la sua azione*” (G. D’ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgia, antilogie ed amnesie*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 228).

129 Sulla quale v. tra gli altri i commenti di G. NICOSIA, *La Cassazione “blinda” la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1099 ss., e, con annotazioni critiche sulla sentenza, di E. ALES, *L’incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali: poteri imprenditoriali e poteri datoriali delle pubbliche amministrazioni al vaglio della giurisprudenza*, in *Diritti lavori mercati*, 2004, p. 355.

130 Prendendo atto del consolidamento di questa interpretazione giurisprudenziale, e tenendo conto del fatto essa sembra aver avuto un tacito consenso da parte del legislatore - il quale, pur essendo intervenuto più volte nell’ultimo ventennio sulle norme riguardanti gli incarichi dirigenziali, non l’ha mai smentita o corretta - probabilmente sarebbe opportuno recepirlo nel testo del TUPI, eliminando il riferimento ad un “*provvedimento*” che in realtà va considerato un atto privatistico.

131 Per una ricognizione generale sul tema, e per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, ci si permette di rinviare a G. D’ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2020, n. 4, pp. 10-18.

132 Si possono citare, per tutte, Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 11 giugno 2001, n. 7859, e Corte di Cassazione, Sez. Unite, 10 dicembre 2001, n. 15602.

133 Invece, nella dottrina appaiono prevalenti le opinioni di quanti hanno espresso una posizione critica sull’assoggettamento delle progressioni verticali a procedure concorsuali, visto come un ingiustificato irrigidimento nella gestione di risorse umane delle quali l’amministrazione è già dotata: in tal senso, tra gli altri, M. RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: “imparzialità” o “non andamento”?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, pp. 215 ss.; F. CARINCI, *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, pp. 201 ss.; A. CORPACI, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni di carriera*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, pp. 375 ss.; V. LUCIANI, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni di carriera*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., pp. 316 ss.; G. GARDINI, *Note a margine del lavoro pubblico dopo l’entrata in vigore del nuovo Titolo V, parte II, della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, pp. 525 ss.

e quindi sottoposte a un regime pubblicistico, con chiari riflessi anche dal punto di vista del riparto di giurisdizione⁽¹³⁴⁾. Sul tema è, poi, ritornato il decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, che ha consentito – sia pure limitatamente nel tempo – progressioni di carriera verticali interamente destinate agli interni (art. 22, comma 15). Infine, a riformulare la disciplina delle progressioni verticali è intervenuto l'art. 3, comma 1, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, che ha dettato una nuova formulazione del comma 1 *bis* dell'art. 52 del TUPI, secondo la quale “*fatta salva una riserva di almeno il 50 per cento delle posizioni disponibili destinata all'accesso dall'esterno, le progressioni fra le aree e, negli enti locali, anche fra qualifiche diverse avvengono tramite procedura comparativa basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni di servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli e competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per accesso all'area dall'esterno, nonché sul numero e sulla tipologia degli incarichi rivestiti*”. Pertanto, si è approdati ad una soluzione di compromesso, che garantisce da un lato l'attribuzione delle posizioni superiori tramite concorso pubblico, dall'altro la possibilità di sviluppo di carriera grazie ad una procedura selettiva, fondata su criteri meritocratici, riservata agli interni.

Quanto alla terza tipologia di modifiche normative, definibile come una fuga dal TUPI, lasciando da parte tutte le disposizioni introdotte (soprattutto nello scorso decennio) per finalità di contenimento della spesa pubblica e quelle attualmente collegate all'attuazione del PNRR, merita attenzione il fenomeno, di considerevole ampiezza, costituito dalla approvazione di previsioni, anche di rilievo generale, in materia di lavoro pubblico non inserite nel TUPI⁽¹³⁵⁾ e di disposizioni derogatorie rispetto a quanto stabilito dal medesimo Testo unico del 2001.

Particolarmente rilevante è il numero (che si aggira intorno alle duecento) delle deroghe a specifiche norme del TUPI.

Per citarne solo alcune, possiamo ricordare le disposizioni che contengono deroghe all'applicazione degli articoli sulla mobilità volontaria, e dunque consentono a singole amministrazioni di bandire concorsi non seguendo la ordinaria procedura prevista per il preventivo esperimento di tale mobilità⁽¹³⁶⁾, e quelle che derogano ai limiti all'utilizzazione di contratti di collaborazione e dei contratti a tempo determinato posti dall'art. 7 e dall'art. 36 del TUPI⁽¹³⁷⁾.

Chiaramente, si tratta di temi molto discussi e complessi, che riguardano gli

134 Corte costituzionale, sentenza n. 320 del 1997 e sentenza n. 1 del 1999, nonché Corte costituzionale, sentenza n. 194 del 2002 (sulla quale v. la nota di D. BOLOGNINO, *La Corte Costituzionale fissa i limiti dei concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. lav.*, 2002/2003, n. 6, p. 533-546); Corte di Cassazione, Sez. Unite, ord. 26 maggio 2004, n. 10183.

135 B. G. MATTARELLA, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 320.

136 Art. 9 *duodecies*, comma 2, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 125; art. 1, comma 258, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, come modificato dall'art. 12, comma 3 *ter*, lett. *b*), del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito dalla legge 28 marzo 2019, n. 26; art. 36, comma 2, del d.lgs. 20 febbraio 2019, n. 15; art. 1, comma 435, della legge 30 dicembre 2020, n. 178; art. 28, comma 2 *ter*, del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito dalla legge 15 luglio 2022, n. 91; art. 15 *ter*, comma 3, del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172; art. 1, commi 567, 572 e 576, della legge 27 dicembre 2017, n. 205; art. 15, comma 3, e 15 *bis*, comma 1, del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito dalla legge 16 novembre 2018, n. 130, art. 1, commi 355 e 374, della legge 30 dicembre 2018, n. 145; art. 3, comma 4, e 6, comma 5, della legge 19 giugno 2019, n. 56, e successivamente art. 1, comma 1004, della legge 30 dicembre 2020, n. 178.

137 Art. 1, comma 410, della legge 1 dicembre 2016, n. 232, come modificato dall'art. 22, comma 10, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75; art. 1, comma 433, della legge 27 dicembre 2017, n. 205; art. 1, comma 284, della legge 27 dicembre 2019, n. 160; art. 2, comma 1 *bis*, lett. *b*), del d.l. 9 gennaio 2020, n. 1, convertito dalla legge 5 marzo 2020, n. 12, e, successivamente, art. 4, comma 7, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito dalla legge 26 febbraio 2021, n. 21; art. 1, comma 11, del d.l. 4 novembre 2009, n. 152, convertito dalla legge 29 dicembre 2009, n. 197; art. 2 *bis*, commi 1, lett. *a*), e 5, e 10, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27; art. 1, comma 14, del d.l. 10 maggio 2020, n. 30, convertito dalla legge 2 luglio 2020, n. 72; art. 1, commi 7 e 7 *bis*, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77; art. 33, commi 1 e 3, del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito dalla legge 23 luglio 2021, n. 106; art. 34, comma 1, del d.l. 21 marzo 2022, n. 21, convertito dalla legge 20 maggio 2022, n. 51, e, successivamente, art. 12, comma 2, del d.l. 30 marzo 2023, n. 34, convertito dalla L. 26 maggio 2023, n. 56.

spazi di manovra sulla gestione e la “valorizzazione” del personale in servizio e sul reclutamento del nuovo personale: non dimenticando che sono questioni che vanno analizzate e scelte legislative che vanno valutate anche tenendo conto della necessità di evitare di creare nuovo precariato.

Su un altro versante, va ricordata la tendenza del legislatore che disciplina i rapporti di lavoro subordinato nell'impresa ad escludere i dipendenti delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del TUPI dall'applicazione di normative introdotte per il lavoro alle dipendenze di soggetti privati⁽¹³⁸⁾.

Nello specifico si segnalano: il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, recante attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, che all'art. 1, comma 2, espressamente esclude dalla sua applicazione le pubbliche amministrazioni e il loro personale; le disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92, che all'art. 1, comma 7, non ne indica una applicazione diretta, ma solo in via di principio alle pubbliche amministrazioni⁽¹³⁹⁾; le collaborazioni organizzate dal committente, di cui al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, non applicabile alle pubbliche amministrazioni (art. 2, comma 4); le modifiche al contratto di lavoro a tempo determinato apportate dal d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, che non si applicano alle pubbliche amministrazioni (così art. 1, comma 3).

Risulta, inoltre, di dubbia applicazione alle pubbliche amministrazioni anche la disciplina del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, posto che all'art. 1 individua categorie di dipendenti in parte non presenti nelle stesse amministrazioni⁽¹⁴⁰⁾.

E, ancora, il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, contenente le disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, è applicabile ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ma al suo interno contiene per tali lavoratori delle disposizioni in parte specifiche (ad es. nell'art. 57, articolo per altro inserito tra le “disposizioni speciali”).

Risultano, invece applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, altri provvedimenti legislativi, quali il d.lgs. 9 aprile, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro⁽¹⁴¹⁾, e il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, che ha dato attuazione alle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

Da tutto questo complicato scenario emerge con evidenza che in questi trent'anni l'assetto delle fonti del lavoro pubblico contrattualizzato si è sensibilmente allontanato dal modello originario dalla riforma in senso privatistico del pubblico impiego, che (specie dopo la “seconda privatizzazione”) esprimeva – come è stato autorevolmente evidenziato – “l'intenzione di sottoporre ad una regolamentazione comune, quella della disciplina giuslavoristica, l'intero universo del lavoro subordinato, prestato alle dipendenze sia di una impresa sia di una pubblica amministrazione”⁽¹⁴²⁾: ne derivava una regolamentazione delle fonti nella quale “la normativa civilistica conservava la

138 Da ultimo sul tema v. F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, cit., pp. 3-9.

139 Nello specifico il comma 7 prevede che “...costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo” (art. 1, comma 7, della legge n. 92 del 2012). A sua volta, il successivo comma 8 richiede una normativa apposita per il lavoro pubblico (dunque differente): “Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche” (art. 1, comma 8, della legge n. 92 del 2007).

140 In tal senso F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, cit., p. 8.

141 Il decreto, in base all'art. 3, comma 1, risulta applicabile a tutti i lavoratori pubblici e privati.

142 F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, cit., p. 4.

caratteristica di “generale”, si da essere resa comune, mentre la normativa del t.u.p.i. era ritenuta “speciale”, prevalente solo se prevista esplicitamente come tale, tanto da far supporre che a fronte di una qualche incoerenza fra l’una e l’altra non risolta debitamente, dovesse prevalere la generale sulla speciale⁽¹⁴³⁾.

Con il passare degli anni, e con il moltiplicarsi degli interventi, di diversa natura e consistenza sotto il profilo sia formale che sostanziale, del legislatore – interventi che in certi momenti hanno assunto un carattere tumultuoso – si è creato un modello ibrido⁽¹⁴⁴⁾, che di fatto si propone come un *tertium genus*, che si affianca al diritto del lavoro pubblico, che si applica alle sole categorie individuate nell’art. 3 del TUPI, e al diritto del lavoro privato, che per diversi aspetti non si applica, oppure si applica solo parzialmente o a certe condizioni, ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

Questo non comporta l’abbandono dell’ispirazione e del significato della riforma del pubblico impiego avviata all’inizio degli anni Novanta, ma implica una rimodulazione del modello basato sul riferimento al diritto privato allora adottato, per tenere conto delle specificità che caratterizzano le relazioni di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: la massiccia (e, non di rado, disordinata) rilegificazione che ha investito il lavoro pubblico sicuramente ha provocato un ridimensionamento dell’obiettivo di assimilare le regole del lavoro nel settore pubblico a quelle del settore privato grazie ad una progressiva convergenza normativa, ma non ha condotto ad una ripubblicizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici⁽¹⁴⁵⁾, in quanto sono rimasti sostanzialmente invariati i principi fondamentali che connotano il regime privatistico del lavoro pubblico⁽¹⁴⁶⁾.

Appare, pertanto, condivisibile la posizione di chi sostiene che la regolazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici presenta significativi profili di specialità – che, indubbiamente, si sono moltiplicati ed accresciuti negli ultimi anni a causa della iperregolazione legislativa - rispetto a quella del lavoro alle dipendenze dei privati, ma non per questo si può parlare di un rapporto di lavoro speciale: esso è e rimane un rapporto di matrice contrattuale e, in quanto tale, di natura privatistica, seppure caratterizzato da una specialità di disciplina⁽¹⁴⁷⁾.

Una volta chiarito il quadro di riferimento concettuale sul quale si innesta il sistema delle norme sul lavoro pubblico, non si può non rilevare che l’alluvionale produzione legislativa del recente passato ha inciso profondamente sulla struttura, sui contenuti

143 Ibidem. Secondo 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, p. 56, dovrebbe valere tuttora il principio per cui “la convergenza regolativa del lavoro pubblico e privato è la regola, la divergenza è l’eccezione che deve essere di volta in volta giustificata e scrutinata come necessaria ovvero opportuna, in ragione di effettive e motivate esigenze di differenziazione”.

144 Di “un processo di lenta ma continua ibridazione di modelli e tecniche regolative” nel lavoro pubblico parla 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*, cit., pp. 42-43, il quale considera l’ibridazione tra regole privatistiche e pubblicistiche, se razionalmente e consapevolmente governata, come una “soluzione evolutiva e dinamica di problemi tipici di sistemi e organismi complessi”.

145 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., pp. 1-2 e 36.

146 Tali principi sono stati così individuati da 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*, cit., pp. 25 ss.: contrattualizzazione del rapporto di lavoro; gestione del personale attraverso atti datoriali di natura privatistica; separazione tra atti di indirizzo politico e atti gestione; competenza esclusiva della contrattazione collettiva di diritto comune nella determinazione dei trattamenti economico/normativi dei dipendenti; giurisdizione del giudice ordinario su tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, fatta eccezione per le regole assunzionali.

147 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., p. 33, che a sua volta cita M. D’ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, n. 4, p. 68, secondo il quale “il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni non è un rapporto speciale ... anche se discipline speciali, in deroga al codice civile e alle leggi sul lavoro nell’impresa, possono essere richieste da qualche caratteristica dell’organizzazione pubblica”.

e sulla qualità del TUPI, che ospita o, per meglio dire, dovrebbe ospitare⁽¹⁴⁸⁾ le norme di rilievo generale della materia. In effetti, rispetto alla versione originaria del d.lgs. n. 165 del 2001, si registrano molteplici correzioni, integrazioni, aggiunte e vere e proprie riscritture di intere sezioni, tra loro di segno e valore diverso, che hanno notevolmente appesantito il testo e ne hanno reso problematica la lettura, l'interpretazione e, soprattutto, l'applicazione. A prescindere dal merito, dalla bontà o meno delle modificazioni intervenute, l'effetto è di incertezza e confusione, di fronte a previsioni non solo troppo numerose e non di rado di cattiva qualità, ma introdotte di volta in volta con finalità non convergenti o addirittura divergenti, all'interno di provvedimenti normativi organici ma anche in modo estemporaneo, mescolando indicazioni intese a definire nuove regole a regime ed altre inserite - non di rado, senza apparente motivo - all'interno di provvedimenti riguardanti altre materie o legati a situazioni contingenti o di carattere emergenziale.

Più volte (da ultimo con la legge n. 124 del 2015) si è avanzata l'idea di sostituire il TUPI con una nuova legge (o un decreto legislativo), ma senza alcun esito.

Il problema rimane aperto: quindi, al di là, come detto, del merito, andrebbe messa in cantiere, se non la sostituzione, una revisione complessiva dell'attuale versione del Testo unico. In tal caso, si dovrebbe valutare se riprendere o meno l'idea di una sorta di "codice" del lavoro pubblico (come quello al quale si era lavorato prima del d.lgs. n. 165 del 2001) oppure limitarsi ad una riscrittura del testo del TUPI quale oggi si presenta, per restituirgli coerenza e omogeneità, per intervenire su istituti che alla prova dell'esperienza meritino di essere ripensati o corretti, e per aggiornarlo alle trasformazioni nel frattempo intervenute nelle amministrazioni e nel loro *modus operandi*.

La prima opzione sarebbe forse quella da preferire, perché consentirebbe di razionalizzare e "bonificare" il complesso, disarticolato e frammentato, panorama della normativa riguardante a vario titolo la disciplina e la gestione del personale pubblico, ma appare di difficile realizzazione.

Se si decidesse di optare per la seconda ipotesi (che appare più agevolmente praticabile), bisognerebbe rifuggire la tentazione di stravolgere il senso della riforma iniziata trent'anni fa smontando l'intelaiatura del "prodotto" legislativo che ne è scaturito: si dovrebbe, invece, porre 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.

Dunque, occorrerebbe innanzitutto confermare - prendendo come punto di riferimento le disposizioni in vigore sul rapporto fra fonti normative e negoziali - la garanzia per il ruolo e lo spazio della contrattazione collettiva, che è in grado di dare omogeneità di disciplina nelle aree e nei comparti diversi⁽¹⁴⁹⁾, contrastando i fenomeni di "microlegislazione" che in questi ultimi anni sono tornati a caratterizzare in senso negativo la produzione legislativa in tema di lavoro pubblico.

Quanto ai contenuti del TUPI "rivisitato", ferma restando l'esigenza di salvaguardare gli elementi di specialità che risultano necessari in considerazione della natura pubblica del datore di lavoro, a fronte della generale applicazione delle disposizioni "del capo

148 È opportuno usare il condizionale perché, come visto, accanto al TUPI si è andato progressivamente affastellando un corpus insieme di altri provvedimenti normativi riguardanti vari aspetti della regolazione del personale delle pubbliche amministrazioni.

149 È stato giustamente ricordato che proprio attraverso la contrattazione collettiva passa "la tendenziale unificazione tra regolazione del lavoro pubblico e del lavoro privato, con il driver privilegiato di tale processo affidato alla fonte contrattuale, individuale e collettiva, quale caratteristica genetica e pietra angolare del sistema" (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*, cit., p. 28).

I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa" (art. 2 del TUIPI), occorrerebbe tendenzialmente ricondurre all'interno del Testo la totalità delle disposizioni di rilievo generale da applicare al rapporto di lavoro pubblico (confermandone il carattere imperativo, ove necessario).

Pertanto, andrebbe effettuata una attenta ricognizione e analisi delle previsioni riguardanti il personale pubblico reperibili nella legislazione in vigore, inserendole ove possibile e opportuno all'interno del TUIPI e abrogando quelle che non abbiamo motivata ragione di permanere nell'ordinamento; laddove, poi, sussista una reale necessità di derogare alle regole generali o di adottare specifiche disposizioni per talune amministrazioni o per determinate situazioni, si potrebbero inserire tutte queste in un unico allegato (da aggiornare periodicamente) allo stesso Testo unico, in modo che sia sempre e chiaramente visibile il quadro delle deroghe e delle eccezioni.

Da ultimo, non può nascondersi che tale riflessione dovrebbe probabilmente riguardare anche la legislazione riguardante il lavoro nel settore privato che, come sopra evidenziato, è in buona parte orientata verso l'esclusione del lavoro pubblico dalla sua sfera di applicazione: una scelta, questa, che andrebbe confermata solo ove necessaria, e bilanciata da una adeguata disciplina speciale nel TUIPI.

Il socio pubblico e le società partecipate, tra antiche diffidenze e inattese promozioni. Appunti per una politica di governo del fenomeno societario pubblico(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I modelli di impresa pubblica e l'affermazione del tipo societario. 3. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica e i limiti funzionali alle partecipazioni e alla iniziativa economica pubblica. 4. Il “doppio movimento” e la ri-espansione dell'azionariato pubblico. 5. I caratteri generali della partecipazione dei poteri pubblici al capitale azionario. 6. Le partecipazioni pubbliche nel gioco delle istituzioni e del mercato. 7. Conclusioni.

DI HARALD BONURA E GIULIANO FONDERICO

ABSTRACT: Il saggio, dopo una breve premessa sull'affermazione del modello societario per l'esercizio dell'impresa pubblica, prova a svolgere una prima verifica, se la legislazione stia scoraggiando il ricorso alle società pubbliche o comunque lo stia confinando ad ambiti ben determinati, o se vi sia un quadro complesso da ricostruire, con linee di sviluppo che si muovono in più direzioni. L'analisi distingue i fini perseguiti dalla legislazione, mettendo alla prova quelli dichiarati e facendo emergere quelli che, anche se non evidenti, esprimono con maggiore coerenza il contenuto delle norme. I temi successivi riguardano gli effetti di questi tentativi di regolazione delle partecipazioni pubbliche, se e in che misura vi siano stati e se siano misurabili in modo affidabile. In presenza di scostamenti significativi rispetto alle aspettative, occorre appurare se gli stessi siano sempre segno di disfunzioni o se invece facciano emergere caratteri e capacità di adattamento proprie del modello. Il che porta a un tema di fondo, se il modello si occupi non solo di contenere il fenomeno ma anche di governarlo, se insomma esista un disegno coerente sull'indirizzo e il controllo delle società pubbliche, e quanto un disegno del genere garantisca il governo effettivo delle partecipazioni.

ABSTRACT: *The essay, after a brief foreword on the affirmation of the corporate model for the exercise of public enterprise, tries to carry out an initial verification, whether the legislation is discouraging the use of public companies or at least confining it to well-defined areas, or whether there is a complex picture to be reconstructed, with lines of development moving in several directions. The analysis distinguishes the ends pursued by the legislation, testing those stated and bringing out those that, although not obvious, more consistently express the content of the norms. Subsequent issues concern the effects of these attempts to regulate public shareholdings, whether and to what extent there have been and whether they can be reliably measured. In the presence of significant deviations from expectations, it is necessary to ascertain whether they are always a sign of dysfunction or whether they instead bring out characteristics and adaptive capacities peculiar to the model. Which leads to an underlying issue, whether the model is concerned not only with containing the phenomenon but also with governing it, in short, whether there is a coherent design on the direction and control of public companies, and how far such a design guarantees the effective governance of holdings.*

1. Premessa e oggetto dello studio

Nel corso del 2020, nel volgere di pochi mesi, prima la Corte di giustizia e poi la Corte costituzionale sono state chiamate a pronunciarsi su un quesito comune: la legislazione nazionale può tessere una rete di “contenimento” intorno alle società pubbliche, in particolare quelle *in house*, sottoponendo il loro regime a regole più stringenti rispetto a quelle previste per i loro corrispondenti privati? Entrambe le corti hanno risposto in modo affermativo⁽¹⁾. Il diritto europeo, ha affermato la Corte di giustizia, quando lascia agli Stati membri “libertà di organizzazione” conferisce loro per l'appunto una libertà, che include anche lo spazio per autolimitazioni della propria struttura imprenditoriale. L'imposizione di un obbligo rafforzato di motivazione per gli affidamenti diretti a società *in house*, ha osservato la Corte costituzionale, **è funzionale alla trasparenza amministrativa e alla tutela della concorrenza**, rientra dunque nei normali margini di discrezionalità del legislatore (anche delegato). A molti osservatori la risposta ai quesiti sottoposti alle due corti poteva apparire scontata⁽²⁾. Del resto, la Corte di giustizia si era espressa in termini simili pochi anni prima⁽³⁾; mentre la Corte costituzionale, già vari decenni orsono, non ebbe esitazioni nel giudicare legittime restrizioni alla libertà sindacale delle società statali, purché la legge non disponesse direttamente di tale libertà, ma chiedesse al Governo di farlo come azionista. Sul presupposto che, tutto sommato, lo Stato disponeva con legge ciò che avrebbe potuto fare come semplice proprietario⁽⁴⁾.

È però significativo il solo fatto che simili questioni siano state sollevate. Esse fanno emergere una tensione che è prevalentemente propria dell'ordinamento interno. La legislazione nazionale ha prima favorito le privatizzazioni delle imprese pubbliche, poi ha cercato di stimolare in più forme le esternalizzazioni delle gestioni di imprese pubbliche, infine ha circondato la costituzione di società pubbliche e l'acquisto di partecipazioni di vari aggravamenti procedurali e sostanziali. Insomma, almeno in apparenza, l'ordinamento sembrerebbe avere riabbracciato l'antica diffidenza liberale per le imprese pubbliche.

Dall'altro lato, però, la stessa legislazione continua a fornire segnali contraddittori. Si pensi, da ultimo, all'improvvisa centralità restituita all'*in house*, quale modello ottimale per garantire l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e la realizzazione degli investimenti pubblici⁽⁵⁾. E si pensi, altresì, alle soluzioni – sempre in materia di affidamenti *in house* – fornite dai recenti decreti legislativi in materia di servizi di interesse economico generale di livello locale (d.lgs. 201/2022) e di contratti pubblici (d.lgs. 36/2023); in ambedue i casi, infatti, tali soluzioni sembrano ispirate, più o meno espressamente, a un riallineamento dell'ordinamento interno al principio europeo di auto-organizzazione amministrativa e, cioè, di sostanziale equi-ordinazione

* Il saggio aggiorna uno studio svolto dai medesimi autori nell'ambito di una ricerca dell'Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione-IRPA sui rapporti tra Stato ed economia dopo le crisi. Il lavoro è frutto di un'elaborazione condivisa; i paragrafi 2, 5 e 6 sono da attribuire a G. Fonderico e i paragrafi 3 e 4 ad Harald Bonura.

1 V. C. giust. UE, ordinanza del 6 febbraio 2020, *Rieco c. Comune di Lanciano*, cause riunite da C89/19 a C91/19; Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100.

2 H. BONURA-M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in Rivista della Corte dei conti, n. 3/2020, 18.

3 C. giust. UE, 3 ottobre 2019, *Irgita*, causa C285/18.

4 Corte cost., 26 gennaio 1960, n. 1.

5 Articoli 9 e 10, decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77.

delle soluzioni organizzative dell'autoproduzione e dell'esternalizzazione⁶.

Di qui, anche nei giudici, la difficoltà di individuare una linea certa di interpretazione per risolvere i casi dubbi e i molti concetti indeterminati che definiscono i vincoli per le società pubbliche⁷.

Lo scritto, dopo una breve premessa sull'affermazione del modello societario per l'esercizio dell'impresa pubblica, prova così a svolgere una prima verifica, se la legislazione stia scoraggiando il ricorso alle società pubbliche o comunque lo stia confinando ad ambiti ben determinati, o se vi sia un quadro complesso da ricostruire, con linee di sviluppo che si muovono in più direzioni. L'analisi distingue i fini perseguiti dalla legislazione, mettendo alla prova quelli dichiarati e facendo emergere quelli che, anche se non evidenti, esprimono con maggiore coerenza il contenuto delle norme. I temi successivi riguardano gli effetti di questi tentativi di regolazione delle partecipazioni pubbliche, se e in che misura vi siano stati e se siano misurabili in modo affidabile. In presenza di scostamenti significativi rispetto alle aspettative, occorre appurare se essi siano sempre segno di disfunzioni o se invece facciano emergere caratteri e capacità di adattamento proprie del modello. Il che porta a un tema di fondo, se il modello si occupi non solo di contenere il fenomeno ma anche di *governarlo*, se insomma esista un disegno coerente sull'indirizzo e il controllo delle società pubbliche, e quanto un disegno del genere garantisca il governo effettivo delle partecipazioni.

2. I modelli di impresa pubblica e l'affermazione del tipo societario

2.1. Le prime manifestazioni dell'impresa pubblica nel nostro ordinamento sono state in forme burocratiche. Le imprese erano inserite nell'apparato amministrativo e ne condividevano il regime giuridico, con qualche attenuazione e adeguamento all'attività da svolgere. Quando, sul finire dell'800, si diffusero i casi di comuni che esercitavano direttamente i servizi municipali, ciò avveniva con le ordinarie strutture amministrative, forzando al limite la legislazione vigente che ammetteva la produzione "in economia" solo per i piccoli appalti. La legislazione dell'inizio del '900 – la legge Giolitti n. 103 del 1903 e la normazione sulla statizzazione delle ferrovie – sviluppò questo fenomeno ideando il modello dell'azienda autonoma, incardinata nell'amministrazione alla

6 Nella relazione di accompagnamento al Codice dei contratti pubblici si sostiene, con estrema chiarezza, che «L'articolo 7 recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche nell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi: a) auto-produzione, b) esternalizzazione; c) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni. La codificazione del principio in esame determina un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, che pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, così superando l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. n.50/2016, sulla quale si erano appuntati i dubbi di compatibilità comunitaria di cui all'ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, poi risolti, in senso negativo, da Corte di Giustizia ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19, Rieco S.p.a.».

Per un'efficace ricostruzione delle più recenti evoluzioni legislative dell'istituto, v. G. URBANO, *L'affidamento in house al tempo della transizione*, in questa Rivista, 1/2023, 43.

7 A conferma di tali difficoltà, ad esempio, la scelta del Consiglio di Stato di non rendere il parere sulla proposta di Linee guida elaborata dall'ANAC in materia di affidamenti *in house*, in considerazione del fatto che le stesse «si inseriscono in un contesto giuridico e istituzionale molto dinamico, soprattutto sotto la spinta urgente dello sviluppo e dell'attuazione del PNRR, del Piano nazionale per gli investimenti complementari e del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima, ma anche, più in generale, sotto la spinta della ripresa economica seguente alla pandemia da covid-19». Da qui l'esigenza che «Da un lato, de iure condito, l'approvazione delle linee guida deve comunque tener conto delle implicazioni della *lex specialis* prima menzionata (art. 10, d.l. n. 77/21), nonché del possibile impatto delle nuove prassi sugli effetti attesi dalla legge. Dall'altro, de iure condendo, si dovrebbe valutare adeguatamente l'opportunità di emanare le linee guida in esame pur nella eventualità di una possibile, prossima modifica del quadro legislativo con la riforma in itinere del codice dei contratti o con un altro degli interventi normativi strumentali all'attuazione del PNRR. In caso affermativo, occorrerebbe comunque considerare l'impatto "in concreto", sull'operatività delle amministrazioni, della successione ravvicinata nel tempo di tali interventi, a diverso livello (quello, proposto, con linee guida non vincolanti – ma di sicuro impatto – e quelli di rango legislativo, con delega o decreto-legge) e della conseguente esigenza di assicurare comunque stabilità, chiarezza e uniformità del quadro applicativo» (Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi, parere 7.10.2021, n. 1614).

stregua di ogni altro ufficio, ma dotata di autonomia e di un'organizzazione ispirata a quella delle strutture imprenditoriali. Le conseguenze sull'amministrazione furono notevoli. Il personale delle amministrazioni pubbliche subì un incremento improvviso e massiccio, si pensi solo ai dipendenti delle concessionarie ferroviarie transitati nell'amministrazione. Questo balzo quantitativo si accompagnò a effetti *qualitativi*, diffusi in tutta l'amministrazione. Occorse fare fronte a fenomeni come le astensioni collettive dal lavoro e la contrattazione collettiva, che nascevano allora nell'impiego privato e che, per evitare "contagi" al settore pubblico, l'ordinamento tentò di arginare, per un verso, con divieti e sanzioni e, per altro verso, con un innalzamento materiale dei livelli di tutela riconosciuti agli impiegati pubblici.

Il modello dell'azienda autonoma, che pure aveva tratti oggettivamente innovativi, in breve tempo si rivelò un abito troppo stretto. Il moltiplicarsi dei compiti di erogazione degli apparati pubblici, l'esigenza di slegarsi da corpi normativi costruiti principalmente intorno alla burocrazia ministeriale, stimolarono ulteriori innovazioni organizzative. Il processo fu in parte spontaneo ed empirico, in parte il frutto di azioni normative consapevoli.

Le aziende municipali evolvettero nel tempo verso un'entificazione di fatto. La loro soggettività fu riconosciuta sul piano processuale, si diffuse la prassi di incorporare nei regolamenti del personale la conclusione di accordi collettivi, ben prima che ciò fosse formalizzato dalla normazione primaria. Quando, nel 1990, la legge n. 142 introdusse il modello dell'azienda "speciale" con personalità giuridica distinta, e sottoposizione dell'attività al diritto privato, essa formalizzava per lo più la condizione esistente di molte aziende municipali.

2.2. La normazione statale, dagli inizi del '900 in poi, diede invece il via alla proliferazione degli enti pubblici, taluni – i c.d. enti "di erogazione" – produttori di beni e servizi con organizzazioni di tipo burocratico, si pensi alla previdenza e all'assistenza; altri che agivano secondo modelli imprenditoriali. In epoca repubblicana, sorsero i due principali enti pubblici imprenditoriali, l'Eni⁸ e l'Enel⁹ con attitudini operative (l'Iri e l'Efim, tra gli altri, erano invece enti di gestione delle partecipazioni). Nel primo caso, l'ente operava in un settore non riservato ai pubblici poteri, anzi caratterizzato da una forte concorrenza internazionale, ma beneficiando di privilegi sull'estrazione di risorse interne. Nel secondo caso, l'ente nasceva in coincidenza con la nazionalizzazione del settore elettrico e, sino alle liberalizzazioni della metà degli anni '90, operava beneficiando di una riserva di attività.

Se ci si limita alla genesi storica, si può constatare che, a fianco dell'azienda autonoma e dell'ente pubblico economico/azienda speciale, vi è da tempi risalenti il modello della società commerciale in mano pubblica. L'azionariato pubblico era considerato sin dalla legge comunale e provinciale del 1865 e alcuni comuni vi erano ricorsi entrando in società di gestione dei servizi pubblici locali. I primi esempi importanti risalgono però all'AGIP (istituita per autorizzazione del r.d.l. 3 aprile 1926, n. 556)¹⁰, con uno sviluppo rilevante nel decennio successivo¹¹.

8 V. la l. 10 febbraio 1953, n. 136, art. 2; la l. 11 gennaio 1957, n. 6, artt. 2 ss. e 13 ss., e la l. 26 aprile 1974, n. 170, art. 1 e 3 ss. La legge istitutiva autorizzava l'ENI a operare anche come ente di gestione di partecipazioni, e ad esercitare le sue attività attraverso le controllate, ma idealmente l'Ente avrebbe potuto sin dal principio operare direttamente.

9 V. la l. 6 dicembre 1962, n. 1643.

10 Oltre a casi minori come L'Unione Cinematografica Educativa (Luce), società che passò in mano pubblica nel 1924 (prima si chiamava Sindacato Istruzione Cinematografica) e che poi ancora venne trasformata in ente pubblico con il r.d.l. 13 novembre 1931, n. 1398. Sui primi passi dell'azionariato dei pubblici poteri, a partire dagli inizi del '900, cfr. L. GANGEMI, *Le società anonime miste*, Firenze, La Nuova Italia, 1932, 125, e S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 774. Cenni si trovano anche in A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1942, 15.

11 Si pensi alle norme che autorizzavano l'IRI a costituire finanziarie e società operative nel settore dei trasporti marittimi e della siderurgia, rispettivamente il r.d.l. 7 dicembre 1936, n. 2082, e il r.d.l. 27 giugno 1937, n. 906.

Già queste prime esperienze posero il quesito se il “velo” della persona giuridica privata potesse essere superato facendo riferimento a parametri sostanziali di pubblicità¹². Al di là di queste prime manifestazioni, l’azionariato pubblico vide la sua crescita esponenziale con l’istituzione dell’IRI e di altri enti pubblici “holding”. Dopodiché, anche al di fuori da specifiche leggi autorizzative, il fenomeno si diffuse insieme al riconoscimento che le persone giuridiche pubbliche hanno la capacità generale di costituire altre persone giuridiche, secondo le regole del diritto comune. Anche stavolta furono i comuni a sperimentare le soluzioni in un sostanziale vuoto normativo, offrendo così un banco di prova per un problema di teoria generale.

2.3. Il carattere esteso e non occasionale del fenomeno ha posto sin da tempi risalenti il problema della forma organizzativa da dare all’azionariato dei poteri pubblici, problema reso più complesso dalla necessità di conciliare, da un lato, la struttura privatistica della società e la sua naturale apertura verso una rete di relazioni ugualmente rette dal diritto privato con, dall’altro lato, l’attinenza di interessi pubblici che idealmente dovrebbe qualificare l’azione dei pubblici poteri anche in questo campo.

Si può osservare al riguardo un iniziale sforzo di razionalizzazione che, passando per l’istituzione degli enti di gestione e per la connessa piramide di rapporti mediati dalle finanziarie di settore, ha tentato di definire, nel corpo dell’amministrazione tradizionale, un centro, se non proprio di imputazione, di mediazione dei diversi interessi pubblici coinvolti. Si fa riferimento all’istituzione, nel 1956, del Ministero delle partecipazioni statali¹³ e alla costituzione di un comitato interministeriale per la formulazione di direttive recanti gli indirizzi agli enti di gestione; competenza poi trasferita al CIPE, per inquadrare anche la “funzione” di partecipazione nel più ampio sistema della programmazione economica.

Il modello, almeno all’apparenza, poteva presentare una serie di vantaggi rispetto all’alternativa di una gestione “disordinata” delle partecipazioni, senza una chiara distribuzione dei pesi “privati” e “pubblici” nell’assunzione delle decisioni. Il livello politico amministrativo avrebbe potuto garantire la considerazione degli interessi pubblici; lente di gestione – composto da professionalità non burocratiche e tenuto alla “economicità” – avrebbe tradotto le direttive politico-amministrative nelle scelte proprie di un’azionista; alle finanziarie e alle società operative, come ultimo anello della catena, sarebbero spettate le scelte imprenditoriali più minute. In sostanza, vi sarebbe potuta essere una graduale assimilazione dei fini pubblici nei modi di funzionamento di una società commerciale.

Senonché, nella sua attuazione pratica il modello ha finito per lasciare insoddisfatti pressoché tutti gli aspetti che avrebbe dovuto conciliare. Sono stati via via rilevati l’incapacità a esprimere e trasmettere scelte di politica economica, la sostanziale “autocefalia” degli enti di gestione e delle società partecipate, lo scambio tra l’autonomia operativa, consentita anche dalle periodiche iniezioni nei fondi dotazione, e la soddisfazione di richieste politiche per fini contingenti ed elettorali¹⁴. Gli enti di gestione non sono stati ritenuti in grado neppure di svolgere una funzione di “evidenziazione” dei risultati economici¹⁵, avendo al contrario confuso al loro interno le gestioni profittevoli – magari per marcate rendite di monopolio legale – con quelle disastrose¹⁶. Il governo delle

12 Sulla vicenda della qualificazione pubblica o privata dell’AGIP, si veda lo scritto di F. CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, Universitaria editrice, 1947.

13 Con la legge 22 dicembre 1956, n. 1589.

14 G. AMATO, *Il ruolo dell’esecutivo nel governo delle partecipazioni statali*, in AA.VV., *Il governo democratico dell’economia*, De Donato, Bari, 1976, 135-147. Dello stesso autore, si veda anche *Il governo dell’industria in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1972, 45-46.

15 Prospettata da S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, 10, come unico loro carattere che potesse qualificarsi in termini pubblicistici.

16 P. BARCELLONA, *Stato e mercato. Fra monopolio e democrazia*, Bari, De Donato, 109-113.

partecipazioni, in definitiva, non era né “economico”, perché lo Stato «difetta di spirito commerciale»⁽¹⁷⁾, né “politico”, se con quest’ultimo termine si immagina un disegno ordinato di scelte di cura di interessi generali.

2.4. Gli anni ’90 sono stati caratterizzati dal progressivo “scivolamento” dai modelli organizzativi pubblicistici verso quelli in forma societaria. Una spinta in tal senso è venuta, in parte, dalle prospettive della successiva cessione, in tutto o in parte, della partecipazione pubblica e dai conseguenti ricavi utili a migliorare i dati della finanza pubblica. Al contempo, il modello societario è apparso quello connaturato all’esercizio dell’impresa e astrattamente in grado di assecondare una tendenza – non solo disfunzionale – alla “fuga” dai controlli pubblicistici. Tutto ciò, in un quadro in cui – anche sotto i colpi di una serie di vicende corruttive⁽¹⁸⁾ – si è invece disgregata la complessa architettura del governo delle partecipazioni: soppresso il Ministero delle partecipazioni statali, liquidati gli enti di gestione, le partecipazioni sono tornate per lo più a essere disperse nell’ordinario governo dei Ministeri azionisti⁽¹⁹⁾.

Il fattore del guadagno economico si è arrestato dinanzi alle partecipazioni private di appetibilità per il mercato e comunque è stato controbilanciato dall’esigenza di conservare un ruolo pubblico in taluni settori d’interesse generale (es., energia, poste, ferrovie). Questo ha aumentato l’ideale costo-opportunità delle operazioni oltre la soglia di convenienza. Il vantaggio derivante dal regime giuridico ha risentito del suo progressivo allineamento intorno a un modello comune, indifferente alla forma organizzativa. Se un tempo la relazione tra il modello organizzativo e il regime giuridico era abbastanza lineare – interamente pubblicistico per l’impresa organo, parte pubblicistico e parte privatistico per l’impresa ente, tutto privatistico per l’impresa-società di capitali – oggi gli aspetti fondamentali della disciplina sono regolati a prescindere dalla forma giuridica: il regime degli acquisti, le discipline di finanza pubblica e sul contenimento della spesa, il regime dell’accesso all’impiego che vede avvicinarsi agli schemi pubblicistici anche gli enti pubblici economici⁽²⁰⁾ e le società in mano pubblica, tenuti a rispettare meccanismi di tipo concorsuale/comparativo. È così che i criteri di diritto positivo per individuare il regime applicabile divengono più complessi e s’intrecciano tra di loro. Rilevano il rapporto con l’amministrazione controllante, l’attività svolta, il grado di concorrenza che vi è sul mercato, la fornitura di servizi all’utenza o all’amministrazione controllante, le condizioni praticate, l’esservi o meno la quotazione sui mercati regolamentati. In definitiva, il regime giuridico finisce per variare a parità di modello organizzativo o essere lo stesso per modelli diversi. Questo, di ritorno, ha reso nuovamente appetibili modelli organizzativi che sembravano destinati a scomparire. A livello locale si è riaffacciata l’azienda speciale/ente pubblico economico, sotto gli auspici anzitutto della giurisprudenza contabile che vi vede un modello più facilmente inquadrabile nelle proprie categorie⁽²¹⁾.

Nell’insieme, le privatizzazioni “sostanziali”, pur non fermandosi del tutto, a partire dai primi anni 2000 sono divenuti fenomeni molto più problematici e, tutto sommato, occasionali. Dall’altro lato, alle vistose operazioni di privatizzazione degli anni ’90, che hanno coinvolto imprese di grandi dimensioni di produzione di servizi pubblici, è seguito, come si vedrà meglio (*infra*, par. 4), un fenomeno meno appariscente, ma diffuso sul territorio e puntiforme, di istituzione di soggetti societari da parte dello Stato e

17 L’espressione, di G. RIPERT, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949, 62, è richiamata da B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 2020, 199.

18 Avendo quelle molto vistose degli inizi degli anni ’90 precedenti non meno gravi in vicende, come quella “chimica”, che affondavano le loro radici già nella metà degli anni ’60. Si veda F. BARCA e S. TRENTO, *La parabola delle partecipazioni statali: una missione tradita*, in F. BARCA, a cura di, *Storia del capitalismo italiano*, Roma, Donzelli, 1997, 220.

19 A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, Jovene, 2018, 14.

20 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820.

21 Corte dei Conti, sez. aut., 15 gennaio 2014, n. 2.

delle amministrazioni territoriali. Tali società sono state incaricate di attività finali – di servizio pubblico, di esercizio di funzioni amministrative e di vero e proprio mercato – e strumentali. Pur in una generale risistemazione dei confini dell'azione diretta dei pubblici poteri nell'economia, il modello in sé della società a partecipazione pubblica non ha visto significativi passi indietro e si è fatta rapidamente strada una tendenza riepansiva⁽²²⁾, con il proliferare di soggetti soprattutto su scala territoriale. La dimensione del fenomeno ha, quindi, provocato una reazione opposta, con l'adozione di numerose norme intervenute sulla disciplina delle società a partecipazione pubblica, per uniformarne il funzionamento al modello pubblicistico o per ridurne gli impatti sulla finanza pubblica⁽²³⁾, e attraverso prese di posizione dei decisori politici. Il c.d. “piano Cottarelli”⁽²⁴⁾ – dal nome dell'allora Commissario Straordinario per la revisione della spesa pubblica – rappresenta probabilmente il picco di tale “reazione” al fenomeno espansivo (almeno sul piano quantitativo) del modello societario, fondata su “una presunzione quasi-assoluta di inefficienza dell'impresa pubblica”⁽²⁵⁾. Il documento, infatti – che pure sconta una certa approssimazione sul piano statistico – finisce con il condensare in un fortunato (sul piano comunicativo) *slogan* (“riduzione delle partecipate da 8.000 a 1.000 in un triennio”) il piano di lavoro proposto.

Come sia, la vasta e disordinata legislazione sulle società pubbliche, la crescente sensibilità dell'opinione pubblica sul tema delle inefficienze e degli sprechi associati alle partecipazioni pubbliche, l'eterogenea realtà delle stesse (difficilmente sussumibili all'interno di una trama razionale sul piano teleologico), sono i principali tasselli del quadro che si è trovato ad affrontare il legislatore con la legge-delega 7 agosto 2015, n. 124, e poi con il decreto legislativo n. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica-TUSPP).

3. I limiti funzionali alle partecipazioni pubbliche e alla iniziativa economica pubblica.

3.1. Il legislatore, con il TUSPP, è sembrato voler perseguire (più o meno consapevolmente) tre obiettivi fondamentali: (i) riordinare l'eterogenea e frammentata legislazione sulle società pubbliche; (ii) ribadire la riconducibilità di tali enti al diritto delle società (articolo 1, comma 3); (iii) rafforzare il processo di collegamento funzionale tra l'impresa pubblica-società di capitali e lo statuto pubblicistico dell'amministrazione socia.

In relazione a quest'ultimo aspetto, non soltanto, è stato ribadito il c.d. “vincolo di

22 Tendenza stimolata dallo stesso legislatore, attraverso numerose norme di favore per la costituzione di società a partecipazione pubblica per la realizzazione dei più svariati programmi pubblici; v. art. 9, c. 10, legge 24 dicembre 1993, n. 537; art. 44, c. 2, legge 27 dicembre 1997, n. 449; art. 19, legge 23 dicembre 1998, n. 448; articolo 1, decreto legislativo 9 gennaio 1999, n. 1; articoli 120 e 122, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267; art. 1, c. 1, legge 14 novembre 2000, n. 338; art. 2, c. 1, decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351; art. 29, c. 1, legge 28 dicembre 2001, n. 448; art. 30, decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269; art. 7-*terdecies*, decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7; articoli 33 e 33-*bis*, decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98; art. 27, c. 11, decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201; art. 53, decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5.

23 Si pensi alle norme c.d. di “spending review” (specialmente agli articoli 6 e 9 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78), che hanno imposto vincoli di spesa a soggetti di diversa natura giuridica in ragione esclusiva del loro inserimento all'interno del c.d. “conto economico consolidato” dello Stato, o all'articolo 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, che ha accomunato la disciplina in materia di reclutamento del personale delle società, delle aziende speciali e delle istituzioni a quella degli enti locali soci o controllanti; o, ancora, alle diverse norme (articolo 1, commi 459 e 725 e ss., legge 27 dicembre 2006, n. 296; articolo 3, comma 12, legge n. 244 del 2007) che hanno posto limiti al numero, alle competenze e ai compensi degli amministratori delle società partecipate.

24 Programma di razionalizzazione delle partecipate locali, 7.08.2014, in <http://revisionedellaspesa.gov.it>.

25 M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del T.U.S.P.*, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, a cura di V. Cerulli Irelli e M. Libertini, Milano, Egea, 2020, 79.

scopo²⁶⁾ (necessaria relazione tra le attività svolte dalla impresa pubblica-società e gli scopi istituzionali propri dell'amministrazione socia), ma lo stesso oggetto sociale è stato limitato (c.d. "vincolo di attività") a una serie di attività che, di fatto, consistono nella produzione (i) di beni e servizi (non disponibili sul mercato o, comunque, non disponibili alle condizioni ritenute necessarie dalle autorità pubbliche in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza) in favore della collettività di riferimento (servizi di interesse generale²⁷⁾ ovvero (ii) di beni e servizi strumentali alla realizzazione delle finalità istituzionali proprie dell'amministrazione socia (e, cioè, in favore dell'amministrazione stessa). In buona sostanza, all'impresa pubblica-società, le amministrazioni pubbliche potrebbero fare ricorso, di regola – e salve le eccezioni espressamente previste dallo stesso articolo 4 del TUSPP²⁸⁾ –, per soddisfare un bisogno proprio ovvero un bisogno della collettività non altrimenti garantito dal libero funzionamento del mercato.

In ragione di ciò, non sarebbe possibile un'impresa pubblica-società che operi nel perseguimento del solo scopo lucrativo proprio del tipo societario, essendo necessario che la causa del contratto sociale sia arricchita dal perseguimento di un interesse pubblico, finale o strumentale, e che tale interesse, a sua volta, sia direttamente riferibile alle finalità istituzionali dell'amministrazione o delle amministrazioni socie. La partecipazione detenuta da un'amministrazione pubblica, dunque, sarebbe legittima soltanto laddove la finalità di interesse generale per cui la stessa è stata acquisita fosse direttamente coinvolta nell'oggetto sociale in ragione della specifica, concreta e, nel caso dell'*in house*, esclusiva²⁹⁾ attività societaria e del rapporto servente della stessa rispetto allo statuto pubblicistico del socio³⁰⁾.

Può dirsi, pertanto, che il carattere pubblico dell'interesse perseguito (e individuato come legittimo dal legislatore) deve essere specifico e non generico (anche sul piano dei soggetti pubblici che ne siano portatori) o mediato.

Vincolo di scopo e di attività finiscono, così, per combinarsi al fine di generare il preciso interesse che legittima la partecipazione pubblica; legittimazione che, quindi, non dipende né solo dalla riferibilità dell'attività allo statuto dell'amministrazione socia, né dalla natura stessa dell'attività svolta.

A conferma, il legislatore ha inserito tra le partecipazioni ammesse in via derogatoria quelle in imprese pubbliche-società che producono servizi di interesse generale (e, quindi, compresi, sul piano oggettivo, tra le "attività economiche legittime"), ma in favore di collettività (ambiti) diverse da quelle di riferimento dell'amministrazione o delle amministrazioni socie, con ciò deviando rispetto all'onere di connessione con il

26 Il vincolo di scopo istituzionale è stato introdotto nell'ordinamento dall'art. 3, comma 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244. Tale limite è stato considerato costituzionalmente legittimo, sul piano della competenza statale in materia di tutela della concorrenza, da Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, in *Consulta online*, con nota critica di M. CAMMELLI.

27 L'articolo 2, comma 1, lettera h), definisce i servizi di interesse generale come le attività di produzione di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale. Tale definizione è fatta propria oggi anche dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, contenente il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

28 L'elevato numero di deroghe rischia, in realtà, di provocare una "schizofrenia" dell'assetto normativo (con ribaltamento del rapporto ordinario tra regola ed eccezioni), che potrebbe condurre, secondo parte della dottrina, a una valutazione di incostituzionalità "non tanto dell'art. 4 come tale, ma del sistema incoerente, e quindi contrario al principio di ragionevolezza (e forse anche del principio di eguaglianza), che si è venuto a determinare a seguito dell'intreccio fra la disposizione originaria e i diversi interventi di legislazione speciale" (M. LIBERTINI, "Un nuovo diritto delle società pubbliche, a cura di R. Miccià. Note di lettura su un libro recente", in *Orizzonti di Diritto Commerciale*, 3/2019, 748).

29 Per il comma 4 dell'art. 4 del TUSPP, le società pubbliche *in house* per potere godere del relativo regime di affidamenti diretti devono avere per oggetto sociale "esclusivo" una o più delle attività previste dal comma 2.

30 H. BONURA e G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d'iniziativa economica*, in *Giur. comm.*, 2019, 985/I.

proprio ambito di operatività³¹). In tal caso, dunque, pur non essendo in discussione il carattere “pubblico” dei servizi erogati (e, cioè, pur essendo astrattamente “ammissibile” l’attività), ciò che difetta – e che ha reso necessaria la norma di “deroga” – è la loro riferibilità alle finalità proprie dell’amministrazione socia (non rientrando tra i compiti di un ente locale il soddisfacimento dei bisogni di una collettività territoriale diversa da quella di riferimento). Per dirla ancora diversamente, in questo caso la posizione del socio pubblico non differirebbe, sul piano dell’interesse concretamente perseguito attraverso il contratto sociale, da quella di un comune operatore economico di quel mercato.

3.2. Da ciò, un’ulteriore conseguenza destinata a incidere sulla stessa figura emergente di impresa pubblica-società.

Se, infatti, una pubblica amministrazione può costituire società di capitali ovvero detenere partecipazioni nel capitale delle stesse soltanto laddove l’attività di tali enti sia “strettamente” necessaria al soddisfacimento di un bisogno proprio dell’amministrazione socia (attività strumentale) o della collettività di riferimento (attività di interesse generale), allora si configura la necessità di un rapporto contrattuale tra amministrazione o amministrazioni socie e società. È, infatti, difficile ipotizzare che la società eserciti un’attività “ammissibile” al di fuori di un contratto (di appalto, di concessione o di partenariato pubblico-privato) con il socio pubblico. In molti casi, dunque, non occorre indagare la natura di un’attività per prefigurarne l’ammissibilità dell’esercizio a mezzo di un’impresa pubblica-società. Occorre, piuttosto, verificare l’esistenza di un contratto tra la società e l’amministrazione socia (si pensi sempre al caso delle società che svolgano attività astrattamente ammissibili, ma in favore di – e sulla base di relazioni negoziali con – soggetti pubblici o privati diversi da quelli soci o amministrati da questi ultimi). L’assenza di tale elemento, infatti, sarebbe indice della possibile illegittimità della partecipazione detenuta dall’amministrazione socia.

Ed è probabilmente questa la ragione per cui il legislatore ha introdotto tra le deroghe al divieto di assunzione/detenzione di partecipazioni alcuni casi – come quelli, ad esempio, delle società aventi a oggetto la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane³² ovvero delle società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari ovvero per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche³³ – in cui il difetto, rispetto allo schema tipico, non va ricercato tanto sul piano del vincolo di scopo ovvero della natura delle attività, quanto, piuttosto, dell’assenza di un rapporto negoziale con il socio o i soci pubblici.

3.3. Da ciò, un altro effetto: (i) poiché è irragionevole che una pubblica amministrazione costituisca una società di capitali (o vi assuma una partecipazione) al solo scopo di farla partecipare a una procedura pubblicistica di affidamento di un proprio contratto (assumendo il rischio della mancata aggiudicazione) e (ii) poiché è illegittima la partecipazione a una società che offra servizi diversi da quelli in favore dell’amministrazione socia ovvero della collettività da quest’ultima amministrata, allora (iii) il modello “ammissibile” di impresa pubblica-società dipende, altresì, direttamente dalla disciplina euro-unitaria in materia di contratti pubblici, finendo con il coincidere con i due tipi (*in house* e società miste) regolati dagli articoli 16 e 17 del TUSPP proprio al fine dichiarato di rendere possibile (sul piano del diritto societario) la realizzazione

31 Il comma 9-bis dell’art. 4 prevede infatti che «Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all’articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, anche fuori dall’ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lettera a), purché l’affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l’articolo 20, comma 2, lettera e). Resta fermo quanto previsto dall’articolo 16».

32 Art. 4, comma 7, TUSPP.

33 Art. 4, comma 8, TUSPP.

degli assetti organizzativi imposti al fine della legittimità degli affidamenti di contratti pubblici di appalto o di concessione.

3.4. In buona sostanza, volendo provare una prima sintesi, in base alla regola generale introdotta dal TUSPP, le società di capitali in cui è legittima la partecipazione di capitale pubblico sarebbero, sostanzialmente, soltanto quelle *in house* ovvero a partecipazione mista, pubblico-privata, aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi ritenute necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione o delle amministrazioni socie perché dirette al soddisfacimento di bisogni propri della collettività di riferimento ovvero delle amministrazioni socie, non meglio soddisfatti dal mercato⁽³⁴⁾.

E di tali conclusioni dovrebbero tenere conto, almeno in linea di principio, le amministrazioni interessate, ma anche le autorità di controllo (Corte dei conti⁽³⁵⁾, Autorità garante della concorrenza e del mercato, struttura ministeriale costituita ai sensi dell'art. 15, TUSPP) nell'adottare e valutare le misure e i piani di razionalizzazione delle partecipazioni detenute.

3.5. È discusso se il complesso di tali limitazioni (derivanti dalla combinazione dei due vincoli, di scopo e di attività, nonché degli speciali oneri motivazionali di cui agli articoli 5 del TUSPP, 7 del Codice dei contratti pubblici, e, infine, della disciplina in materia di affidamento dei servizi pubblici locali) incida sulla capacità giuridica privatistica generale delle amministrazioni pubbliche⁽³⁶⁾ ovvero, più verosimilmente⁽³⁷⁾, e con le relative conseguenze sul piano della validità degli atti, sulla libertà di iniziativa economica pubblica. È invece certo che, con il TUSPP, il diritto italiano, ritenuto, fino agli anni Novanta del secolo scorso, più incline di quello europeo al dirigismo pubblico, rischierebbe di assumere, se coerentemente interpretato (e al netto di tutti i successivi interventi legislativi di segno contrario), un carattere formalmente più restrittivo del diritto euro-unitario.

Non è semplice comprendere, però, (i) quale sia stata la precisa finalità sottesa a tale scelta di politica legislativa (sia che la si voglia costruire in termini di incisione della capacità giuridica delle pubbliche amministrazioni ovvero di "finalizzazione" della libertà di iniziativa economica pubblica) e al conseguente modello "emergente" di impresa pubblica-società; (ii) se tale finalità sia stata perseguita consapevolmente e in modo lineare; (iii) se, infine, la stessa sia condivisa e attuale, a distanza di qualche anno.

Quanto al primo aspetto, la connessione con la disciplina dei contratti pubblici sembra comportare un implicito rinvio alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, nonché alle esigenze di tutela della concorrenza. In realtà, come è noto, la natura pubblica o privata della proprietà dell'impresa è ritenuta neutrale rispetto a tali temi (art. 345, TFUE), risultando piuttosto decisivo, a valle, il principio della parità di trattamento (art. 106, TFUE). La legge delega (l. 7 agosto 2015, n. 124) cita, tra le finalità dell'intervento legislativo delegato, la tutela e promozione della concorrenza, ma so-

34 A conclusioni simili giungono A. POLICE e S. LUCATTINI, *Finalità perseguite mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2018, 182, per i quali il TUSPP avrebbe realizzato un'operazione diacronica in cui a una prima opera di razionalizzazione ne dovrebbe seguire una successiva di "restituzione delle società a partecipazione pubblica al mercato", per cui «quello che si restituisce al mercato esce dal novero delle società partecipate e quello resta nella sfera pubblica sarà sempre più riconducibile al modello *in house*».

35 Cui è attribuito un inedito ruolo di "controllo" in materia di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche, dall'articolo 5, comma 3, del TUSPP, come novellato dall'articolo 11, comma 1, lettera a), della legge 5 agosto 2022, n. 118 ("Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"). Di grande interesse, per comprendere i primi orientamenti del giudice contabile, Corte conti, SS.RR. Contr., delibere n. 16 del 3.11.2022 e n. 19 del 23.11.2022.

36 Per F. MERUSI, *I principi costituzionali*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018, 23, il TUSPP prevederebbe una deroga speciale *ex lege* alla esistente capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni.

37 M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del T.U.S.P.*, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, a cura di V. CERULLI IRELLI e M. LIBERTINI, op. cit., 63.

prattutto con riferimento al superamento dei regimi transitori e in relazione alle società di gestione e produzione di servizi pubblici locali; così come il TUSPP, tra gli obiettivi del legislatore delegato, rinvia genericamente alla tutela e alla promozione della tutela e del mercato, ma unitamente all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche e alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica.

Nelle intenzioni del legislatore delegante e delegato sembra emergere più che un vero e proprio “programma” di tutela della concorrenza (espressione che scompare nel corpo del decreto legislativo), la preoccupazione di radicare, attraverso il richiamo della materia, la propria competenza. O, quantomeno, la vigorosa torsione rispetto alle tradizionali impostazioni favorevoli all'intervento pubblico sembra più l'effetto “indiretto” della ricerca e applicazione di misure, ben più enfatizzate, di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica, nonché di repressione dei tentativi di elusione, per il tramite degli strumenti societari, dei vincoli pubblicistici (in materia di spesa, di procedure, di organizzazione) incumbenti sulle amministrazioni socie³⁸.

Non è da escludere, peraltro, che alla base della possibile scelta “dissimulativa” compiuta dal legislatore vi fossero proprio la scarsa attrattività del tema dei limiti dell'iniziativa economica pubblica (rispetto a quello degli sprechi e delle generiche istanze di “moralizzazione” della gestione pubblica³⁹) e la persistente, “schizofrenica” presenza, nell'elettorato, di una robusta corrente di pensiero “beni-comunista” (non a caso, risultata prevalente, in misura quasi plebiscitaria, nel referendum del 2011 in materia di c.d. “acqua pubblica”).

Quella compiuta dal legislatore delegato è, dunque, senz'altro una scelta forte e incisiva, ma assunta in modo se non proprio inconsapevole, certamente dissimulato o, perlomeno, e sia pure nel possibile intento di non comprometterne l'approvazione, non dichiarato e poco condiviso (anche avvalendosi della particolare “lassità” dei criteri di delega).

3.6. Ai descritti criteri selettivi di tipo “funzionale”, il legislatore del TUSPP ne ha poi aggiunto, come è noto, altri. L'obbligo di alienazione delle partecipazioni illegittime (perché non rispondenti al vincolo di scopo istituzionale o a quello di attività), infatti, è stato accompagnato da un analogo obbligo di cessione o di razionalizzazione delle partecipazioni che, pur se soddisfattive dei vincoli in questione, risultino comunque in contrasto funzionale con l'interesse pubblico o perché la dimensione (in termini di fatturato triennale medio) dell'attività affidata alla società non giustifica, in termini di presunzione di efficienza, il ricorso allo strumento dell'impresa pubblica o perché tale inadeguatezza dello strumento (o del socio pubblico a gestire il relativo ruolo) risulta da altri indici (prevalenza del numero di amministratori su quello dei dipendenti; perdite strutturali; rapporto non equilibrato tra costi e ricavi).

Il punto di caduta dell'intera disciplina è stato quindi fissato nell'onere di revisione straordinaria e ordinaria delle partecipazioni e nel conseguente, particolare meccanismo di cessione (e, nelle more, sterilizzazione) delle partecipazioni illegittime detenute o di “recesso” dal contratto sociale in caso di mancato perfezionamento dell'alienazione ovvero di mancata adozione delle misure di razionalizzazione (articolo 24, commi 5 e ss., TUSPP).

3.7. Valutare gli effetti dei processi di revisione e razionalizzazione imposti dal TUSPP non è semplice per una molteplicità di fattori: la relativa ristrettezza dell'arco temporale (i primi piani risalgono al dicembre 2017), l'assenza di criteri condivisi, la presenza di due diversi soggetti (struttura ministeriale e Corte dei conti, a sua volta nel-

³⁸ B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, Bologna, Il Mulino, 2017, 180.

³⁹ Per una condivisibile analisi del rapporto tra istanze di “moralizzazione” e tendenze legislative in materia di società pubbliche, M. CLARICI, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, Giappichelli, 2010, 7.

le diverse articolazioni interessate) investiti, a diverso titolo, del monitoraggio dei piani, senza competenze esattamente delineate, ma – soprattutto –, come meglio si dirà *infra*, i numerosi interventi legislativi “derogatori” del Testo. In particolar modo, sull’effettiva attuazione dei piani è pesata la scelta legislativa di “sospendere” fino al 31.12.2022 (ameno, al momento) gli obblighi di dismissione delle partecipazioni “non conformi” ossia il principale meccanismo di attuazione degli oneri di razionalizzazione.

Quanto agli esiti dell’attività di monitoraggio svolta, la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti ha inserito gli esami dei piani di ricognizione straordinaria e di revisione periodica nell’ambito delle relazioni annuali sugli organismi partecipati dagli enti territoriali e, dal 2019, anche dagli enti sanitari, da tempo adottate nell’ambito del referto sugli andamenti complessivi della finanza regionale e locale, ai sensi dell’articolo 7, comma 7, legge 5 giugno 2003, n. 131. Si tratta, tuttavia, di dati soltanto parzialmente utilizzabili, perché riferiti, contemporaneamente, a una platea più ristretta di amministrazioni pubbliche (i soli enti territoriali e sanitari) rispetto a quella del TUSPP e a una tipologia più ampia di persone giuridiche partecipate (non le sole società di capitali, ma anche organismi non societari, come aziende speciali, associazioni, fondazioni, consorzi, istituzioni). Il MEF, invece, ha pubblicato (nei primi mesi del 2019) un primo Rapporto, ma sugli esiti della sola revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche e, quindi, sui piani adottati entro il dicembre 2017, a valere sulla situazione esistente al 2016, e per le sole amministrazioni (l’87% del totale) che avevano adempiuto all’onere di comunicazione. Si tratta, pertanto, di dati non completi, non recenti e, soprattutto, anteriori al blocco delle misure di razionalizzazione disposto dal legislatore con la legge di Bilancio 2018 (v. § 3.5). Sempre il MEF ha pubblicato, poi, una serie di rapporti annuali sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche, l’ultimo dei quali (completato nel dicembre 2022) si riferisce alle partecipazioni detenute al dicembre 2020. In questo caso, pur trattandosi di una “rilevazione unificata”, che ha riguardato due differenti platee di amministrazioni pubbliche (quelle considerate tali dal TUSPP e sostanzialmente coincidenti con quelle di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; e quelle di cui al più ampio elenco redatto dall’ISTAT, ai sensi dell’articolo 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196) e con un tasso ancora relativamente alto di mancata risposta ai questionari (20% circa per le “amministrazioni TUSPP” e 65% circa per le “amministrazioni non TUSPP”), è stato fatto un tentativo tanto di isolare i dati relativi ai due diversi raggruppamenti di pubbliche amministrazioni, quanto di differenziare partecipazioni societarie e diverse da queste⁽⁴⁰⁾.

Sulle difficoltà nella raccolta e nella lettura dei dati si tornerà anche a seguire (par. 5.1.). Qui si può anticipare che dall’ultimo rapporto del MEF è comunque possibile trarre alcune prime, interessanti notazioni. Comincia a delinearsi un dato attendibile e omogeneo sulle partecipazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni (in questa sede, per comodità, terremo conto esclusivamente di quelle del c.d. “perimetro TUSPP”) in società di capitali [39.989 partecipazioni – di cui il 72% dirette e il 28% indirette – per 12.877 (ma di cui solo 10.592 hanno dato risposta) amministrazioni censite, in un rapporto medio di poco più di 3 partecipazioni per ogni amministrazione].

Il dato effettivo del numero di società a partecipazione pubblica (5.260) è di gran lunga più basso rispetto a quelli (raccolti in un *range* da 12.000 – dati Istat – a 8.000, Rapporto Cottarelli) comunemente utilizzati nel dibattito politico.

Questo dato, peraltro, andrebbe ulteriormente tarato, dal momento che è lo stesso

40 MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche-Dati 2020*, in www.dt.mef.gov.it.

ministero a precisare che le società “rilevanti”⁽⁴¹⁾ sono 3.666, per un totale di partecipazioni “rilevanti” pari a 28.428.

Significativi sono i dati sulle società partecipate diverse da quelle per azioni o a responsabilità limitata (il 14% circa sono società consortili a responsabilità limitata e il 6,1% società cooperative); sulle società “inattive”⁽⁴²⁾ (il 15% circa) e su quelle in liquidazione (il 14%) o soggette a procedure concorsuali (il 5,76%). Ancor più significativo – in relazione a quanto detto sopra in ordine al modello di società pubblica emergente dal TUSPP – appare, poi, il dato sulle società (2.236 sulle 5.260 censite) che hanno ricevuto servizi in affidamento (nel 93% dei casi, diretto) dalle amministrazioni socie.

Gli oneri di razionalizzazione sembrano essere stati presi inizialmente abbastanza sul serio dalle amministrazioni interessate, visto che i piani prevedevano circa il 35% di società a partecipazione pubblica oggetto di misure di razionalizzazione (a vario titolo)⁽⁴³⁾. Resta da valutare, invece, se, all’esito della prima ricognizione straordinaria⁽⁴⁴⁾, le discrasie tra partecipazioni ritenute, dal MEF, “non conformi” al TUSPP (9.645) e, quindi, meritevoli di misure di razionalizzazione e quelle per le quali è stato previsto un intervento di razionalizzazione (4.718), segnalassero soltanto una visione inevitabilmente non ancora “consolidata” dei criteri di “non conformità”, tanto tra amministrazioni centrali e periferiche, quanto tra le stesse amministrazioni socie di un’unica società (può, infatti, accadere che, in relazione al medesimo organismo societario, alcune amministrazioni socie dispongano, ad esempio, la cessione e altre la conservazione della partecipazione); ovvero costituiscono un indice attuale di una certa “resistenza” al cambiamento (come detto, assecondata dallo stesso legislatore)⁽⁴⁵⁾. A una conclusione definitiva, come detto, non aiuta nemmeno l’analisi dei dati successivi⁽⁴⁶⁾, che – come più volete anticipato – risentono di alcuni elementi esogeni, legati agli interventi emergenziali disposti dal legislatore nel periodo pandemico.

Le prime analisi, dunque, avrebbero consentito un timido ottimismo circa il grado di efficacia dei meccanismi di razionalizzazione del TUSPP e il possibile buon esito – almeno in prospettiva e con alcuni, utili accorgimenti amministrativi – degli obiettivi perseguiti dallo stesso. Tuttavia, come si dirà, la realtà ha seguito un corso diverso.

4. Il “doppio movimento” e la ri-espansione dell’azionariato pubblico.

4.1. Il filo conduttore dell’intervento legislativo di sistematizzazione, attraverso il TUSPP, della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica è sembrato dunque snodarsi lungo tre direttrici: a) restituire, il più possibile, la disciplina delle società pubbliche alle comuni regole del diritto delle società, con le sole (limitate) eccezioni previste dal Testo unico; b) regolare i comportamenti delle pubbliche amministrazioni nella loro qualità di soci di società di capitali; c) limitare, per questa via, la libertà di

41 Il Rapporto non considera rilevanti le partecipazioni in società alle quali il TUSPP si applica solo ove espressamente

previsto o per le quali le amministrazioni socie sono esentate dall’obbligo di razionalizzazione, nonché quelle per le quali l’analisi non è significativa in quanto detenute in società in liquidazione o assoggettate a procedure concorsuali, ovvero in quanto dichiarate come detenute alla data del 31 dicembre 2020, ma non più detenute alla data di approvazione del Rapporto stesso.

42 «Nel presente rapporto per società attive si intendono le società che non sono soggette a procedure di liquidazione, a procedure concorsuali o che non sono inattive. La condizione di inattività può derivare dal fatto che l’impresa non ha ancora iniziato l’attività produttiva perché, ad esempio, è in attesa del rilascio delle necessarie autorizzazioni, non ha presentato la comunicazione di inizio attività oppure si è verificata un’interruzione dell’attività per tutto l’esercizio (ad es. nel caso di ristrutturazioni dei locali, provvedimenti sanzionatori, ecc.).»

43 MEF, Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche-Dati 2017, in www.dt.mef.gov.it.

44 MEF, Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche-Dati 2018, in www.dt.mef.gov.it.

45 Ancora diverso è, infine, il dato delle società effettivamente oggetto di razionalizzazione (2.108 sulle 4.718 interessate).

46 Il Rapporto 2020 espone 11.872 partecipazioni non conformi, di cui solo 2.693 oggetto di razionalizzazione.

iniziativa economica pubblica, potendo le pubbliche amministrazioni fare ricorso al modello societario (i) soltanto attraverso i moduli organizzativi delle società *in house* (articolo 16, TUSPP) e della società a partecipazione mista, pubblico-privata (articolo 17) e (ii) soltanto per attività necessarie al soddisfacimento di bisogni altrimenti non soddisfatti dal mercato (servizi d'interesse generale) o di bisogni propri (attività strumentali).

La forza di tali direttrici avrebbe dovuto condurre a una loro tendenziale estensione a tutti i possibili modelli di impresa pubblica, a prescindere dalla loro natura giuridica (ad es., fondazioni pubbliche, associazioni, aziende) e nonostante la clausola di “salvaguardia” contenuta nel TUSPP (articolo 1, comma 4, lettera b).

4.2. E tale “forza d’impatto” sul sistema avrebbe dovuto imporre un periodo di raffreddamento e di sedimentazione della disciplina unitaria appena introdotta. Accade, invece, che la scarsa condivisione (se non, la stessa consapevolezza tra gli interpreti) delle reali finalità perseguite dal legislatore del TUSPP, la tradizionale difficoltà di comunicazione, sul tema, tra studiosi di diritto pubblico e di diritto delle società, la diversità di approccio tra giurisdizioni (civile, amministrativa e contabile) a diverso titolo coinvolte, la forza degli interessi e degli attori coinvolti, in uno alla crisi economica aggravata dalla c.d. “emergenza da Covid-19” e alla più che proporzionale crisi degli apparati pubblici, abbiano invece provocato l'immediato avvio di un nuovo movimento esattamente “inverso”.

Tale movimento “inverso” si è sviluppato a diversi livelli, centrale e territoriale, legislativo e amministrativo.

4.3. In primo luogo, fin da subito è stato fatto un non appropriato uso del potere derogatorio (dei vincoli funzionali appena descritti) attribuito al Presidente del consiglio dei ministri e ai presidenti di regione e delle province autonome di Trento e Bolzano (articolo 4, comma 9, TUSPP). La norma in questione, infatti, consente di costituire una società ovvero di continuare a detenere partecipazioni in società già costituite anche in deroga al vincolo di scopo e al vincolo di attività, ma a fronte di una specifica motivazione – che costituisce elemento essenziale a supporto della “fragile” legittimità costituzionale della stessa previsione – in ordine alla “misura e alla qualità della partecipazione pubblica”, nonché “agli interessi pubblici coinvolti e al tipo di attività svolta”, in connessione con le finalità istituzionali dell'ente, e principalmente in via funzionale alla possibile quotazione in mercati regolamentati.

L'unico Dpcm (del 31.10.2017) che risulta adottato, invece, dispone la “totale esclusione” dell'applicazione dell'articolo 4, comma 9, del decreto legislativo n. 175 del 2016 alla società Centrale del Latte di Brescia, sulla base del fatto che: (i) la società – di cui il Comune detiene poco più del 51% - rivestirebbe un ruolo importante “nell'ambito del presidio sanitario e del controllo degli alimenti e della relativa produzione, grazie ai controlli qualitativi estesi a tutte le attività dell'azienda, a ogni prodotto e a ogni fase della sua lavorazione” (quasi che la certificazione di qualità fosse, *ex se*, motivo di “specialità”); (ii) lo statuto del comune di Brescia impegna l'ente locale a “sollecitare il concorso di soggetti pubblici e privati alla promozione di un progresso economico rispettoso dell'interesse generale e compatibile con la salvaguardia dell'ambiente”; (iii) i dati di bilancio dimostrano risultati economici (non meglio specificati) “particolarmente positivi”, nonché una situazione patrimoniale equilibrata, “indici di una gestione efficiente delle risorse pubbliche investite nella società stessa”.

Si tratta, con ogni evidenza, di motivazioni affatto legittime, ma probabilmente replicabili per la gran parte delle imprese pubbliche e private, e quindi prive di qualunque effettiva specificità.

Per paradosso, tuttavia, l'effetto del Dpcm non è stato quello di provocare una riflessione sulla sua correttezza (o, più in generale, sull'opportunità della conservazione

della stessa fonte normativa), ma di determinare il legislatore a “legificare” la deroga estendendola a un’intera categoria produttiva. È stata così adottata una legge di un solo articolo (la legge 1 ottobre 2019, n. 119) per escludere dall’ambito di applicazione dell’articolo 4 del TUSPP le società “aventi per oggetto sociale prevalente la produzione, il trattamento, la lavorazione e l’immissione in commercio del latte, comunque trattato, e dei prodotti lattiero-caseari”⁴⁷.

4.4. Le società pubbliche operanti nel settore lattiero-caseario, tuttavia, non sono le uniche ad avere arricchito il già ampio ventaglio di “deroghe” contenute nello stesso TUSPP alla regola dell’articolo 4. Da subito, l’articolo 5 del decreto legislativo n. 100 del 2017 aveva aggiunto, tra le eccezioni, le società costituite dalle università per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche e quelle di produzione di servizi pubblici a rete fuori dall’ambito territoriale di riferimento. Le leggi di Bilancio del 2018 e del 2019 hanno, invece, rispettivamente fatto salve le partecipazioni in società bancarie di finanza etica e sostenibile e quelle di gestione dei c.d. “Gruppi di azione locale-LEADER”.

4.5. Il più efficace “grimaldello” cui ha fatto ricorso il legislatore per scardinare il “movimento” del TUSPP è stato, tuttavia, quello – già più volte richiamato – che ha disposto il congelamento, al momento fino alla fine del 2022, dei processi di alienazione o di razionalizzazione delle partecipazioni illegittime.

La legge di Bilancio del 2018, infatti, ha previsto la possibilità, per le pubbliche amministrazioni socie, di non dare corso – a dichiarati fini di tutela del patrimonio pubblico e del valore delle quote societarie pubbliche – agli obblighi e alle procedure di alienazione altrimenti imposti dal TUSPP per le partecipazioni non conformi ai vincoli funzionali alla sola condizione che le società interessate abbiano prodotto un risultato medio in utile nel triennio precedente alla ricognizione straordinaria. Il nesso funzionale tra l’obiettivo della misura (la salvaguardia del patrimonio pubblico, attraverso la tutela del valore delle quote) e l’oggetto della stessa (società in molti casi prive di attività – le c.d. “scatole vuote” – ovvero operanti in settori a rischio, al di fuori di qualunque nesso con le finalità istituzionali delle amministrazioni socie) appare fragile e non del tutto congruo.

Se, poi, il triennio di riferimento – come sostenuto dalla magistratura contabile e dal MEF – è quello 2014-2016 (e, cioè, quello immediatamente anteriore alla ricognizione straordinaria e non a ciascun piano di razionalizzazione periodica) ne discende un ulteriore effetto irragionevole, dal momento che rischiano di essere state salvate società che negli anni successivi hanno perduto il proprio equilibrio economico.

Da ultimo, va tenuto conto che l’effetto del “congelamento” degli obblighi di alienazione è inevitabilmente destinato a essere gravemente ultroneo rispetto allo stesso termine del 31.12.2022, dal momento che – come è noto – le procedure di alienazione sono lunghe e complesse (basterebbe rammentare l’esperienza della prima ondata di cessioni che si sarebbe dovuta avere in applicazione delle previsioni della legge Finanziaria del 2008 e che ha dato vita a pochissime procedure, trascinate per oltre un decennio), per cui gli effetti concreti dell’eventuale ripresa delle stesse non si produrranno prima di un notevole lasso temporale.

4.6. La ri-espansione dell’azionariato pubblico, infine, ha trovato linfa in due processi legislativi paralleli: da un lato, una serie di norme “ampliative” dell’ambito di azio-

⁴⁷ Quasi a riecheggiare una risalente giurisprudenza della Corte costituzionale, che aveva giustificato, ai fini dell’art. 43 Cost., l’allora vigente riserva di attività per le centrali del latte osservando che il latte è «*un alimento di largo consumo; la pastorizzazione e la distribuzione del latte è un servizio pubblico con i caratteri di servizio essenziale di preminente interesse generale; il diritto esclusivo di vendita concesso alle centrali è un mezzo di protezione di un interesse igienico - sanitario pubblico e quindi risponde a fini di utilità generale*», v. Corte cost., 15 marzo 1960, n. 11.

ne delle imprese pubbliche esistenti⁴⁸); dall'altro, quelle di costituzione di nuovi soggetti societari⁴⁹. Si è aggiunta poi, nel periodo dell'emergenza pandemica, ma con respiro applicativo e temporale assai più esteso, l'istituzione di un apposito patrimonio "rilancio, gestito dalla CDP e destinato ad acquisizioni di partecipazioni ad ampio spettro"⁵⁰.

Caratteristica comune di queste norme è la loro concentrazione per lo più a ridosso della entrata a regime del TUSPP, a conferma di una sorta di "fuga" dallo stesso, nonché l'assenza di qualunque raccordo con il Testo, quasi a volerne dequalificare il carattere unitario.

4.7. Una valutazione a parte, invece, meritano le norme aventi contenuti analoghi a quelle appena citate, ma funzionali ad affrontare lo stato di emergenza derivante dalla diffusione del COVID-19. Tali norme, infatti, disvelano una spiccata propensione al ricorso, al fine di esercitare attività amministrative, a imprese pubbliche-società di capitali, ma la ragione ben potrebbe essere ricercata nell'idea di una loro maggiore "snellezza" operativa in una fase emergenziale. Idea che ha trovato nuova conferma in occasione dell'ulteriore "urgenza" rappresentata dalla concreta e tempestiva attuazione delle misure del PNRR, con la scelta legislativa – già illustrata (par. 1) – di dare ampia facoltà di ricorso alle società a partecipazione pubblica.

Da ultimo, gli interventi in materia di contratti pubblici e di servizi pubblici locali che, pur non incidendo direttamente sui vincoli sulle partecipazioni pubbliche,

5. I caratteri generali della partecipazione dei poteri pubblici al capitale azionario

5.1. Si è visto che la costruzione del d.lgs. n. 175/2016 e ancor più le vicende successive della normazione disegnano un quadro non del tutto lineare sui confini dell'azionariato pubblico. L'apparente rigore di alcune scelte di fondo – in relazione ai vincoli di scopo e di finalità previsti per le partecipazioni pubbliche – è in realtà stemperato in parametri più duttili di valutazione del fenomeno e, più drasticamente, dalla richiamata sospensione legislativa delle procedure di razionalizzazione.

L'analisi formale può essere integrata con alcune osservazioni empiriche, sull'attuazione dei processi di razionalizzazione previsti dal d.lgs. n. 175/2016 e, più in generale, sull'evoluzione delle partecipazioni pubbliche negli anni più recenti.

Come si è anticipato (par. 3.7), la ricerca di dati è complicata sia dal numero molto elevato di soggetti coinvolti, sia dalla dispersione delle informazioni e dalla oggettiva difficoltà di seguire le singole vicende nella loro evoluzione. I piani di razionalizzazione delle partecipazioni, ad esempio, sono idealmente rilevabili senza difficoltà particolari, in quanto soggetti ad obblighi di pubblicazione. La loro concreta esecuzione, però, può vedere numerosi percorsi alternativi, incidenti di varia natura e dilatazioni temporali. I criteri da considerare dipendono talvolta da indicatori automatici, in altri casi implicano valutazioni discrezionali rispetto alle quali è più difficile censire gli scostamenti dal parametro normativo. L'aggregazione dei dati rischia perciò di scontare la perdita di informazioni rilevanti per comprendere l'andamento e gli esiti reali dei processi.

Ad ogni modo, grazie ai meccanismi informativi e di controllo previsti dal d.lgs. n. 175/2016, alcune analisi sono possibili, combinando i dati direttamente ricavabili dai

48 Articolo 1, comma 3, decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91; articolo 17-quater, comma 4, decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148; articolo 1, commi 265 e 267, e articolo 3, comma 4, legge 28 dicembre 2017, n. 205; art. 30-bis, decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34; articolo 2, decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23; articolo 64, commi 2 e ss., decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76; articoli 9 e 10, decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77.

49 Articolo 25-*octies*, comma 1, decreto-legge 23 ottobre 2018, n. 119; articolo 5-*quinquies*, decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32; articoli 24 e 37, decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34.

50 Articolo 27 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34.

piani di razionalizzazione con quelli contenuti in altre fonti⁽⁵¹⁾.

Un primo dato che può essere rilevato attiene alle partecipazioni che astrattamente dovrebbero essere oggetto di razionalizzazione. Alcuni dei criteri normativi applicabili, come si è visto, hanno carattere automatico (quelli sui tipi societari o sul numero di dipendenti, sul fatturato, e sulle perdite di esercizio, v. gli artt. 3 e 20 del d.lgs. n. 175/2016), sia pure con possibili incertezze applicative. In altri casi, come i vincoli di scopo e di attività (art. 4 del decreto n. 175), la scelta sulla partecipazione può coinvolgere valutazioni discrezionali, lo stesso perimetro formale di pertinenza alle attività istituzionali dell'ente o sul carattere di interesse generale delle prestazioni da fornire non ha definizioni giurisprudenziali del tutto univoche. È idealmente possibile individuare la quota delle partecipazioni che dovrebbe essere senz'altro oggetto di razionalizzazione, con un insieme più sfumato di casi per i quali definire indicatori di anomalie da sottoporre ad approfondimenti specifici. Le analisi su questo genere di dati presentano percentuali consistenti di partecipazioni ritenute “non conformi” al TUSPP, superiori al 50% del totale, con valori rilevanti anche se si considerano i soli criteri strettamente automatici (per gli enti territoriali, intorno al 25/30% del totale, concentrata sulle partecipazioni nelle società di dimensioni minori, spesso senza dipendenti o con fatturati molto contenuti)⁽⁵²⁾.

I dati disponibili consentono poi di verificare l'entità delle partecipazioni che siano state incluse nei piani di razionalizzazione e per le quali siano stati attivati i relativi processi. Per gli enti territoriali, ad esempio, i piani di razionalizzazione periodica hanno scelto la conservazione delle partecipazioni in circa l'80% dei casi oggetto di verifica, con valori di possibile “anomalia” vicini al 50% delle partecipazioni mantenute. Valori inferiori sono riscontrabili per le amministrazioni statali, che hanno scelto la conservazione in circa il 65% dei casi, essendovi nel 40% circa di questi elementi di anomalia. Indagini più accurate sono state compiute su un insieme ristretto di enti territoriali di dimensioni significative (c.d. “Grandi Enti Locali”, “GAL”). In tal caso, le anomalie “automatiche” sono state verificate singolarmente e, ove confermate, sono divenute oggetto di contraddittorio tra la struttura di vigilanza del MEF e l'ente. Sono emerse casistiche oggettivamente problematiche, in tema ad esempio di calcolo dei fatturati per le soglie di razionalizzazione, società partecipate *holding* e Gruppi di Azione locale (GAL) costituiti, in forma societaria, per accedere ai contributi finanziari erogati dall'Unione Europea (per questi ultimi, come si è visto, il legislatore ha poi disposto l'esenzione dall'art. 20 del TUSPP, v. l'art. 1, comma 724, l. n. 145/2018). In taluni casi, gli enti hanno confermato il mantenimento della partecipazione, pur non essendovene le condizioni ai sensi dell'art. 20 del TUSPP, ritenendo le stesse strettamente necessarie alle loro finalità istituzionali.

Un ultimo fronte di analisi riguarda gli esiti raggiunti dai processi razionalizzazione. Si può muovere da un dato di insieme: tra il 2011 e il 2018 il numero complessivo delle partecipazioni pubbliche si è ridotto di circa un quinto. Questa contrazione non può essere imputata con certezza ai soli meccanismi di razionalizzazione e racchiude al suo interno situazioni molto varie. Si può osservare da subito, inoltre, che la ces-

51 A seguire, per disporre di documenti comparabili anche sotto il profilo temporale, si farà riferimento a: Corte dei conti, sez. aut., *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari (relazione 2019)*, deliberazione n. 29/SEZAUT/2019/FRG; Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento del tesoro, *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, Roma, 2019; S. MOCETTI e G. ROMA, *Da 8.000 a 1.000? Razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza, n. 570, Roma, 2020. I dati di fondo, tuttavia, rimangono sostanzialmente inalterati anche a voler considerare i rapporti relativamente più recenti citati in precedenza.

52 Hanno comunque prodotto qualche risultato le misure “automatiche”, come quella prevista dal comma 9 dell'articolo 20 del TUSPP che ha determinato, in prima battuta, la cancellazione dal registro delle imprese di 348 società a controllo pubblico “inattive” e, cioè, che per oltre tre anni consecutivi non avessero depositato il bilancio di esercizio ovvero compiuto atti di gestione (interessante notare che tale dato supera quello – 188 società inattive – dichiarato dalle pubbliche amministrazioni).

szazione delle partecipazioni ha interessato società di dimensioni minori (una su due aveva meno di 5 addetti) e quelle in perdita, spesso non più attive o perché liquidate o perché incorporate in altre società. Almeno a una prima lettura, sembrerebbe dunque che vi sia stata più un'operazione di "pulizia" che di vera e propria razionalizzazione, nella quale possono avere pesato alcuni disincentivi. Si pensi all'obbligo in capo alle amministrazioni locali di accantonare un fondo vincolato pari al risultato negativo non immediatamente ripianato delle società partecipate (art. 21 TUSPP; in precedenza v. l. n. 147/2013).

Tale dato di insieme può essere a sua volta confrontato con le informazioni ricavabili dai piani di razionalizzazione. Quest'ultima può seguire vari percorsi, che conducono sia al mantenimento della partecipazione con azioni di razionalizzazione della società, sia ad operazioni straordinarie (es., la fusione della società per incorporazione in altra società), sia alla cessione delle partecipazioni a titolo gratuito o oneroso, sia ancora ad altre forme di perdita di partecipazione derivanti ad esempio dalla liquidazione delle società. Le casistiche più nutrite, con numeri variabili secondo gli insiemi considerati, si concentrano intorno alle fusioni per incorporazione, alle cessioni a titolo oneroso e ai recessi, alle messe in liquidazioni. Nel primo caso, la partecipazione è semplicemente riorganizzata nell'ambito delle altre detenute dall'ente, nei restanti il legame con l'ente dovrebbe recidersi, sino, nel caso della liquidazione, all'effettiva estinzione del soggetto societario. La diversa intensità degli effetti attesi non corrisponde però alla possibile efficacia dei meccanismi. Mentre le operazioni straordinarie di fusione, una volta avviate, possono essere seguite sino alla conclusione, con esiti ragionevolmente prevedibili, le altre possibili operazioni di razionalizzazione hanno tempi ed esiti finali molto più incerti. I processi di cessione, ad esempio, possono essere avviati ma poi arenarsi per l'assenza di compratori, esito non improbabile per partecipazioni che, in molti casi potrebbero non avere un reale valore di mercato. Anche i procedimenti di liquidazione non hanno tempi definibili con precisione, possono protrarsi a lungo. In effetti, per quello che le analisi hanno potuto rilevare, vi è una percentuale molto alta di casi in cui le razionalizzazioni, per così dire, realmente estintive della partecipazione non portano a esiti effettivi, lasciando la società partecipata sospesa in un limbo: ritenuta non più necessaria dall'ente, ma nonostante questo legata ad esso.

In definitiva, il percorso ha una naturale tortuosità, molte informazioni rilevanti possono perdersi per strada, i casi portati a conclusione si assottigliano progressivamente con una sorta di selezione inversa: le razionalizzazioni avviate sono assai meno di quelle astrattamente dovute – pur sottraendo la "tara" della non univocità di taluni dei criteri di scelta – e quelle al fine compiute appaiono le meno problematiche e con minori impatti per le amministrazioni partecipanti. In effetti, gli studi in materia fanno emergere una percentuale esigua di dismissioni integrali (circa il 15% delle partecipazioni da razionalizzare) e di dismissioni parziali (sempre intorno al 15%), con semplice riduzione della partecipazione pubblica⁵³.

Questi dati vanno presi con cautela, oltre che per le ragioni sopra esposte, anche perché almeno in parte potrebbero dipendere da un disallineamento tra le "aspettative" temporali definite dal legislatore con le tempistiche delle razionalizzazioni e quanto era oggettivamente realizzabile, tanto più per partecipazioni che in molti casi potrebbero avere una scarsa appetibilità per il mercato. Nondimeno, i dati presi nel loro insieme indicano un certo grado di resistenza – o forse meglio di resilienza – dell'universo delle partecipazioni pubbliche al disegno apparentemente ricavabile dalla legislazione.

53 Dal rapporto MEF, emerge che di 3.463 partecipazioni destinate all'alienazione, per 1.724 è stata concretamente avviata la relativa procedura, andata a buon fine in 572 casi, con un introito complessivo pari a 419 milioni di euro. Erano, invece, 540 le partecipazioni per le quali era stata preannunciata una volontà di recesso, andata a buon fine in 178 casi, per un introito complessivo pari a circa 12 milioni di euro.

Le ragioni del fenomeno sono però complesse. La più immediata potrebbe essere il carattere disfunzionale del disegno normativo. Il meccanismo di regole, incentivi e sanzioni, in altri termini, potrebbe avere un limite interno ed essere inadatto a raggiungere lo scopo. Tale prima ipotesi ha senz'altro un fondo di verità. Le regole sono apparentemente chiare ma non risolvono le incertezze sulle varie direzioni che possono intraprendere i percorsi di razionalizzazione. Esse hanno il limite proprio di tutte le regole calate dall'alto con le quali si cerca di affrontare "in orizzontale" un fenomeno complesso. Le sanzioni pecuniarie vi sono ma riguardano l'adozione dei piani di razionalizzazione, non la loro esecuzione (art. 20, comma 7). L'ulteriore previsione sul divieto di esercitare i diritti di socio e la liquidazione "coattiva" in denaro per le partecipazioni non alienate tempestivamente (art. 24, comma 5), pur capace di condurre a conseguenze gravi, sconta per l'appunto la nettezza eccessiva di un esito che mal potrebbe conciliarsi con le circostanze concrete che abbiano ostacolato l'alienazione.

D'altra parte, lo schema applicativo prefigurato dal TUSPP non sembra neppure del tutto inadeguato. Il fatto che manchi una predeterminazione rigida delle forme di razionalizzazione ha il pregio di consentire alle amministrazioni di seguire la strada più adatta al loro caso, essendovi alla base una pluralità eterogenea di possibili condizioni che richiede aggiustamenti minuti. Le conseguenze negative che possono discendere dalle carenze dei piani o dalla loro inattuazione, pur incerte, non sono trascurabili, essendovi una pluralità di organi di controllo – struttura di vigilanza del MEF, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Corte dei conti – e possibili responsabilità erariali e di diritto societario. Livelli così contenuti di completamento dei percorsi di razionalizzazione devono pertanto avere anche altre spiegazioni.

Un punto di partenza per comprendere il fenomeno può consistere allora nel riflettere sulle sue origini. Le partecipazioni pubbliche si sono moltiplicate a pressoché ogni livello degli apparati amministrativi da tempi risalenti. Esse si sono stratificate e consolidate nel tempo, dimostrandosi resistenti già a precedenti tentativi normativi di stimolarne la dismissione. Si pensi, oltre che alla normazione immediatamente precedente al TUSPP e da questi più o meno assorbita, alle vicende degli artt. 113 ss. del d.lgs. n. 267/2000 (testo unico degli enti locali), che peraltro avevano ad oggetto le partecipazioni in imprese di servizio pubblico, per le quali poteva in astratto esservi maggiore interesse da parte di acquirenti privati. Si può assumere che almeno una parte del consolidamento e della resistenza del fenomeno dipenda da aspetti disfunzionali, ad esempio in relazione al circuito politico-amministrativo e all'aggregazione di interessi circoscritti capaci di ostacolare il cambiamento. È però difficile ritenere che non vi siano altre ragioni e, allo stesso tempo, non riconoscere quali siano le pur disfunzionali condizioni di esecuzione della normativa e con esse fare i conti.

Si possono qui avanzare almeno due ipotesi, tra loro collegate. Sarebbe anzitutto errato assumere che gli attori delle decisioni politiche amministrative diano una lettura decontestualizzata di uno specifico corpo normativo, concentrandosi sui soli obblighi "nominati" che li riguardino direttamente. La credibilità di uno specifico complesso di norme dipende dall'aura diffusa di una più generale *legislative public opinion* i cui contenuti sono ricavabili dall'ordinamento nel suo insieme. Si è detto, a questo proposito, che il TUSPP contiene già in sé le contraddizioni che ne attenuano le soluzioni più rigorose. La normazione successiva trasmette segnali ancora più mutevoli, rivitalizzando, con interventi puntuali, lo strumento delle partecipazioni societarie per finalità – ad esempio, la prevenzione di possibili conflitti sociali, la conservazione di produzioni "nazionali" – che non sono assimilabili ai vincoli definiti dal TUSPP. Il rischio che corrono gli obblighi di razionalizzazione, così come è accaduto per le misure analoghe che le hanno precedute, è dunque quello di essere considerati essi stessi elementi di discontinuità su uno sfondo di regole animate da fini diversi. Questo, a sua volta, può

avere generato l'aspettativa che il quadro normativo possa compiere un passo indietro, più che irrigidirsi ancora di più; aspettativa che in effetti avrebbe trovato una prima conferma nella sospensione normativa dei processi di razionalizzazione.

Se, quindi, una prima risposta all'apparente scarsa efficacia delle spinte di contenimento delle partecipazioni pubbliche sta nell'assenza di continuità normativa, che ne limita la credibilità, una seconda ragione può porsi in relazione ai profili attuativi delle norme. Il "nastro" delle partecipazioni pubbliche non si è avvolto in modo ordinato intorno alla bobina delle amministrazioni partecipanti, sicché lo si possa poi risvolgere con semplicità. L'acquisizione di partecipazioni, nella maggior parte dei casi, è solo una delle manifestazioni di una più estesa trama di rapporti tra l'amministrazione, il soggetto partecipato e i terzi che vi sono entrati in contatto, trama che nasce spesso ancor prima della partecipazione, attraverso altri moduli organizzativi, e diviene nel tempo più complessa. I processi societari sono idealmente in grado di dipanare situazioni del genere ma essi, per funzionare correttamente, richiedono stabilità di indirizzo, costanza negli incentivi e adeguate capacità di gestione. I medesimi processi, trasportati nella sfera pubblica, avrebbero dunque richiesto un particolare livello di capacità amministrativa, quantomeno del tipo analitico e attuativo. Il primo per acquisire le informazioni rilevanti a governare il processo di razionalizzazione in modo, a sua volta, razionale ed efficace. Il secondo per eseguirlo in tutti i suoi passaggi, amministrativi e societari, essendo in grado di reagire alle varianti che frequentemente sorgono in processi del genere. Il tema della capacità amministrativa si pone peraltro anche dal lato delle amministrazioni che svolgono funzioni di controllo. Esse dovrebbero essere dotate della capacità di supportare, in modo collaborativo, le amministrazioni partecipante che richiedano assistenza nei percorsi di razionalizzazione. Inoltre, in forme più dialettiche, le amministrazioni di controllo dovrebbero essere in grado di esercitare un'attenzione costante e generalizzata sui singoli processi, o quantomeno su un numero sufficientemente elevato e significativo di casi. Ciò, richiederebbe a monte risorse delle quali probabilmente gli uffici coinvolti, che pur hanno svolto un lavoro notevole, sono sprovvisti. Vi sarebbe altresì la necessità, quantomeno per l'amministrazione ministeriale, che l'indirizzo politico amministrativo sia stabilmente orientato all'attuazione della norma.

Se ne può trarre una conclusione più sfumata rispetto alla semplice constatazione della molto parziale attuazione del decreto n. 175/2016. La limitazione degli effetti incorpora senz'altro una componente disfunzionale, di resistenza indebita di singoli apparati, per la quale potrebbero prima o poi attivarsi i poteri di controllo e le conseguenti sanzioni. Nondimeno, l'assenza di effetti di vasta entità, quantomeno nel breve periodo, rientra tra gli esiti prevedibili di un quadro normativo che nel suo complesso non è rivolto a un drastico arretramento delle partecipazioni pubbliche. In particolare, il disegno di restringere le partecipazioni per scopo e per attività, pur ancora attuale, ha visto segni di ripensamento, per ora ancora limitati a settori o casi puntuali, ma che sono in grado di produrre un effetto più diffuso di attenuazione dell'impatto della riforma.

Va detto che il processo attivato dal TUSPP, sulla scorta delle precedenti norme di razionalizzazione, ha un valore significativo al di là dei suoi esiti concreti. Esso ha consentito di raccogliere una mole notevole di informazioni sulla dimensione e sui caratteri del fenomeno delle partecipazioni, nonché di mettere meglio a fuoco le condizioni puntuali che possono ostacolare i processi di razionalizzazione. Vi sarebbe perciò spazio, nel caso di un nuovo intervento del legislatore, per affinare la disciplina e garantirne maggiormente l'efficacia.

5.2. Allo stato, si deve però prendere atto di un quadro che è meno lineare dello schema ricavabile da una prima lettura del TUSPP. Mettendo a confronto la regola generale con le deroghe, ciò che appare oggetto di un ripensamento è l'idea di limitare il perimetro delle partecipazioni pubbliche ad attività, strumentali o finali che siano,

comunque ben collegate a un fine proprio e tipico dell'amministrazione. Nelle varie tipologie di partecipazioni pubbliche ammesse in termini generali del TUSP, il legame con la partecipata si giustifica sempre per l'essere l'attività svolta da quest'ultima direttamente produttiva di un'utilità per l'amministrazione controllante o in quanto imputabile all'amministrazione controllante. Anche nella produzione di servizi di interesse economico generale, il punto di partenza è la rilevanza oggettiva del servizio per la collettività, dopodiché l'esercizio mediante una società partecipata è essenzialmente un modulo organizzativo come un altro.

Lo stesso TUSPP, nondimeno, lascia trasparire un criterio più ampio di selezione delle partecipazioni pubbliche meritevoli. Da un lato, la possibile natura di interesse generale di una determinata attività è stata implicitamente estesa oltre i sia pur elastici margini che in genere si riconoscono nella nozione. Come si è detto (par. 4.3.), sono state consentite attività, come quelle delle *ex* "centrali del latte", di natura strettamente commerciale e prive degli specifici requisiti di doverosità che caratterizzano la nozione dei servizi di interesse generale. Questo allontanamento dai parametri indicati dal diritto UE non è di per sé problematico, considerando che in tal modo la normazione interna circoscrive vincoli che essa stessa si è data e che non discenderebbero, come tali, dal diritto UE. Essa, però, introduce nella nozione un elemento di autonomia dal diritto UE che potrebbe rilevare anche in sede interpretativa, al di fuori dai casi puntualmente regolati.

Al di là di ciò, le deroghe già originariamente presenti e quelle aggiunte successivamente, anche al di fuori del TUSP, includono casi in cui la partecipazione non si giustifica in alcun modo per l'attività, bensì è essa stessa, per il fatto di esserci, strumento di cura di interessi pubblici. In altri termini, l'amministrazione entra nel capitale di una determinata impresa proprio per curare un interesse pubblico, o asseritamente tale. È così, ad esempio, che si prevede l'acquisizione di partecipazioni in società in condizioni finanziarie dissestate, le stesse cioè che, secondo il TUSP, dovrebbero di regola essere cedute, e di svincolare interamente la presenza pubblica nel capitale da una periodica verifica "razionalizzata". Le indicazioni che vengono dalla normazione legata alla pandemia tendono a generalizzare tale situazione. Si pensi al sopra citato patrimonio destinato - denominato "Rilancio" - costituito presso la Cassa depositi e prestiti, alimentato con un'emissione di debito pubblico e finalizzato a interventi in grandi imprese con priorità che includono espressamente la conservazione dei livelli occupazionali e la ristrutturazione di società con temporanei squilibri patrimoniali o finanziari. La norma prevede espressamente che le scelte dovrebbero riflettere "obiettivi di politica industriale", a loro volta da definire in un capitolo apposito del documento di economia e finanza, dedicato alla "programmazione economica" (d.l. n. 34/2020, art. 27). Tenuto conto dell'ampiezza degli obiettivi, della durata già oggi prevista per il Patrimonio e della sua agevole estendibilità⁵⁴, nonché dell'introduzione di un apposito nuovo capitolo del Def sulla programmazione economica, si può prefigurare per strumenti del genere una funzione stabile di azione pubblica nell'economia.

5.3. La reale estensione dell'azione pubblica va puntualizzata anche nel rapporto tra l'ordinamento nazionale e quello UE. La disciplina nazionale delle società pubbliche, in verità, incorpora espressamente gli standard di valutazione della disciplina UE, ad esempio in tema di organismi *in house* o di aiuti di Stato. Su questo secondo profilo esiste anche il quadro generale sulla trasparenza finanziaria dei rapporti tra i poteri pubblici e le imprese (d.lgs. n. 333/2003, modificato per il recepimento della direttiva 2006/111/CE). Quando poi la partecipazione si intreccia con l'esercizio di un servizio

⁵⁴ È sufficiente una delibera del cda di CDP, su richiesta del Ministero dell'economia e delle finanze, previo parere delle commissioni parlamentari competenti. V. il comma 14 dell'art. 27.

di interesse economico generale, e siano previste compensazioni di servizio pubblico, trova applicazione il quadro UE definito a valle della giurisprudenza *Altmark*. Nell'insieme, quindi, vi sono le coordinate essenziali per garantire la conformità ai vincoli che derivano dal diritto UE.

Si è già detto che la legislazione ha implicitamente caratterizzato, in termini di interesse generale, attività commerciali prive di specifici requisiti di doverosità. La costruzione di una nozione di interesse generale parallela a quella UE, e con essa di per sé non confliggente, costituisce così un primo metodo attraverso il quale l'ordinamento nazionale tenta di far convivere le proprie scelte interne con un quadro di riferimento, per così dire, esterno, che esso stesso ha assunto. Un secondo caso, vicino a quello appena descritto, si ha quando la normazione svincola l'esercizio del servizio di interesse generale da riferimenti alla collettività di pertinenza dell'amministrazione partecipante⁽⁵⁵⁾. In tal modo, viene reciso il legame ricavabile dal TUSPP tra la missione di interesse generale, come condizione di "attività" per la partecipazione, e l'atto di affidamento della stessa da parte dell'amministrazione partecipante. Tale schema avrebbe portato, almeno tendenzialmente, ad associare le partecipazioni pubbliche ad affidamenti *in house*, anche qui, dunque, combinando in modo originale vincoli che non sono previsti dal diritto UE. Si può dire perciò che l'ordinamento nazionale, nel muoversi tra le regole del diritto europeo, riconquista spazi di azione rimuovendo vincoli che si era autonomamente imposto.

La situazione diviene più problematica quando l'azione dei poteri pubblici nazionali è sottoposta a vincoli direttamente prescritti dal diritto UE, in particolare dalla disciplina degli aiuti di stato che è applicabile ai rapporti tra poteri pubblici e imprese a prescindere dall'attività che queste ultime svolgano. Qui, una volta usciti dalla logica strettamente corrispettiva dei servizi strumentali o da quella strettamente compensativa dei servizi di interesse generale prestati su incarico dell'amministrazione controllante, l'assunzione di partecipazioni pubbliche per obiettivi meno definiti e valevoli per loro stessi pone le amministrazioni anzitutto dinanzi all'alternativa tra rientrare o meno nella disciplina degli aiuti. Da tale questione di "giurisdizione" discende, come è noto, la soggezione al potere di controllo della Commissione UE, a carattere discrezionale, e all'obbligo di comunicazione preventiva con clausola di *stand still* (artt. 107-108 del TFUE).

Una volta attratti in tale giurisdizione, le azioni di salvataggio di imprese in difficoltà finanziaria divengono estremamente difficoltose, essendo le regole UE in materia molto restrittive ed essendovi spesso anche lo stimolo ad applicarle da parte dei concorrenti che si considerano lesi. Si trova così l'esplicitazione che l'assunzione delle partecipazioni, così come le ricapitalizzazioni e ogni altra "relazione finanziaria", avvengono "a condizioni di mercato", secondo il parametro dell'investitore privato e quindi con interventi non classificabili come aiuti di Stato⁽⁵⁶⁾. Gli obiettivi non dovrebbero però avere necessariamente fini "di mercato", non essendo tale aspetto rilevante ai fini della qualificazione come aiuto⁽⁵⁷⁾. Le amministrazioni pubbliche possono perciò operare per perseguire obiettivi di politica industriale, purché con calcolo economico. Questo restringe il margine delle azioni possibili, o dei modi possibili di azione, non essendo ad esempio più praticabile quella forma di "controllo" derivante dalle periodiche reintegrazioni dei fondi di dotazione degli enti di gestione, ma consente di restare fuori dalla "giurisdizione" ex artt. 107-108 TFUE.

⁵⁵ Si veda il già citato art. 4, comma 9-bis, del TUSPP.

⁵⁶ In sintesi, v. Commissione UE, *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato*, 2016/C 262/01, par. 4.2.

⁵⁷ Secondo la giurisprudenza degli effetti che la Corte di Giustizia ha elaborato in materia di aiuti di Stato, escludendo la rilevanza degli scopi perseguiti dalla misura nazionale. V., tra le tante, la sentenza C. giust. UE, *Franzia c. Commissione*, 26 settembre 1996, in causa C-241/94, punti 19 e 20.

Un problema simile si trova a valle della partecipazione pubblica, nell'attività della stessa società partecipata e con riflessi sull'esercizio dei poteri di socio. Se difatti l'assunzione della partecipazione da parte di un'amministrazione deve di per sé rispettare la disciplina degli aiuti di Stato, in quanto senz'altro compiuta con "risorse statali", le attività della società partecipate non sono automaticamente sottoposte alla medesima disciplina. Secondo la giurisprudenza della Corte, occorre che le misure da esse adottate siano state indirizzate dalle amministrazioni controllanti, divenendo con ciò alle stesse "imputabili"⁽⁵⁸⁾. Questo può singolarmente condurre ad allentare, almeno in apparenza, le capacità di controllo delle amministrazioni sulle società partecipate, o almeno ad esercitare tali capacità in modalità informali, esaltando il più possibile l'autonomia degli amministratori delle società. In questo modo, la società partecipata potrebbe in astratto anche adottare singole misure non perfettamente in linea con il criterio dell'investitore privato, potendo essere questo un indizio di eterodirezione, ma non un elemento decisivo in tal senso. Ovviamente l'esercizio stabile di un simile modo di agire non sarebbe praticabile, perché, nel medio lungo periodo, si riverbererebbe sulla solidità della società e dunque richiamerebbe in gioco il sostegno finanziario del socio pubblico, con i limiti di cui si è detto. Per singoli interventi, nondimeno, il diaframma delle società pubblica sottoposta a indirizzi "discreti" della amministrazione partecipante consente margini di azione difficilmente intercettabili dal diritto UE. Anche per questa via, il modello della società pubblica *in house*, e affidataria diretta di servizi e missioni, potrebbe divenire meno attrattivo rispetto a un più malleabile ricorso a partecipazioni in società di mercato formalmente autonome dai poteri pubblici.

6. Le partecipazioni pubbliche nel gioco delle istituzioni e del mercato

6.1. In effetti, un aspetto della disciplina che ancora oggi appare aperto a varie soluzioni è proprio quello dell'indirizzo e del controllo sulle società pubbliche da parte delle amministrazioni socie.

I modelli osservabili si possono distinguere secondo che riguardino, da un lato, la formazione dell'indirizzo, con il conseguente esercizio del controllo, o, dall'altro lato, la sua trasmissione nella direzione della società partecipata.

Quanto alla formazione degli indirizzi, le indicazioni che si possono trarre dal TUSP sono limitate all'essenziale. Il decreto (art. 9) prescrive il criterio per individuare l'ufficio che esercita i diritti del socio: per le partecipazioni statali, il MEF, di concerto con gli altri Ministeri competenti per materia; per quelle regionali, secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni; per quelle degli enti locali, il sindaco, il presidente o un loro delegato. Nei casi restanti, i diritti del socio sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente. Le norme (art. 15) incardinano poi nel MEF – in una struttura organizzativa dedicata e separata da quelle che esercitano le funzioni di socio – poteri di "indirizzo, controllo e monitoraggio" sull'attuazione del TUSP. Disposizioni speciali, relative a singole società, possono attribuire poteri di direttiva a singoli Ministeri, che di regola sono gli azionisti diretti delle società destinatarie. Vi è poi il caso della RAI, sottoposta ai poteri di "indirizzo generale" e vigilanza di una Commissione parlamentare⁽⁵⁹⁾, che dovrebbero essere esercitati in vista degli obiettivi di servizio pubblico ricavabili dalla normazione. L'evoluzione più complessa è però quella vissuta dalla Cassa Depositi e Prestiti, non solo per quanto riguarda il suo controllo da parte dello Stato, bensì per il ruolo che essa ha progressivamente acquisito quale *holding* delle partecipazioni statali e soggetto investitore pubblico – "banca di promozione" – per lo

⁵⁸ Si veda ad esempio, C. giust. UE, 21 marzo 1991, *Alfa Romeo*, in causa C- 305/89, punto 16.

⁵⁹ Legge 14 aprile 1975, n. 103.

sviluppo di settori produttivi. La disciplina “separa” la gestione delle partecipazioni statali presso la Cassa, attribuendo al MEF il potere di definire i “criteri” di gestione delle partecipazioni e integrando il consiglio di amministrazione delle Cassa con personale della Ragioneria e del MEF, nonché con esperti di designazione politico amministrativa (art. 5, commi 10 ss., d.l. 24 novembre 2003, n. 326)⁶⁰. La linea di “separazione” è però incerta; talune partecipazioni della Cassa restano nella gestione ordinaria, in ogni caso la linea di azione dell’ente, anche in ragione della presenza di privati nel suo capitale, dovrebbe essere quella di garantire la redditività degli investimenti⁶¹. Solo in tempi più recenti, con l’istituzione del “patrimonio destinato” da parte del d.l. n. 34/2020, si è abbozzato un raccordo tra gli investimenti in partecipazione e gli obiettivi di “politica industriale”, non necessariamente remunerativi, da indicare nel documento di economia e finanza.

Se dunque si toglie l’eccezione della RAI, dalle norme non possono trarsi precise indicazioni di contenuto sugli obiettivi che dovrebbe perseguire il potere pubblico nell’esercizio della partecipazione. Taluni meccanismi – come il concerto nell’esercizio dei diritti di socio tra il MEF e i Ministeri “competenti per materia” – possono far presagire la compresenza di una vocazione essenzialmente patrimoniale – a carattere “neutro”, di valorizzazione o conservazione del valore della partecipazione – con una cura di interessi pubblici settoriali, rispetto ai quali la partecipazione rilevi non tanto in sé quanto come strumento per guidare la società. Sarebbe però un attribuire alle norme più di quanto contengano, perché nulla viene detto sull’equilibrio tra le due sfere, né si può escludere che l’interesse per materia esprima a sua volta obiettivi mediati e strumentali di conservazione in sé del controllo sulle società del settore di competenza, a prescindere da ogni obiettivo finale.

La trasmissione dell’indirizzo sulla società può seguire varie strade, più o meno legate al diritto “comune” delle società o, per contro, di regime amministrativo. Sul primo fronte, alle note norme contenute nel codice civile sulla nomina “diretta” degli amministratori – limitate nell’oggetto alle sole società chiuse e in ogni caso bisognose di una clausola statutaria di mediazione⁶² – si aggiungono i poteri ordinariamente esercitabili dal socio secondo la legge e lo statuto. Nel caso degli affidamenti *in house*, tali poteri, pur restando nella sfera del diritto civile, possono essere spinti oltre l’ordinario, con il solo limite di non snaturare lo strumento societario impiegato⁶³. L’indirizzo si può esprimere anche in via contrattuale, ogni qualvolta – vi sia o meno un affidamento *in house* – esista un rapporto negoziale tra l’amministrazione e la società con contenuti modellabili. Negozi del genere possono istituire anche organi paritetici, tavoli tecnici e simili per accompagnare l’esecuzione delle attività affidate.

L’indirizzo in regime di diritto amministrativo si esprime di regola con il potere di direttiva, non necessariamente attribuito all’amministrazione che sia anche socia. Occorre però distinguere in base alle condizioni di esercizio di tale potere. Le direttive previste in generale dal TUSPP non sono rivolte alla gestione delle partecipazioni, bensì all’attuazione degli istituti contenuti nel decreto. In effetti, anche nel loro primo esercizio concreto esse si sono rivolte ad aspetti giuridici comuni alle società pubbliche, senza alcuna pretesa di orientare la gestione verso obiettivi particolari⁶⁴. Uno spazio

60 Resta applicabile anche la vigilanza della Commissione parlamentare prevista dall’art. 3 del R.D. 2 gennaio 1913, n. 453.

61 G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, Jovene, 2016, 109 ss.

62 Diversa è la disciplina della RAI, la composizione del cui consiglio di amministrazione è definita *ex lege* con l’attribuzione dei poteri di “elezione” e “designazione” alle Camere, al Governo ed all’assemblea dei dipendenti. V. l’art. 49 del d.lgs. n. 177/2015.

63 Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, in *Foro it.*, 2018, 11, I, 3750.

64 V. la direttiva del 9 settembre 2019 sulla separazione contabile, e quella del 16 marzo 2017, sull’individuazione dei componenti degli organi sociali.

per introdurre nelle direttive profili gestionali residua nelle norme particolari per singole società pubbliche, ancorché non vi sia evidenza di un uso ricorrente del potere in tal senso. Fa eccezione ancora una volta il caso della RAI, perché la sovrapposizione della missione di servizio pubblico con l'attività aziendale è talmente marcata che gli "indirizzi generali" dati dalla Commissione parlamentare possono influire anche sugli obiettivi gestionali.

6.2. Il quadro delle norme non sembra pertanto definire uno schema "forte" di emersione dell'interesse pubblico alla partecipazione e per la sua trasmissione sulla gestione delle società pubblica. Tolte le discipline particolari, non esistono organi dedicati e dai quali ci si attenda una particolare connotazione in termini di interessi rappresentati o di competenze tecniche, né vi è un processo decisionale complesso che sia in grado di accompagnare la formazione dell'indirizzo assorbendo gli interessi da acquisire. Ciò non vuole dire che schemi del genere non possano essere costruiti dalle singole amministrazioni socie con gli strumenti a disposizione, pubblicistici, societari o negoziali che siano. Nulla impedisce, in altri termini, che un'amministrazione strutturi una *governance* "forte" delle proprie partecipazioni, nella quale includere meccanismi di acquisizione degli interessi pubblici rilevanti e istituti di indirizzo e vigilanza sulla gestione. Solo che di soluzioni del genere non si fa carico direttamente la normazione positiva.

Si è al riguardo sostenuta l'incompiutezza del disegno normativo, anche nel confronto con altri ordinamenti come quelli francese e britannico che hanno istituzionalizzato le funzioni di socio, dalla quale incompiutezza finirebbe per derivare la prevalenza di profili meramente patrimoniali e il rischio di autoreferenzialità delle società pubbliche⁶⁵. Va però distinta la "geometria" esteriore delle norme sul governo delle partecipazioni con la loro concreta capacità di svolgere un ruolo di composizione tra gli interessi pubblici che dovrebbero esservi dal lato del socio e quelli propri della società alla sua conduzione con criterio economico.

Quanto alla prima, per non incorrere in un pregiudizio "tardo-idealista"⁶⁶, si è visto che il nostro ordinamento ha visto per un lungo periodo un'architettura di governo delle partecipazioni estremamente articolata, munita di un centro di imputazione formale (il Ministero delle partecipazioni statali), organi di coordinamento (comitati di Ministri), enti specializzati di gestione, con processi decisionali idealmente capaci di proiettare le valutazioni di interesse pubblico sulla gestione delle società partecipate. Meccanismi del genere, se hanno funzionato, lo hanno fatto in condizioni molto particolari⁶⁷, talmente particolari da potere essere dipese più da un'occasionale coincidenza che da qualità positive del modello nelle circostanze del caso. La disfunzionalità progressiva del sistema di governo delle partecipazioni si è peraltro manifestata in una duplice inettitudine: il modello non ha dato un senso alla partecipazione come strumento (anche) di cura degli interessi pubblici, né è riuscito a conservare valore patrimoniale delle partecipazioni e redditività delle imprese. Costituiscono un buon esempio di ciò gli strascichi di talune vicende sul piano finanziario e degli interessi pubblici "non economici" coinvolti (si pensi alla recente riacquisizione degli impianti ILVA, ex Italsider).

D'altra parte, anche negli spazi attualmente consentiti dalla normativa, l'esperienza indica che la capacità di indirizzo del socio pubblico sulla società partecipata non è una funzione lineare dell'intensità dei poteri di cui il primo dispone sulla seconda. Si può considerare il modello del controllo *in house* nel quale, come si è anticipato, seppur

65 G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., 125-126.

66 Così G. AMATO, *Il ruolo dell'esecutivo nel governo delle partecipazioni statali*, cit., 135.

67 Ad esempio, nella compresenza di un "forte senso di missione" degli imprenditori pubblici e di "condizioni politiche straordinarie" di non interferenza da parte dei poteri pubblici. Questa è la tesi di F. BARCA e S. TRENTO, *La parabola delle partecipazioni statali: una missione tradita*, cit., 185-186.

6.2. Il quadro delle norme non sembra pertanto definire uno schema “forte” di emersione dell’interesse pubblico alla partecipazione e per la sua trasmissione sulla gestione delle società pubblica. Tolte le discipline particolari, non esistono organi dedicati e dai quali ci si attenda una particolare connotazione in termini di interessi rappresentati o di competenze tecniche, né vi è un processo decisionale complesso che sia in grado di accompagnare la formazione dell’indirizzo assorbendo gli interessi da acquisire. Ciò non vuole dire che schemi del genere non possano essere costruiti dalle singole amministrazioni socie con gli strumenti a disposizione, pubblicistici, societari o negoziali che siano. Nulla impedisce, in altri termini, che un’amministrazione strutturi una governance “forte” delle proprie partecipazioni, nella quale includere meccanismi di acquisizione degli interessi pubblici rilevanti e istituti di indirizzo e vigilanza sulla gestione. Solo che di soluzioni del genere non si fa carico direttamente la normazione positiva.

Si è al riguardo sostenuta l’incompletezza del disegno normativo, anche nel confronto con altri ordinamenti come quelli francese e britannico che hanno istituzionalizzato le funzioni di socio, dalla quale incompletezza finirebbe per derivare la prevalenza di profili meramente patrimoniali e il rischio di autoreferenzialità delle società pubbliche⁽¹⁾. Va però distinta la “geometria” esteriore delle norme sul governo delle partecipazioni con la loro concreta capacità di svolgere un ruolo di composizione tra gli interessi pubblici che dovrebbero esservi dal lato del socio e quelli propri della società alla sua conduzione con criterio economico.

Quanto alla prima, per non incorrere in un pregiudizio “tardo-idealista”⁽²⁾, si è visto che il nostro ordinamento ha visto per un lungo periodo un’architettura di governo delle partecipazioni estremamente articolata, munita di un centro di imputazione formale (il Ministero delle partecipazioni statali), organi di coordinamento (comitati di Ministri), enti specializzati di gestione, con processi decisionali idealmente capaci di proiettare le valutazioni di interesse pubblico sulla gestione delle società partecipate. Meccanismi del genere, se hanno funzionato, lo hanno fatto in condizioni molto particolari⁽³⁾, talmente particolari da potere essere dipese più da un’occasionale coincidenza che da qualità positive del modello nelle circostanze del caso. La disfunzionalità progressiva del sistema di governo delle partecipazioni si è peraltro manifestata in una duplice inettitudine: il modello non ha dato un senso alla partecipazione come strumento (anche) di cura degli interessi pubblici, né è riuscito a conservare valore patrimoniale delle partecipazioni e redditività delle imprese. Costituiscono un buon esempio di ciò gli strascichi di talune vicende sul piano finanziario e degli interessi pubblici “non economici” coinvolti (si pensi alla recente riacquisizione degli impianti ILVA, ex Italsider).

D’altra parte, anche negli spazi attualmente consentiti dalla normativa, l’esperienza indica che la capacità di indirizzo del socio pubblico sulla società partecipata non è una funzione lineare dell’intensità dei poteri di cui il primo dispone sulla seconda. Si può considerare il modello del controllo in house nel quale, come si è anticipato, seppur con strumenti di diritto societario il socio si assume in grado di esercitare un controllo idealmente comparabile a quello che svolge sui suoi uffici interni. In effetti, gli accorgimenti statutari che costituiscono la soglia minima negli affidamenti in house prevedono controlli preventivo/programmatori, contestuali e successivi che dovrebbero consentire al più alto grado sia di far emergere gli interessi pubblici sottesi alla partecipazione sia di indirizzare concretamente la società verso tali interessi e correggere

1 G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., 125-126.

2 Così G. AMATO, *Il ruolo dell’esecutivo nel governo delle partecipazioni statali*, cit., 135.

3 Ad esempio, nella compresenza di un “forte senso di missione” degli imprenditori pubblici e di “condizioni politiche straordinarie” di non interferenza da parte dei poteri pubblici. Questa è la tesi di F. BARCA e S. TRENTO, *La parabola delle partecipazioni statali: una missione tradita*, cit., 185-186.

per tempo le deviazioni. Vi sono però casi vistosi nei quali, pur in presenza di uno schema di affidamento in house formalmente esente da pecche, il controllo sulla società è sostanzialmente privo di effetti, gli obiettivi di interesse pubblico riflettono a ritroso la condizione storica della società, anziché mirare a conformarne il futuro, la gestione è reattiva alla soddisfazione di obiettivi minuti (tendenzialmente immeritevoli) dei titolari degli uffici controllanti (es., le politiche di assunzione impiegate per fini clientelari) mentre è del tutto incapace di raggiungere obiettivi imprenditorialmente accettabili. Periodi prolungati di un simile controllo conducono a entità che ormai hanno solo la parvenza dell'impresa produttiva, ma che neppure possono dirsi "enti di mera erogazione", essendo inabili anche a questa sola funzione⁽⁴⁾.

Un fenomeno apparentemente contrastante con l'intensità e la direzione dei controlli formalmente esercitabili si riscontra anche all'interno dei gruppi societari pubblici, nei quali ci si potrebbe attendere che, quantomeno sul piano dei rapporti tra la capogruppo e le controllate, i normali strumenti di diritto societario e la "professionalità" dei titolari degli uffici consenta un'azione efficace di indirizzo. In realtà, la catena delle designazioni negli organi amministrativi e le sfere di azione delle partecipate appartenenti al gruppo non sono manifestazione di un indirizzo che promana dall'amministrazione partecipante e che si distribuisce linearmente tra le entità del gruppo. Piuttosto, ciascuna delle società del gruppo diviene un autonomo oggetto di attuazione di un indirizzo "scomposto" secondo gli equilibri politico-amministrativi del momento, il che riduce anche la possibilità di definire strategie coerenti per il "gruppo pubblico" che dunque rischia di operare come una sommatoria di soggetti indipendenti.

Tutto ciò suggerisce che l'indirizzo e il controllo sulle partecipazioni pubbliche, unitamente all'idea di far emergere interessi pubblici ulteriori rispetto alla valorizzazione della partecipazione, non si risolvono in un disegno esteriormente razionale della funzione e dell'apparato organizzativo che la governa. Tale strada è stata già intrapresa in passato con risultati opposti a quelli voluti, peraltro in condizioni di minore internazionalizzazione e apertura dei mercati e dunque idealmente più agevoli. Hanno pesato il difetto più generale di capacità amministrativa, le molteplici combinazioni di interessi pubblici e privati che possono sorgere nel circuito politico amministrativo, l'assenza di meccanismi di contenimento che operassero a prescindere dalla volontà degli agenti del momento. Si può ovviamente immaginare di emendare taluni degli errori commessi in precedenza, ma molto spesso, pur nella raggiunta comprensione degli aspetti disfunzionali, è difficile distinguere quanto vi fosse di contingente e cogliere i reali fattori causali.

Nel quadro attuale, conservare le condizioni di pressione esterna per garantire quantomeno un buon grado di redditività delle partecipazioni potrebbe essere di per sé uno strumento di cura dell'interesse pubblico, di quello molto generale ma non trascurabile a non disperdere risorse impiegabili in altri modi. In questo senso, discipline come quella europea sugli aiuti di Stato, talvolta viste come costitutive di impedimenti al perseguimento di obiettivi immediati, consentono invece di conservare un minimo di linearità nell'azione di medio e lungo periodo delle società pubbliche. Qualunque riforma non dovrebbe dunque rinunciare a tali fattori di pressione virtuosa e vi dovrebbe essere particolare cautela nell'assunzione di nuove partecipazioni, specie in mercati complessi che mettono a prova ancor più dura le qualità del socio.

⁴ Si veda la vicenda dell'Atac di Roma, per come ricostruita dall'Anac nella delibera n. 270 del 26 marzo 2019.

7. Conclusioni

Le linee del possibile sviluppo della disciplina sono dunque difficili da prevedere e potrebbero dipendere da fattori contingenti.

Da un lato, si è visto che nella normazione convive un'aspirazione ideale con una pratica di segno diverso. Il TUSPP sembrerebbe prefigurare la sopravvivenza delle sole società pubbliche di scopo – per autoproduzione o servizi strumentali – insieme alle società miste come veicoli di cooperazione istituzionale. A questo schema apparentemente rigido – sia per le società esclusivamente pubbliche sia per quelle miste, queste ultime scarsamente appetibili non foss'altro che per il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo – si accompagna il sistema delle deroghe e delle norme speciali, fino troppo lasco e tenuto per lo più fuori da un disegno unitario. L'indecisione che ne emerge ha probabilmente contribuito alla limitata efficacia delle misure di razionalizzazione.

Dall'altro lato, il fronte del governo delle partecipazioni continua a essere sguarnito nonostante gli impegni che si prefigurano all'orizzonte siano più gravosi. La più recente normazione emergenziale – nell'estendere il ricorso a società pubbliche come supporto per le politiche di reazione alla pandemia; opzione, come si è detto, in sé comprensibile – ha scelto di rafforzare le funzioni di c.d. turnaround in enti, come la Cassa depositi e prestiti, la cui vocazione per investimenti redditizi era stata già messa in discussione da taluni interventi nel capitale di imprese con prospettive di rendimento non particolarmente affidabili. È vero che la disciplina ha previsto a tal fine un "patrimonio destinato", separato da quello della Cassa, il che dovrebbe escludere ripercussioni sulla solidità finanziaria dell'istituto. Nondimeno, ciò è avvenuto "a parità di risorse" umane e strumentali, solo estendendo i meccanismi di indirizzo, controllo e compartecipazione delle scelte di gestione propri della gestione separata della CDP. Altre norme di emergenza hanno riscritto i meccanismi di "riporto" applicabili a società pubbliche partecipate dalla Cassa, come SACE, sottraendoli alla normale catena della partecipazione azionaria e imputandoli a un complesso meccanismo di concerti e consultazioni che, secondo il tipo e l'oggetto delle decisioni da assumere, coinvolge direttamente i Ministeri "competenti", MEF e Sviluppo economico, e la Cassa stessa⁵.

In definitiva, così come era già avvenuto per il punto iniziale della "parabola" delle partecipazioni statali, i tasselli del mosaico si combinano anzitutto per reagire a contingenze e risolvere problemi puntuali. Di principio, i legami che ne discendono non sono tuttavia meno forti e meno duraturi rispetto a quelli che possono nascere con un disegno di riforma consapevole della materia.

Il quesito richiamato in apertura e risolto agilmente dalla Corte di giustizia e dalla Corte costituzionale era forse di semplice soluzione, ma non lo è affatto il problema che esso sottende, sulla collocazione delle partecipazioni pubbliche nell'ordinamento. Sin qui, il modello è stato costruito combinando divieti e fughe da tali divieti, con una logica sempre meno lineare. A un certo punto, la correttezza di questo impianto potrebbe essere messa in discussione proprio per la diversità di trattamento tra le società pubbliche, anziché tra queste e le società private.

⁵ Su tali profili della disciplina di CDP e della SACE, cfr. A. PISANESCHI, *La Cassa Depositi e Prestiti: holding di partecipazioni, banca nazionale di promozione o operatore del turnaround industriale?*, in *www.ilcaso.it*, 2020, 17.

I pareri della Corte dei conti in materia di costituzione di società e di acquisizione di partecipazioni. Lo stato della giurisprudenza contabile

SOMMARIO: 1. La normativa di riferimento. 2. La procedura di esame. 3. L'invio dell'atto dopo la sua esecuzione. 4. Natura ed esiti della funzione. 5. I parametri di riferimento. 5.1 Sui parametri della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria. 6. Il controllo sull'aderenza della motivazione ai parametri normativi. 7. Il perimetro oggettivo di applicazione. In particolare, le operazioni straordinarie. 7.1. La trasformazione fra tipi societari (c.d. omogenea). 7.2 L'aumento di capitale. 7.3 La fusione per incorporazione. 7.4. Il "soccorso finanziario" a società in perdita protratta ex art. 14, comma 5, TUSP. 7.5 Le società quotate. 7.6 I consorzi. 7.7 I controlli della Corte dei conti sulle operazioni societarie non soggette all'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP.

DI DONATO CENTRONE

ABSTRACT: Il saggio propone un'analisi della particolare forma di controllo esercitata dalla Corte dei conti in materia di costituzione di società di capitali e di acquisizione di partecipazioni, dirette o indirette, nelle stesse, attraverso un attento esame della giurisprudenza formatasi in materia.

ABSTRACT: The essay proposes an analysis of the particular form of control exercised by the Court of Auditors on the establishment of corporations and the acquisition of direct or indirect shareholdings in them, through a close examination of the jurisprudence formed on the subject.

1. La normativa di riferimento.

L'art. 5 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (di seguito, anche TUSP), come recentemente modificato dall'art. 11, comma 1, lett. a), della legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza), prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso dall'amministrazione pubblica procedente (come definita dall'art. 2, comma 1, lett. a), del TUSP) all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (che può esercitare i poteri attribuiti dall'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287⁽¹⁾) e alla Corte dei conti, che deve deliberare, entro il termine di sessanta giorni, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo 5,

¹ In base al comma 1 della ridetta disposizione di legge, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Inoltre, in virtù del comma 2, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni (ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104).

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.

Il successivo comma 4 dispone che, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali, sono competenti le Sezioni riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti.

La novella normativa precisa che, qualora la Corte dei conti non si pronunci entro il termine prescritto di sessanta giorni, l'amministrazione possa procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione⁽²⁾. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata ritenga di procedere egualmente, è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi e a darne pubblicità nel proprio sito internet istituzionale.

La modifica apportata all'art. 5 del TUSP ad opera della legge n. 118 del 2022 ha investito, pertanto, l'esame svolto dalla Corte dei conti sugli atti di costituzione di una nuova società ovvero di acquisizione di una partecipazione in società già esistente.

L'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un ente pubblico, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto societario che di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola, come noto, in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico, ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta dare attuazione alla determinazione amministrativamente assunta, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione, etc.)⁽³⁾.

Come evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo nella prima pronuncia di orientamento generale adottata in materia (deliberazione n. 16/2022/QMIG), la funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca nel passaggio tra le due fasi, con l'intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato; ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili⁽⁴⁾. In questa prospettiva, l'intervento del legislatore si inquadra nel novero delle generali politiche di spending review, con l'obiettivo di assicurare una razionalizzazione e più efficiente gestione delle partecipazioni, al fine di

2 Sempre il comma 4 puntualizza che la segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni sul proprio sito internet istituzionale.

3 Tale distinzione costituisce ius receptum nella giurisprudenza sia della Corte di Cassazione (ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché sentenza n. 30167/2011) che del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7030/2018), rappresentando anche il punto di confine tra le due giurisdizioni, essendo rimesso al giudice amministrativo il controllo giudiziale della prima fase, al giudice ordinario la seconda, avente natura privatistica.

4 In primo luogo, l'atto deliberativo assume rilevanza sul piano del diritto privato (Corte cost. n. 227/2020); si pensi, al riguardo, alle conseguenze che la mancanza o l'invalidità dell'atto amministrativo di autorizzazione alla costituzione/acquisizione produce in termini di nullità, ex art. 2332 cod. civ., della società, ove riguardi una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale (cfr. art. 7, comma 6, TUSP) ovvero in termini di inefficacia del contratto di acquisto della partecipazione (cfr. art. 8, comma 2, TUSP). Per altro verso, l'intervento pubblico in una realtà societaria rischia di alterare il meccanismo concorrenziale del mercato (Corte costituzionale sentenza n. 251/2016) e si riverbera sulla finanza pubblica, impegnando risorse derivanti dal bilancio delle amministrazioni socie.

ridurre il loro costo per i bilanci pubblici (Corte costituzionale, sentenza n. 194/2020)⁽⁵⁾.

È alla luce di tale inquadramento che assumono significato le disposizioni dell'art. 5 TUSP, le quali, già nella formulazione originaria, impongono all'amministrazione un rigoroso onere di motivazione analitica dell'atto, da sottoporre anche all'esame della Corte dei conti al fine di intercettare tempestivamente eventuali irregolarità (anticipando valutazioni che potrebbero emergere in sede di controllo sui piani di razionalizzazione, ex art. 20 TUSP).

L'intervento normativo delinea i parametri di riferimento, la procedura e gli esiti della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti.

2. La procedura di esame.

La novella normativa ha precisato, sul piano procedurale, i termini entro i quali la Corte dei conti deve esaminare la delibera (sessanta giorni) e le modalità di comunicazione all'amministrazione dell'esito finale della verifica, nonché gli obblighi di pubblicazione imposti a quest'ultima.

Circa gli aspetti procedurali le Sezioni riunite in sede di controllo, nella citata delibera nomofilattica n. 16/2022/QMIG, hanno evidenziato come la nuova disciplina non preveda, espressamente, la necessità di attività istruttoria, né, di conseguenza, contempla ipotesi di sospensione del termine prescritto per l'esame.

In proposito, è stato sottolineato che la mancata previsione risulterebbe conforme alle modalità di espletamento della funzione consultiva, che, alla luce delle costanti pronunce intervenute sull'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131 ~~del 2003~~, verte sull'interpretazione di norme contabili riferite a fattispecie astratte e generali⁽⁶⁾.

Tale ricostruzione non appare, tuttavia, in linea con quanto previsto dall'art. 5, comma 3, del TUSP, che incentra l'esame su atti specifici già perfezionati (le delibere di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie), individuandone, altresì, a differenza della generale funzione consultiva, i parametri di riferimento e gli effetti collegati all'esito valutativo.

La mancata espressa previsione normativa non esclude che l'esercizio della funzione in esame sia attuata nel rispetto del principio generale del contraddittorio; infatti, proprio in considerazione delle conseguenze, dirette e indirette, del pronunciamento della Corte, l'interlocuzione con l'amministrazione e/o la richiesta di eventuale integrazione documentale appaiono funzionali ad acquisire i pertinenti elementi valutativi, in particolare nei casi in cui gli atti trasmessi non siano sufficientemente corredatai dei dati necessari all'esame⁽⁷⁾.

Il perimetro della documentazione che deve essere inviata alla Corte dei conti ai fini della prescritta valutazione è delineato dal contenuto motivazionale dell'atto deliberativo. Ove la competente Sezione della Corte ritenga la documentazione trasmessa non completa o non chiara ovvero di dover acquisire ulteriori elementi al fine di valutare la ricorrenza dei requisiti prescritti dalla legge (in particolare, di sostenibilità finanziaria o di coerenza della scelta con i principi di efficacia, efficienza ed

5 L'art. 1 del TUSP prevede che le proprie disposizioni "sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa", puntando a contrastare l'aumento ingiustificato del ricorso alle partecipazioni societarie pubbliche, le cui eventuali inefficienze gestionali vanno a gravare, in ultima analisi, sui bilanci degli enti partecipanti (cfr., anche, Corte costituzionale, n. 86/2022).

6 Anche se non è infrequente che la Corte dei conti, nell'ambito di altre funzioni consultive attribuite dall'ordinamento, si pronunci richiedendo chiarimenti prima di emettere il parere.

7 Sul punto, va, peraltro, ricordato che l'art. 3, comma 8, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 ~~del 1994~~ conferisce un potere generalizzato alla Corte dei conti di richiedere alle amministrazioni pubbliche ed agli organi di controllo interno qualsiasi atto o notizia che sia strumentale all'espletamento dei propri compiti di controllo (si rinvia, anche, all'art. 16 del r.d. n. 1214 del 1934).

economicità) può chiedere, in sede istruttoria, ulteriori atti e/o delucidazioni; a tal fine, la Sezione deve individuare i tempi di riscontro, che – per esigenze di compatibilità con la scadenza del termine di legge - possono essere di durata breve (vertendo, peraltro, su elementi informativi che dovrebbero essere già a disposizione dell'amministrazione precedente)⁽⁸⁾.

3. L'invio dell'atto dopo la sua esecuzione.

Altro aspetto oggetto di dubbio interpretativo riguarda i casi in cui l'attivazione della funzione di cui all'art. 5 TUSP avvenga dopo che l'acquisto della partecipazione (o la costituzione societaria) sia stato definito in sede negoziale. Le Sezioni riunite in sede di controllo, nella delibera n. 16/2022/QMIG, hanno evidenziato come la fattispecie prospettata presenti caratteri eccentrici rispetto al modello procedurale prefigurato dal legislatore. La novella prevede, infatti, che l'amministrazione sia tenuta ad inviare l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione alla Corte dei conti, che deve pronunciarsi entro sessanta giorni dal ricevimento. Tuttavia, in caso di decorso infruttuoso del termine, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione. La verifica della Corte dei conti interviene, pertanto, su un provvedimento già perfetto, che, per poter essere eseguito, mediante la stipula dell'atto negoziale di costituzione o di acquisto, necessita del vaglio positivo della magistratura contabile ovvero del decorso infruttuoso del termine assegnato.

Risulta, pertanto, estranea al disposto normativo di cui al novellato art. 5 del TUSP la fattispecie dell'invio alla Corte dei conti di un provvedimento perfetto e già eseguito, mediante la stipula dell'atto negoziale. In proposito, la qualificazione legislativa in termini di "parere" dell'esito conclusivo della procedura di verifica esclude il carattere interdittivo del controllo operato dalla Corte. La novella normativa, infatti, dispone espressamente che, in caso di valutazione in tutto o in parte negativa, l'amministrazione pubblica può procedere egualmente, motivando analiticamente le ragioni per le quali ritenga di discostarsi dal parere.

L'invio di un provvedimento di acquisizione di partecipazione societaria già eseguito (con la stipula del negozio civilistico di costituzione o acquisizione) non consente, pertanto, l'esercizio dei poteri di verifica preliminare, da parte della Corte dei conti, secondo la procedura ed i tempi prescritti dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, né l'esito di questi ultimi può sfociare, in caso di valutazione negativa, nell'onere per l'amministrazione di motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi, avendo quest'ultima già stipulato il negozio di costituzione o acquisto.

Di conseguenza, in questa ipotesi, la verifica della Corte dei conti non può procedere secondo la procedura, i parametri e gli esiti indicati dall'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP, venendone a mancare il presupposto a fondamento. Ferma restando l'emersione, secondo le regole ordinarie, di eventuali ipotesi di responsabilità, l'esame degli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie potrà comunque essere effettuato nell'esercizio delle altre funzioni di controllo attribuite dalla legge, in primo luogo quella vertente sugli annuali piani periodici di revisione (art. 20 TUSP).

Lesame successivo di tali atti, inoltre, può essere espletato in occasione degli obblighi di referto annuale cui sono tenute, per legge, alcune sezioni della Corte⁽⁹⁾ ovvero, ancora, in sede di controllo di legalità finanziaria sui bilanci preventivi e

⁸ Può farsi rinvio, per approfondimenti, alla citata delibera delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 16/2022/QMIG.

⁹ Fra tutte, la Sezione di controllo sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, ex lege n. 259 del 1958.

rendiconti consuntivi di enti territoriali e del servizio sanitario nazionale (che, ai sensi dell'art. 148-bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 del 2000 e dell'art. 1, comma 4, del citato decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174 del 2012, presuppongono la valutazione degli effetti dei risultati economici della società sulla gestione economico-finanziaria dell'ente socio).

Infine, un ulteriore momento di analisi può essere costituito dai giudizi di parifica del rendiconto dello Stato e delle regioni (artt. 39, 40 e 41 del regio decreto n. 1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012), che, tradizionalmente, dedicano apposito capitolo alla valutazione della gestione delle partecipazioni societarie.

4. Natura ed esiti della funzione

Come accennato, il legislatore è intervenuto sugli esiti della funzione di controllo attribuita alla magistratura contabile, prevedendo, da un lato, che l'amministrazione pubblica, in caso di mancato pronunciamento entro sessanta giorni, possa procedere alla costituzione o all'acquisizione della società e, dall'altro, che, in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione intenda proseguire egualmente, è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali ritenga di discostarsene e a darne pubblicità nel proprio sito internet istituzionale.

In ordine alla natura ed agli esiti della nuova funzione, le Sezioni riunite in sede di controllo, nella deliberazione n. 16/2022/QMIG, hanno avuto modo di evidenziare che, mentre il novellato comma 3 dell'art. 5 ha qualificato l'esito finale dell'esame della Corte dei conti in termini di "pronuncia"⁽¹⁰⁾, il comma 4 fa riferimento ad un "parere", accentuando la natura consultiva, piuttosto che di controllo, di questa nuova funzione affidata alla Corte.

L'art. 5, comma 3, invero, prevede che la Corte dei conti si pronunci "in ordine alla conformità dell'atto" ai parametri individuati dal legislatore (sopra elencati), richiamando elementi propri del controllo successivo di regolarità/legittimità su atti, già evidenziata, anche con riferimento ad altre funzioni attribuite dal Testo unico delle società pubbliche, dalle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione (sentenze n. 16/2019/EL, n. 17/2019/EL e n. 25/2019/EL) e dalle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 19/2020/REF⁽¹¹⁾).

Tuttavia, la pronuncia che conclude tale attività viene denominata "parere". Tale qualificazione presenta profili non del tutto in linea con la disciplina della generale funzione consultiva attribuita alla Corte dei conti (art. 7, comma 8, legge 5 giugno 2003, n. 131 del 2003), in virtù della quale gli enti territoriali possono chiedere pareri in materia di contabilità pubblica in ordine all'interpretazione, generale e astratta, di norme contabili e finanziarie (cfr., per tutte, Sezioni riunite, deliberazione n. 54/2010/QMIG). Anche la nuova funzione, che l'art. 46 legge 23 dicembre 2021, n. 238 del 2021 (rubricato "sviluppo della funzione consultiva") intesta alle Sezioni riunite in sede consultiva, sembra avere, quale presupposto legittimante l'istanza, la presenza di "fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro" (riferite alle risorse stanziare dal PNRR e ai fondi ad esso complementari), ma, quale contenuto, la resa di un parere nelle "materie di contabilità pubblica", afferente, alla luce dell'analoga formulazione letterale, all'interpretazione, generale e astratta, di norme del diritto contabile o finanziario, potenzialmente applicabili alla fattispecie prospettata.

Inoltre, per l'espressione del parere da parte della magistratura contabile, è necessario

¹⁰ Aderente alla proposta effettuata dalle Sezioni riunite in sede di controllo nella citata audizione presso la Commissione parlamentare competente (cfr. deliberazione n. 1/2022/AUD)

¹¹ Può farsi rinvio, altresì, alla deliberazione n. 12/2021/PARI, approvativa della relazione allegata al giudizio di parifica del rendiconto dello Stato per l'esercizio 2020.

che l'attività (amministrativa o negoziale), oggetto dell'istanza non sia stata posta in essere dall'amministrazione richiedente, essendo la funzione consultiva strumentale all'adozione, successiva, di atti regolari dal punto di vista contabile (e del rispetto delle norme di finanza pubblica); la stessa non può portare, invece, ad avvallare ex post scelte già compiute, estrinsecantisi in atti già perfezionati o contratti già stipulati (cfr., per esempio, Sezione delle autonomie, deliberazione n. 17/2020/QMIG⁽¹²⁾).

La richiamata attività consultiva, peraltro, non prevede termini per il suo esercizio, a differenza di quanto prescritto dal novellato art. 5, commi 3 e 4, TUSP.

Il pronunciamento richiesto sembra presentare punti di contatto con le procedure, i tempi e gli effetti (in caso di superamento del termine) del controllo preventivo di legittimità. Tuttavia, in assenza di una espressa previsione in tal senso, non appare possibile ricondurre la nuova funzione a quest'ultimo, puntualmente disciplinato in ordine a tipologia (tassativa) di atti assoggettati, autorità emanante, procedura istruttoria, termini ed esiti (art. 3 legge n. 20 del 1994 e norme ivi richiamate, su tutte artt. 17, e seguenti, del regio decreto n. 1214 del 1934). Peraltro, il controllo preventivo di legittimità interviene su un atto già perfetto, ma non efficace, mentre, nel caso di specie, l'esame appare incentrato su un atto già perfetto ed efficace, per il quale 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)⁽¹³⁾.

Nel senso dell'attrazione alla funzione di controllo concorrono vari elementi.

In primo luogo, può richiamarsi la rubrica dell'art. 12 della legge n. 118 del 2022 ("Modifica della disciplina dei controlli sulle società a partecipazione pubblica") e in tali termini si esprime anche la relazione illustrativa all'iniziale disegno di legge. In secondo luogo, in base alla novella normativa, il pronunciamento della Corte dei conti interviene non prima (come per l'attività consultiva), ma dopo che l'amministrazione abbia perfezionato l'atto deliberativo (di costituzione o di acquisizione della partecipazione), per la traduzione del quale nelle forme del diritto societario, tuttavia, la legge richiede il decorso di un predeterminato lasso temporale (sessanta giorni) funzionale all'esame da parte della Corte dei conti. La disciplina introdotta dalla legge n. 118 del 2022, inoltre, va letta in chiave sistematica, considerando il complessivo ruolo assegnato alla Corte dei conti in materia di società a partecipazione pubblica: quest'ultima è chiamata a pronunciarsi, esercitando funzioni di controllo, fra gli altri, sulle revisioni periodiche ex art. 20 TUSP⁽¹⁴⁾.

Tuttavia, l'espressa qualificazione della pronuncia della Corte dei conti, da parte del legislatore, quale "parere" ha conferito una fisionomia atipica ad una attività di controllo su un atto specifico, di cui la norma individua anche i parametri di riferimento. Tale qualificazione appare, invero, funzionale all'obiettivo del legislatore

12 Nonché la costante giurisprudenza delle sezioni regionali di controllo (per tutte, Lombardia, deliberazioni n. 62, 290 e 421/2016/PAR).

13 Per la differenza fra efficacia ed esecutività può farsi rinvio all'art. 21-quater, c. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241 del 1990 (come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. c), della legge 7 agosto 2015, n. 124), rubricato "Efficacia ed esecutività del provvedimento", in base al quale "I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo". Inoltre, "L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21-nonies".

14 Coerentemente la citata deliberazione delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 1/AUD/2022 (paragrafi 3.3 e 3.4) aveva ricondotto la funzione nell'ambito dell'attività di controllo. Anche in vigenza dell'abrogato articolo 3, commi 27 e 28, legge n. 244 del 2007, la verifica sugli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie era stata qualificata in termini di controllo (per es., SRC Lombardia n. 44/2012/PRSE, n. 263/2011/PRSE e n. 830/2011/PRSE).

di ottenere un vaglio tempestivo, da parte della Corte dei conti, sull'operazione di costituzione o acquisto della partecipazione societaria, senza, tuttavia, attribuirvi effetti preclusivi (diversamente da quanto sarebbe accaduto in caso di richiamo agli schemi tipici del controllo preventivo di legittimità o al successivo con effetti interdittivi).

Infatti, da un lato, il pronunciamento della Corte dei conti deve intervenire entro un arco temporale predeterminato (sessanta giorni), con facoltà, in difetto, per l'amministrazione di procedere ugualmente; dall'altro, ove il parere della Corte dei conti sia "in tutto o in parte negativo", l'amministrazione, previo onere di motivazione rafforzata ("analitica"), può ugualmente costituire la società o acquisire la partecipazione.

In conclusione, le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/202/QMIG) hanno ritenuto che la procedura prevista dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP postula l'espletamento di una peculiare attività di controllo, di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti.

5. I parametri di riferimento.

In ordine ai primi, il richiamo, effettuato dall'art. 5, comma 3, TUSP ai precedenti commi 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a: a) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4); b) ragioni che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; c) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; d) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Inoltre, la Corte dei conti deve valutare la conformità della delibera inviata a quanto disposto dagli articoli 4, 7 e 8 del d.lgs. n. 175 del 2016 (dettati in tema di competenza, procedura e contenuto motivazionale dell'atto determinativo o deliberativo adottato dall'ente pubblico istante).

L'impianto normativo (art. 5, commi 1 e 2, TUSP)⁽¹⁵⁾ evidenzia, in primo luogo, come gravi sull'amministrazione procedente l'onere di inserire, nelle motivazioni della delibera di costituzione della società (o di acquisto di una partecipazione) o nei relativi allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi.

Tenendo quindi a mente tale separazione di ruoli, occorre analizzare partitamente gli ambiti di valutazione che vedono l'amministrazione come soggetto obbligato e quelli del successivo sindacato rimesso alla Corte dei conti sugli atti deliberativi adottati.

5.1 Sui parametri della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria.

Le valutazioni circa la "convenienza economica" e la "sostenibilità finanziaria" dell'operazione di investimento in una società neocostituita o già esistente, da cui conseguono anche quelle relative alle possibilità alternative della gestione diretta o esternalizzata e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, costituiscono un onere gravante sull'amministrazione interessata all'operazione; quest'ultima è tenuta ad effettuare i necessari approfondimenti istruttori che devono sorreggere la scelta e confluire nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo, da sottoporre poi allo scrutinio

¹⁵ Già oggetto di esame, nel corso dell'iter parlamentare, da parte delle Sezioni riunite in sede di controllo, cfr. deliberazione n. 1/SSRRCO/AUD/22, "Memoria sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021",

della Corte dei conti.

Tra i profili di carattere economico-finanziario che, in base all'art. 5, devono integrare il tessuto motivazionale degli atti in questione, un ruolo centrale è rivestito dal concetto di sostenibilità finanziaria⁽¹⁶⁾, che, in base a quanto opinato da Sezioni riunite in sede di controllo n. 16/2022/QMIG, assume, nel campo degli investimenti societari, una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento che l'amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato.

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale di previsione, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale⁽¹⁷⁾.

Nel caso delle società a partecipazione pubblica la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettica dell'attività, intesa come idoneità a preservare l'equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte dall'art. 14 TUSP al socio pubblico con riguardo agli interventi di sostegno economico alle società partecipate in difficoltà, in virtù dei limiti e divieti al soccorso finanziario, ampliamenti sviluppati dalla giurisprudenza contabile⁽¹⁸⁾.

La sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo deve essere attentamente scandagliata dall'amministrazione, nell'ambito dell'iter istruttorio, facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. Tra di essi, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisizione di partecipazioni sia suffragato dallo sviluppo di un adeguato business plan (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende avviare o proseguire.

Quanto al relativo contenuto, tale documento (o altro equipollente) deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione che si intende eseguire: nel caso di acquisto di partecipazioni, occorrerà fornire un quadro della società in cui si intende investire, che ne riepiloghi l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi; nel caso di nuova iniziativa, sarà necessario esternare le linee generali del progetto, con particolare riferimento al contesto del mercato di riferimento, in termini di domanda potenziale e di offerta già esistente, e al posizionamento strategico che la società si prefigge di conseguire. Tali elementi costituiscono le ipotesi di fondo sulla base delle quali devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (stime dei costi e dei ricavi) che relative ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività operativa, di investimento e di finanziamento, come definite nel principio contabile OIC 10 "Rendiconto finanziario"). Parimenti, la stima deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società, delineandone l'evoluzione delle attività (liquide,

16 In tale ambito la sostenibilità finanziaria indica "la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento".

17 Si tratta di un elemento che è espressione della nozione stessa d'impresa contenuta nell'art. 2082 c.c.; quest'ultima norma, infatti, richiama, tra i requisiti qualificanti la figura dell'imprenditore, l'esercizio di un'attività economica, ossia di un'attività fondata su un modello organizzativo e operativo idoneo a generare ricavi che remunerino i fattori produttivi utilizzati. Al riguardo, la giurisprudenza civilistica appare consolidata nel riconoscere, quale requisito oggettivo alla base della figura dell'imprenditore commerciale, "l'obiettivo economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo)" (Cass. civ. Sez. VI, ordinanza. 12 luglio 2016, n. 14250). Ai fini della configurazione dell'impresa rileva quindi il "dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività con organizzazione degli elementi personali e materiali necessari per il funzionamento del servizio, e dovendo essere, invece, escluso il suddetto carattere imprenditoriale dell'attività nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti" (Cass. n. 5766/1994, n. 16435/2003, n. 7725/2004 e, più di recente, Cass. n. 16612/2008).

18 Fra gli altri, Corte conti sez. controllo per la Lombardia, n. 753/2010/PAR.

correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto)¹⁹.

In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'opportunità di integrare l'analisi con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate.

Sotto il secondo profilo, la sostenibilità finanziaria dell'operazione di costituzione o di acquisto di partecipazioni societarie deve essere valutata con riguardo alla situazione specifica dell'amministrazione precedente. Dovrà, in tale sede, darsi conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente programmati con gli strumenti di bilancio, tenendo anche conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio, ad esempio quelli di carattere organizzativo per l'esercizio delle funzioni di controllo sull'organismo partecipato (si pensi, a titolo esemplificativo, al sistema di controllo interno sulle società partecipate non quotate ai sensi dell'art. 147-quater del TUEL). In questo ambito valutativo, le amministrazioni locali devono considerare anche gli accantonamenti che saranno tenute a stanziare, ai sensi dell'art. 21 TUSP, a fronte di eventuali perdite evidenziate nel BP negli esercizi successivi a quello di costituzione della società o acquisizione della partecipazione.

La motivazione dell'atto deliberativo deve esternare, altresì, le ragioni di convenienza economica sottese alla scelta di fare ricorso allo strumento societario. In tale ambito, la valutazione di convenienza economica implica che la motivazione dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità). In merito al primo versante, la motivazione deve rendere note le finalità perseguite non solo sotto il profilo della redditività del capitale investito, ma anche con riguardo ai vantaggi conseguibili in termini di obiettivi di politica istituzionale, eventualmente sintetizzabili in indicatori di output e outcome. Quanto al secondo profilo, è lo stesso art. 5, c. 1, del TUSP ad esplicitare i termini della valutazione, che dovrà avere ad oggetto il confronto con altre soluzioni, come la gestione diretta oppure la completa esternalizzazione (comparando i benefici e i costi attualizzati delle singole soluzioni possibili).

Si tratta, si precisa, di contenuto motivazionale rimesso, nel rispetto dei paletti posti dal legislatore nei commi 1 e 2 dell'art. 5, alla discrezionalità delle singole amministrazioni, che, come chiarito nella citata pronuncia nomofilattica delle Sezioni riunite n. 16/2022/QMIG, non devono osservare prestabiliti oneri formali, né uno schema predeterminato nel provvedimento. Tantomeno, hanno l'obbligo di accompagnare l'invio della delibera alle sezioni della Corte dei conti con relazioni o evidenze istruttorie prestabilite. La valutazione di conformità, da parte delle competenti sezioni della Corte dei conti ha ad oggetto, infatti, la completezza e l'adeguatezza del contenuto motivazionale della delibera adottata dall'ente locale, desumibile, come da regola generale (art. 3 legge n. 241 del 1990), anche da atti richiamati da quest'ultima

¹⁹ Va, in particolare, esplicitata la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o ricavi da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi resi); specularmente dovrà essere descritta la composizione ed evoluzione dei costi, sia variabili sia fissi, con specifico riguardo a quelli strutturali, quali le esigenze di personale e gli oneri finanziari. Ciò anche al fine di mettere in luce il momento di pareggio aziendale (break even point) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati.

(primi fra tutti, eventuali allegati)⁽²⁰⁾.

6. Il controllo sull'aderenza della motivazione ai parametri normativi.

L'art. 5 d.lgs. n. 175 del 2016 in esame assegna alla Corte dei conti un sindacato "preventivo" sull'atto deliberativo adottato dall'amministrazione, teso a verificarne, attraverso l'esame della motivazione e della documentazione in essa richiamata, la conformità ai vincoli tipologici, finalistici e procedurali previsti dal TUSP, oltre che a scrutinare il rispetto delle previsioni in materia di competenza ad adottare gli atti in questione. Nel quadro dell'esposto esame ad ampio spettro, il legislatore sottolinea in particolare i profili della sostenibilità finanziaria e della convenienza economica dell'operazione.

In questi ambiti l'amministrazione esercita un potere caratterizzato da discrezionalità tecnica, essendo chiamata a fare applicazione di criteri, regole e canoni propri di conoscenze specialistiche diverse dalla scienza giuridica (giudizi tecnici propri del settore aziendalistico e finanziario, caratterizzati da margini di opinabilità).

Sul punto, come ricordato dalla citata Sezione riunite n. 16/20022/QMIG, la giurisprudenza amministrativa ha abbandonato (Consiglio di Stato, n. 601/1999) l'orientamento tradizionale che vedeva il sindacato del giudice sugli apprezzamenti tecnici come controllo meramente formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, per muovere verso un modello di sindacato intrinseco, che ammette la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo, distinguendo il margine di opinabilità, tipico dell'applicazione di una regola scientifica non assoluta, dal margine di opportunità, caratteristico delle scelte di merito riservate all'amministrazione. Al giudice amministrativo "è consentito censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile"⁽²¹⁾ ⁽²²⁾

Analoga impostazione è stata avallata dalla Corte di cassazione (SSUU, 20 gennaio 2014, n. 1013) secondo la quale la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi non esclude ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto posti a fondamento del provvedimento scrutinato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come deve ritenersi nel caso delle

20 In tale prospettiva non appare conforme al dettato normativo, in particolare alla luce dell'orientamento nomofilattico assunto dalle Sezioni riunite in sede di controllo nella deliberazione n. 16/2022/QMIG, la richiesta all'amministrazione pubblica istante, da parte della sezione della Corte dei conti competente, di un preliminare "questionario" istruttorio, da che allegare alla richiesta, con la precisazione che, in assenza di completamento del questionario, il giudizio della Corte si concluderà con esito negativo (cfr. Corte conti, SRC Emilia-Romagna, delib. n. 32/2023/PASP).

21 Cfr., ex multis, Cons. St., Sez. VI, sent. 13 settembre 2012 n. 4873; sent. 14 luglio 2011 n. 4283; sent. 6 febbraio 2009 n. 694; sent. 4 settembre 2007 n. 4635.

22 Nella ricostruzione del giudice amministrativo – ispirata alla ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra le esigenze di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare il potere che spetta all'amministrazione – è possibile "sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato" (Cons. St., Sez. VI, sent. 13 settembre 2012 4873, cit.). Con riguardo alle valutazioni tecniche "anche quando riferite ai c.d. 'concetti giuridici indeterminati', la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità" (Consiglio di stato n. 2302/2014).

nozioni di sostenibilità finanziaria e convenienza economica – detto sindacato è limitato alla verifica che quel provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione.

Specularmente, in materia di responsabilità amministrativa, la Corte di cassazione, proprio con riferimento ai parametri dell'efficienza, efficacia ed economicità, ha costantemente ammesso il sindacato del giudice contabile, teso a “verificare la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità” (ex multis, Cass. n. 14488/2003).

Alla luce di questo inquadramento, quanto al profilo della sostenibilità finanziaria, SSRR n. 16/2022/QMIG ha precisato che la verifica della Corte dei conti deve aver ad oggetto il piano finanziario sviluppato dall'amministrazione, valutandone la completezza e l'adeguatezza⁽²³⁾. Ulteriori profili di scrutinio attingono all'affidabilità e attendibilità del business plan o dell'altra documentazione istruttoria relativa alla fattibilità economico-finanziaria dell'operazione⁽²⁴⁾.

Quanto all'accezione soggettiva della sostenibilità finanziaria, l'esame della Corte dei conti è teso alla verifica della copertura delle spese legate all'investimento societario a carico del bilancio dell'amministrazione e al rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio anche in chiave prospettica.

Per la valutazione della convenienza economica, lo scrutinio dell'atto deliberativo è teso ad accertare che l'istruttoria dell'amministrazione abbia confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione, tenendo conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi.

7. Il perimetro oggettivo di applicazione. In particolare, le operazioni straordinarie.

L'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016 enuncia puntualmente le tipologie di atti che devono essere trasmessi all'esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la “costituzione di una società a partecipazione pubblica” (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e di “acquisto di partecipazioni, anche indirette” da parte di amministrazioni pubbliche⁽²⁵⁾.

Tuttavia, come evidenziato dalla Sezione remittente, durante la vita di una società possono esservi ulteriori vicende, alcune incidenti sugli elementi del contratto societario (ad esempio, le modifiche all'oggetto sociale o al capitale), altre determinanti una revisione del complessivo assetto organizzativo (come nel caso delle c.d. “operazioni straordinarie”).

Le modifiche che possono interessare l'impresa esercitata in forma collettiva (anche

23 Il requisito della completezza implica la verifica che l'istruttoria condotta dall'amministrazione contenga tutti gli elementi informativi per la comprensione del progetto deliberato. Il parametro dell'adeguatezza, invece, si riferisce alla valutazione dell'intensità degli approfondimenti istruttori richiesti, da modularsi in chiave proporzionale rispetto al grado di complessità dell'operazione societaria deliberata.

24 Il criterio dell'affidabilità attiene al procedimento per la formulazione delle proiezioni del piano, sotto il profilo dei dati utilizzati e del metodo di elaborazione; quello dell'attendibilità, invece, postula una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni che l'amministrazione trae in merito alla sostenibilità finanziaria dell'operazione. Nel caso di acquisizione di partecipazioni in realtà societarie già esistenti, il giudizio di attendibilità dovrà altresì tenere in considerazione la coerenza delle previsioni formulate con i dati di bilancio disponibili per il passato.

25 Per “partecipazione” deve intendersi “la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi”, come da definizione contenuta nell'art. 2, lett. f), del medesimo TUSP.

pubblica) e la sua attività, pur nella permanenza dei medesimi soci, differiscono per intensità di effetti. Accanto alle ipotesi a minor impatto, rappresentate dal mutamento di denominazione sociale o di cessione/affitto di azienda, esistono fattispecie più complesse, come le operazioni di trasformazione, ove il cambiamento organizzativo è più sensibile (trattandosi di modificare il tipo sociale o, addirittura, di muovere da una struttura societaria ad una avente differente natura giuridica e viceversa) o quelle di fusione e scissione (che producono effetti più radicali nei riguardi dei soggetti partecipanti).

Il d.lgs. n. 175 del 2016 non reca una disciplina organica di tali operazioni, anche in ragione della circostanza che il Testo unico ha voluto introdurre una regolamentazione di singole vicende organizzative delle società a partecipazione pubblica (quali, per esempio, la costituzione, l'acquisto o il mantenimento, cfr. art. 1, comma 1), mentre, per quanto non regolamentato, ha espressamente operato un rinvio alla normativa di diritto comune⁽²⁶⁾.

Il Testo unico contiene, comunque, alcuni riferimenti alle operazioni straordinarie. In particolare, alla sola “trasformazione” nell'art. 7, comma 7, lett. b), con riguardo a procedura e motivazioni dell'atto deliberativo che deve adottare l'amministrazione pubblica. L'art. 8, comma 1, disciplina l'acquisto di partecipazioni in società già costituite, “anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale” o “altre operazioni straordinarie”. L'art. 20, commi 1, 2 e 5 impone alle amministrazioni pubbliche di predisporre, ai fini del legittimo “mantenimento” delle partecipazioni, un periodico piano di revisione, che, in ragione della valutazione parametri indicati nell'art. 20, comma 2, può esitare anche in operazioni straordinarie, quali la fusione (o la messa in liquidazione).

Tutte queste operazioni, pur non configurandosi alla stregua di atti costitutivi di una società o di acquisto di partecipazioni, possono determinare effetti non dissimili per l'amministrazione socia. E' stata posta, in sede nomofilattica⁽²⁷⁾, pertanto, la questione della riconducibilità di tali tipologie di atti al novero di quelli presi in considerazione dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP⁽²⁸⁾.

Come evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/2022/QMIG), tratto comune alle sopra accennate operazioni è la circostanza di essere deliberate dall'ente pubblico successivamente all'assunzione della posizione di socio (e nell'esercizio dei poteri ad essa conseguenti). Invece, l'art. 5, comma 3, TUSP ha limitato, letteralmente, il proprio ambito oggettivo di applicazione ai soli due momenti (la costituzione di una società e l'acquisto di partecipazioni) in cui l'amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio.

In questa prospettiva, si giustifica l'obbligo, per l'amministrazione, di fornire analitica motivazione con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (art. 4 TUSP), nonché sul piano della convenienza, economica e finanziaria, rispetto ad altre formule gestionali. Tali valutazioni non sarebbero riferibili a soggetti societari esistenti o partecipati dalla medesima amministrazione, traducendosi in una riedizione di scrutini che avrebbero dovuto essere già condotti in precedenza (come desumibile, indirettamente, dall'art. 24, comma

26 L'art. 1, co 3, dispone che “per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”.

27 Corte dei conti, Sezione di controllo per la Toscana, deliberazione n. 196/2022/QMIG.

28 Corte dei conti, SRC Veneto, deliberazione n. 141/2022/QMIG, ha precisato che il cambio di governance della società, integrata da una modifica dei patti parasociali, senza variazione alcuna di quote da parte dei soci, non è oggetto della novella legislativa introdotta, nell'art. 5 TUSP, con la legge n. 118 del 2022.

1, del TUSP, che, nel definire i presupposti per la “razionalizzazione straordinaria”, che le amministrazioni pubbliche hanno dovuto approvare all’entrata in vigore del Testo unico, imponeva di dismettere o razionalizzare le società costituite o acquisite in assenza delle motivazioni prescritte dall’art. 5, comma 1, del TUSP o non coerenti alla missione istituzionale dell’ente pubblico ex art. 4 TUSP⁽²⁹⁾.

Questa ricostruzione non appare contraddetta dai richiami che l’art. 5, comma 3, TUSP opera, nell’enunciare i parametri ai cui deve essere informato l’esame della Corte dei conti, ai successivi articoli 7 e 8.

L’art. 7, al comma 1, individua, infatti, l’organo competente all’adozione della delibera di “partecipazione di un’amministrazione pubblica alla costituzione di una società”. Al comma 2, ribadisce che l’atto deliberativo di costituzione espliciti le motivazioni prescritte dal precedente articolo 5, comma 1. In virtù del comma 3, poi, il ridetto atto deve contenere, altresì, l’indicazione degli elementi essenziali dell’atto costitutivo, come disciplinati dagli articoli 2328 e 2463 del Codice civile (rispettivamente per le società per azioni e quelle a responsabilità limitata). Il medesimo atto, in aderenza al comma 4, va pubblicato sui siti istituzionali dell’amministrazione pubblica partecipante. Ancora, nel caso in cui sia prevista la partecipazione di soci privati, il comma 5 ricorda che la scelta di questi ultimi deve avvenire con procedure di evidenza pubblica⁽³⁰⁾.

Si tratta, appunto, dei parametri legittimanti la regolare costituzione, sotto il profilo della competenza, della procedura e della motivazione, di organismi societari, che l’art. 5, comma 3, richiama ai soli fini di definire il contenuto dell’esame di “conformità” attribuito alla Corte dei conti, e distinguerlo da quello rimesso all’Autorità garante della concorrenza e del mercato⁽³¹⁾.

L’art. 7, comma 7, del TUSP, invece, prescrive che siano adottati con le modalità di cui ai commi 1 e 2 (osservanza di predeterminate regole di competenza, tese ad attribuire la scelta all’organo politico-amministrativo di vertice e motivazione aderente agli specifici contenuti prescritti dall’art. 5, comma 1) anche “a) le modifiche di clausole dell’oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell’attività della società; b) la trasformazione della società; c) il trasferimento della sede sociale all’estero; d) la revoca dello stato di liquidazione”. Si tratta di segmento normativo che, in assenza di esplicita previsione legislativa, non può far ritenere attratti all’esame preliminare della Corte dei conti, secondo la procedura, i parametri ed i tempi prescritti dai, differenti, commi 3 e 4 dell’art. 5 del TUSP, anche tali operazioni, che non comportano la costituzione di una nuova società o l’acquisizione di una partecipazione da parte di un ente pubblico (oggetto, invece, dell’esame attribuito dal legislatore alla Corte dei conti ai sensi dei citati commi 3 e 4 dell’art. 5).

L’art. 8 del d.lgs. n. 175 del 2016, a sua volta, prevede che le operazioni che, “anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, “comportino l’acquisto da parte di un’amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti” vanno deliberate secondo le modalità di cui all’articolo 7, commi 1 e 2 (vale a dire, seguendo i già esposti profili di necessaria osservanza di predeterminate regole sulla competenza e di oneri motivazionali).

Anche l’art. 8, tuttavia, non contiene un richiamo alla procedura di esame disciplinata dall’art. 5, commi 3 e 4, del TUSP, che ha un ambito applicativo differente

²⁹ Norme che, come noto, hanno sostituito, al loro volta, le prescrizioni contenute nell’art. 3, commi 27 e seguenti, della legge n. 244 del 2007.

³⁰ Come già disposto dall’art. 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ribadito dal nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36 del 2023, all’art. 13, comma 3.

³¹ In omaggio, peraltro, agli obiettivi esplicitati dal legislatore nell’art. 1, comma 2, del medesimo TUSP, in base al quale le disposizioni contenute nel decreto sono applicate avendo riguardo, da un lato, “all’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche” e “alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica” e, dall’altro, “alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato”.

rispetto agli obblighi prescritti dal comma 1 dell'art. 5 (richiamato, tramite il comma 2 dell'art. 7, dall'art. 8, comma 1). Mentre quest'ultima disposizione, infatti, prevista sin dall'approvazione del d.lgs. n. 175 del 2016, individua il contenuto motivazionale dei provvedimenti che autorizzano, da parte di amministrazioni pubbliche, la costituzione di società o l'acquisto di partecipazioni (nonché, in virtù del richiamo operato dagli artt. 7, comma 7, e 8, comma 1, quello di altre operazioni c.d. "straordinarie"), i commi 3 e 4, invece, fondano uno specifico potere di esame preliminare da parte della Corte dei conti (e dell'AGCM), che ha, quali parametri di riferimento, anche le disposizioni presenti negli artt. 7 e 8 (richiamati, come palesato nella novella legislativa ed evidenziato in precedenza, solo a questi fini).

Di conseguenza, l'assoggettamento all'esame preliminare della Corte dei conti di operazioni che, "anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie", "comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti" trova fondamento nel comma 3 dell'art. 5, che impone di inviare alla Corte dei conti l'atto deliberativo di "acquisizione della partecipazione", fattispecie che può essere integrata dalla sottoscrizione di un aumento di capitale deliberato da società in quel momento non partecipata.

L'assunzione della qualità di socio segna, pertanto, la linea di confine per distinguere gli atti deliberativi da sottoporre all'esame della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP, e quelli invece esclusi o, meglio, per i quali la legge non ne impone la trasmissione. In particolare, la ridetta procedura preliminare di valutazione non riguarda le decisioni concernenti operazioni societarie straordinarie, quali la sottoscrizione di aumenti di capitale che l'ente è chiamato ad approvare nella qualità di socio, la trasformazione fra tipi societari e la fusione.

Anche considerando, singolarmente, le operazioni societarie, le conclusioni espone nel precedente paragrafo non mutano.

7.1. La trasformazione fra tipi societari (c.d. omogenea).

La trasformazione è un'operazione che comporta il cambiamento di "tipo" di società (omogenea) o il passaggio da una società di capitali ad ente di natura giuridica differente e viceversa (eterogenea), assolvendo ad una funzione di riorganizzazione della struttura dell'ente interessato mediante semplificazione procedurale dei passaggi intermedi (quali, le attività di scioglimento e liquidazione, con contestuale creazione di una nuova società o ente).

Le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 19/2022/QMIG), oltre alle argomentazioni già esposte, hanno ritenuto che la ricostruzione della natura giuridica della trasformazione e gli effetti che da essa discendono per il socio (anche pubblico) e la società, costituiscono elementi che consentono di escludere l'assimilabilità di tale operazione a quella di estinzione con contestuale costituzione di un nuovo soggetto (né, tantomeno, all'acquisto di partecipazioni in realtà già esistenti).

Al riguardo, l'art. 2498 cod. civ. prevede che "con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione". Tale previsione adotta, peraltro, il vocabolo generico "ente", riferito al soggetto trasformato, sicché la condizione di continuità giuridica (conservazione dei diritti ed obblighi) ricorre non solo nell'ipotesi in cui una società muti in una di diverso tipo (trasformazione omogenea), ma anche nelle altre

fattispecie (trasformazione eterogenea)⁽³²⁾.

L'elemento caratterizzante l'operazione va rinvenuto, infatti, nella continuità dei rapporti giuridici, non producendosi, all'esito, alcun effetto novativo o estintivo, come da nutrita serie di pronunce della giurisprudenza civile di legittimità, richiamate dalla Sezione remittente (per tutte, di recente, Cassazione civile, sez. lav., 1° settembre 2021, n. 23721/2021; Cassazione civile, sez. I, 29 maggio 2020 n. 10302/2020)⁽³³⁾.

Va, peraltro, rimarcato come la anche trasformazione eterogenea non determina il mutamento del regime di responsabilità patrimoniale del socio, pure pubblico⁽³⁴⁾.

Di conseguenza, il rinvio operato dall'art. 5, comma 3, TUSP al successivo art. 7 è effettuato ai soli fini di individuare i parametri in base ai quali la Corte dei conti deve svolgere le proprie valutazioni sugli atti di costituzione societaria, con riferimento alle regole di competenza (art. 7, comma 1), all'obbligo di allegare gli elementi essenziali dell'atto costitutivo della società (art. 7, comma 3), all'onere di pubblicazione sul sito istituzionale (art. 7, comma 4) ed alle modalità di selezione dei soci privati (art. 7, comma 5). Invece, il richiamo effettuato dal comma 7 dell'art. 7, per il tramite del comma 2, al, solo, comma 1 dell'art. 5 ha la differente finalità, per le operazioni in esso previste (tra le quali, la trasformazione), di individuare gli oneri formali e motivazionali che incombono sul socio pubblico coinvolto in tale vicenda, non comprendendo l'obbligo di trasmissione alla Corte dei conti, dettato dal successivo comma 3 (non citato dall'art. 7, comma 2)⁽³⁵⁾.

7.2 L'aumento di capitale.

L'operazione di aumento di capitale nelle società realizza, attraverso un procedimento complesso, un contratto tra la società conferitaria ed il socio o il terzo conferente. La prima fase dell'operazione, rappresentata dalla delibera di aumento di capitale, consiste in un atto di organizzazione interno alla società, di regola riservato all'assemblea dei soci, chiamata ad esprimere la volontà della società attraverso le maggioranze previste

32 Non oggetto della citata pronuncia nomofilattica n. 19/2022/QMIG. L'operazione di trasformazione da un ente, pubblico o privato, avente natura non societaria ed uno dei tipi di società previsto dal Codice civile (e ammesso per le amministrazioni pubbliche, ex art. 3 del TUSP) risulta, infatti, sottoposta alla procedura di esame preliminare disciplinata dai commi 3 e 4 dell'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, integrando una ipotesi di costituzione di società o acquisizione di una partecipazione ex novo (come affermato, di recente, dalla Sezione controllo enti, determinazione n. 91/2023).

33 Tale conclusione non appare minata, nel caso di specie, dalla circostanza che il passaggio dalla società azionaria a quella consortile per azioni potrebbe determinare una diversa "esposizione" finanziaria dei soci pubblici. Ai sensi dell'art. 2615-ter c.c. le società consortili hanno, come scopo sociale, quello tipico del contratto di consorzio ex art. 2602 c.c. (istituzione di un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese); inoltre, l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro (cfr. art. 2615-ter, comma 2, c.c.). Le peculiarità delle società consortili risiedono, pertanto, sia nello "scopo sociale" che nell'eventuale "deroga" alla regola generale secondo cui il socio è obbligato a eseguire solo i conferimenti determinati dal contratto sociale (per la cui natura, ratio e disciplina può farsi rinvio a Cass. civ., sez. I, ordinanza, n. 3628/2021). La previsione di tali ulteriori forme di contribuzione, tuttavia, per le quali vanno naturalmente osservate le regole prescritte alle pubbliche amministrazioni (in particolare, per finalizzare i trasferimenti operati all'erogazione, a "prezzi" congrui, di un servizio da parte della società, con vincoli o divieti per quelli destinati al mero ripiano di perdite, ex art. 14, commi 4 e 5, TUSP) non fa venir meno la, già evidenziata, relazione di continuità giuridica del soggetto societario trasformato e, di conseguenza, della partecipazione detenuta dall'amministrazione socia, non venendosi a determinare un fenomeno di estinzione e successiva ricostituzione. L'illustrata, potenziale, differente esposizione finanziaria del socio pubblico, per effetto del cambiamento di regime societario, rappresenta uno degli elementi che l'ente socio deve tenere adeguatamente in considerazione in sede di deliberazione dell'operazione, senza che ciò comporti, tuttavia, l'attrazione dell'operazione alla specifica procedura di esame preliminare prescritta dai commi 3 e 4 art. 5 del TUSP.

34 Cassazione civile, sez. trib., 24 luglio 2020, n. 15863/2020; in materia, di recente, anche Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 140/2022/PAR.

35 Si tratta di conclusione aderente anche alla già esposta enunciazione di principio contenuta nell'art. 1, comma 3, del TUSP, in base alla quale "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato"

dalla legge o dallo statuto⁽³⁶⁾.

Detta delibera societaria, avente efficacia organizzativa interna e implicante una modificazione statutaria, non determina un effetto immediato e diretto sulla partecipazione del socio e, pertanto, l'atto deliberativo dell'ente pubblico, con cui determina l'approvazione in assemblea, non rientra fra gli atti da trasmettere alla Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP.

Alla delibera societaria fa seguito l'eventuale decisione di adesione e sottoscrizione dell'aumento da parte dell'ente pubblico, già socio o interessato a divenire tale, mediante un conferimento in denaro o in natura. Detta volontà si manifesta con la sottoscrizione di una quota dell'aumento deliberato, atto che non coincide con la manifestazione di voto espressa dal socio durante l'assemblea⁽³⁷⁾.

In questa seconda fase, l'atto decisionale dell'ente pubblico di autorizzazione alla sottoscrizione della quota di aumento di capitale comporta, invece, conseguenze rilevanti ai fini dell'eventuale assoggettabilità all'esame preliminare della Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP.

Qualora l'ente aderente sia terzo rispetto alla società, la sottoscrizione dell'aumento di capitale risulta assimilabile ad un'operazione di acquisto di partecipazioni ex novo. Pertanto, in aderenza al combinato disposto dell'art. 5, comma 3, e dell'art. 8, comma 1, del TUSP, l'atto deliberativo di sottoscrizione dell'aumento di capitale, da parte dell'ente pubblico, in precedenza non socio, va trasmesso alla Corte dei conti per l'esame prescritto dall'art. 5.

In ipotesi di adesione ad un aumento di capitale da parte dell'ente pubblico già socio non si assiste, invece, all'acquisto di una partecipazione, ma all'incremento di quella già posseduta⁽³⁸⁾.

7.3 La fusione per incorporazione.

La fusione è un'operazione societaria straordinaria che può realizzarsi mediante la costituzione di una nuova società (fusione propria) o attraverso l'incorporazione in una società di uno o più altri soggetti (fusione per incorporazione), a cui possono essere interessate anche le società pubbliche⁽³⁹⁾.

Al fine di stabilire se anche l'atto deliberativo di approvazione della fusione rientri nell'iter di cui all'art. 5, comma 3, TUSP occorre considerare che tale norma contiene, come detto, richiami ad altre disposizioni (al fine di individuare i parametri del controllo della Corte), nessuna delle quali, peraltro, menziona espressamente la fusione. Difatti, quest'ultima non figura tra le operazioni per l'adozione delle quali l'art. 7, comma 7, del TUSP richiede le specifiche modalità, procedurali e motivazionali, di cui ai commi 1 e 2 del medesimo articolo (disposizioni richiamate, sempre senza far riferimento alle operazioni di fusione, anche dal comma 1 dell'art. 8).

Al riguardo, il comma 1 dell'art. 2504-bis c.c. prevede che "La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione". La portata applicativa di tale previsione è stata diffusamente indagata dalla

36 Cfr., per es., Cassazione, sez. I, 17 luglio 2013, n. 17467/2013; Cassazione, sez. V, 27 maggio 2011, n. 11725/2011; Cassazione, sez. V, n. 15 settembre 2009, n. 19813/2009.

37 Cfr. Cass. civ., sez. I, n. 17467/2013; sez. V, n. 11725/2011; sez. V, n. 19813/2009.

38 In questa evenienza, fra l'altro, le valutazioni di conformità ai parametri normativi si tradurrebbero, su aspetti rilevanti, quali il rispetto dei vincoli finalistici o la convenienza economica del ricorso allo strumento societario, in sostanziali attualizzazioni di motivazioni già espresse dall'amministrazione all'atto dell'acquisto (nuovamente, e comunque, esaminabili, dalla competente Sezione della Corte dei conti, in sede di controllo sui piani di revisione periodica, alla luce dei parametri elencati nell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016).

39 Cfr., per esempio, Consiglio di Stato, sez. V, 1° settembre 2021, n. 6142/2021.

giurisprudenza civilistica, con lo scopo prevalente di stabilire il regime dei rapporti processuali delle società incorporate o fuse. Nelle più recenti pronunce (Cass. civ., sez. un., 30/7/2021, n. 21970) è stato sottolineato come la fusione per incorporazione, pur determinando l'estinzione della società incorporata, conduce, quale effetto finale, all'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione.

Sulla base di una ricostruzione sistematica del quadro normativo successivo alla riforma del diritto societario (d.lgs. n. 6 del 2003) e tenendo, altresì, in considerazione le indicazioni promananti dal diritto europeo⁽⁴⁰⁾, la Corte di Cassazione ha messo in luce la natura composita dell'operazione di fusione dalla quale derivano vari effetti sostanziali: di concentrazione, di estinzione e di successione.

Il primo consiste nella circostanza che la fusione, dando vita ad una vicenda modificativa dell'atto costitutivo per tutte le società che vi partecipano, determina un fenomeno di integrazione giuridica ed economica, dal quale consegue che i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare la società incorporata o fusa, siano imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società incorporante o la società risultante dalla fusione. Il secondo effetto è quello dell'estinzione delle società incorporate (nella fusione per incorporazione) o fuse (nella fusione propria), con prosecuzione di tutti i rapporti giuridici in capo alla società incorporante o a quella risultante dalla fusione (art. 2504-bis cod. civ.), a cui si associa, in modo inscindibile, quello successorio a titolo universale, con la sostituzione della società incorporante (o di quella risultante dalla fusione propria) nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo ai soggetti estinti.

L'analisi effettuata dalla citata giurisprudenza è riferita alle società interessate dall'operazione di fusione (incorporata e incorporante), piuttosto che alla posizione dei soci delle medesime, a cui guarda, invece, la disciplina prevista dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP. Appare, pertanto, necessario traslare sui soci le considerazioni svolte circa la natura dell'operazione di fusione per incorporazione, distinguendo tra quelli della società incorporante e quelli delle incorporate.

Per i primi non vi è alcuna modifica sostanziale della partecipazione che possa essere assimilabile all'acquisizione di nuove azioni; ciò in quanto la società incorporante permane come soggetto giuridico immutato, in esito alla fusione. I secondi, invece, assistono all'annullamento dei titoli di partecipazione nelle società incorporate e alla contestuale assegnazione di quote dell'incorporante, sulla base del rapporto di concambio. Ciò sembrerebbe implicare effetti modificativi simili a quelle derivanti da un'operazione di cessione di partecipazioni, con contestuale riacquisto in una nuova realtà societaria, apparendo integrare i presupposti per la trasmissione degli atti ai sensi dell'art. 5 TUSP. Tuttavia, i richiamati aspetti di integrazione e continuità, che, comunque, caratterizzano la fusione della società incorporante e delle incorporate, non possono condurre, nei riguardi dei soci delle incorporate, a soluzioni diverse da quelle esposte con riferimento ai soci della incorporante.

La fusione, infatti, comporta, quale esito finale, una *reductio ad unitatem* dei patrimoni delle singole società. Sul punto, le Sezioni unite della Cassazione hanno sottolineato che la fusione realizza una successione a titolo universale e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici in precedenza riguardanti i soggetti incorporati (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 21970/2021). Tale successione sul piano giuridico-formale è affiancata, sul piano economico-sostanziale, da una continuazione dell'originaria

40 Per esempio, Direttiva (Ue) n. 1132 del 2017, art. 105 "Effetti della fusione".

impresa e della sottostante organizzazione aziendale.

Pertanto, l'operazione nella prospettiva dei soci (anche delle incorporate), da un punto di vista sostanziale, si atteggia a continuazione del contratto sociale, sebbene l'attuazione prosegua in un "altro involucro formale" e con una differente organizzazione.

Sotto il profilo economico-finanziario, per i soci delle incorporate l'operazione di fusione avviene in condizioni di sostanziale neutralità, attraverso la definizione del rapporto di concambio, ossia della proporzione matematica fra la partecipazione del socio nella società incorporata e quella assegnata nella società incorporante (cfr. Cassazione civile, sez. I, 20 aprile 2020, n. 7920/2020; sez. I, 21 luglio 2016, n. 15025). La congruità del concambio è, peraltro, presidiata da una specifica valutazione rimessa a soggetti esperti che, ai sensi dell'art. 2501-sexies c.c., sono tenuti a predisporre una relazione che indichi il metodo di valutazione utilizzato e le eventuali difficoltà⁽⁴¹⁾.

In ragione di tali considerazioni, le Sezioni riunite in sede di controllo hanno escluso l'operazione di fusione per incorporazione, sia per gli enti soci dell'incorporante che per quelli dell'incorporata, dal campo di applicazione della rinnovata funzione assegnata alla Corte dei conti dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, in quanto tale vicenda non risulta equiparabile né alla costituzione di una società né all'acquisto di una nuova partecipazione in società già esistente⁽⁴²⁾.

7.4. Il "soccorso finanziario" a società in perdita protratta ex art. 14, comma 5, TUSP.

L'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016, in coerenza con la normativa in materia di aiuti di Stato, vieta, salvo i casi di cui agli artt. 2447 e 2482-ter del Codice civile, operazioni di "soccorso finanziario", da parte delle PA socie, in favore delle società partecipate che abbiano registrato perdite per tre esercizi consecutivi ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

La ratio è di impedire che, attraverso aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito o il rilascio di garanzie in favore di società in perdita strutturale, venga meno l'effetto segregativo, proprio dell'autonomia finanziaria delle società di capitali, facendo refluire i debiti della società sul bilancio dell'ente socio. L'autonomia patrimoniale delle società, infatti, non è solo funzionale a garantire la par condicio creditorum (art. 2740 cod. civ.), evitando posizioni di ingiustificato privilegio a favore di alcuni di essi, ma rappresenta un presidio per la tutela delle risorse pubbliche, poiché preserva il bilancio dell'ente socio dal rischio di dover rispondere di un debito altrui.

Tale divieto non opera, tuttavia, in modo assoluto, contemplando la legge casi in cui è ammesso un intervento finanziario dell'ente pubblico socio anche in ipotesi di protratta crisi economica della partecipata. L'art. 14, comma 5, TUSP prevede, in primo luogo, la possibilità di ricapitalizzare le società pubbliche in perdita protratta ove ricorrano i presupposti degli articoli 2447 (per le s.p.a.) e 2482-ter (per le s.r.l.) cod. civ.

41 Il principio di neutralità dell'operazione di fusione trova conferma anche in campo fiscale, laddove l'art. 172 del d.P.R. n. 917 del 1986 (TUIR) stabilisce che "Il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società incorporata o fusa".

42 Tale ricostruzione, tra l'altro, appare coerente con i presidi che il diritto societario già reca per il perfezionamento dell'operazione di fusione (artt. 2501-ter, e seguenti, cod. civ.) ed a cui fa rinvio l'art. 1, co 3, del d.lgs. n. 175 del 2016.

(riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale)⁽⁴³⁾.

L'art. 14, comma 5, TUSP consente, inoltre, di soccorrere finanziariamente le società che abbiano registrato perdite negli ultimi tre esercizi in due ulteriori ipotesi: i) interventi autorizzati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su richiesta dell'amministrazione interessata e proposta del MEF, funzionali a salvaguardare la continuità nella prestazione dei servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza, l'ordine pubblico e la sanità (art. 14, comma 5, terzo periodo); ii) trasferimenti straordinari dell'ente pubblico socio, disposti a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni (art. 14, comma 5, secondo periodo). In quest'ultimo caso, la norma, non modificata rispetto alla sua formulazione originaria, ha previsto la comunicazione alla Corte dei conti "con le modalità di cui all'articolo 5".

Il dubbio ermeneutico sottoposto a Sezioni riunite n. 19/2023/QMIG⁽⁴⁴⁾ attiene alla corretta interpretazione del rinvio contenuto nell'art. 14 comma 5, del TUSP all'art. 5 del medesimo Testo unico, in particolare al significato della locuzione "comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5", contenuto nella prima disposizione citata, alla luce della recente riscrittura dei commi 3 e 4 della seconda da parte della legge n. 118 del 2022.

In tal senso, l'art. 5, nella previgente formulazione, non prevedeva particolari "modalità" in ordine alla comunicazione delle delibere adottate dalle amministrazioni pubbliche (come definite dall'art. 2, comma 1, lett. a), del TUSP), limitandosi ad individuare la sezione della Corte dei conti competente, da effettuare secondo i criteri declinati dal comma 4 (rimasti immutati, ed a cui può farsi rinvio).

Quanto, invece, alle finalità della comunicazione, prima della novella del 2022, il comma 3 dell'art. 5 prevedeva l'invio alla Corte dei conti di un atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione societaria "a fini conoscitivi". Nulla precisava in ordine alla natura, ai parametri ed agli esiti del controllo rimesso al giudice contabile⁽⁴⁵⁾.

43 Tale possibilità, come da lettura consolidata della giurisprudenza contabile, non è, tuttavia, priva di limiti. Infatti, il richiamato inciso "salvo quanto previsto dall'art. 2447 e 2482 ter" (già presente nel previgente art. 6, comma 19, del d.l. n. 78 del 2010, convertito dalla legge n. 122 del 2010) non costituisce un comportamento obbligato, ma consente al socio pubblico di valutare, nell'ambito della propria discrezionalità, se vi siano le condizioni per ricapitalizzare ovvero procedere allo scioglimento della società, dandone conto nel provvedimento deliberativo (in cui vanno esplicitate le ragioni per le quali risulta preferibile, per gli interessi pubblici, finanziare la ricapitalizzazione della società, piuttosto che prendere atto dell'erosione del capitale al di sotto del limite legale e, di conseguenza, dello scioglimento della società). Il rispetto del principio di c.d. "legalità finanziaria", anche nel caso di gestione delle situazioni di crisi finanziaria delle società partecipate, presuppone, pertanto, una prodromica valutazione della convenienza economica di un eventuale intervento di soccorso straordinario, della sua sostenibilità finanziaria, nonché dell'efficacia, efficienza ed economicità della scelta amministrativa, quali corollari del buon andamento ex art. 97 Cost. A tal fine, è stato sottolineato come sia indispensabile che la decisione dell'amministrazione socia sia supportata da un programma industriale (o piano economico-finanziario) idoneo ad assicurare, in prospettiva, l'equilibrio tra costi e ricavi almeno nel medio periodo (per esempio, Corte conti, SRC Lazio, delibera n. 1/2019/PAR).

44 Sollevato dalla Sezione regionale di controllo per la Campania con deliberazione n. 116/2022/QMIG.

45 Nel silenzio del legislatore, in conformità ai principi di legalità e tipicità dei poteri del giudice (desumibile dall'art. 101, comma secondo, Cost.), l'orientamento interpretativo è stato di ritenere che il richiamato obbligo di comunicazione sia strumentale all'esercizio degli altri poteri di controllo attribuiti dalla legge alla Corte dei conti. In primo luogo, quelli risultanti dal medesimo Testo unico delle società pubbliche, che, all'art. 20, impone di esaminare gli annuali piani di revisione periodica delle partecipazioni societarie; inoltre, quelli di c.d. legalità finanziaria su enti locali, enti del servizio sanitario nazionale e regioni (ex art. 1, commi 3, 4 e 7, del d.l. n. 174 del 2012 e art. 148-bis del d.lgs. n. 267 del 2000), di cui costituisce parametro l'incidenza della situazione economica delle società partecipate sui bilanci degli enti soci; ancora, la parifica del rendiconto dello Stato e delle regioni (artt. 39, 40 e 41 del r.d. n. 1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012); infine, per gli enti locali, la verifica di adeguatezza dei controlli interni sulle società partecipate, ex artt. 147, 147-quater e 147-quinques del d.lgs. n. 267 del 2000, producente, in caso di omissione o inadeguatezza, anche una specifica ipotesi di responsabilità sanzionatoria).

In tale contesto, l'art. 14, comma 5, seconda parte, del TUSP prescriveva (e prescrive) alle amministrazioni di comunicare alla Corte dei conti (in virtù del richiamo alle “modalità” di cui alla previgente formulazione dell'art. 5 TUSP) eventuali “interventi straordinari” a favore di società in prorata perdita d'esercizio, consentendo alla sezione competente di effettuare, utilizzando i poteri di controllo attribuiti dall'ordinamento (nei termini, parametri ed esiti definiti dalla legge per ciascuno di essi), un esame dei rapporti economico-finanziari tra l'amministrazione sociale e la società partecipata, nonché sulla necessità e legittimità di un intervento straordinario di soccorso finanziario.

La sopravvenuta modifica del comma 3 dell'art. 5 TUSP, ad opera della legge n. 118 del 2022, non accompagnata da una contestuale revisione dell'art. 14, comma 5, ha posto un problema di coordinamento interpretativo tra le due disposizioni, incentrato in particolare sul se la Corte dei conti debba svolgere il “nuovo” esame preliminare di cui all'art. 5, comma 3, TUSP anche sui provvedimenti di “soccorso finanziario” a favore di società in prorata perdita d'esercizio.

Nell'occasione, le Sezioni riunite (deliberazione n. 19/2023/QMIG) hanno ribadito che, sul piano letterale, l'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016 enuncia, puntualmente, le tipologie di atti che devono essere trasmessi all'esame preliminare della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la “costituzione di una società a partecipazione pubblica” e di “acquisto di partecipazioni, anche indirette” da parte di amministrazioni pubbliche⁽⁴⁶⁾.

In assenza di un espresso intervento da parte del legislatore (che non ha novellato altre norme del Testo unico, che pure prevedono la trasmissione di atti alla Corte dei conti) è stata ritenuta preferibile un'interpretazione che limita la procedura di esame preliminare, introdotta dalla novella operata dalla legge n. 118 del 2022, alle sole ipotesi prese espressamente in considerazione dal legislatore⁽⁴⁷⁾.

Appare opportuno evidenziare, altresì, come il rinvio operato dall'art. 14, comma 5, del TUSP non faccia riferimento espresso al comma 3 dell'art. 5 (che, nella formulazione antecedente alla novella operata con la legge n. 118 del 2022 prevedeva una comunicazione “a fini conoscitivi” e, attualmente, esplicita tempi, parametri ed esiti della verifica rimessa alla Corte dei conti), ma alle “modalità di cui all'articolo 5”, disposizione dal contenuto articolato, non attinente, integralmente, alla disciplina dei poteri di controllo da parte della Corte dei conti (i commi 1 e 2 impongono, infatti, obblighi motivazionali all'amministrazione pubblica procedente; i successivi 3 e 4 prescrivono, invece, un obbligo di invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alla Corte dei conti, individuando, per quest'ultima, le sezioni competenti).

Pertanto, in ragione dell'assenza di un espresso intervento da parte del legislatore sull'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016, né sulle altre norme del Testo unico

46 La tassatività degli atti deliberativi da sottoporre al vaglio preliminare della Corte dei conti ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP (che, peraltro, non determina l'effetto di sottrarre a controllo le altre operazioni intercorrenti fra socio e società) era già stata sottolineata, come visto, dalle Sezioni riunite nella delibera n. 19/2022/QMIG.

47 Anche nella relazione al disegno di “legge annuale per il mercato e concorrenza 2021” (sfociato poi nell'approvazione della legge n. 118 del 2022, che, all'art. 11, ha novellato l'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP), oggetto, fra l'altro, di specifica audizione da parte della Corte dei conti (Sezioni riunite, deliberazione n. 1/2022/AUD), è stato evidenziato come l'intervento normativo fosse teso a superare “l'esistenza di criticità in sede di controllo della Corte dei conti sugli atti di costituzione di società pubbliche o di acquisto di partecipazioni, soprattutto sotto il profilo della frammentazione degli esiti”, senza che possa desumersi una volontà di estensione ad altri momenti di verifica da parte della Corte dei conti, sia sugli atti adottati dagli enti soci (per es., art. 20) che delle società pubbliche (per es., ex artt. 11 e 19), già previsti dal medesimo TUSP. Di conseguenza, in sede di audizione (deliberazione n. 1/2022/AUD), le Sezioni riunite avevano condiviso l'obiettivo di precisare i parametri e gli esiti del controllo “nella fase di costituzione e/o di acquisizione della partecipazione” (con un esame preliminare che consente di intervenire, tempestivamente, su una scelta che può riflettersi, non sempre positivamente, sulla gestione dell'ente, prima della sua effettiva attuazione).

che, parimenti, prevedono l'invio di atti alla Corte dei conti⁴⁸), le Sezioni riunite (n. 19/2023/QMIG) hanno ritenuto che la procedura di esame preliminare ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP, da effettuare nei termini ivi prescritti e che esita in un "parere", passibile di superamento da parte dell'amministrazione pubblica procedente, sia limitata, in aderenza alla lettera della legge e all'intenzione del legislatore (desumibile dalla relazione di accompagnamento alla novella normativa), ai soli atti di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni (anche ove effetto di sottoscrizione di aumenti di capitale da parte di PA non socia).

La Sezione remittente, nel prospettare, fra l'altro, la tesi che l'esame delle operazioni di soccorso finanziario vada effettuato, dalla Corte dei conti, alla luce del richiamo alle "modalità" di cui all'art. 5, nel testo risultante dalla novella apportata dalla legge n. 118 del 2022, seguendo la procedura, i parametri e gli esiti dei commi 3 e 4 del ridetto art. 5, ha valorizzato le intenzioni del legislatore del d.lgs. n. 175 del 2016, tese a razionalizzare l'impiego del modello societario da parte delle pubbliche amministrazioni, limitandone il ricorso ai casi in cui lo stesso non solo sia strettamente necessario, ma anche conveniente e finanziariamente sostenibile. Tali intenzioni, tuttavia, erano già presenti nella formulazione originaria del Testo unico, quale desumibile, oltre che dai principi esplicitati nell'art. 1, nelle disposizioni degli articoli 4, commi 1 e 2, 5, commi 1 e 2, 20 e 24, in un contesto normativo in cui l'invio di una delibera di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni (e, per effetto del rinvio presente nell'art. 14, comma 5, TUSP all'art. 5, di soccorso finanziario a società in prostrata perdita d'esercizio) era previsto a "fini conoscitivi" (art. 5, comma 3, nell'originaria formulazione). In virtù della novella operata con la legge n. 118 del 2022 non vi è stato un mutamento degli obiettivi perseguiti dal legislatore con la disciplina delle società a partecipazione pubblica, ma solo un rafforzamento, attraverso un esame preliminare, del controllo della Corte dei conti sulle decisioni di costituzione o acquisto di partecipazioni societarie.

Inoltre, è stato prospettato che l'esame delle operazioni di trasferimento straordinario ex art. 14, comma 5, TUSP, mediante la procedura prescritta dal novellato art. 5, commi 3, e 4, sarebbe coerente con l'onere di motivazione "qualificata" gravante, in entrambi i casi sulla pubblica amministrazione⁴⁹). Sotto tale profilo, le Sezioni riunite, nella deliberazione n. 16/2022/QMIG, hanno puntualizzato come vada distinto l'onere di motivazione analitica, imposto, alle amministrazioni che intendano costituire società o acquisire partecipazioni, dai commi 1 e 2 dell'art. 5 TUSP (che esisteva, nei medesimi termini, anche prima della novella operata dalla legge n. 118 del 2022), dalla procedura di esame preliminare da parte della Corte dei conti, e relativi parametri ed esiti, oggetto delle modifiche apportate ai commi 3 e 4 del medesimo art. 5 del TUSP. Pertanto, non appare possibile desumere, dalla presenza di un similare obbligo di motivazione, prescritto dalla legge alle PA socie, una medesima procedura di esame (in termini, parametri ed esiti) da parte della Corte dei conti.

E' stato evidenziato, inoltre, che il novellato art. 5, comma 3, del TUSP, nel precisare i parametri a cui deve conformarsi l'esame della Corte dei conti (e, indirettamente, l'operato dell'amministrazione), fa rinvio a norme dettate, specificatamente, per le operazioni di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni ("conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8"), disposizioni recanti regole di competenza, procedurali e di contenuto

48 Per esempio, art. 20, per i piani di revisione periodica delle partecipazioni e le relazioni sui risultati conseguiti; art. 4, comma 9, per eventuali provvedimenti di presidenti di regione tesi a escludere società regionali dal vincolo di stretta ineranza alla missione istituzionale dell'ente socio; art. 11, comma 3, per le delibere delle società a controllo pubblico di opzione per l'organo di amministrazione collegiale.

49 Con parametri, invero, esplicitati dalla norma in caso di costituzione/acquisizione; elaborati dalla giurisprudenza per le ipotesi di soccorso finanziario.

motivazionale che l'ente pubblico socio che intenda autorizzare un'operazione di soccorso finanziario straordinario dovrebbe osservare, ma che risultano non coerenti con la ridetta operazione (può farsi rinvio, per esempio, all'obbligo di indicare gli elementi essenziali dell'atto costitutivo), salvo, in ipotesi di ritenuta applicazione, in caso di inosservanza, produrre sanzioni, anche di tipo civilistico (cfr. art. 7, comma 6, e 8, comma 2, TUSP).

Il legislatore, invece, non estende le ridette regole di competenza, procedurali e motivazionali agli interventi di "soccorso finanziario", a differenza delle operazioni elencate nell'art. 7, comma 7, e 8, comma 2, TUSP, fra cui quelle di sottoscrizione di aumento di capitale sociale solo ove comportino, tuttavia, l'acquisto della qualità di socio (discrimine utilizzato dalla deliberazione delle Sezioni riunite n. 19/2022/QMIG al fine di delimitare l'ambito di applicazione oggettivo della procedura ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP).

Sotto altro profilo, nella citata deliberazione n. 19/2022/QMIG, le Sezioni riunite avevano sottolineato i problemi di coordinamento che pone la valutazione preliminare, secondo la procedura disciplinata dell'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, delle operazioni di aumento di capitale, proprio rispetto alle regole in materia di crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica, oggetto di considerazione nell'art. 14 del TUSP. Nello specifico, era stato evidenziato come, nella situazione patologica della società in perdita per almeno tre esercizi, la sottoscrizione di un aumento di capitale costituisca uno dei provvedimenti di sostegno straordinario, di regola non autorizzabile. Tuttavia, al ricorrere delle esigenze indicate dal terzo periodo del comma 5 dell'art. 14 TUSP, siffatto intervento, in via derogatoria, può essere autorizzato, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri ministri competenti. L'art. 14, comma 5, secondo periodo, TUSP, a sua volta, consente trasferimenti straordinari a società in perdita protratta previa presentazione di un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti, che contempra il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Nel primo caso, la sottoposizione dell'atto autorizzativo al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 20 del 1994, è apparsa non conciliabile con un eventuale parallelo esame ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, TUSP; nel secondo, la misura di sostegno si iscrive in un piano di risanamento per il quale l'art. 14 del d.lgs. n. 175 del 2016 continua a prevedere la mera comunicazione alla Corte dei conti, da effettuarsi nel rispetto del riparto di competenze fissato dal comma 4 dell'art. 5.

Inoltre, le operazioni di aumento del capitale sociale, quando sottoscritte dall'ente socio sono oggetto di valutazione, da parte della Corte dei conti, in ragione di varie disposizioni normative. In disparte quanto scritto in successivo paragrafo, per gli enti locali, che costituiscono la platea di amministrazioni pubbliche detenente il maggior numero di partecipazioni societarie, la "ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali" costituisce una delle operazioni che impongono l'adozione di delibere di riconoscimento di debito fuori bilancio (art. 194, comma 1, lett. c), TUEL; cfr., altresì, l'art. 73, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 118 del 2011, per le regioni).

Queste ultime, oltre ad essere oggetto di periodico esame da parte delle competenti sezioni regionali in sede di controllo sulla sana gestione finanziaria degli enti territoriali, anche ai fini della verifica dell'osservanza delle regole, di matrice costituzionale (art. 119, comma sesto), di corretta finalizzazione del debito ad investimenti (cfr. art. 3, co 16 e seguenti, legge n. 350 del 2003), devono essere inviate alla competente procura della Corte dei conti (art. 23, comma 5, legge n. 289 del 2002).

La precisazione da ultimo effettuata porrebbe, altresì, in caso di ritenuta estensione della procedura di esame, ex art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs n. 175 del 2016, alle operazioni straordinarie di soccorso finanziario a società in prorata perdita d'esercizio, ex art. 14, comma 5, del medesimo TUSP, anche un problema di coordinamento fra le competenze attribuite alle sezioni di controllo della Corte dei conti e quelle di procura e sezioni giurisdizionali.

Anche se l'ordinamento conosce ipotesi in cui alcuni atti o decisioni possono essere sottoposti alla valutazione, potenzialmente contestuale, delle sezioni regionali di controllo e delle procure della Corte dei conti (ed, eventualmente, in seguito, delle sezioni giurisdizionali)⁵⁰, si ritiene che ciò possa, e debba, avvenire in presenza di una espressa previsione normativa, alla luce degli effetti che una preliminare pronuncia da parte della sezione di controllo produce sui giudizi di responsabilità amministrativa. L'art. 69, comma 2, del Codice di giustizia contabile, approvato con il d.lgs n. 174 del 2016, prevede, come noto, che il pubblico ministero disponga l'archiviazione, per assenza di colpa grave, ove valuti che l'azione amministrativa "si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi". Medesimo vincolo è imposto al giudice, che, in virtù del successivo art. 95, comma 4, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità, deve considerare, "ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi".

L'effetto esimente conseguente alla conformazione della condotta amministrativa al "parere" reso dalla Corte dei conti non può che prodursi ove siano rispettati i "presupposti generali per il rilascio dei medesimi", fra cui quello dell'avvio della procedura di esame, da parte delle sezioni di controllo, in aderenza all'ambito di cognizione attribuito dal legislatore. In caso contrario, potrebbe prodursi il rischio di valutazioni difformi fra sezioni di controllo e procure/sezioni giurisdizionali della medesima Corte dei conti, non oggetto di specifica regolamentazione normativa.

Al fine di prevenire i ridetti rischi, anche in sede di esercizio della generale funzione consultiva da parte delle sezioni regionali di controllo, avente fonte nell'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003 (riguardante le materie di "contabilità pubblica"), le pronunce nomofilattiche della Sezione delle autonomie (di recente, solo per citarne alcune, n. 2/2023/QMIG, n. 9/2022/QMIG e n. 5/2022/QMIG) hanno costantemente ritenuto non ammissibile un'istanza di parere che possa ingenerare interferenze con l'esercizio di altre funzioni di controllo e giurisdizionali da parte della Corte dei conti, in particolare sui giudizi di responsabilità amministrativa.

Pertanto, anche alla luce dell'esigenza di evitare, per quanto possibile, rischi di impropria interferenza fra le differenti funzioni attribuite dall'ordinamento alla Corte dei conti, la procedura di esame preliminare ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP, che esita in un "parere" della sezione di controllo, non può essere estesa, a livello interpretativo, a fattispecie non considerate espressamente dal legislatore (quali quelle di soccorso finanziario ex art. 14, comma 5, del TUSP).

50 Può farsi rinvio, per esempio, all'art. 148 del d.lgs. n. 267 del 2000, in materia di verifica sui controlli interni degli enti locali o allo stesso art. 20, comma 7, del d.lgs. n. 175 del 2016, che sanziona, con una specifica ipotesi di responsabilità amministrativa l'omessa redazione dei piani di revisione periodica da parte degli enti locali (legittimando, pertanto, l'avvio delle attività requirenti della Procura anche senza l'attivazione da parte della sezione di controllo competente o la ricezione di una specifica e concreta notizia di danno, cfr. art. 51 d.lgs. n. 174 del 2016).

7.5 Le società quotate.

La determinazione della Sezione controllo sugli enti n. 77/2023 ha ritenuto che la procedura di esame preliminare da parte della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, non riguarda le partecipazioni in società quotate in mercati regolamentati.

In sede di valutazione dei piani di revisione straordinaria e periodica (artt. 20 e 24 TUSP), invece, l'orientamento della magistratura contabile⁽⁵¹⁾ è stato, univocamente, nel senso di ritenere comprese nell'ambito oggettivo della ricognizione anche le società quotate⁽⁵²⁾.

In queste occasioni le sezioni della Corte dei conti hanno evidenziato come l'art. 1, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016, nell'affermare che le disposizioni del decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, si riferiscono alle norme che hanno come dirette destinatarie le medesime società (come, per esempio, quelle dettate dagli artt. 11 e 19, in materia di amministratori e dipendenti), non invece a quelle che hanno come destinatarie le amministrazioni socie, quali quelle che impongono l'approvazione dei piani di revisione (o anche, oggi, il parere della Corte prima della stipula dell'atto negoziale di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP).

L'art. 8, comma 3, del TUSP puntualizza espressamente, peraltro, che le disposizioni del medesimo articolo (dettato, anche mediante richiamo al precedente art. 7, commi 1 e 2, in tema di procedure e contenuto motivazione del provvedimento di acquisizione di partecipazioni societarie) si applicano anche all'acquisto, da parte di pubbliche amministrazioni, di partecipazioni in "società quotate", "unicamente nei casi in cui l'operazione comporti l'acquisto della qualità di socio". Pertanto, il legislatore, in punto di procedura da osservare e motivazione dell'atto, sottopone l'acquisto di partecipazioni in società quotate da parte di amministrazioni pubbliche alle medesime regole dettate, in generale, per le altre società, purché, precisa la norma, "l'operazione comporti l'acquisto della qualità di socio".

Si tratta di formulazione analoga a quella contenuta, nella medesima disposizione, per le fattispecie di aumento del capitale sociale, da deliberare secondo le regole dettate dal citato articolo 7, commi 1 e 2 (che, a sua volta, richiama i commi 1 e 2 del precedente art. 5) ove comportino l'acquisto della qualità di socio. In proposito, come riportato già in precedente paragrafo, nello scrutinare il rapporto fra l'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP (che impongono l'esame preliminare della Corte dei conti per gli atti di costituzione e acquisto di partecipazioni pubbliche) e gli articoli 7 e 8 (che dettano regole in punto di competenza, procedura e oneri motivazionali dei medesimi atti), le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 19/2022/QMIG) hanno affermato che il controllo della magistratura contabile, in caso di operazioni di aumento del capitale sociale (normato dall'art. 8 con presupposti analoghi a quelli previsti per le società quotate), è limitato ai casi in cui comporta l'acquisto della qualità di socio, con conclusioni che, alla luce del (analogo) tenore letterale dell'art. 8, co 3 (e del comma 3 dell'art. 5), possono estendersi anche all'acquisizione di partecipazioni in società quotate.

Opinando diversamente, il legislatore legittimerebbe, in ragione della quotazione in mercati regolamentati, la detenzione di società non inerenti alla missione istituzionale delle amministrazioni socie (art. 4) o l'acquisizione o costituzione senza previo provvedimento di autorizzazione dell'organo competente debitamente motivato

⁵¹Cfr., Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 19/2020/REF (paragrafo 1.3); Sezione delle autonomie, deliberazioni n. 19/2017/INPR, n. 22/2018/INPR, n. 23/2018/FRG e n. 29/2019/FRG; nonché, per esempio, per quanto concerne le sezioni regionali di controllo, Lombardia, deliberazioni n. 198/2018/FRG e n. 3/2019/VSG.

⁵²Definite, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Testo unico delle società pubbliche, come "6" (art. 2, comma 1, lett. p), del d.lgs. n. 175 del 2016).

(artt. 5 e 7), etc. Anche l'art. 18 del d.lgs. n. 175 del 2016, nel consentire alle società controllate da una o più amministrazioni di quotare azioni (o altri strumenti finanziari) in mercati regolamentati, richiede la previa adozione, da parte del competente organo dell'ente socio (art. 7 TUSP), di una deliberazione conforme ai requisiti richiesti dall'art. 5, comma 1 (provvedimento analiticamente motivato)⁽⁵³⁾.

Il legislatore, pertanto, non legittima, tout court, la partecipazione di un ente pubblico in una società quotata, ma ne subordina la possibilità al rispetto di un predeterminato procedimento (che, per inciso, costituisce uno dei parametri in base ai quali valutare l'adozione di azioni di razionalizzazione)⁽⁵⁴⁾.

Si tratta di distinzione, peraltro, fatta propria anche dalla magistratura amministrativa. Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 3880/2023 (all'esito di un giudizio avviato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, facendo uso dei poteri attribuiti proprio dall'art. 5, comma 3, del TUSP, che ha richiamato a tal fine, l'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990) ha ribadito che l'art. 1, comma 5, del TUSP si riferisce a quelle disposizioni che abbiano come destinatario diretto le società⁽⁵⁵⁾, e non già le amministrazioni pubbliche. L'art. 4, oggetto del contendere in quella sede, come l'art. 5, sono, invece, norme che hanno come destinatari le amministrazioni pubbliche. Pertanto, precisa la pronuncia, il fatto che una partecipazione societaria si riferisca ad una "società quotata" non può consentire alle stesse amministrazioni pubbliche di eludere i limiti imposti (nel caso oggetto del giudizio) in tema di stretta inerenza alla missione istituzionale dell'ente socio, acquisendo partecipazioni in società attive in settori non funzionali al perseguimento delle finalità delle amministrazioni pubbliche⁽⁵⁶⁾.

7.6 I consorzi.

Per chiudere la problematica del perimetro applicativo dell'art. 5, commi 3 e 5, TUSP, occorre far cenno alla sottoposizione alla procedura preliminare di esame, da parte della Corte dei conti, dei consorzi. In proposito, le pronunce della magistratura contabile hanno avuto modo di soffermarsi sulla distinzione tra il "contratto di consorzio" (art. 2602 c.c.) e le "società consortili" (ex art. 2615-ter) per precisare che solo queste ultime, in ossequio a quanto previsto dall'art. 2, c. 1, lett. I), del d.lgs. n. 175 del 2016⁽⁵⁷⁾ (in combinato disposto con l'art. 3⁽⁵⁸⁾) sono soggette alle disposizioni del

53 Argomento a supporto si rinviene anche nella formulazione dell'art. 26, comma 3, TUSP, che ha permesso alle amministrazioni di mantenere solo le partecipazioni in società quotate già detenute al 31 dicembre 2015.

54 Quanto esposto trova conforto interpretativo anche nella citata deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 19/2017/INPR, che, oltre a chiarire che il testo unico "contiene norme che, di volta in volta, vedono come soggetto attuatore/destinatario la pubblica amministrazione oppure la società", al paragrafo 2.2 precisa che "sono rilevanti ai fini del Testo unico e, quindi, della ricognizione delle partecipazioni ai sensi dell'art. 24, d.lgs. n. 175/2016, le società indirette ("quotate" e non) che hanno per tramite una società/organismo a controllo pubblico" (affermazione confermata nel successivo paragrafo 3, in cui viene ribadito che "la legge usa l'avverbio "tutte" per indicare anche quelle di minima entità e finanche le partecipazioni in società "quotate").

55 Per es., l'art. 6 (Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico), l'art. 11 (Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico), l'art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate), l'art. 13 (controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico), l'art. 14 (crisi di impresa di società a partecipazione pubblica), etc.

56 L'opzione interpretativa esposta comporta, quale conseguenza, la rilevanza, ai fini della revisione, anche delle società detenute indirettamente per il tramite di una società, anche quotata, controllata dall'amministrazione pubblica (mentre non rileva la detenzione indiretta tramite una meramente partecipata). L'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 175 del 2016 precisa, infatti, che, ai fini del testo unico, sono considerate "partecipazione indirette" (solo) quelle detenute da una PA "per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica".

57 La disposizione definisce come "società", ai fini del decreto, "gli organismi di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile, anche aventi come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'articolo 2615-ter".

58 In base al quale "le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa".

testo unico, in particolare, per quanto interessa in questa sede, alla procedura di esame preventivo prescritta dai commi 3 e 4 dell'art. 5. Di conseguenza, è stato dichiarato il non luogo a provvedere ove le amministrazioni pubbliche interessate abbiano inviato l'atto di costituzione o di acquisizione di un mero consorzio⁵⁹⁾, mentre è stata riconosciuta la competenza a pronunciarsi in caso di società consortili, per azioni o a responsabilità limitata⁶⁰⁾.

Le società consortili, infatti, diversamente dai consorzi, anche aventi rilevanza esterna, soggiacciono alle regole civilistiche del modello societario prescelto (ad esempio, s.r.l. o s.p.a.), sia con riferimento agli organi sociali che alla responsabilità nei confronti di soggetti terzi (con conseguente assoggettabilità alle procedure concorsuali in caso d'insolvenza)⁶¹⁾.

7.7 I controlli della Corte dei conti sulle operazioni societarie non soggette all'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP.

Come sottolineato nelle deliberazioni delle Sezioni riunite n. 16 e 19/2022/QMIG, nonché n. 19/2023/QMIG, la tassatività degli atti deliberativi da sottoporre al vaglio preliminare della Corte dei conti non determina l'effetto di sottrarre a controllo le operazioni societarie straordinarie.

Sul punto, si richiama, in primis, la verifica, ex art. 20 del TUSP, "Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche", nella cui sede la competente Sezione di controllo viene, comunque, chiamata a prendere in esame, ai fini del legittimo mantenimento delle partecipazioni, non solo gli esiti delle operazioni, ordinarie e straordinarie, che hanno interessato, durante l'anno, le società partecipate, ma anche la loro eventuale programmazione.

Da un lato, infatti, i parametri di "convenienza economica" e "sostenibilità finanziaria", che, in aderenza ai principi affermati dall'art. 1, comma 2, del TUSP (in particolare, sotto il profilo della "efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche" e della "razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica"), devono presidiare le decisioni di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie ai sensi dell'art. 5 del TUSP, devono essere valutati anche in occasione degli annuali piani di revisione periodica ai fini del mantenimento delle partecipazioni (come da requisiti elencati nell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016).

Dall'altro, alcune operazioni in esame (in particolare, la trasformazione e la fusione), possono costituire, sempre alla luce dei parametri elencati nell'art. 20, comma 2, TUSP, l'esito dei piani di revisione e, come tali, programmare l'avvio delle deliberate azioni di razionalizzazione ("razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione"), che la competente Sezione della Corte dei conti è chiamata a valutare anche nell'esercizio di tale funzione, sia al momento dell'adozione del "piano di riassetto" che di "relazione...sui risultati conseguiti" (cfr. art. 20, commi 1, 3 e 4, del Testo unico).

Le medesime operazioni possono assumere rilievo, per i riflessi finanziari sui bilanci degli enti territoriali partecipanti, nel quadro dei controlli di c.d. "legalità finanziaria" (per tutte, Corte costituzionale, sentenza n. 60/2013), esercitati dalla Corte dei conti

⁵⁹ Cfr., per esempio, le citate delibere della Sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 139-146/2022/PASP.

⁶⁰ Solo per fare alcuni esempi, può farsi rinvio alle delibere delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 22, 23, 35/2022/PASP e n. 4, 5 e 14/2023/PASP.

⁶¹ Nel caso preso in esame da SRC Lombardia, deliberazione n. 157/2022/PAR dall'esame dello statuto, allegato alla delibera, non si evinceva la natura di "società consortile" ex art. 2615-ter cod. civ. Inoltre, anche se nell'intestazione dello statuto, accanto alla denominazione del consorzio, era stato indicato l'acronimo s.c.r.l., l'esame delle singole norme statutarie (in particolare, la disciplina della responsabilità civile del consorzio verso terzi e la dotazione di un fondo consortile, anziché di un capitale sociale) hanno indotto la Sezione regionale a escludere la natura societaria del consorzio.

sugli enti locali, sugli enti del servizio sanitario nazionale e sulle regioni (art. 1, commi 3, 4 e 7, del d.l. n. 174 del 2012 e art. 148-bis del d.lgs. n. 267 del 2000). In quella sede, infatti, le Sezioni regionali di controllo devono verificare, fra gli altri, che i rendiconti “tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività locale e di servizi strumentali all’ente” (cfr. art. 148-bis, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000; analoga la formulazione dell’art. 1, comma 4, del d.l. n. 174 del 2012).

Analogamente, le medesime operazioni possono essere valutate, sia per le società detenute dallo Stato che dalle regioni, in occasione dei giudizi di parificazione dei rendiconti consuntivi (artt. 39, 40 e 41 del r.d. n. 1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012)⁶².

Inoltre, le operazioni di aumento del capitale sociale, anche quando sottoscritte dall’ente socio, sono oggetto di valutazione da parte della Corte dei conti in ragione di varie disposizioni normative. In particolare, per gli enti locali, che costituiscono la platea di amministrazioni pubbliche detenente il maggior numero di partecipazioni societarie, la “ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l’esercizio di servizi pubblici locali” costituisce una delle operazioni legittimanti l’adozione di delibere di riconoscimento di debito fuori bilancio (art. 194, comma 1, lett. c), del TUEL; cfr., altresì, l’art. 73, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 118 del 2011, per le regioni). Queste ultime, oltre ad essere oggetto di periodico esame da parte delle competenti Sezioni regionali di controllo in sede di controlli sulla sana gestione finanziaria, anche ai fini della verifica dell’osservanza delle regole, di matrice costituzionale (art. 119, comma sesto), di corretta finalizzazione del debito ad investimenti (cfr. art. 3, comma 19, legge n. 350 del 2003), devono essere inviate alla competente Procura della Corte dei conti (come prescritto dall’art. 23, comma 5, legge n. 289 del 2002).

Infine, costituendo la sottoscrizione di un aumento di capitale una delle modalità attraverso la quale una o più amministrazioni pubbliche possono sostenere, finanziariamente e patrimonialmente, una società partecipata (cfr. art. 14, commi 4 e 5, del TUSP), tale operazione, anche quanto vede parte attiva un ente che è già socio, costituisce oggetto di esame da parte della competente Sezione della Corte dei conti, non solo in virtù dello specifico obbligo di comunicazione prescritto dall’art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016 (limitato ai piani di risanamento di società in perdita da almeno tre esercizi), ma anche delle altre disposizioni dettate sia dal Testo unico che da altri plessi normativi (può farsi rinvio, per l’impatto che hanno sulla materia in questione, oltre a quelle già richiamate in precedenza, all’art. 21 del d.lgs. n. 175 del 2016, che disciplina i presupposti per la costituzione e liberazione degli accantonamenti a fondo perdite società partecipate, nonché agli artt. 147, commi 2, lett. c) e d), 147-quater e 147-quinquies del TUEL, che finalizza, fra l’altro, il sistema dei controlli interni degli enti locali alla “valutazione degli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell’ente in relazione all’andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni”).

In questi contesti, peraltro, la rilevazione di eventuali irregolarità nelle operazioni societarie deliberate dall’amministrazione, ove integranti potenziali fattispecie di danno erariale, devono essere oggetto di segnalazione alla competente Procura della Corte dei conti, ex art. 52 del d.lgs. n. 174 del 2016 (Codice della giustizia contabile).

⁶² Solo per fare due esempi, può farsi rinvio alla delibera della Sezione regionale di controllo per la Liguria n. 64/2020/PARI, che ha condotto alla richiesta di un parere alla Commissione europea circa l’integrazione di un’ipotesi di non legittimo aiuto di Stato (poi valutato nella successiva delibera n. 77/2021) o all’ordinanza n. 170/2019 della Sezione regionale di controllo per l’Abruzzo, che ha dato poi luogo alla sentenza della Corte costituzionale n. 181/2020.

Il «cantiere» degli enti locali

SOMMARIO : 1. A trent'anni dall'elezione diretta del Sindaco: gli enti locali ancora alla ricerca di un'identità definita. 2. I progetti di revisione del Tuel, fino all'ultimo disegno di legge approvato dal Governo il 7 agosto 2023. 3. La revisione della legge Delrio verso un nuovo ordinamento provinciale. 4. Una nuova forma di governo per le Città metropolitane, alla luce del monito della sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021. 5. La delega al Governo per la revisione delle leggi sull'ordinamento degli enti locali: stesura di una vera e propria Carta dell'Autonomia Locale o semplice restyling del Tuel? 6. In conclusione e in prospettiva.

DI MARIO GORLANI

ABSTRACT: A trent'anni dall'elezione diretta dei sindaci, il saggio compie un'attenta analisi delle proposte di riforma del TUEL attualmente in discussione, offrendo una prospettiva ricostruttiva di un "diritto delle città" che abbia il coraggio di rielaborare gli spunti e le esigenze che la prassi dei Comuni ha messo in luce in questi anni. Il punto di partenza dell'analisi è costituito dal recente disegno di legge approvato dal Governo il 7 agosto 2023.

ABSTRACT: *Thirty years after the direct election of mayors, the essay makes a careful analysis of the TUEL reform proposals currently under discussion, offering a reconstructive perspective of a "law of cities" that has the courage to rework the insights and needs that the practice of municipalities has highlighted in recent years. The starting point for the analysis is the recent bill passed by the government on August 7, 2023.*

1. A trent'anni dall'elezione diretta del Sindaco: gli enti locali ancora alla ricerca di un'identità definita.

Di una riforma organica dell'ordinamento degli enti locali e di una sostituzione dell'attuale Testo Unico con una Carta dell'Autonomia Locale⁽¹⁾ si discute da oltre un ventennio, da quando cioè, con la riforma del 2001, è significativamente mutato lo status costituzionale di Comuni, Province e Città metropolitane. Il nuovo Titolo V, infatti, introducendo una radicale ridefinizione del rapporto tra Stato, Regioni ed enti locali⁽²⁾, mediante la valorizzazione di specifici profili di autonomia e della loro centralità nel sistema amministrativo, ha messo subito in evidenza che il Testo Unico del 2000, per quanto varato nella prospettiva della sussidiarietà fatta propria dalle leggi Bassanini, necessitava di un adeguamento al riformato testo costituzionale. E, tuttavia, le incertezze successive nella concreta applicazione delle nuove disposizioni, le oscillazioni

1 Cfr. A. PIRAINO, a cura di, *Verso la Carta delle Autonomie Locali*, Roma, 2007. G. C. De Martin, Relazione introduttiva, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, N. MACCABIANI, *Quale rilancio per le autonomie territoriali?*, Milano, 2020, 43, parla dell'obiettivo «di dar vita ad una "carta delle autonomie", con superamento del Tuel, come già accennato, con una particolare attenzione a definire spazio e limiti dell'auto-normazione locale, statutaria e regolamentare, evitando una visione restrittiva del principio di legalità, in moda da favorire anche soluzioni virtuose di autoorganizzazione e di autocontrollo».

2 E. CARLONI, *Gli elementi costitutivi della Repubblica in cerca di ruolo: il "nuovo" articolo 114, vent'anni dopo*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, nn. 1-2/2021, p.142, rileva, dalla formulazione dell'articolo 114, «l'idea di un superamento di tradizionali canoni ontologicamente gerarchici nel rapporto tra lo Stato e le autonomie».

politiche su ulteriori e più incisive revisioni o, all'opposto, su pure ipotizzate riduzioni o rimodulazioni degli spazi di autonomia, la difficoltà di dare effettiva concretizzazione agli ambiziosi obiettivi di federalismo fiscale, hanno di fatto dilatato nel tempo (e, in parte, depotenziato) la piena attuazione del disegno autonomistico. Le crisi del 2008-2009 e del 2011, con la conseguente assunzione di una logica prevalentemente finanziaria e di risparmio di spesa³), hanno poi portato all'accantonamento, per anni, di ogni ipotesi concreta, tanto più che, nel frattempo, si è imboccata la strada del ridimensionamento delle Province (e, con la proposta Renzi-Boschi, di una parziale riduzione della stessa autonomia regionale). Non a caso i principali commenti in dottrina, in occasione dei vent'anni dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V, hanno stilato un bilancio prevalentemente deluso e preoccupato, pur accompagnato dagli auspici di un rilancio⁴).

Così, mentre si celebra quest'anno la ricorrenza dei trent'anni dall'entrata in vigore della legge 25 marzo 1993, n. 83, che ha introdotto l'elezione diretta del Sindaco e del Presidente della Provincia, l'ordinamento delle autonomie territoriali è ancora alla ricerca di un'identità definita e di un assetto convincente, che favorisca una più razionale ed efficace pianificazione, gestione e attuazione delle politiche pubbliche a livello territoriale e salvaguardi al contempo la ricchezza democratica, culturale e identitaria espressa dagli enti locali esistenti⁵).

La legge n. 81 del 1993 può essere assunta come punto di partenza di una ricostruzione diacronica dello stato delle nostre autonomie perché, insieme alla prima legge generale repubblicana sull'ordinamento degli enti locali – la legge 8 giugno 1990, n. 142 – ha inaugurato una stagione di grande fermento autonomistico, le cui tappe successive sono note (dalle leggi Bassanini al Tuel, dalla riforma del Titolo V alla legge La Loggia, dal «federalismo fiscale» alla legge Delrio), e perché ha modellato un assetto degli enti locali che, pur con varie oscillazioni, è ancora quello vigente. Una stagione che, tuttavia, da un lato, è ancora lungi dal potersi considerare conclusa e che, dall'altro lato, è di difficile lettura unitaria e coerente: in questi trent'anni la disciplina degli enti locali è stata oggetto di una costante fibrillazione e di un andamento erratico, non solo perché la stessa visione complessiva dell'autonomia è stata soggetta a umori e sensibilità politiche diverse, talvolta antitetiche, ma anche per una oggettiva difficoltà di trovare un punto di equilibrio duraturo tra esigenze autonomistiche, adeguatezza del livello amministrativo, cura appropriata degli interessi pubblici coinvolti, distribuzione delle risorse tra i diversi livelli territoriali, contenimento della spesa pubblica.

Il punto di partenza e l'innescio di questa stagione autonomistica rimane, però, come si è detto, l'introduzione dell'elezione diretta del Sindaco⁶) e del Presidente della Provincia perché, tutt'oggi, quella scelta istituzionale continua a rappresentare un punto di svolta, che ha consentito all'autonomia locale di crescere in autorevolezza, responsabilizzazione e (anche) rilievo mediatico nel dibattito pubblico e, conseguentemente, di poter

3 Come puntualmente rilevato dalla stessa Corte costituzionale che, nella sentenza n. 33 del 2019, ha segnalato i «gravi limiti che, rispetto al disegno costituzionale, segnano l'assetto organizzativo dell'autonomia comunale italiana, dove le funzioni fondamentali risultano ancora oggi contingentemente definiti con un decreto-legge che tradisce la prevalenza delle ragioni economico-finanziarie su quelle ordinali».

4 Le riviste *Le Regioni e Le Istituzioni del Federalismo* hanno dedicato nel 2021, alla ricorrenza dei vent'anni dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V, un numero monografico, a cui si fa rimando. Si veda anche A. SPADARO, *Per un generale «riordino territoriale» dell'Italia: Regioni, Micro-Regioni, Città metropolitane, Comuni*, in *Diritti regionali*, n. 1/2021, pp. 126 ss.

5 Sono 7901 i Comuni censiti dall'Istat al 1° gennaio 2023, solo 200 meno del dato al 1° gennaio 1991.

6 Per un quadro complessivo del ruolo del Sindaco nel nostro ordinamento può vedersi V. ITALIA, a cura di, *Il Sindaco*, Milano, 1997.

rivendicare con maggior forza (e maggiore ascolto) più competenze e più risorse⁽⁷⁾. Come è accaduto in altri Paesi europei, l'elezione diretta ha proiettato i sindaci, soprattutto delle città maggiori, in una dimensione politica nazionale e, con essi, gli enti da loro amministrati. Il bilancio di questa esperienza va sicuramente considerato con favore⁽⁸⁾, sia in termini di stabilità dei governi locali, sia in termini di risultati e di progettualità delle comunità territoriali, soprattutto in quelle realtà in cui il Sindaco è riuscito a diventare il catalizzatore e il punto di incontro e di dialogo della pluralità di esperienze professionali, sociali e civiche che la comunità esprime⁽⁹⁾.

I buoni risultati del modello, d'altra parte, sono comprovati non solo dalla sua contestuale estensione alle Province, ma anche dal fatto che esso è stato assunto come forma di governo standard delle Regioni a partire dalla legge costituzionale n. 1 del 1999, e che in più occasioni esso è stato evocato come una suggestione anche per la forma di governo statale. Che si parli di «Sindaco d'Italia» o di «premierato», le proposte di riforma che hanno interessato il governo nazionale hanno spesso indicato nella forma di governo comunale il modello a cui riferirsi, proprio per l'effetto combinato di responsabilizzazione, stabilità, legittimazione democratica ed efficacia dell'azione politico-amministrativa che esso tende a produrre⁽¹⁰⁾.

Da tempo, così, gli enti locali vivono un vero e proprio paradosso. Pur confermatasi come essenziali e imprescindibili nella gestione amministrativa dell'apparato pubblico e nell'erogazione dei servizi di prossimità – come le vicende dell'emergenza Covid e del PNRR hanno ampiamente dimostrato⁽¹¹⁾ – si vedono costretti ad agire in un quadro di confusione normativa (e, più ancora, di rigidità organizzativa), di sovrapposizione di competenze e di crescente difficoltà nel gestire le proprie funzioni per la inadeguatezza dimensionale e d'organico, e per la ristrettezza di risorse e la carenza di strumenti per raccogliercle, che portano a mettere in discussione il complessivo modello autonomistico e ad ipotizzare addirittura forme di riaccentramento delle potestà pubbliche.

2. I progetti di revisione del Tuel, fino all'ultimo disegno di legge approvato dal Governo il 7 agosto 2023.

7 L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, IV ed., Bologna, 2011, 122, ne parla come di «un compromesso che traccia linee fortemente innovative, basandosi, secondo l'efficace sintesi del primo sindaco eletto direttamente a Roma, Francesco Rutelli, su pochi punti: individuazione di una responsabilità personale, formazione di una squadra sotto la responsabilità di chi ha l'esperienza di governo, legame con una maggioranza politica ma anche autonomia rispetto a questa maggioranza, individuazione di un programma chiaro sul quale si chiede il voto e poi se ne verifica l'attuazione, stabilità di mandato». Cfr. anche C. GIURICKOVIC, *Il sindaco taumaturgo e il governo delle città*, Milano, 1996.

8 Anche se può essere colto un nesso tra elezione diretta del sindaco e destrutturazione del sistema dei partiti, in un rapporto di reciproca alimentazione: cfr. A. DI VIRGILIO, *Elezioni locali e destrutturazione partitica. La nuova legge alla prova*, in Riv. It. Scienza Politica, n. 1/1994, pp. 107 ss.

9 Come ricorda A. POGGI, *A vent'anni dalla revisione costituzionale del Titolo V: un bilancio con lo sguardo rivolto al futuro*, in Le Istituzioni del Federalismo, nn. 1-2/2021, p. 82, «l'idea stessa di città che emerge dalle grandi ed avanzate esperienze» è quella in cui «lo sviluppo urbano coincide con il coinvolgimento attivo delle comunità locali e delle loro organizzazioni sociali e civiche allo scopo di utilizzare le loro conoscenze e preferenze, collaborare con tutti gli attori collettivi territoriali e promuovere cooperazione interistituzionale, nella forma della cosiddetta pianificazione strategica di territorio».

10 Come non di rado accade nel nostro Paese, mentre le riforme transitorie e provvisorie tendono a stabilizzarsi e a diventare definitive, analogamente le buone leggi non si sottraggono alle tentazioni di revisione, che finiscono con il guastarne l'impianto e l'efficacia. E così, da un lato, il meccanismo dell'elezione diretta – e la connessa dimensione politico-istituzionale dell'ente – è stato «smontato» per le Province dalla legge Delrio; e, dall'altro lato, riemerge come un fiume carsico la tentazione di alterare il meccanismo complessivo dell'elezione diretta dei sindaci in vari modi, che vanno dall'abbassamento al 40% della soglia che esclude il ballottaggio all'estensione del numero di mandati consecutivi del sindaco. Si veda, al riguardo, la sentenza della Corte costituzionale n. 60 del 2023, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Sardegna che aveva esteso a quattro il numero di mandati consecutivi per i Comuni con meno di 3000 abitanti.

11 Si veda il numero speciale de Le Istituzioni del Federalismo, 2020, dedicato a «I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza». Si veda anche E. GROSSO, *Il PNRR è un'occasione da non sprecare. Anche per le Regioni e gli Enti locali*, in Il Piemonte delle Autonomie, n. 3/2022.

Nel quadro descritto, i propositi di una riscrittura organica del Tuel si sono manifestati fin dagli esordi del nuovo Titolo V, ed hanno dato luogo ad alcuni tentativi, sin qui mai approdati alla sanzione legislativa.

Il primo di questi risale al gennaio 2007, quando il II Governo Prodi presentò alle Camere un disegno di legge relativo all'attuazione degli articoli 117 e 118 della Costituzione, per l'istituzione delle Città metropolitane e per l'ordinamento di Roma capitale, oltre che per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001⁽¹²⁾. La breve durata della XV legislatura, conclusasi un anno dopo, impedì all'epoca la conclusione del percorso parlamentare, e il progetto fu riposto nel cassetto per molto tempo. Una sorte analoga ebbe il disegno di legge per l'approvazione della Carta delle autonomie, presentato nel corso della XVI legislatura ma finito presto su un binario morto⁽¹³⁾.

Dopo diversi anni di stop – dovuti all'emergenza finanziaria, al dibattito sulla legge di revisione costituzionale Renzi-Boschi, e infine alla ripresa del tema del regionalismo differenziato – si è tornati a parlarne nella primavera del 2020 con la commissione insediata dal Ministro Lamorgese e presieduta dal Presidente Pajno⁽¹⁴⁾, giunta nell'ottobre 2021 alla stesura di una bozza articolata di disegno di legge per l'integrale revisione del Tuel; ma alcune difficoltà politiche e la conclusione anticipata della XVIII legislatura hanno fatto naufragare il progetto anche in quell'occasione.

Il tema è stato ripreso nella legislatura in corso, motivato principalmente dall'avvertita esigenza di razionalizzare e «restaurare» gli enti di area vasta, da troppo tempo posti in un limbo e bisognosi, perciò, di una revisione della propria organizzazione istituzionale e funzionale. L'obiettivo di modificare entro la tornata elettorale del giugno 2024 i meccanismi elettorali della Provincia e della Città metropolitana, anche alla luce della sentenza n. 240 del 2021 della Corte costituzionale, e di ripristinare una “forma di governo” dei due enti più efficace e razionale ha accelerato l'iter di un progetto di legge specifico, attualmente in discussione in Commissione Affari costituzionali del Senato.

A questo si è aggiunta l'approvazione da parte del Governo lo scorso 7 agosto, nell'ultimo Consiglio dei ministri prima della pausa estiva, di uno «schema di disegno di legge recante delega al Governo per la revisione delle leggi sull'ordinamento degli enti locali». L'iniziativa si affianca al lavoro parlamentare già in corso, e lo amplia verso una revisione organica delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Sono tre, quindi, i piani su cui si sta avviando la riforma: Province, Città metropolitane, revisione complessiva delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Va evidenziato fin da ora, al di là di ogni valutazione di merito dei progetti presentati, che dovrà essere preliminarmente sciolta l'incertezza tra l'approccio minimalista e mirato, proprio del lavoro svolto sin qui dalla Commissione Affari costituzionali del Senato, e avente ad oggetto soltanto la forma di governo provinciale, le modalità di insediamento del sindaco metropolitano e una delega per il riordino delle funzioni e delle risorse

12 Si vedano, sul disegno di legge presentato dal Governo Prodi nel 2007, V. CERULLI IRELLI, *Un primo passo verso l'attuazione della nuova disciplina costituzionale del governo locale*, e G. C. DE MARTIN, *Per il completamento e l'attuazione della riforma costituzionale sulle Autonomie territoriali*, entrambi in A. PIRAINO, a cura di, *Verso la Carta delle Autonomie Locali*, Roma, 2007, 3 ss., 95 ss.

13 Per cenni al disegno di legge della XVI legislatura si veda G.C. DE MARTIN, *Osservazioni sul ddl 3118 – Carta delle autonomie (Audizione alla Commissione affari costituzionali della Camera – 20 aprile 2010)*, in *Amministrazionecammino.it*, 2010.

14 La Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza 2021 ha incluso tra i disegni di legge collegati alla decisione di bilancio anche un disegno di legge di revisione del Testo unico dell'ordinamento degli enti locali. La risoluzione di maggioranza, approvata dalla Camera il 10 ottobre 2019 in occasione dell'esame della Nota di aggiornamento del DEF presentata nell'ottobre 2019, impegnava il Governo ad inserire tra i provvedimenti collegati alla decisione di bilancio un disegno di legge di revisione del Testo unico. La necessità di riformare il Testo unico degli enti locali, del resto, era già presente nella NADEF 2019, che prevedeva «un'Agenda Urbana per lo sviluppo sostenibile delle città, delle Città Metropolitane, di Roma capitale, attuando la legge per la valorizzazione dei piccoli Comuni e sopprimendo gli enti inutili».

dell'ente di area vasta; e l'approccio complessivo, che richiede però un confronto più ampio e un lavoro tecnicamente più complesso, difficile da completare nell'arco di pochi mesi, tenuto conto che altre urgenze si affacciano all'agenda politica.

3. La revisione della legge Delrio verso un nuovo ordinamento provinciale.

Il *focus* principale della riforma in discussione in Parlamento riguarda le Province e il superamento della legge Delrio, ritenuto ormai indifferibile e da tempo sollecitato dalle forze politiche, da larga parte della dottrina e dalla stessa Unione Province Italiane. Definitivamente abbandonata la prospettiva «abolizionista» della riforma Renzi-Boschi, da anni si sta protraendo una condizione ambigua e oggettivamente insostenibile, che ha impedito alle Province di esercitare un ruolo efficace nella pianificazione e gestione delle aree vaste sub-regionali ma che nondimeno non ha sin qui trovato un consenso parlamentare sufficientemente ampio per la sua riforma⁽¹⁵⁾.

Le principali criticità che hanno accompagnato l'ente Provincia in questi nove anni sono note: la perdita di rilevanza politico-istituzionale, causata dalla rinuncia all'elezione diretta del Presidente e del Consiglio provinciale; la riduzione delle funzioni esercitate e il forte ridimensionamento dell'organico; la contrazione e l'incertezza – se non vera e propria aleatorietà - delle risorse finanziarie disponibili.

Muovendo dal presupposto che l'«area vasta» definisca e identifichi una realtà territoriale, sociale ed economica concreta⁽¹⁶⁾ che necessita di enti pienamente legittimati e attrezzati per essere governata, diventa essenziale e indifferibile sia recuperare funzioni e risorse a tale dimensione dell'autonomia, sia restituire piena investitura democratica e popolare alla Provincia. Pur senza ignorare i pregi di un modello che ha valorizzato un maggior coinvolgimento dei comuni nelle scelte provinciali (la Provincia come «Casa dei Comuni») e pur senza altresì trascurare l'importanza che la Provincia può ricoprire come ente di supporto tecnico-amministrativo dei Comuni minori e meno attrezzati per lo svolgimento delle funzioni assegnate, è innegabile che, nella dimensione pianificatoria e organizzativa propria dell'area vasta, si collocano scelte politiche-amministrative che postulano legittimazione e confronto diretto con il corpo elettorale. In altre parole, la Provincia, per le funzioni che è chiamata a svolgere, per la dimensione degli interessi coinvolti, per le scelte di localizzazione delle principali infrastrutture strategiche del territorio, non può essere semplicemente considerata come un ente inter-comunale, ma deve essere vista come un ente che svolge funzioni sovracomunali, da pianificare e gestire con una visione politica più ampia di quella propria di una semplice concertazione tra Comuni⁽¹⁷⁾.

La riforma all'esame del Parlamento muove dalla premessa, enunciata nell'art. 1 del disegno di legge, che, in armonia con i principi di cui alla Carta europea delle autonomie

15 Va infatti segnalato che, nel dibattito che accompagna il superamento della legge Delrio, non mancano voci che continuano a parlarne come di un «spoltronificio» e a ragionare della loro revisione in una chiave prettamente finanziaria e di contenimento della spesa pubblica.

16 Non foss'altro per il fatto che, dall'Unità d'Italia in poi, i servizi amministrativi statali – e con essi le organizzazioni di categoria, le associazioni professionali, le iniziative sociali – sono stati organizzati principalmente, se non quasi esclusivamente, su scala provinciale, favorendo così l'omogeneizzazione e l'infrastrutturazione dei territori in funzione del ruolo del Comune capoluogo. Si veda, in questo senso, l'interessante volume di B. CARAVITA, G.M. SALERNO, F. FABRIZI, S. CALZOLAIO, F. GRANDI, *Mappe d'Italia. Alla ricerca della riorganizzazione territoriale tra funzioni, reti e servizi*, Roma, 2018.

17 S. MANGIAMELI, *Province e Città metropolitane nel sistema regionale*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, N. MACCABIANI, *Quale rilancio per le autonomie territoriali?*, Milano, 2020, 115, sottolinea che «nulla può condurre a confondere gli enti di area vasta (e le relative funzioni) con le forme associative dei Comuni: l'area vasta non può essere considerata alla stregua di un territorio presidiato da associazioni di Comuni, non solo per la circostanza che è lo stesso diritto positivo a distinguere fra forme di associazioni di Comuni, aree metropolitane e Province, quanto soprattutto perché le forme associative dei Comuni sono rivolte a dare vita ad un ambito territoriale ottimale per l'esercizio delle funzioni comunali (non provinciali) e le due nozioni di ordinamento territoriale, quella di «area vasta» e quella di «ambito ottimale», sono affatto diverse e facilmente distinguibili».

locali, le Province sono enti rappresentativi delle rispettive comunità, e che i componenti dei loro organi consiliari devono essere eletti a suffragio libero, segreto, paritario, diretto ed universale. Anche per il Presidente viene reintrodotta l'elezione a suffragio universale e diretto, con un eventuale turno di ballottaggio qualora nessuno dei candidati raggiunga la soglia del 40%⁽¹⁸⁾, e con l'attribuzione del premio di maggioranza, pari al 60% dei seggi, alla lista o alla coalizione di liste collegate al candidato presidente eletto. Il Presidente tornerà inoltre ad essere affiancato nell'esercizio delle funzioni esecutive da una giunta⁽¹⁹⁾ che, nella frenesia di «tagliare» i costi della politica, era stata inopinatamente soppressa dalla legge Delrio⁽²⁰⁾. La forma di governo richiama in modo diretto quella comunale, perché in caso di approvazione a maggioranza assoluta dei consiglieri provinciali di una mozione di sfiducia nei confronti del Presidente eletto, questo è tenuto a dimettersi ma anche il Consiglio si scioglie, secondo la collaudata formula del simul stabunt simul cadent. La durata dei due organi viene così parificata e portata a 5 anni.

Se il recupero della elezione diretta di Presidente e Consiglio e il ripristino della Giunta provinciale sono in linea con una richiesta diffusa, meno convincente appare la scelta di rinunciare all'assemblea dei sindaci, a cui la legge Delrio assegnava poteri propositivi, consultivi e di controllo e che rappresentava una preziosa sede di confronto e di collaborazione tra Provincia e Comuni sulle strategie da condividere e sui bisogni più urgenti da soddisfare. La definizione della Provincia come «casa dei comuni»⁽²¹⁾ era volta a rimarcare lo sforzo concertativo e collaborativo richiesto ai vari enti locali del territorio, a prescindere dall'orientamento politico, per la pianificazione e la gestione delle funzioni di area vasta.

Senza che la scelta sia stata preceduta da adeguata riflessione, tale organo non è più previsto nella bozza di disegno di legge in discussione. Potrebbe aver pesato, in tal senso, la volontà di recuperare appieno la forma di governo definita dalla legge n. 81 del 1993, tanto più che la ritrovata legittimazione di primo grado degli organi di governo provinciale varrà a far emergere un indirizzo politico-amministrativo di tali enti, che potrebbe risultare poco compatibile con un istituto di natura concertativa come l'assemblea dei sindaci.

Eppure, l'assemblea dei sindaci è proprio uno degli aspetti delle Province post legge Delrio ad aver convinto; e, pur non potendo andar oltre, nel nuovo assetto a legittimazione di primo grado, un ruolo di proposta e di iniziativa, è auspicabile che essa venga mantenuta, anche per evitare contrapposizioni troppo accentuate tra i due livelli territoriali che, specie per i Comuni minori, rischia di risultare del tutto inefficiente.

Per quanto riguarda le funzioni, vengono recuperate alle Province le funzioni già riconosciute alle Città metropolitane che comprendono, oltre a quelle in qualche modo «tradizionali» - come l'edilizia scolastica, la pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, la pianificazione territoriale di coordinamento e la raccolta ed elaborazione di dati e assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali - l'adozione di un piano strategico triennale del territorio provinciale, che costituisce atto di indirizzo per l'ente e per l'esercizio delle funzioni dei comuni e delle unioni dei comuni compresi nel

18 Da qualche tempo, alcune forze politiche stanno proponendo l'abbassamento della soglia di accesso al ballottaggio nei Comuni al 40%: se il candidato che ottiene il maggior numero di consensi supera al primo turno il 40%, viene immediatamente proclamato sindaco e non dar corso al ballottaggio. Opzione che non pare avere il supporto di particolari ragioni tecniche, ma solo una valutazione di natura politica sulla competitività dei candidati, soprattutto nelle città più grandi.

19 Ancorché a «ranghi ridotti»: l'art. 2 del disegno di legge ipotizza una giunta di 4 componenti per le Province fino a 500.000 abitanti; di 6 componenti per quelle fino a 1.000.000; di 8 per le Province con più di 1.000.000 di abitanti.

20 Salvo poi rendersi conto dell'importanza di affiancare al Presidente collaboratori a cui delegare e con cui condividere le funzioni esecutive, dando così vita al fenomeno - improprio - delle deleghe ai consiglieri provinciali.

21 Cfr., ex multis, G. MELONI, *Il nuovo ruolo delle Province come "Case dei Comuni"*, in *Accademiaautonomia.it*, 2017; E. CARLONI, *La Provincia "casa dei Comuni": verso la Provincia come piattaforma di sistema*, in *Aliautonomie.it*, 2021.

predetto territorio, anche al fine della promozione e del coordinamento dello sviluppo economico e sociale, anche assicurando sostegno e supporto alle attività economica e di ricerca innovative e coerenti con la vocazione della Provincia come delineata nel piano strategico del territorio.

Rispetto alla bozza che era stata predisposta dalla Commissione Pajno, viene meno la funzione di costruzione e gestione delle strade provinciali, la protezione civile, la valorizzazione dei beni culturali, la caccia e le pesca. Resta però aperta la possibilità che le Regioni arricchiscano l'elenco delle funzioni provinciali, secondo un'impostazione già sperimentata con la legge Delrio. Ed è comunque probabile che, nel corso dell'iter parlamentare, l'elenco verrà corretto e integrato. In ogni caso, è previsto il conferimento al Governo di una delega per l'adozione di uno o più decreti legislativi aventi ad oggetto sia l'individuazione delle funzioni fondamentali, sia ulteriori funzioni, diverse da quelle fondamentali, da attribuire alle province, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, pescando anche nell'ambito dei settori già indicati dagli articoli 19 e 20 del Testo unico degli enti locali, in modo da tener conto delle mutate esigenze e caratteristiche dell'area vasta. L'individuazione delle ulteriori funzioni dovrà avvenire a valle della definizione per ogni settore dell'ambito territoriale ottimale di esercizio per ciascuna funzione e alla insussistenza di riconosciute esigenze unitarie ad un livello superiore di governo.

L'altro profilo affrontato nella bozza di disegno di legge riguarda le risorse, seppur in forma provvisoria, in attesa dell'entrata in vigore dei decreti legislativi che determineranno l'esatto perimetro delle competenze provinciali. La determinazione dei criteri generali per l'individuazione delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative connesse all'esercizio delle funzioni attribuite è demandata ad un dPCM, da emanarsi su proposta del Ministero dell'interno di concerto con i Ministri per gli affari regionali e le autonomie, per la pubblica amministrazione e dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata.

Il disegno di legge fa suo l'obiettivo di restituire diverse competenze al livello provinciale, coerenti con la sempre crescente rilevanza della dimensione di area vasta per un numero elevato di potestà amministrative, il cui esercizio ottimale si colloca sempre più a livello sovracomunale ma infraregionale, secondo il monito della Corte che, nella sentenza n. 240 del 2021, ha ricordato sia la «perdurante, operatività delle Province» sia il fatto che «l'attribuzione ad esse di determinate funzioni fondamentali non di mero coordinamento assume particolare rilievo perché traccia una rotta chiara, nel senso che, nella logica della sussidiarietà, è necessario che le funzioni sovracomunali di area vasta vengano assegnate alle Province, e non alla Regione, in una logica di accentramento che non appare compatibile con il dettato costituzionale. La Provincia non può essere esclusivamente un ente di coordinamento intercomunale, ma deve essenzialmente valorizzare la sua vocazione di ente di politiche attive di carattere sovracomunale». E, da questo, discende la necessità di meccanismi elettorali a elezione diretta coerenti con questa impostazione.

4. Una nuova forma di governo per le Città metropolitane, alla luce del monito della sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021

Anche per le Città metropolitane il disegno di legge va nella direzione di prevedere una forma di elezione diretta del sindaco metropolitano, superando l'automatismo che lo individuava ex lege nel sindaco del Comune capoluogo. La forma di governo

è sostanzialmente identica a quella provinciale⁽²²⁾, con una giunta che affiancherà il Sindaco metropolitano nel ruolo di organo esecutivo e un consiglio metropolitano che assume la veste di organo di indirizzo e di controllo, chiamato all'approvazione degli atti fondamentali dell'ente. Viene in questo modo data attuazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021 che, pur dichiarando inammissibili le questioni sollevate in via incidentale dalla Corte d'appello di Catania, aveva osservato «come il sistema attualmente previsto per la designazione del sindaco metropolitano non sia in sintonia con le coordinate ricavabili dal testo costituzionale, con riguardo tanto al contenuto essenziale dell'eguaglianza del voto, che riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e [...] concorre inoltre a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative, quanto all'assenza di strumenti idonei a garantire «meccanismi di responsabilità politica e il relativo potere di controllo degli elettori locali»⁽²³⁾.

Per quanto riguarda le funzioni, si rimanda alla legislazione vigente, ma si prevede anche in questo caso una delega al Governo finalizzata ad attribuire alle città metropolitane ulteriori funzioni, che tengano conto delle esigenze di interconnessione e di sviluppo omogeneo del territorio metropolitano e che assicurino alle medesime aree condizioni uniformi di fruibilità dei servizi.

È prematuro commentare una semplice bozza, che deve ancora affrontare molti step del suo iter parlamentare; ma da queste prime ipotesi si coglie che il legislatore sembra intenzionato a recepire il chiaro monito della sentenza n. 240/2021, ma non a compiere, in merito alle Città metropolitane, quel ripensamento più complessivo da più parti sollecitato, che dovrebbe portare al superamento della logica affrettata con cui, nel 2014, furono istituite, facendole coincidere e sostituendole per comodità alle preesistenti province. Logica affrettata, giustificabile forse nella prospettiva dell'imminente riforma costituzionale Renzi-Boschi e di un conseguente ripensamento radicale del sistema autonomistico, ma, a distanza di 9 anni, dimostratasi incoerente con la ratio stessa della istituzione di una città metropolitana, che non è semplicemente quella di dare un nome diverso al medesimo ente, ma di coordinare in una unica gestione politico-amministrativa una conurbazione territoriale e demografica legata da strettissimi legami urbanistici, lavorativi, di trasporti e di erogazione dei servizi. Continua a mancare, in altre parole, quella coerenza tra realtà sociale e dimensione istituzionale che rappresenta la chiave imprescindibile per organizzare il sistema dei poteri pubblici su scala territoriale⁽²⁴⁾.

Il tema di un assetto più funzionale delle Città metropolitane sembra per il momento

22 Vale peraltro la pena di ricordare che, nella sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021, la Corte aveva rimarcato che «il meccanismo di individuazione del sindaco metropolitano, da un lato, e il sistema di elezione indiretta del presidente della Provincia (disciplinato dall'art. 1, commi da 58 a 66, della legge n. 56 del 2014), dall'altro lato, non possono infatti essere considerati in modo atomistico, come se fossero avulsi dal complesso di previsioni che disciplinano la forma di governo dei due enti di area vasta. Tali previsioni, nel loro insieme, costituiscono il frutto di un apprezzamento eminentemente discrezionale che il legislatore del 2014 ha operato nel presupposto di una generale diversità dei rispettivi assetti organizzativi e nella prospettiva della abolizione delle Province prevista dalla legge di riforma della Costituzione, non entrata in vigore a seguito dell'esito negativo del referendum costituzionale».

23 Sulla sentenza Corte Cost. n. 240 del 2021 hanno scritto moltissimi autori. *Ex multis* cfr. M. CECCHETTI, *Prime asserzioni sulla sentenza n. 240 del 2021: gli enti di area vasta nell'ordinamento costituzionale tra passato, presente e futuro*, in *Federalismi.it*, 2021; A. POGGI, *La sentenza 240: un nuovo strappo all'incidentalità del giudizio* e un *revirement* sulla legge Delrio, in *Federalismi.it*, 2021; G. BOGGERO, *Dopo il referendum costituzionale del 2016 Sindaco metropolitano e Presidente della Provincia pari (non) sono? A prima lettura della sent. n. 240/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021; M. DE DONNO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021 e la legge Delrio: quale futuro per gli enti di area vasta?* in *Federalismi.it*, 2021; M. DI FOLCO, *Brevi notazioni sull'organizzazione di governo degli enti di area vasta alla luce della sent. n. 240 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021; A. STERPA, *Le città (metropolitane) invisibili: perché non possono coesistere due modelli diversi di area vasta?*, in *Federalismi.it*, 2021; G. MOBILIO, *Eid infine, la Corte costituzionale intima di riformare le Città metropolitane: a proposito della sentenza n. 240 del 2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021.

24 Rileva la mancanza di un rapporto corretto tra realtà sociale e modello istituzionale A. SPADARO, *Per un generale "riordino territoriale" dell'Italia*, cit., 132.

rinviato a data da destinarsi, senza trascurare il fatto che vere città metropolitane possono considerarsi solo le conurbazioni di Roma, Napoli, Milano e Torino, mentre le altre sono più aree provinciali che metropolitane⁽²⁵⁾.

5. La delega al Governo per la revisione delle leggi sull'ordinamento degli enti locali: stesura di una vera e propria Carta dell'Autonomia Locale o semplice restyling del Tuel?

Come ricordato, al lavoro parlamentare relativo agli enti di area vasta si è affiancato il disegno di legge approvato dal Governo il 7 agosto scorso, che riprende il tema di una riforma più ampia e organica del Tuel.

Esso è strutturato come una legge delega, che demanda al Governo l'emanazione, entro 12 mesi, di uno o più decreti legislativi, volti ad una revisione complessiva dell'ordinamento vigente, sulla base di principi generali (contenuti nell'art. 2) e di principi più specifici riferiti ai singoli ambiti (funzioni, forme associative, controllo sugli organi, regime giuridico dei segretari comunali, organizzazione e personale, programmazione e gestione finanziaria, revisione economico-finanziaria e risanamento, controlli contabili). Ne restano esclusi i temi delle società partecipate e dei servizi pubblici locali, che sono stati oggetto di recenti riforme legislative, che continueranno a trovare applicazione.

Per quanto riguarda i principi e criteri direttivi generali, viene innanzitutto sottolineata l'esigenza di un miglior coordinamento e semplificazione delle norme statali vigenti in materia, che in questi anni hanno sofferto una stratificazione confusa che rende complesso individuare la normativa applicabile⁽²⁶⁾.

In secondo luogo, si propone la valorizzazione di forme di avvalimento e deleghe di esercizio delle funzioni amministrative mediante intese e convenzioni tra gli enti territoriali, nonché la valorizzazione e incentivazione delle forme associative tra enti locali, con particolare riferimento alla innovazione amministrativa, alla transizione digitale, alla salvaguardia e sicurezza nei territori e alla gestione integrata delle risorse a fini di risparmio e di tutela ecologica e ambientale. Si tratta di un principio ampio, che si dovrà capire come verrà declinato nei decreti attuativi, ma che può offrire agli enti locali quella flessibilità di strumenti, modalità di intervento e forme di collaborazione vieppiù indispensabile per affrontare la complessità delle nostre realtà urbane - una diversa dall'altra - e perciò difficilmente omologabili sotto gli stessi schemi organizzativi, e per consentire ai Comuni di farsi trovare pronti per sfide future che, al momento, non sono prevedibili e decifrabili⁽²⁷⁾.

Viene rimarcata, in terzo luogo, la «centralità della figura dell'organo monocratico di comuni, province e città metropolitane», coerentemente con l'impostazione sin qui seguita dalla legge 1993 ad oggi. Tale centralità - che porta ad ipotizzare un ulteriore accentramento di competenze e di influenza in capo al Sindaco e al Presidente

25 Si veda, in questo senso, il Rapporto Annuale 2014 della Società Geografica Italiana, che sottolineava la necessità di «ridurre a massimo quattro le Città Metropolitane: Roma, Milano, Napoli e Torino. L'organismo Città Metropolitana, secondo la Società Geografica, è attualmente utilizzato in modo improprio: la logica amministrativa delle Città Metropolitane dovrebbe infatti essere applicata solo a città molto grandi come in tutta Europa. L'Italia rappresenta l'unico Paese dell'Unione Europea che utilizza la stessa struttura amministrativa nelle grandi metropoli e nelle città più piccole come ad esempio Reggio Calabria. Si rende necessario quindi applicare una struttura amministrativa adeguata alle effettive esigenze delle città».

26 Emblematica, in questo senso, la disciplina delle inleggibilità e incompatibilità, posta a cavallo, non sempre in modo coerente, tra Tuel e Decreto Severino.

27 Una delle obiezioni più ricorrenti al nostro sistema autonomistico riguarda la pretesa di sottoporre allo stesso regime normativo e organizzativo enti territoriali «ontologicamente diversi sotto ogni possibile profilo (da quello demografico ed economico, a quello idrogeologico, culturale, ecc.)»: così R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, in *Le Regioni*, nn. 1-2/2021, 46. Qualunque riforma che ambisca ad essere efficace deve assumere come principio cardine la differenziazione organizzativa e istituzionale tra contesti non omogenei.

della Provincia nell'organizzazione dell'ente locale – risulta solo in parte temperata dalla «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 delle decisioni amministrative». La lettura combinata dei due criteri direttivi può aprire alla prospettiva di una diversa impostazione del rapporto tra Sindaco e consiglio, ma anche all'accentuazione dell'attuale asimmetria tra i due organi. In questa prospettiva sarebbe opportuno recepire le sollecitazioni ad un recupero di ruolo e di una maggiore rilevanza dei consigli comunali, oltre quanto già riconosciuto oggi dal Tuel; ma, d'altra parte, partendo dalla destrutturazione del sistema partitico, particolarmente avvertita a livello amministrativo, e dalla difficoltà di stimolare un impegno negli organi rappresentativi degli enti locali, ad eccezione delle città più grandi, pare oggettivamente difficile un cambio di rotta, che possa in qualche modo recuperare forme di governo più tipicamente «parlamentari», o quanto meno possa valorizzare un maggior coinvolgimento dei consiglieri.

In quarto luogo, si punta ad una «razionalizzazione degli apparati pubblici concentrando, ove possibile e utile, presso Comuni e loro unioni, province, città metropolitane le funzioni svolte da altri organismi e agenzie operanti a livello locale», così da mettere un argine al proliferare di enti e agenzie esterne agli enti locali che spesso causano dispersione e confusione di ruoli e di funzioni.

Il disegno di legge dedica poi principi specifici a singoli aspetti dell'ordinamento locale⁽²⁸⁾.

Sul piano delle funzioni, viene ribadito l'obiettivo di identificare le funzioni fondamentali in quelle «necessariamente connesse al soddisfacimento dei bisogni primari delle comunità di riferimento», nonché quello di consentire il riconoscimento di funzioni ulteriori, tenendo però conto anche della dimensione demografica e territoriale dell'ente conferitario e dell'esistenza di efficaci forme associative intercomunali.

Per quanto riguarda queste ultime, si supera l'obbligatorietà delle forme associative tra comuni, in omaggio anche alla giurisprudenza costituzionale⁽²⁹⁾, privilegiando una logica incentivante; ma non si rinuncia a stabilire «i casi in cui i comuni con popolazione inferiore a 5000 abitanti, o 3000 abitanti se si tratta di comuni montani, possono svolgere in forma autonoma le funzioni fondamentali e i servizi connessi, al fine di assicurare la loro adeguatezza in rapporto ai cittadini che ne beneficiano», in tal modo lasciando intendere che potrebbe permanere uno spazio di obbligatorietà per l'esercizio associato di determinate funzioni. È noto che questo, da tempo, rappresenta un nodo critico, se non 'il' nodo critico, di tutta l'organizzazione territoriale⁽³⁰⁾. Nella grande frammentazione comunale che caratterizza il nostro Paese, e nel fallimento delle politiche di fusione che si è tentato di incoraggiare in questi decenni⁽³¹⁾, il tema di coniugare mantenimento delle identità locali e dei municipalismi e adeguatezza dell'ente in relazione all'esercizio

28 Cfr. A. POGGI, *A vent'anni dalla revisione costituzionale del Titolo V*, cit., 91, che parla della necessità di «razionalizzazione del numero impressionante (e crescente) di agenzie di diversissima natura che sono emanazione di uno o più enti locali o frutto di partnership con attori privati e che godono di particolari condizioni di autonomia, in virtù di loro specifiche competenze tecniche e funzionali».

29 Si veda la nota sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2019, nonché il commento di A. MORELLI, *Obbligatorietà delle forme associative dei comuni e visione congiunturale delle autonomie locali*, in *Le Regioni*, n. 2/2019, pp. 523 ss.; e di M. GALDI, *L'obbligatorietà di forme associative per gli enti locali fra tentativi di attuazione e ristabilimento dello status quo*. Commento a Corte cost., 4 marzo 2019, n. 33, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019.

30 G. C. DE MARTIN, *Relazione introduttiva*, cit., 37, definisce quello delle formule di gestione associata il nodo principale da affrontare nella razionale distribuzione delle competenze tra enti locali e parla di «erratica successione delle norme in materia».

31 F. MERLONI, *Il Titolo V, le Regioni e le riforme delle autonomie territoriali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, nn. 1-2/2021, 7, rimarca il fatto che «ancora oggi, dopo 50 anni di regionalismo, le Regioni italiane, titolari della materia 'circostrizioni comunali', hanno ancora lo stesso numero di Comuni degli Stati preunitari, numero intaccato per parti infinitesimali da modestissimi processi aggregativi (le Unioni di Comuni, soprattutto in Emilia-Romagna, qualche fusione)».

della funzione amministrativa esercitata e alle condizioni organizzative, demografiche, territoriali e finanziarie, rimane un rebus di difficile soluzione⁽³²⁾. Vero è che, se quella di aggregazioni più ampie per l'esercizio delle funzioni comunali resta una priorità, il modello delle Unioni in molte realtà ha prodotto risultati deludenti⁽³³⁾; e velleitaria appare la prospettiva di una predeterminazione legislativa del modello associativo. Occorre quindi che, nella piena valorizzazione dell'autonomia dei singoli enti e della responsabilità di chi li amministra e delle stesse popolazioni amministrate, siano le singole realtà a poter decidere quali strumenti mettere in campo, essendo compito del legislatore offrire loro una gamma sufficientemente ampia di opportunità e di flessibilità per adattarsi al meglio ai contesti locali.

Per quanto riguarda i principi relativi agli altri ambiti dell'ente locale, non è possibile in questa sede affrontare dettagliatamente i vari aspetti. Merita però di essere sottolineato il rilancio del ruolo del segretario comunale – dopo anni in cui si era addirittura ipotizzata la soppressione della figura – di cui viene ipotizzato l'indispensabile potenziamento del loro contingente numerico, delle funzioni e dei compiti, con particolare riguardo a quelli di sovrintendenza della gestione complessiva dell'ente, di responsabilità e di coordinamento e di cui vengono rafforzati i compiti di gestione dell'azione amministrativa e dell'articolato sistema dei controlli. Non cambiano, però, le modalità di nomina, oggetto di non poche perplessità alla luce della sostanziale dipendenza che tali modalità creano rispetto alla figura del Sindaco, ma salvate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 23/2019⁽³⁴⁾. E merita altresì una sottolineatura la maggiore flessibilità riconosciuta agli enti locali nella programmazione e gestione delle assunzioni del personale, anche in corso di esercizio finanziario.

Infine, viene ripreso il proposito di marcare maggiormente la distinzione tra la responsabilità dei dirigenti nell'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, e quella relativa alle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo: tema, come noto, molto «sensibile» e attuale, che presenta casistiche ed effetti assai eterogenei, perché, se è vero che spesso il Sindaco viene coinvolto nelle illegittimità compiute dai suoi funzionari in una sorta di responsabilità oggettiva da omesso controllo, anche laddove non abbia concretamente gli strumenti per intervenire o anche solo per conoscere le situazioni critiche, è altrettanto vero che, più spesso, il dirigente o il funzionario adottano atti – che si rivelano poi illegittimi – per rispondere ad una sollecitazione (o una vera e propria pressione) del Sindaco o del livello politico. In questi casi, l'esonero di responsabilità di questi ultimi che si va ipotizzando può favorire ulteriori comportamenti devianti, se non si dispone di un apparato dirigenziale molto attrezzato.

6. In conclusione e in prospettiva

Non è possibile, allo stato, prevedere l'esito del percorso parlamentare del disegno di riforma che si è provato a sintetizzare in queste pagine. Ragionevole pensare che andrà in porto la parte che concerne le modalità elettive ed organizzative degli enti di area vasta, mentre occorrerà più tempo e un confronto più ampio per la revisione organica del Tuel.

Alcune premesse incoraggianti sembrano essere state poste. Il disegno di legge

32 Cfr. P. COSTA, «Ingegneria legislativa» e «geografia funzionale». Alcune riflessioni intorno alla rilevanza del «fatto» nel diritto costituzionale, a partire da una recente pronuncia in materia di autonomia, in *Dirittiregionali.it*, n.2/2019.

33 Si veda il giudizio di V. TONDI DELLA MURA, *La riforma delle Unioni di Comuni fra «ingegneria» e «approssimazione» istituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 2/2012, pp. 4 ss.: «L'accelerazione riformatrice impressa sul sistema delle autonomie locali dalla gravissima e inedita emergenza economica e finanziaria in corso ha catapultato nell'agone territoriale e amministrativo un modello di associazione fra piccoli comuni nuovo, variegato, incerto nella configurazione giuridica e funzionale, oltreché dubbio nelle potenzialità applicative».

34 Sulla sentenza 23/2019 si vedano i commenti di C. NAPOLI, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di «bicefalismo» per i segretari comunali e provinciali?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019; S. DE GOETZEN, *L'affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019; A. MITROTTI, *La figura del Segretario comunale dopo la sentenza n. 23/2019*, in *Federalismi.it*, 2019.

raccoglie infatti una serie di spunti e di esigenze che la prassi dei Comuni ha messo in luce in questi anni e prova a dare ad essi una risposta. In particolare, la prospettiva di una riforma del Tuel va valutata con favore perché ha come presupposto il rilancio delle autonomie e la convinzione che su di esse si debba continuare ad investire per fornire al nostro Paese un apparato amministrativo moderno ed efficiente.

Proprio con questa finalità, è giunto il momento di accantonare dogmi e opinioni radicate e per superare municipalismi e tatticismi di varia natura, nonché di guardare con coraggio alla definizione di una nuova geografia amministrativa, coerente con lo sviluppo urbanistico, demografico, economico e sociale dei nostri territori. I contesti urbani rappresentano laboratori di sperimentazione sociale, ambientale, tecnologica ed economica fondamentali; e, per questo, occorre pensare ad un «diritto delle città», come è stato suggestivamente denominato⁽³⁵⁾, che sia in grado leggere e governare tali sperimentazioni, a partire dalle istituzioni del governo locale e dagli apparati amministrativi; così come occorre ridefinire il ruolo di guida delle Province nei contesti sovracomunali, soprattutto a supporto di quelle realtà territoriali più piccole che non sono in grado di gestire in modo autonomo ed efficace le funzioni di prossimità.

In questa prospettiva, oggi più ancora che negli ultimi trent'anni, la riforma del Tuel e l'approvazione di una Carta delle Autonomie Locali risulta necessaria e indifferibile e deve diventare l'occasione per mettere a disposizione degli enti locali strumenti più efficaci e flessibili per governare e modellare il futuro delle loro comunità.

35 Così S. VALAGUZZA, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, n. 16/2019, sottolinea la «ormai consolidata concentrazione, a quel livello di governo, delle sfide maggiormente rilevanti della società contemporanea, tra cui: le emergenze sanitarie, abitative ed educative connesse al fenomeno dell'immigrazione; le problematiche relative all'inquinamento e ai cambiamenti climatici; le politiche di consumo del suolo e il rapporto tra istituzioni e comunità».

La valorizzazione del personale Funzioni Locali nel quadro ordinamentale e contrattuale e il rapporto con i vincoli di bilancio: le “discese ardite e le risalite” (progressioni verticali, orizzontali e concorsi interni)*

SOMMARIO: 1. Aspetti ordinamentali e contrattuali. 1.1 Premessa generale. 1.2 Ricostruzione della fattispecie, evoluzione storica e natura giuridica delle progressioni verticali, il quadro normativo e la finalità. 1.3 Le progressioni verticali in rapporto alla regola dell'accesso mediante concorso pubblico; 1.4 Il quadro introdotto dall'art. 80 del D.l. 80/2021. 1.5 Obbligo o facoltà di attivare le progressioni tra aree. 1.6 La riserva, in sede di concorso, di una percentuale di posti ai dipendenti interni all'ente, il tema delle EP. 1.7 Le progressioni all'interno dell'area. 1.8 Il tema delle progressioni verticali quali nuove assunzioni e la giurisdizione. 2. Vincoli di finanza pubblica e operatività degli istituti contrattuali. 2.1 Vincoli di finanza pubblica e limiti all'acquisizione e gestione del personale degli enti locali. 2.2 L'evoluzione del quadro normativo dei vincoli di spesa e assunzionali per gli enti territoriali dalla legge 296/2006 al decreto-legge 34/2019; 2.3 Le tipologie dei vincoli di finanza pubblica; 2.4 L'equilibrio di bilancio quale limite di finanza pubblica alla gestione del personale e all'applicazione degli istituti contrattuali. 2.5 L'attività negoziale delle amministrazioni pubbliche e le influenze dei vincoli di finanza pubblica: gli effetti sui CCNL. 2.6 Gli effetti dei vincoli di finanza pubblica su alcuni istituti del CCNL Funzioni locali 2019- 2021. 2.7 Vincoli di finanza pubblica e progressioni verticali: il quadro normativo e contrattuale. Alcuni approdi interpretativi. 2.8 Considerazioni conclusive.

DI PASQUALE MONEA E GIAMPIERO PIZZICONI

ABSTRACT: Il saggio si propone di fornire una rilettura della materia delle progressioni di carriera nell'ambito dell'operatività dell'istituto come innovato dalle recenti modifiche ordinamentali e del CCNL Funzioni locali, tenendo in debita evidenza le modifiche normative, gli approdi giurisprudenziali, interpretativi e le posizioni dottrinarie, nel complesso contesto caratterizzato dalle limitazioni imposte alle amministrazioni dai vigenti vincoli di finanza pubblica. Le tematiche affrontate assumono peculiare rilievo per le conseguenze che possono derivare da un distorto uso del potere di gestione del personale pubblico dovendo l'amministrazione operare in un contesto dove il pubblico impiego, seppur privatizzato, viene comunque sottoposto ai vincoli costituzionali, sia riguardo alla subordinazione del fabbisogno di personale al rispetto degli equilibri di bilancio, sia per quanto attiene agli accessi “dei più meritevoli” alle categorie superiori. Il contributo tiene conto del recente CCNL 2019-2021 del personale del Comparto delle Funzioni Locali.

ABSTRACT: *The essay aims to provide a reinterpretation of the subject of career progressions in the context of the institution's operation as innovated by recent changes in*

legislation and in the CCNL Local Functions, taking due account of regulatory changes, jurisprudential and interpretative approaches and doctrinal positions, in the complex context characterized by the limitations imposed on administrations by current public finance constraints. The issues addressed take on particular relevance because of the consequences that may result from a distorted use of the power to manage public personnel since the administration has to operate in a context where the civil service, although privatized, is still subject to constitutional constraints, both with regard to the subordination of personnel requirements to compliance with budget balances and with regard to access “of the most deserving” to higher categories. The contribution takes into account the recent 2019-2021 collective bargaining agreement for staff in the Local Functions Sector.

1. Aspetti ordinamentali e contrattuali

1.1. Premessa generale

Secondo taluni commentatori⁽¹⁾ la gestione delle risorse umane si caratterizza per essere un processo particolarmente articolato e complesso che riguarda l'acquisizione del personale all'interno dell'azienda, la relativa amministrazione e gestione, la valutazione, lo sviluppo e l'auspicabile crescita professionale.

Nel privato il capitale umano dell'impresa è da considerarsi quale fonte principale del vantaggio competitivo tra le diverse aziende presenti sul mercato e nell'attuale scenario economico e di mercato, caratterizzato da forte incertezza e competitività, diviene quindi indispensabile per tutte le imprese selezionare, valutare e gestire le risorse in modo sempre più efficace, attraverso professionisti sempre più preparati e qualificati.

È a partire dagli anni '80 che si è andata sempre più diffondendo la consapevolezza che il lavoratore, almeno nell'impresa privata, rappresenti una variabile strategica, da non considerare meramente come un semplice costo aziendale quanto invece una risorsa attiva sulla quale investire e sulla quale poter contare nell'organigramma aziendale.

Non altrettanto può dirsi nel settore pubblico dove solo con l'accordo del 10 marzo 2021 per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale firmato dalle Confederazioni CGIL, CISL e UIL con il Governo si prevede, finalmente, il superamento di politiche restrittive nei confronti dei dipendenti pubblici per ragioni di razionalizzazione della spesa e si dà corso ad un piano di investimenti nella Pubblica Amministrazione: rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro per il triennio 2019-2021, revisione dell'ordinamento professionale, la possibilità di rivedere profili e fabbisogni di personale, l'avvio di numerose procedure assunzionali, regolamentazione attraverso il c.c.n.l. del lavoro in modalità agile, questi sono solo alcuni dei temi principali dell'accordo.

Seppur l'esigenza di migliorare il contesto lavorativo pubblico e di valorizzare il personale trovava riscontro sin nella Direttiva 13 dicembre 2001 del Dipartimento della Funzione Pubblica, la consapevolezza da parte dei governi e del Parlamento sull'importanza dell'apporto dell'impiego pubblico alla crescita e allo sviluppo del Paese ha trovato solo negli ultimi anni un riscontro in termini di normazione, atteso (vedi infra

* Il contributo rivede e amplia, aggiornandoli alla normativa intervenuta, due contributi degli stessi autori: il primo di Pasquale Monea, edito dalla rivista telematica Lex Italia, riprendendo il titolo le “Discese ardite e le risalite” da un saggio del prof. Carmine Russo in materia di rappresentanza sindacale (tema che, come quello delle progressioni, ha subito nel tempo varie “discese e risalite”, come si esprimeva il duo Mogol-Battisti) ricostruiva la materia ante CCNL del 2022 e, soprattutto, prima delle modifiche apportate in materia dal decreto-legge 80/2021. Il secondo, è un contributo di Giampiero Pizziconi al volume “Il nuovo CCNL Funzioni locali – Commento alla nuova disciplina del personale di comparto”, Maggioli, 2023.

1 F.DE ANDREIS, “La valorizzazione delle Risorse Umane”, in Leadership & Management Magazine (leadershipmanagementmagazine.com), 2019

nella parte sui vincoli di bilancio) che continuano ad operare numerosi e diffusi limiti di finanza pubblica che di fatto hanno precluso negli ultimi venti anni uno sviluppo e una crescita del settore pubblico in termini di valorizzazione del capitale umano. Ci si riferisce in particolare ad una serie di misure che ad iniziare dal 2019 hanno previsto apposite risorse seppur solo per la copertura di oneri da rinnovi contrattuali delle amministrazioni centrali (prevedendo tuttavia che per i rinnovi contrattuali delle altre amministrazioni si procedesse con oneri a carico dei rispettivi bilanci). Inoltre, vengono finanziati specifici interventi tesi alla valorizzazione del capitale umano delle pubbliche amministrazioni in relazione ad un finalmente mutato approccio verso il ruolo svolto dai lavoratori pubblici per la crescita economico finanziaria della società. Ciò anche dall'assunta consapevolezza dell'insostituibile attività svolta dal settore pubblico (soprattutto in ambito sanitario) nel corso degli eventi pandemici e nel conseguimento degli obiettivi posti dal PNNR e dal PNC.

Si possono citare nell'ordine:

Legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, comma 436⁽²⁾, 437⁽³⁾, 438⁽⁴⁾.

Legge 30 dicembre 2020 n. 178, art. 1, comma 959⁽⁵⁾.

Decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, art. 3, comma 2⁽⁶⁾.

2 Legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, comma 436: “Per il triennio 2019-2021 gli oneri posti a carico del bilancio statale per la contrattazione collettiva nazionale in applicazione dell'articolo 48, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e per i miglioramenti economici del personale statale in regime di diritto pubblico sono determinati in 1.100 milioni di euro per l'anno 2019, in 1.425 milioni di euro per l'anno 2020 e in 1.775 milioni di euro annui a decorrere dal 2021.

3 Legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, comma 437: “Gli importi di cui al comma 436, comprensivi degli oneri contributivi ai fini previdenziali e dell'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) di cui al decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, concorrono a costituire l'importo complessivo massimo di cui all'articolo 21, comma 1-ter, lettera e), della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

4 Legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, comma 438: “Per il personale dipendente da amministrazioni, istituzioni ed enti pubblici diversi dall'amministrazione statale, gli oneri per i rinnovi contrattuali per il triennio 2019-2021, nonché quelli derivanti dalla corresponsione dei miglioramenti economici al personale di cui all'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono posti a carico dei rispettivi bilanci ai sensi dell'articolo 48, comma 2, del medesimo decreto legislativo. In sede di emanazione degli atti di indirizzo previsti dall'articolo 47, comma 1, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001 i comitati di settore provvedono alla quantificazione delle relative risorse, attenendosi ai criteri previsti per il personale delle amministrazioni dello Stato di cui al comma 436. A tale fine i comitati di settore si avvalgono dei dati disponibili presso il Ministero dell'economia e delle finanze, comunicati dalle rispettive amministrazioni in sede di rilevazione annuale dei dati concernenti il personale dipendente.

5 Legge 30 dicembre 2020 n. 178, art. 1, comma 959: “Le risorse finanziarie di cui all'articolo 1, comma 436, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, sono incrementate di 400 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2021”.

6 Decreto legge 9 giugno 2021, n. 80, art. 3, comma 2: “I limiti di spesa relativi al trattamento economico accessorio di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, compatibilmente con il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, possono essere superati, secondo criteri e modalità da definire nell'ambito dei contratti collettivi nazionali di lavoro e nei limiti delle risorse finanziarie destinate a tale finalità”.

Legge 30 dicembre 2021, n. 234, art. 1 commi 604⁽⁷⁾ e 612⁽⁸⁾.

Questo fa emergere, dunque, come le risorse umane abbiano rappresentato, e non solo di recente, il principale fattore produttivo nel settore pubblico. Soprattutto alla luce delle recenti dinamiche e dell'evoluzione del contesto esterno con le organizzazioni pubbliche chiamate a ripensare i propri strumenti di gestione del personale, allo scopo di garantire una maggiore valorizzazione dei propri dipendenti, un più alto grado di autonomia, di motivazione e di engagement.

Al contempo, l'affermarsi del lavoro agile e la necessità di gestire unità organizzative e team di lavoro "ibridi" che lavorano in parte in presenza in parte a distanza, è complicato per le Pubbliche Amministrazioni investire sul comportamento organizzativo e sulla gestione delle dinamiche inter-personali all'interno dell'organizzazione, allo scopo di garantire un maggiore allineamento tra contributo individuale e performance di Ente. In questo contesto gratificare i lavoratori dopo aver dato loro responsabilità e dopo averli spinti e motivati a oltrepassare i limiti trasmette la giusta carica motivazionale e li rende affiatati, fiduciosi e coordinati.

Non può essere sottovalutato, infine, il problema della più adeguata selezione ancora per lo più basata su prove miranti a verificare la sola conoscenza teorica delle norme, senza adeguata attenzione alla capacità di operare nel contesto organizzativo: il meccanismo del concorso, così come concepito nell'attualità, finisce per garantire una parità di opportunità ma non a selezionare il migliore non valorizzando adeguatamente la c.d. "formazione d'ingresso" esattamente come avviene in Francia e Germania dove la selezione/formazione si basa su una "alternanza marcata tra periodi in aula e periodi di stage"⁽⁹⁾.

Uno dei pochi esempi è costituito proprio da un'esperienza nel settore degli enti locali: i segretari comunali sono assunti dopo un corso-concorso di formazione, organizzato dall'Albo nazionale, della durata di sei mesi e conseguente tirocinio pratico di due mesi presso uno o più comuni.

In questo contesto il tema delle progressioni di carriera se ben utilizzato dalle singole amministrazioni, appare quanto mai attuale soprattutto alla luce delle disposizioni

7 Legge 30 dicembre 2021, n. 234, art. 1, comma 604: "Al fine di dare attuazione a quanto previsto dall'articolo 3, comma 2, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, le risorse destinate ai trattamenti accessori del personale dipendente dalle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono essere incrementate, rispetto a quelle destinate a tali finalità nel 2021, con modalità e criteri stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale relativa al triennio 2019-2021 o dai provvedimenti di determinazione o autorizzazione dei medesimi trattamenti, di una misura percentuale del monte salari 2018 da determinare, per le amministrazioni statali, nei limiti di una spesa complessiva di 110,6 milioni di euro a decorrere dall'anno 2022, al lordo degli oneri contributivi ai fini previdenziali e dell'imposta regionale sulle attività produttive, mediante l'istituzione nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze di un apposito fondo con una dotazione di pari importo e, per le restanti amministrazioni, a valere sui propri bilanci, con la medesima percentuale e i medesimi criteri previsti per il personale delle amministrazioni dello Stato, secondo gli indirizzi impartiti dai rispettivi comitati di settore ai sensi dell'articolo 47, comma 2, del predetto decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

8 Legge 30 dicembre 2021, n. 234, art. 1, comma 612: "Le risorse di cui all'articolo 1, comma 436, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e all'articolo 1, comma 959, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, sono integrate, a decorrere dal 2022, della somma di 95 milioni di euro comprensiva degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione e dell'IRAP, al fine di definire, nell'ambito della contrattazione collettiva nazionale relativa al triennio 2019-2021 del personale non dirigente di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, i nuovi ordinamenti professionali del personale appartenente alle amministrazioni statali destinatario delle disposizioni contrattuali relative al triennio 2016-2018 che hanno previsto l'istituzione delle commissioni paritetiche sui sistemi di classificazione professionale nel limite di una spesa complessiva non superiore allo 0,55 per cento del monte salari 2018 relativo al predetto personale. Per il corrispondente personale dipendente da amministrazioni, istituzioni ed enti pubblici diversi dall'amministrazione statale, alle finalità di cui al primo periodo si provvede mediante integrazione, a carico dei rispettivi bilanci, delle risorse relative ai contratti collettivi nazionali di lavoro 2019-2021 definite ai sensi dell'articolo 48, comma 2, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001, secondo gli indirizzi impartiti dai relativi comitati di settore ai sensi dell'articolo 47, comma 2, dello stesso decreto legislativo n. 165 del 2001, nei limiti della medesima percentuale del monte salari 2018 di cui al primo periodo".

9 Per una trattazione sul tema si veda M. BALDUCCI, "Un gatto che si morde la coda ovvero le riforme della Pubblica Amministrazione", Guerini e associati

legislative più recenti, di quelle contrattuali, in particolare, per quanto riguarda questo scritto, quelle degli enti territoriali.

1.2. Ricostruzione della fattispecie, evoluzione storica e natura giuridica delle progressioni verticali, il quadro normativo e la finalità.

Il tema delle progressioni verticali è stato più volte oggetto di mutamenti legislativi che nel tempo hanno riportato l'attenzione sull'argomento.

Prima del recente intervento legislativo inserito nell'ambito del D.L. 80/2021 la disciplina sul tema delle progressioni verticali tra aree o categorie sembrava sufficientemente cristallizzata, con l'eccezione di una sostanziale riapertura temporalmente limitata che trovava riscontro nella disciplina delle progressioni verticali, recata dall'art. 22, comma 15, del Decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75 (come modificato dall'art. 1, comma 1-ter, Decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla Legge 28 febbraio 2020, n. 8)⁽¹⁰⁾.

La disposizione riconosceva alle amministrazioni pubbliche la facoltà di derogare alla disciplina generale del concorso pubblico, facendo ricorso ad una procedura selettiva riservata al personale di ruolo "al fine di valorizzare le professionalità interne"⁽¹¹⁾.

Il cardine della questione era costituito dall'art. 52, comma 1 bis, del Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che nella versione precedente alla modifica apportata con il citato d.l. 80/2021, di cui si darà conto più avanti, consentiva il passaggio tra aree "solo" mediante concorso pubblico, coerentemente a quanto previsto dall'art. 97 comma 4 Cost.⁽¹²⁾ e dalla costante giurisprudenza costituzionale (ex pluribus sentenze nn. 7 e 108 del 2011) ed alla coerente giurisprudenza del Giudice Amministrativo, Ordinario ed

10 "Per il triennio 2020-2022, le pubbliche amministrazioni, al fine di valorizzare le professionalità interne, possono attivare, nei limiti delle vigenti facoltà assunzionali, procedure selettive per la progressione tra le aree riservate al personale di ruolo, fermo restando il possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno. Il numero di posti per tali procedure selettive riservate non può superare il 30 per cento di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria. In ogni caso, l'attivazione di dette procedure selettive riservate determina, in relazione al numero di posti individuati, la corrispondente riduzione della percentuale di riserva di posti destinata al personale interno, utilizzabile da ogni amministrazione ai fini delle progressioni tra le aree di cui all'articolo 52 del decreto legislativo n. 165 del 2001. Tali procedure selettive prevedono prove volte ad accertare la capacità dei candidati di utilizzare e applicare nozioni teoriche per la soluzione di problemi specifici e casi concreti. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni, l'attività svolta e i risultati conseguiti, nonché l'eventuale superamento di precedenti procedure selettive, costituiscono titoli rilevanti ai fini dell'attribuzione dei posti riservati per l'accesso all'area superiore".

11 Sia consentito un richiamo a P. MONEA, "«Promozioni», quota del 20% da calcolare sulla singola area", in Enti Locali e PA, nel quale si ricordava che "Gli obiettivi il fine principale (la valorizzazione del personale) e la temporaneità della disposizione consente di poter ritenere non applicabili al caso di specie quelle disposizioni in materia di assunzioni quali la previa mobilità o l'utilizzo delle graduatorie vigenti da attivare prima di una nuova assunzione, in dubbio, invece, la verifica delle posizioni professionali in sovrannumero. E ancora, nel caso di specie la nuova assunzione incide sui costi del personale e sulle quote assunzionali nei limiti di costo e per il differenziale tra il precedente ed il nuovo inquadramento, ovviamente nel rispetto limite spesa personale (commi 557 e 562 dell'articolo 1 della legge 296/2006), e nel rispetto pareggio bilancio".

12 "Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede tramite concorso, eccetto nei casi stabiliti dalla legge"

ai pareri delle sezioni di controllo della Corte dei Conti⁽¹³⁾ in coerenza con l'orientamento della Corte Costituzionale⁽¹⁴⁾.

Solo laddove l'Amministrazione avesse avuto intenzione di valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti e comunque "in relazione alle proprie specifiche esigenze", avrebbe potuto prevedere una riserva di posti a favore del personale interno, in misura comunque non superiore al cinquanta per cento dei posti messi a concorso (art.

13 T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I Sent., 10 luglio 2015, n. 424. La copertura dei posti nei ruoli della Pubblica Amministrazione avviene in via generale mediante concorso pubblico; le c.d. "progressioni verticali" non possono precludere l'accesso al lavoro pubblico dall'esterno (art. 97 Cost.); T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I Sent., 10 luglio 2015, n. 427. La copertura dei posti nei ruoli della Pubblica Amministrazione avviene in via generale mediante concorso pubblico; le c.d. "progressioni verticali" non possono precludere l'accesso al lavoro pubblico dall'esterno (art. 97 Cost.) (Conforme alla sentenza del Tar Basilicata, n. 424 del 2015). T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I Sent., 10 luglio 2015/07/2015, n. 426. La copertura dei posti nei ruoli della Pubblica Amministrazione avviene in via generale mediante concorso pubblico; le c.d. "progressioni verticali" non possono precludere l'accesso al lavoro pubblico dall'esterno (art. 97 Cost.) (Conforme alla sentenza del Tar Basilicata, n. 424 del 2015). T.A.R. Campania Napoli Sez. VI Sent., 17 giugno 2015, n. 3239. La promozione per merito straordinario ha carattere eccezionale in quanto costituisce una deroga all'ordinario principio di concorsualità per l'accesso ai pubblici impieghi (principio valido anche per le progressioni verticali di carriera) (D.Lgs. n. 165/2001). T.A.R. Toscana Firenze Sez. I Sent., 23 aprile 2015, n. 663. La promozione per merito straordinario ha carattere eccezionale in quanto costituisce una deroga all'ordinario principio di concorsualità per l'accesso ai pubblici impieghi; tale principio è valido per le progressioni verticali di carriera (D.Lgs. n. 165/2001). Corte dei Conti Umbria Sez. contr. Delib., 8 agosto 2014, n. 67. L'ente, per la copertura di posti disponibili nella dotazione organica, non può ricorrere allo scorrimento di graduatorie relative ad idonei delle progressioni verticali interne, stante la necessità d'esperire, per le progressioni tra aree, una pubblica procedura concorsuale in conformità alle previsioni dell'art. 52, D.Lgs. n. 165 del 2001.

14 Sul tema del rapporto della regola dell'accesso mediante concorso pubblico e Corte Costituzionale, si veda anche infra.

24 del Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n.150)⁽¹⁵⁾.

In rapporto alla natura eccezionale della procedura disciplinata dall'art. 22, comma 15, il legislatore predisponesse anche limiti rigorosi per la sua applicazione: in particolare circoscrivendone l'operatività temporale (triennio 2020/2022) fissando un tetto ai posti disponibili pari al trenta per cento di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria (anteriormente al D.L. 162/2019, analoga disciplina faceva riferimento al triennio 2018/2020 e prevedeva un limite del 20%). Sulla transitorietà della disciplina di cui all'art. 22, comma 15, del d.lgs. n. 75/2017, modificato dall'art. 1, comma 1-ter, del richiamato d.l. n. 162/2019, e sulla sua facoltativa applicazione oramai non paiono esserci più dubbi così come nessun dubbio sul fatto che l'applicazione rappresenti una facoltà e non un obbligo per le pubbliche

15 Per un approfondimento comparato dei modelli di altri Paesi, si veda B. MONEA *“Il problema della selezione del personale e il rebranding del lavoro nelle pubbliche amministrazioni?”*, su *“Il Governo Locale”* nr. 6/21, Paweb, 24 Giugno 2021”, ed in particolare *“I sistemi di reclutamento e selezione in uno schema comparativo”* dove si evidenzia che *“In base agli studi comparati sulla gestione del personale dei paesi dell'area OCSE i modelli tipici di pubblico impiego diffusi a livello internazionale sono due: uno basato sulla carriera, career – based, e uno sulla posizione, position – career. Il primo modello prevede l'ingresso nel settore pubblico all'inizio della vita professionale, di norma dopo aver terminato gli studi e aver vinto un concorso pubblico; una volta entrati vi è, comunque, possibilità di cambiare funzione o ente, e soprattutto progredire nella gerarchia dei ruoli, ma di norma tutta la vita professionale del soggetto si svolgerà nel settore pubblico. Si tratta, quindi, di un sistema di impiego che può essere considerato chiuso. L'altro modello, invece, prevede delle modalità più flessibili e variegate di accesso al pubblico impiego, in base alle posizioni che durante il tempo si rendono disponibili, e soprattutto con maggiore mobilità tra il settore pubblico e quello privato. In questo modello che, a differenza del primo, si può considerare come aperto, i due ambiti, pubblico e privato, si contaminano tra di loro. I processi di riforma avvenuti negli anni hanno favorito quasi sempre la diffusione di forme ibride di pubblico impiego, caratterizzate da principi di un modello piuttosto che di un altro. Il modello riconosciuto per la Pubblica Amministrazione italiana è certamente quello basato sulla carriera, in cui l'ingresso avviene tramite meccanismi di selezione altamente formalizzati (i concorsi pubblici), basati su conoscenze nozionistiche, e lo sviluppo della carriera avviene quasi esclusivamente nel settore pubblico tramite le forme di mobilità all'interno dell'ente o di enti diversi. Al contrario, i sistemi basati sulla posizione sono generalmente più flessibili e aperti a professionisti che provengono dall'esterno, quindi dal mondo dei privati. Il meccanismo di reclutamento prevede che i candidati siano selezionati in base a competenze specifiche necessarie a ricoprire le posizioni che di volta in volta si rendono disponibili. In questo caso la selezione rimane aperta, quindi non è subordinata all'appartenenza ad un corpo pubblico. Per questo motivo il modello di impiego basato sulla posizione rende più agevole l'ingresso all'interno delle amministrazioni pubbliche durante tutta la vita professionale del soggetto e incoraggia una maggiore flessibilità in ingresso, ma anche in uscita, con il settore privato. I modelli career - based sono tipici dei sistemi amministrativi di origine napoleonica, dunque caratterizzano la Francia, l'Italia e la Spagna, ma anche la Corea ed il Messico. I vantaggi di questo sistema sono una forte identificazione nell'amministrazione e la condivisione di valori e cultura pubblica, mentre gli svantaggi possono essere identificati nello scarso orientamento alla performance e alla trasparenza, e i sistemi di gestione e di carriera che rimangono eccessivamente lontani dal resto del mercato del lavoro. Invece, i sistemi position - based sono tipici dei sistemi di common law, quindi Stati Uniti, Canada, Nuova Zelanda, Regno Unito, ma anche Belgio, Finlandia e Paesi Bassi. In questo caso i vantaggi del sistema sono la promozione di una cultura e di comportamenti non autoreferenziali e il maggiore orientamento alla performance e alla trasparenza. I punti di debolezza del sistema sono invece uno scarso senso di identificazione e appartenenza all'amministrazione pubblica e il rischio di far prevalere le competenze specialistiche, piuttosto che una più ampia visione di insieme. Com'è stato già evidenziato, questi modelli non sono quasi mai utilizzati in maniera assoluta, ma sono caratterizzati da correttivi di vario genere. Ad esempio, nel sistema francese è stato previsto il c.d. *troisièmesconcours* per il personale di aziende private o di associazioni, mentre in Italia tramite le norme di valutazione della performance (decreto legislativo n. 150/2009 e seguenti) si è cercato di perfezionare uno dei punti carenti del sistema. I vari percorsi di riforma hanno delineato specificità tipiche di ogni paese e generato modelli ibridi, all'interno dei quali si combinano caratteristiche classiche dei due modelli, ma anche peculiari, in base alle innovazioni disciplinate dai vari paesi. Da ultimo, il decreto-legge 1 aprile 2021, n. prevede importanti novità circa le procedure concorsuali, in merito alla valutazione dei titoli dei candidati, che, da un lato velocizza indubbiamente le stesse, ma dall'altro potrebbe penalizzare i più giovani, che non hanno avuto – ancora – la possibilità di acquisire ulteriori titoli o formazione specialistica.*

amministrazioni⁽¹⁶⁾.

La menzionata norma transitoria coesisteva con la disciplina di cui all'art. 52, comma 1-bis, del D.lg. n. 165/2001, per cui solo per il triennio 2020/2022 era possibile ricorrere alle progressioni meglio indicate nel D.Lgs. 75/2017 ed alle seguenti condizioni:

- l'attivazione delle procedure selettive per le progressioni non doveva superare, per ciascuna area o categoria, il limite oggettivo del 30% rispetto alle nuove assunzioni;
- i dipendenti dovevano essere in possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso dall'esterno all'area o categoria interessata;
- l'attivazione di tale procedura determinava la corrispondente riduzione della percentuale di riserva utilizzabile dalle amministrazioni ai sensi dell'art. 52, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 165/2001;
- le amministrazioni dovevano comunque accertare le "capacità dei candidati di utilizzare e applicare nozioni teoriche per la soluzione di problemi specifici e casi concreti".

La Sezione di controllo della Corte dei Conti della Regione Basilicata⁽¹⁷⁾, condividendo l'orientamento già espresso da altre sezioni regionali della magistratura contabile, ha avuto modo di precisare che la percentuale del 30% "debba riguardare il numero di posti previsti per i concorsi di "pari categoria" – e non il numero di posti previsti per i concorsi di "qualsiasi categoria", fermo restando il possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno.

In definitiva, il legislatore ha dato la possibilità alle pubbliche amministrazioni, solo per il triennio 2020/2022, di riservare una "procedura" agli "interni", nel limite del 30% di quanto previsto nel piano del fabbisogno come nuove assunzioni per ciascuna categoria, alle richiamate condizioni.

Alternativamente, a seguito della modifica, nel 2021, dell'art. 52, co. 1-bis, D.Lgs. n. 165/2001 - di cui si darà conto - è possibile effettuare una procedura comparativa tra i dipendenti, in misura non superiore al 50% delle posizioni disponibili destinate all'accesso dall'esterno⁽¹⁸⁾, che tenga conto delle valutazioni conseguite dai dipendenti negli ultimi tre anni di servizio, dell'assenza di provvedimenti disciplinari, del possesso di titoli professionali e di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso all'area e del numero e della tipologia di incarichi rivestiti.

La coesistenza, almeno sino al 2022, delle due disposizioni riportate impone alcune considerazioni.

Le due norme sono indipendenti ed autonome tra di loro e la loro diversità appare

¹⁶ Corte Conti Basilicata sez. reg. contr., 11 giugno 2020, n. 38: "In tema di progressioni verticali, l'art. 22, comma 15, D.Lgs. n. 75/2017, come modificato dall'art. 1, comma 1 -ter, D.L. n. 162/2019, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 8/2020 regola, in chiave derogatoria rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 52, comma 1 -bis, D.Lgs. n. 165/2001, ancorché in via transitoria, un'ipotesi particolare di cc.dd. progressioni verticali, facoltizzando per il triennio 2020 -2022 procedure selettive interamente riservate ai dipendenti. Il Comune, in base alla disciplina di che trattasi, potrà attivare (trattandosi di una mera facoltà), nel rispetto del piano triennale dei fabbisogni di personale, procedure selettive per la progressione tra le aree riservate al personale di ruolo, rispettando il limite numerico del 30%". Ed ancora, Corte dei Conti Puglia Sez. contr. Delib., 8 luglio 2019, n. 71 Comune di San Ferdinando di Puglia (BAT) e conforme Corte dei Conti Abruzzo Sez. contr. Delib., 28 marzo 2019, n. 38 Comune di Giulianova (TE): "L'art. 22, comma 15, D.Lgs. n. 75 del 2017 regola, in chiave derogatoria rispetto alla disciplina generale (art. 52, comma 1-bis, D.Lgs. n. 165 del 2001) ancorché in via transitoria, un'ipotesi particolare di cc.dd. progressioni verticali, facoltizzando per il triennio 2018-2020 procedure selettive interamente riservate ai dipendenti. In proposito, non assume alcun rilievo la circostanza che l'operatività della disposizione in esame, letta secondo i canoni ineludibili dell'interpretazione letterale (art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile), possa essere in concreto inibita dalle ridotte dimensioni delle amministrazioni interessate e dalle connesse limitate capacità assunzionali consentite dalla legislazione vigente; ciò in quanto la disciplina di che trattasi ha introdotto una mera facoltà, esercitabile nei limiti di altre pertinenti disposizioni, tra cui quelle in tema di capacità assunzionali".

¹⁷ Vedi nota 7 e parere n. 38 dell'11 giugno 2020

¹⁸ Secondo interpretazioni sul tema, le stabilizzazioni costituiscono una deroga al principio costituzionale dell'accesso dall'esterno tramite concorso che è da intendere come norma di principio di carattere generale, per cui esse non possono essere utilizzate per bilanciare un'altra deroga, quale quella costituita dalle progressioni verticali.

abbastanza evidente. La vigente formulazione dell'art. 22, comma 15, del D.Lgs. n. 75/2017, applicabile fino al 2022 (ultimo anno del triennio 2020-2022), presupponeva un concorso interamente "riservato" agli interni (nella misura massima del 30% rispetto alle nuove assunzioni per ciascuna area o categoria) e tiene conto dei seguenti criteri di selezione:

- valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni,
- attività svolta e risultati conseguiti
- eventuale superamento di precedenti procedure selettive⁽¹⁹⁾.

Diversamente la procedura di cui all'art. 52, comma 1-bis, del d.lgs. n. 165/2001 (applicabile in misura non maggiore del 50% delle posizioni disponibili destinate all'accesso dall'esterno) per come modificato dal d.l. 80/2021 non ha un termine e, pertanto, può essere considerato uno strumento ordinamentale a regime di valorizzazione del personale ed è basata su una procedura comparativa.

Il concreto limite della procedura di cui all'art. 22, comma 15, del d.lgs. n. 75/2017, risiede nel fatto che, essendo applicabile nella misura del 30% del contingente delle nuove assunzioni previste per ciascuna categoria - come ha ben chiarito la magistratura contabile - risulta difficilmente applicabile negli enti di ridotte dimensioni⁽²⁰⁾.

1.3. Le progressioni verticali in rapporto alla regola dell'accesso mediante concorso pubblico.

La natura eccezionale dell'istituto delle progressioni verticali ha più volte interessato

19 La Corte dei conti, Sez. Toscana, con deliberazione n. 34/2021, fornisce una corretta interpretazione della disciplina delle progressioni verticali recata dall'art. 22, comma 15, D. Lgs. n. 75/2017 (come modificato dall'art. 1, comma 1-ter, D.L. n. 162/2019, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 8/2020). L'art. 22, comma 15, come noto, riconosce alle amministrazioni pubbliche la facoltà di derogare alla disciplina generale delle progressioni verticali laddove prevede il passaggio di area non ricorrendo al concorso pubblico bensì ad una procedura selettiva riservata al personale di ruolo. Considerata la natura eccezionale della procedura disciplinata dall'art. 22, comma 15 citato, il legislatore ha predisposto limiti rigorosi per la sua applicazione, in particolare limitandone l'operatività temporale (triennio 2020/2022) e fissando un tetto ai posti disponibili pari al trenta per cento di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria (anteriormente al D.L. 162/2019, analoga disciplina faceva riferimento al triennio 2018/2020 e prevedeva un limite del 20%). Pertanto, per la corretta applicazione della norma:

- riveste carattere essenziale il piano triennale di fabbisogno del personale (PTFP), che costituisce lo strumento programmatico fondamentale per le politiche assunzionali;
- il limite del 30% da osservare deve intendersi riferito al solo numero di posti previsti per i concorsi di pari categoria, e non al numero assoluto dei posti previsti per qualsiasi categoria o area, condividendo l'ampia giurisprudenza contabile formata sul punto e dalla quale questa Sezione non intende discostarsi (Sez. reg. contr. Campania, n. 103/2019/PAR, Sez. reg. contr. Puglia, n. 71/2019/PAR, Sez. reg. contr. Basilicata n. 38/2020/PAR);
- tra le assunzioni rilevanti al fine di determinare la quota destinata alle progressioni verticali, nel limite del 30%, devono essere ricomprese anche le assunzioni per mobilità, in quanto la norma si riferisce alle assunzioni, senza ulteriori specificazioni o esclusioni. Il numero di posti per le procedure selettive riservate non può superare il 30 per cento "di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria. Il nuovo sistema di computo degli spazi per le assunzioni (abbandonando il sistema impostato su tetti al turnover) non ha più bisogno di ricorrere al concetto di "mobilità neutrale", ed alla necessità di coprire le mobilità in uscita con mobilità in entrata. Il D.L. n. 34/2019 consente ora alle amministrazioni di effettuare tutte le assunzioni a tempo indeterminato entro il volume di spesa di personale attivabile in base al rapporto che essa avrà con la media delle entrate correnti dell'ultimo triennio, al netto del fondo crediti di dubbia esigibilità. Pertanto, tutti i dipendenti in qualsiasi modo assunti (per concorso pubblico, per mobilità, per scorrimento di graduatoria) contribuiscono, con la loro spesa imputata al bilancio dell'ente, a determinare il volume della spesa del personale rilevante al fine di determinare i limiti assunzionali in rapporto con le entrate correnti.

Sempre in tema di progressioni verticali, con deliberazione n. 35/2021, la Corte dei conti, Sez. Toscana, ha altresì chiarito che il tetto del 30% va considerato come limite massimo e invalicabile non suscettibile di arrotondamenti. La base di calcolo da prendere in considerazione per definire tale percentuale è quella delle assunzioni programmate, categoria per categoria o area per area, nel triennio 2020-2022 nell'ambito del PTFP. Tale soluzione appare obbligata considerando il carattere eccezionale e derogatorio della norma in esame rispetto alla procedura ordinaria prevista dall'art. 52 del D.Lgs. 165/2001.

20 Corte dei Conti Puglia Sez. contr. Delib., 23/03/2018, n. 42

la giurisprudenza costituzionale e la dottrina⁽²¹⁾.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale è stata in generale orientata a riconoscere nel concorso pubblico la forma generale e ordinaria di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni, eventuali deroghe legislative allo stesso tempo sono state ritenute ammissibili soltanto in casi molto limitati ed in presenza di condizioni ben individuate.

Nella condivisibile interpretazione dottrinale⁽²²⁾ ad “essere mutata è soprattutto la percezione della funzione del concorso e della trama di valori in cui si colloca la sua previsione, non più un mero aspetto dell’organizzazione degli uffici o dell’ordinamento amministrativo, ma condizione essenziale per assicurare l’attuazione di tre esigenze fondamentali: la piena partecipazione di tutti i cittadini agli impieghi pubblici in condizioni di eguaglianza in diretta attuazione degli artt. 3 e 51 Cost.”

Ed ancora la selezione dei migliori, senza che la scelta risulti condizionata da criteri diversi dal merito, nonché l’autonomia dell’amministrazione dalla politica, in modo che la prima possa pienamente perseguire le finalità pubbliche obiettivate nell’ordinamento, senza pressioni esterne⁽²³⁾.

Pur nell’ambito del più volte affermato principio costituzionale del “concorso pubblico” lo stesso si è dovuto più volte confrontare con una legislazione nazionale, e più spesso regionale, che non ha rinunciato alla prassi delle assunzioni dirette o comunque effettuate senza lo svolgimento di un vero e proprio concorso. La Corte Costituzionale è stata, dunque, costretta a «rincorrere» il legislatore sulla via delle deroghe al vincolo costituzionale, nel tentativo di porre un freno alla sistematica violazione dello stesso. Sono state, pertanto, limitate le ipotesi nelle quali la disapplicazione del principio del pubblico concorso poteva ritenersi compatibile con la Costituzione, per verificare se il singolo intervento del legislatore nazionale o regionale oggetto di censura rientrasse in quelle ipotesi astratte».

Nel particolare due sono stati i temi di particolare interesse: quello delle progressioni di carriera e dei nuovi inquadramenti di dipendenti già in servizio presso la stessa o presso altre amministrazioni e quello delle c.d. «stabilizzazioni» dei dipendenti pubblici, ossia della trasformazione con legge di rapporti di lavoro a tempo determinato in rapporti a tempo indeterminato onde sanare posizioni di «preariato», quasi sempre particolarmente datate.

Attenta e recente dottrina con ampio richiamo alle decisioni della Consulta afferma come per quanto riguarda le progressioni di carriera, il principio del concorso pubblico deve fare i conti con la rivendicazione, da parte delle amministrazioni, di una certa autonomia nella gestione del proprio personale: infatti, la previsione di «concorsi riservati» può rispondere, entro certi limiti, all’esigenza di introdurre meccanismi premiali onde motivare gli interni. Ed ancora, nel richiamare la giurisprudenza costituzionale, viene ripreso il concetto per il quale pur non disconoscendo la possibilità di valorizzare ragionevolmente pregresse esperienze lavorative degli interni, il concorso pubblico, anche in caso di progressioni verticali, è il metodo che offre le migliori garanzie per selezionare in modo tecnico e imparziale i più capaci sulla base del criterio del merito.

Ciò in quanto il passaggio a una fascia funzionale superiore comportante l’inquadramento in una nuova qualifica costituisce pur sempre «una forma di

21 Per una disamina delle posizioni della Corte Costituzionale è molto interessante M. ALLENA, M. TRIMARCHI, “La Costituzione «Dimenticata» Il Principio Del Concorso Pubblico”, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.1, 1° Marzo 2021, p. 379.

22 M. ALLENA, M. TRIMARCHI, «“La Costituzione «Dimenticata”», cit.

23 Il richiamo operato è soprattutto alla decisione della Corte Cost. del 15 ottobre 1990 in tema di composizione esclusivamente tecnica delle Commissioni di concorso.

reclutamento che esige anch'essa un selettivo accertamento delle attitudini».

In altri termini, se pure il concorso non è elevato a «regola assoluta» è comunque sempre necessario assicurare la discrezionalità tecnica nella scelta dei «migliori»⁽²⁴⁾ oltre alla necessità di garantire il buon andamento dell'amministrazione, in presenza di «peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico» che per la Corte vanno comunque ricollegate «alla peculiarità delle funzioni che il personale da reclutare è chiamato a svolgere, in particolare relativamente all'esigenza di consolidare specifiche esperienze professionali maturate all'interno dell'amministrazione e non acquisibili all'esterno»⁽²⁵⁾.

Il percorso della giurisprudenza costituzionale sopra delineato, sempre coerente, andrà valutato alla luce della nuova disposizione legislativa, con la quale s'introduce il principio per il quale, per una quota, non superiore al cinquanta per cento, delle posizioni disponibili, le progressioni tra aree si svolgono non più mediante concorso ma tramite procedura comparativa⁽²⁶⁾.

Valutazione che andrà fatta anche alla luce della considerazione che la disciplina finora vigente prevedeva invece, in via generale, per l'accesso ad ognuna delle suddette aree il principio del concorso pubblico, con la possibilità di una quota di riserva di posti da destinare al personale interno all'amministrazione - in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno -, quota non superiore al 50 per cento dei posti messi a concorso.

In altri termini sarà necessario valutare se alla luce della «sola comparazione» possa ritenersi soddisfatto il principio per il quale occorre evitare assunzioni «nell'amministrazione pubblica, attraverso norme di privilegio» e che ciò «escluda o irragionevolmente riduca le possibilità di accesso per tutti gli altri aspiranti, con violazione del carattere «pubblico» del concorso»⁽²⁷⁾.

24 T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 5 novembre 2020, n.11435 Prove e titoli: giudizio tecnico – discrezionale. Il voto numerico attribuito dalle competenti Commissioni alle prove o ai titoli nell'ambito di un concorso pubblico o di un esame – in mancanza di una contraria disposizione – esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della Commissione stessa, contenendo in sé stesso la motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni, quale principio di economicità amministrativa di valutazione, assicura la necessaria chiarezza e graduazione delle valutazioni compiute dalla Commissione nell'ambito del punteggio disponibile e del potere amministrativo da essa esercitato e la significatività delle espressioni numeriche del voto, sotto il profilo della sufficienza motivazionale in relazione alla prefissazione, da parte della stessa Commissione esaminatrice, di criteri di massima di valutazione che soprassedono all'attribuzione del voto, da cui desumere con evidenza la graduazione e l'omogeneità delle valutazioni effettuate mediante l'espressione della cifra del voto

25 Oltre alla dottrina richiamata si segnala: Corte cost., 4 gennaio 1999, n. 1, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, commi 205, 206 e 207, l. 28 dicembre 1995, n. 549 (di riorganizzazione del personale dell'amministrazione finanziaria), come modificati dall'art. 6, comma 6-bis, d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito dalla l. 28 febbraio 1997, n. 30, nella parte in cui aveva istituito procedimenti interni c.d. «di riqualificazione» per la copertura dei posti disponibili nelle dotazioni organiche degli uffici finanziari. Successivamente, Corte cost., 16 maggio 2002, n. 194 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del medesimo art. 3, commi 205, 206 e 207, l. n. 549/1995, come modificato dall'art. 22, comma 1, lett. a), b) e c), l. 13 maggio 1999, n. 133 che, pure, era intervenuto con l'intento di attuare il giudicato costituzionale di Corte cost. n. 1/1999. Sul consolidarsi del principio in questione si veda Corte cost., 4 aprile 1990, n. 161; Id., 27 dicembre 1991, n. 487; Id., 15 luglio 1994, n. 314; Id., 27 aprile 1995, n. 134; Id., 30 ottobre 1997, n. 320; Id., 24 luglio 2003, n. 274; Id., 6 luglio 2004, n. 205; Id., 21 aprile 2005, n. 159; Id., 3 marzo 2006, n. 81; Id., 13 novembre 2009, n. 293; Id. 29 aprile 2010, n. 150; Id., 4 giugno 2010, n. 195; Id., 5 gennaio 2011, n. 7; Id., 1 aprile 2011, n. 108; Id., 10 novembre 2011, n. 299; Id., 13 settembre 2012, n. 217; Id., 31 ottobre 2012, n. 245.

26 Sul tema ricordiamo la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (che richiama anche la precedente Cass. S.U. – ordinanza - 26 gennaio 2011 n. 1778) che seppur riferita ai «percorsi di stabilizzazione del personale la deroga alle normali procedure di assunzione», fa riferimento a quelle procedure di selezione che necessariamente individuano una platea di candidati attraverso una prova di carattere quanto meno comparativo.

27 La Corte costituzionale in più occasioni richiede l'esistenza di «peculiari ragioni giustificatrici» da verificare in concreto e, per tal guisa, esercita un penetrante giudizio di ragionevolezza. Tali ragioni sono state di volta in volta riscontrate nel pregresso esercizio di mansioni superiori, nell'esistenza delle «specifiche» professionalità idonee a ricoprire il posto messo a concorso solo all'interno dell'amministrazione che bandisce il concorso, nel particolare vincolo fiduciario che giustifica la scelta intuitu personae negli uffici di diretta collaborazione degli organi politici (Corte costituzionale, 24 luglio 2003, n. 274, 4 dicembre 2002, n. 517, 23 luglio 2002, n. 373, 29 maggio 2002, n. 218, 16 maggio 2002, n. 194, 4 gennaio 1999, n. 1, 30 ottobre 1997 n. 320, 27 aprile 1995 n. 134, 29 dicembre 1995 n. 528 20 luglio 1994 n. 314, 27 dicembre 1991 n. 487 e 4 aprile 1990 n. 161).

Va detto che la stessa Corte Cost. ha riconosciuto «un'ampia discrezionalità» al legislatore «nello scegliere i criteri di inquadramento o di reinquadramento dei dipendenti pubblici», ovvero di riproporre discutibili distinzioni tra un accesso alla pubblica amministrazione (soggetto alla regola del concorso) da un lato, ovvero al «reinquadramento in qualifiche superiori di personale già in servizio nella pubblica amministrazione» dall'altro, in tesi ammissibile anche sulla base del solo criterio dell'anzianità di servizio.

Peraltro, giova rammentare che il medesimo art. 97 della Costituzione al comma 4 nel richiamare la regola generale del concorso per l'accesso alle funzioni pubbliche prevede espressamente che il legislatore possa valutare ipotesi diverse laddove nell'ultima parte del comma si fanno salvi i casi stabiliti dalla legge.

1.4. Il quadro introdotto dall'art. 80 del D.L. 80/2021

In questo quadro normativo s'inserisce la nuova disciplina dettata dal D.L. n. 80/2021⁽²⁸⁾, nella parte in cui modifica la disposizione più generale, vale a dire l'art. 52, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 165/2001.

La nuova disciplina concerne l'inquadramento dei dipendenti pubblici in aree funzionali, la progressione all'interno dell'area e l'accesso ad aree superiori - non concerne i dirigenti e il personale docente della scuola e degli istituti di alta formazione artistica, musicale e coreutica ed introduce un'ulteriore area funzionale, destinata all'inquadramento del personale di elevata qualificazione, oltre che modificare la disciplina della progressione all'interno della stessa area ed introdurre una modalità di progressione tra aree mediante procedura comparativa.

Si prevede il principio in base al quale, per una quota, non superiore al cinquanta per cento, delle posizioni disponibili, si svolgono progressioni tra aree, mediante procedura comparativa e secondo i seguenti criteri: valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni di servizio; assenza di provvedimenti disciplinari; possesso di titoli professionali e di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso all'area; sul numero e sulla tipologia degli incarichi rivestiti⁽²⁹⁾.

Sono altresì previsti percorsi di crescita per il personale della Pubblica amministrazione (quindi valido anche per il comparto Funzioni Locali) nell'ambito dei quali andranno valorizzate non soltanto le conoscenze tecniche, ma anche le competenze di carattere trasversale (manageriale, gestionale, ecc.) che il dipendente abbia maturato nel corso della propria attività lavorativa.

28 Decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, recante misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia»

29 Si riporta l'art. 52 del D.Lgs. 165/2001 comma 1-bis. «I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, dei conservatori e degli istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. La contrattazione collettiva individua un'ulteriore area per l'inquadramento del personale di elevata qualificazione. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono, con modalità stabilite dalla contrattazione collettiva, in funzione delle capacità culturali e professionali e dell'esperienza maturata e secondo principi di selettività, in funzione della qualità dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Fatta salva una riserva di almeno il 50 per cento delle posizioni disponibili destinata all'accesso dall'esterno, le progressioni fra le aree e, negli enti locali, anche fra qualifiche diverse, avvengono tramite procedura comparativa basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli o competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso all'area dall'esterno, nonché sul numero e sulla tipologia degli incarichi rivestiti. In sede di revisione degli ordinamenti professionali, i contratti collettivi nazionali di lavoro di comparto per il periodo 2019-2021 possono definire tabelle di corrispondenza tra vecchi e nuovi inquadramenti, ad esclusione dell'area di cui al secondo periodo, sulla base di requisiti di esperienza e professionalità maturate ed effettivamente utilizzate dall'amministrazione di appartenenza per almeno cinque anni, anche in deroga al possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso all'area dall'esterno. All'attuazione del presente comma si provvede nei limiti delle risorse destinate ad assunzioni di personale a tempo indeterminato disponibili a legislazione vigente.»

Dal vincolo concorsuale si passa quindi alla procedura comparativa rispetto alla quale occorrerà valutare l'impatto costituzionale in un'ottica di superamento della rigida regola concorsuale quale barriera tra le aree professionali che aveva caratterizzato la normativa sinora vigente⁽³⁰⁾.

Le questioni affrontate nel corso di questi mesi sono state numerose: la prima ha riguardato come calcolare il 50 per cento "delle posizioni disponibili", se nel complessivo numero del personale in servizio ovvero per singola categoria.

Un commentatore,⁽³¹⁾ senza assumere una posizione definita, ha raccomandato «massima prudenza» verso un'interpretazione più ampia: quella che consente di calcolare

30 Sulle caratteristiche concorsuali proprie del sistema delineato nel regime precedente sia consentito richiamare P. MONEA, "Concorso obbligatorio anche per le promozioni?", *Il Sole 24 Ore* Pubblico impiego, 28 settembre 2015, p. 33. L'articolo si sofferma sulla sentenza del Consiglio di Stato 4139/2015 che ha annullato gli atti della Giunta regionale della Calabria con la quale era stata data copertura a circa mille posti di funzionario: non attraverso un ordinario concorso pubblico ma con una selezione verticale interamente riservata agli interni. Il Consiglio di Stato richiama il principio più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale secondo la quale il concorso pubblico costituisce la regola ordinaria di accesso ai ruoli delle pubbliche amministrazioni, in coerenza con i principi di uguaglianza (articolo 3), di imparzialità e di buon andamento (articolo 97). I concorsi interni, o comunque le selezioni riservate agli interni, sono da considerare come eccezione al generale principio dell'ammissione in servizio per il tramite del pubblico concorso. Anche la facoltà del legislatore di introdurre deroghe a questo principio deve essere delimitata in senso rigoroso: le deroghe sono legittime solo se funzionali al buon andamento dell'amministrazione e se ricorrono peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle. Il Consiglio di Stato riconosce al concorso pubblico un ambito di applicazione particolarmente ampio: esso vale non solo per le ipotesi di assunzione di soggetti in precedenza estranei alle pubbliche amministrazioni, ma anche ai casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio e quelli di trasformazione di rapporti non di ruolo, e non instaurati ab origine mediante concorso, in rapporti di ruolo. Principio di particolare interesse è quello per il quale la scelta di effettuare selezioni verticali, in deroga al pubblico concorso, deve essere adeguatamente motivata e proporzionatamente vanno espresse le ragioni della deroga.

31 G. BERTAGNA, *Carriere, incognita 50% sulle nuove progressioni*, *Enti Locali & Edilizia* (ilssole24ore.com), 14 marzo 2022

il 50% sul complessivo numero dei dipendenti e non sulle singole categorie⁽³²⁾.

La tesi non appariva priva di pregio, anzi.

Che il legislatore abbia sostanzialmente formulato la norma con un richiamo alle “posizioni disponibili” e lo abbia fatto in un condivisibile o meno superamento del principio del concorso pubblico, non può essere un aspetto di secondo piano, anche nella considerazione che la prima interpretazione della norma è in genere quella “letterale”, tesa a individuare il senso palese, e solo tramite la stessa passare ad una interpretazione logica finalizzata a ricercare l'intenzione del legislatore, come sembrerebbe lasciar intendere la tesi sopra menzionata.

Sulla base di questi principi pare a chi scrive che la scelta sia stata di modificare quella che nella precedente formulazione appariva come una limitazione della facoltà organizzativa degli enti (soprattutto dei comuni di più limitate dimensioni) che allo stato della nuova disposizione non trova riscontro “letterale”.

Pur se manifestato con una formulazione “critica” è utile ricordare il pensiero di altro autore il quale afferma che “la riserva del 50% appare con ogni evidenza complessiva e la conseguenza di indurre le PA, negativamente considerata dalla Consulta con la sentenza 90/2012, ad attivare concorsi solo per le qualifiche inferiori appare del tutto coerente con gli intenti manifesti del d.l. 80/2021. Laddove la Consulta non fosse d'accordo, dovrebbe intervenire in modo radicale su tale norma, riconoscerne l'incostituzionalità,

32 Le previsioni ex art. 22, comma 15 del D.Lgs. n. 75/2017 integrano uno di quei «casi stabiliti dalla legge» di deroga alla regola costituzionale dell'accesso all'impiego nella P.A. mediante concorso. Stante tale carattere derogatorio, il ricorso alla possibilità in esame deve ritenersi soggetto a un rafforzato onere motivazionale da parte dell'amministrazione, teso a dimostrare un'esigenza di «valorizzare le professionalità interne» insuscettibile di trovare soddisfazione attraverso lo strumento ordinario del concorso pubblico ad accesso esterno.

In tema di progressioni verticali le «Linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale da parte delle amministrazioni pubbliche» (approvate con decreto della Presidenza del Consiglio – Dipartimento della funzione pubblica dell'8.5.2018 ai sensi dell'art. 6-ter del D.Lgs. n. 165/2001) prevedono (4) che il piano triennale dei fabbisogni deve indicare, sempre nello spirito del miglior utilizzo delle risorse, eventuali progressioni tra le aree o le categorie rivolte al personale in servizio secondo quanto previsto dall'articolo 22, comma 15, del d.lgs. n. 75 del 2017»: formulazione che non offre indicazioni particolari ai fini del calcolo del citato limite del 20% entro cui va contenuto il numero di posti da coprire mediante le progressioni verticali in esame, richiamando piuttosto le finalità sottese all'elaborazione del piano.

La Sezione regionale di controllo per la Campania (delibera n. 103/2019/PAR) ha avuto modo di affermare che l'art. 22, comma 15, D.Lgs. n. 75/2017 è chiaro laddove prevede che “il numero di posti per tali procedure selettive riservate non può superare il 20 per cento di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria, cioè prescrive che tale percentuale del 20% debba riguardare il numero di posti previsti per i concorsi di PARI categoria -e non il numero di posti previsti per i concorsi di qualsiasi categoria, come erroneamente prospettato dal Comune richiedente il parere-nonché fermo restando il possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno. Ed è così chiaro, proprio perché in caso contrario -ovvero aderendo all'interpretazione indicata dall'Ente- si finirebbe per attuare le progressioni verticali consentite dalla ridetta disposizione con l'obiettivo della valorizzazione delle professionalità interne, soltanto a vantaggio di talune aree o categorie ed “a spese” delle altre, con ciò pregiudicando la funzione del PTFP di garantire l'utilizzo delle risorse umane in dotazione dell'Ente secondo i criteri di ottimizzazione dell'impiego delle risorse pubbliche disponibili e di perseguimento di obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini, da parte delle amministrazioni pubbliche, prescritti dall'art. 4, comma 2, del D.Lgs. 75/2017... Né si rivela idonea ad indebolire l'interpretazione normativa cui il Collegio accede, l'osservazione del Comune secondo cui essa sarebbe tale da consentire l'applicazione delle progressioni verticali ex art. 22, comma 15, D.Lgs. n. 75/2017 soltanto per gli “Enti di grandi dimensioni”, ponendo un invalicabile limite per “gli Enti di piccola e media dimensione di utilizzare la norma in parola, in relazione alle sue effettive esigenze di risorse umane”; la medesima osservazione, infatti, prescinde dal considerare che le progressioni verticali de quibus rappresentano una scelta derogatoria rispetto al generale principio del concorso pubblico con accesso dall'esterno, basata su di un criterio numerico improntato alla più oggettiva proporzionalità, in quanto tale applicabile da parte di qualsiasi Ente, appunto in proporzione alle dimensioni del medesimo. Del resto, eventuali possibili divergenze applicative della norma non ne minano certo il carattere della “generalità” (e dell'astrattezza), come sostenuto dal predetto Comune, in quanto dovute a mere situazioni di fatto, legate alle oggettive diverse dimensioni degli Enti in comparazione, che rendono del tutto razionale il diverso trattamento, secondo i noti canoni di giustificazione e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost..

Conclusivamente, non assume alcun rilievo la circostanza – prospettata dal Comune istante – che l'operatività della disposizione in esame, letta secondo i canoni includibili dell'interpretazione letterale (art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile), possa essere in concreto inibita dalle ridotte dimensioni delle amministrazioni interessate e dalle connesse limitate capacità assunzionali consentite dalla legislazione vigente; ciò in quanto la disciplina di che trattasi ha introdotto una mera facoltà, esercitabile nei limiti di altre pertinenti disposizioni, tra cui quelle in tema di capacità assunzionali («nei limiti delle vigenti facoltà assunzionali»).

in modo da dare al Legislatore un orientamento chiaro e definitivo sul modo di limitare le progressioni verticali. In quanto all'applicazione del 50% al triennio o al primo anno della programmazione, la soluzione è semplice. Applicare il 50% ad un triennio, programmato in base ad elementi continuamente mutevoli, come il rapporto tra spesa di personale e media delle entrate, è semplicemente un modo moderno di affidarsi al fato: ci si aggiorna dalla lettura del volo degli uccelli o della comprensione delle parole della Pizia o delle Sibille, all'esercizio di un 50% applicato al nulla. È chiaro che per essere serio, il 50% va computato sul complesso delle assunzioni da attivare nell'anno iniziale del triennio⁽³³⁾.

Orbene pare a chi scrive che al di là di potenziali e sempre possibili interpretazioni diverse nel caso di specie applicando i generali principi interpretativi la conclusione non possa che essere quella per la quale il riferimento è al totale del personale e non alle singole categorie (cfr. osservazioni successiva al parere della Funzione Pubblica).

Ed i risultati dell'interpretazione giuridica possono essere di tre tipi: dichiarativa, quando risulta che il suo significato logico coincide con quello letterale; estensiva, quando risulta che il significato logico è più ampio di quello letterale; restrittiva, quando risulta che il significato letterale è più ampio di quello logico.

In un'ottica legislativa di semplificazione dell'accesso alle posizioni più elevate⁽³⁴⁾, avere espressamente fatto riferimento ad "almeno il 50 per cento delle posizioni disponibili", pare suggerire che la volontà del legislatore non possa che essere quella di un calcolo sull'insieme delle posizioni inserite nella programmazione di cui all'art. 6 del D.lgs. 165/2001⁽³⁵⁾, nel piano triennale dei fabbisogni del personale che sia comunque coerente con le esigenze e compatibile economicamente con gli strumenti di programmazione economica.

Lo stesso dossier menzionato alla nota 22 precisa che "si introduce il principio in base al quale, per una quota, non superiore al cinquanta per cento, delle posizioni disponibili, si svolgono progressioni tra aree, mediante procedura comparativa e riprende una differenza con "la disciplina finora vigente" che prevede invece, in via generale, per l'accesso ad ognuna delle suddette aree il principio del concorso pubblico, con la possibilità di una quota di riserva di posti da destinare al personale interno all'amministrazione - in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno -, quota non superiore al 50 per cento dei posti messi a concorso.

La tesi più ampia e coerente con l'autonomia dell'ente è stata confermata dai pareri 00115048/2022 e 12094/2022 del Dipartimento della Funzione Pubblica che in risposta ad alcune richieste di chiarimenti in materia di progressioni verticali, a seguito della modifica introdotta dal D.L. 80/2021, che ha novellato l'articolo 52 del D.lgs. 165/2001 ha avuto modo di affermare che l'istituto delle progressioni verticali disciplinato dall'art. 52, comma 1-bis (come modificato dal D.L. 80/2021), si attua a favore del personale già

33 Progressioni verticali: nessuno controlla su limiti e sorti dei contratti in loro violazione in <https://luigioliveri.blogspot.com/2022/03/progressioni-verticali>.

34 È riprova della forse eccessiva semplificazione il capoverso 1-bis del comma 3 del D.L. 80/2021 nella parte in cui modifica la disciplina sui criteri di valutazione e sulle prove dei concorsi pubblici per l'accesso alla dirigenza - come dirigente di seconda fascia - nelle amministrazioni statali (anche ad ordinamento autonomo) e negli enti pubblici non economici nazionali. La novella di cui al capoverso 1-ter del comma 3 introduce una nuova modalità di accesso alla qualifica di dirigente di seconda fascia nelle amministrazioni in oggetto, costituita da procedure comparative bandite dalla Scuola nazionale dell'amministrazione con riferimento a ciascuna amministrazione e riservate al personale in servizio a tempo indeterminato presso la medesima amministrazione. La novella di cui al comma 4 modifica la disciplina per l'accesso alla qualifica di dirigente di prima fascia nelle suddette amministrazioni; la modifica concerne la quota di accesso tramite concorso pubblico. Il comma 5 riduce il periodo temporale di applicazione di una norma transitoria che sospende la modalità di reclutamento tramite concorso pubblico per i dirigenti di prima fascia in oggetto. Il comma 6 prevede che gli interventi normativi di cui ai precedenti commi 3 e 4 costituiscono principi fondamentali per la legislazione regionale in materia di dirigenti pubblici e demanda alla Scuola nazionale dell'amministrazione l'elaborazione, d'intesa con la Conferenza unificata Stato-regioni-province autonome-città ed autonomie locali, di apposite linee guida (dossier di Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati).

35 Art. 6. Organizzazione degli uffici e fabbisogni di personale

in servizio, tramite procedura comparativa, fatta salva “una riserva di almeno il 50% delle posizioni disponibili destinate all’accesso dall’esterno”. Una volta determinato, in base a tale percentuale, il numero delle posizioni disponibili per le progressioni verticali, l’accesso negli organici sarà ammissibile soltanto dall’esterno.

La Funzione pubblica ha precisato che ai fini del calcolo del 50% non devono essere computate le assunzioni che l’amministrazione intende attuare nel triennio previo espletamento di:

procedure di stabilizzazione ex art. 20, comma 1, D.Lgs. 75/2017;

mobilità volontaria ex art. 30 D.Lgs. 165/2001.

Entrambi tali istituti, secondo il Dipartimento, “sono irrilevanti al fine di determinare la quota destinata alle progressioni verticali”. Gli enti locali, quindi, potranno prevedere nei propri atti di programmazione triennali del fabbisogno di personale, di destinare fino al 50% delle nuove assunzioni “facendo ricorso a progressioni verticali, stabilizzazioni o mobilità”. A tal proposito, il Dipartimento, nel parere 12094/2022 del 17 luglio 2022, ha precisato anche che la riserva del 50% per le progressioni verticali “opera per ogni singola categoria e non complessivamente” e “la struttura della programmazione dei fabbisogni richiede l’indicazione di dettaglio delle modalità di copertura per ciascuna area/categoria e, pertanto, la riserva ad almeno il 50% delle posizioni disponibili destinata all’accesso dall’esterno è da intendersi applicabile a ciascuna area o categoria”

Inoltre, la Funzione pubblica ha confermato l’immediata applicabilità del comma 1-bis del citato art. 52, novellato dal D.L. 80/2021.

Nelle finalità perseguite dal legislatore con l’introduzione di tale normativa, essa “concorre (...) ad assicurare il rafforzamento della capacità funzionale delle PA, non solo per l’attuazione del PNRR, ma in termini complessivi di sistema, delineando una disciplina idonea a valorizzare le professionalità interne alla pubblica amministrazione, senza rinunciare al rigore che necessariamente deve connotare uno sviluppo di carriera”.

Richiamando altresì il comma 15 dell’art. 22 del D.Lgs. 75/2017, che ha reintrodotto per le p.a. la possibilità (sino a tutto il 2022) di procedure selettive per le progressioni tra aree per un numero di posti non superiore al 30% delle assunzioni previste nei piani del fabbisogno per la relativa categoria, il Dipartimento ha chiarito che “la convivenza cronologica sino al 2022 delle due previsioni normative sopra richiamate, ai fini della valorizzazione del personale interno, lascia intendere che il legislatore abbia voluto rimettere alle amministrazioni la possibilità di scegliere tra l’attivazione di una procedura comparativa ordinaria (...) e una procedura selettiva in cui siano previste anche delle prove”.

Le singole amministrazioni, entro il 31/12/2022, possono attivare ambedue le procedure di progressione verticale previste, “ferma restando la quota massima di progressioni possibili come definita dal terzo periodo del comma 1 bis dell’articolo 52; in questo caso l’amministrazione potrà attivare sia una procedura selettiva per non oltre il 30% dei posti disponibili per nuove assunzioni sia una procedura comparativa per un numero di posti tale che le due procedure cumulativamente non superino il limite massimo del 50% delle posizioni disponibili”.

1.5. Obbligo o facoltà di attivare le progressioni tra aree.

Definito il principio per il quale la disciplina dell’art. 52 stabilisce progressioni di carriera senza delle vere prove d’esame strettamente intese, ma attraverso procedure comparative occorre soffermarsi su alcune questioni rigorosamente operative.

Una prima questione attiene all’obbligo ovvero alla mera facoltà da parte delle singole amministrazioni di attivare una nuova procedura comparativa in luogo di una più stringente procedura concorsuale.

Sul tema pare soccorrere l'art. 24, comma 2 D.Lgs. 150/2009⁽³⁶⁾: l'attribuzione dei posti riservati al personale interno è finalizzata a riconoscere e valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti, in relazione alle specifiche esigenze delle amministrazioni.

In altri termini la costruzione del legislatore, peraltro in un'ottica di ampia autonomia organizzativa riconosciuta dall'insieme delle norme non può che portare ad una conclusione: l'Amministrazione potrà definire nel proprio ambito programmatico (il piano delle assunzioni) i posti destinabili alle procedure verticali nella considerazione, però, che tali posti sono oggetto di comparazione e non di procedure comunque concorsuali.

Sul tema della comparazione, al di là dei criteri comunque rilevabili dalla norma e che probabilmente saranno declinati nei prossimi contratti, si possono richiamare le Sezioni Unite della Cassazione⁽³⁷⁾ (che richiamano anche la precedente Cass. S.U. – ordinanza - 26 gennaio 2011 n. 1778) le quali seppur con riferimento ai percorsi di stabilizzazione, si soffermano sul concetto di procedura selettiva individuandola nelle fattispecie in cui vi sia una platea di candidati potenzialmente selezionabili.

Va altresì detto che la norma è apparsa immediatamente operativa ancor prima che venissero sottoscritti i nuovi CCNL ove sono state previste tabelle di corrispondenza tra vecchi e nuovi inquadramenti, valorizzando l'esperienza almeno quinquennale, ed in deroga anche al possesso del titolo di studio previsto per l'accesso dall'esterno.

Circa la necessità di un preventivo regolamento interno all'ente lo stesso quale provvedimento generale ed astratto appare quanto mai necessario al fine di regolamentare e disciplinare tutta una serie di aspetti che necessitano di una disposizione generale ed astratta.

Sarà quindi utile disciplinare i titoli di studio previsti per l'accesso dall'esterno (soprattutto con riguardo alle cat. D, ora Area dell'elevata qualificazione), ovvero alla richiesta di abilitazione professione o ai titoli universitari di II livello per particolari profili), le modalità di svolgimento della procedura comparativa (esempio, si può prevedere un colloquio per approfondire le esperienze professionali e formative indicate dal candidato), i punteggi da assegnare ai vari fattori di valutazione, i criteri di preferenza a parità di punteggio complessivo.

Appare di palmare evidenza, nello spirito della disposizione di cui al comma 1 bis, dell'art. 52 del D.Lgs 165/2001, teso come visto alla valorizzazione delle professionalità esistenti nella pubblica amministrazione, che non potranno essere considerati prevalenti criteri legati alla mera anzianità di servizio, i quali potranno avere solo carattere di residualità in una ipotetica scala di graduazione dei titoli da prendere in considerazione per premiare il merito.

È anche opportuno ricordare che sussistono forti dubbi sulla legittimità dello scorrimento di una graduatoria di progressioni verticali.

Le varie disposizioni normative inerenti lo scorrimento (articolo 91 del TUEL e articolo 35 del D.Lgs n. 165/2001) sono riferite alle sole graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche e la diversa natura con le progressioni verticali porta ad escludere il principio dello scorrimento, malgrado alcune

³⁶ Il comma in questione così recita: L'attribuzione dei posti riservati al personale interno è finalizzata a riconoscere e valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti, in relazione alle specifiche esigenze delle amministrazioni.

³⁷ Sentenza 22 febbraio 2011, nr. 256.

interpretazioni della Corte dei Conti che apparivano di tenore parzialmente diverso⁽³⁸⁾.

In altri termini, in entrambi i testi normativi il riferimento è ai concorsi, mentre le progressioni verticali non sono procedure concorsuali classicamente intese e, a maggior ragione, va considerato che il sistema peculiare introdotto dal decreto-legge 80/2021, sembra introdurre un regime finalizzato alla immediata valorizzazione del personale

38 Corte Dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Campania, Del/Par n.137/2013: “Può, in via generale, essere osservato che le disposizioni relative all’ultrattività di graduatorie concorsuali efficaci e vigenti si applicano anche a graduatorie formate all’esito di procedure “interne” alla pubblica amministrazione, trattandosi a tutti gli effetti di procedure pubblicistiche ad evidenza pubblica (cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale pubblico impiego, Adunanza del 9 novembre 2005, n° 3556/2005; Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Milano, Sezione III, 15 settembre 2008, n° 4073), soggette alle regole e alle garanzie del pubblico concorso (Corte costituzionale, 4 gennaio 1999, n° 1; 16 maggio 2002, n° 194; 23 maggio 2002, n° 218; 23 luglio 2002 n° 373; 24 luglio 2003, n° 274)”.

Ciò detto, va peraltro ulteriormente osservato che il c.d. scorrimento della graduatoria di un concorso già espletato mediante ulteriore utilizzo della stessa, qualora giuridicamente persista la sua efficacia e ne sussista eventualmente la vigenza, non rappresenta un obbligo per l’amministrazione, ma costituisce frutto di un ampio potere discrezionale, impingendo nel merito dell’azione amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 27 luglio 2010, n° 4911; 12 settembre 2006, n° 5320, ecc.), che ben può orientarsi verso la scelta di indire un nuovo concorso piuttosto che utilizzare una graduatoria ancora valida ed efficace, in quanto il principio di economicità dell’azione amministrativa sotteso all’istituto dello scorrimento della graduatoria va temperato e bilanciato con altri fondamentali principi informatori dell’attività pubblica, tra i quali, in primis, l’art. 97, comma 3, della Costituzione, secondo cui agli impieghi pubblici si accede mediante concorso, inteso quale procedura selettiva preconfigurata, diretta alla selezione degli elementi più meritevoli e più dotati professionalmente (Consiglio di Stato, 4911/2010, cit.).

Opportunamente la surrichiamata giurisprudenza ha altresì precisato i limiti che regolano il predetto potere discrezionale, che non può esplicitarsi trasmodando nell’arbitrarietà, nell’irrazionalità, o nell’irragionevolezza, dovendo piuttosto risultare frutto di approfondito apprezzamento degli interessi pubblici coinvolti nella scelta stessa.

In particolare, la menzionata giurisprudenza del giudice amministrativo, qui condivisa, ha specificamente valorizzato –tra l’altro– l’incidenza delle modifiche legislative intervenute tra la data di approvazione della graduatoria potenzialmente ultrattiva e l’epoca di esercizio della suindicata scelta discrezionale in ordine alle modalità da utilizzare per ricoprire ulteriori posti della pianta organica (Consiglio di Stato, decisioni nn. 4911/2010 e n° 5320/2006 cit.; Sezione IV, 14 febbraio 2008, n° 509).

È evidente dunque che la scelta relativa alla possibilità di ulteriore utilizzo di una graduatoria concorsuale ancora efficace, approvata all’esito di una procedura esperita in base ad una normativa assunzionale in seguito profondamente incisa da un innovativo quadro legislativo (in punto, fra l’altro, di impossibilità di bandire concorsi interamente riservati al personale dipendente, di obbligo di esperire procedure concorsuali aperte all’esterno anche in caso di progressioni tra aree salva la possibilità di riservare al personale in servizio un’aliquota di posti, di indefettibilità del possesso del titolo di studio richiesto per l’accesso dall’esterno ai posti messi a concorso, ecc.), deve essere operata escludendo non solo qualsiasi possibilità di arbitraria e irragionevole discriminazione tra i soggetti (interni ed esterni all’Ente) che potenzialmente aspirano a ricoprire i posti disponibili, ma anche inammissibili elusioni di quelle specifiche prescrizioni di legge che, in particolare a decorrere dal 1° gennaio 2010, disciplinano allo stato le assunzioni e le progressioni fra aree (vedasi anche Corte costituzionale, 13 maggio 2010, n. 169), all’uopo dovendo essere previamente verificata in concreto la compatibilità o meno dei requisiti richiesti illo tempore dalla *lex specialis* di cui al bando concorsuale relativo alle progressioni interne già attuate ed esitate nella graduatoria utilizzanda (e, in particolare, relativamente al caso di specie, dei requisiti culturali all’epoca richiesti ai partecipanti alla procedura “interna”), con il nuovo e inderogabile assetto normativo.

Da ciò deriva che l’Amministrazione, esaminando –in sede di eventuale predisposizione della procedura diretta a ottenere la copertura di posti disponibili nella dotazione organica nella vigenza dell’art. 62 del d. lgs. 27 ottobre 2009 n° 150– la possibilità o meno di utilizzare graduatorie approvate all’esito di procedure concorsuali per progressioni verticali interne ed eventualmente ancora efficaci ex lege, non può non tener conto sia della cogenza del nuovo sistema di avanzamento di carriera (cfr. art. 74 del d. lgs. n° 150 del 2009; vedasi anche Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, delib. n° 10/2010 cit.), sia, in particolare, della sopravvenuta inderogabilità del requisito del possesso del titolo di studio richiesto per l’accesso dall’esterno ai predetti posti.

Il margine di discrezionalità che l’Amministrazione può utilizzare in proposito successivamente alla data del 31 dicembre 2009 non può infatti estendersi sino a consentire –mediante il c.d. scorrimento di graduatoria– l’accesso a posti di pianta organica dell’Ente mediante progressione verticale di quei dipendenti che, ancorché inclusi in precedenti graduatorie ancora efficaci all’epoca dell’eventuale attivazione di una nuova procedura di copertura dei posti (e in disparte la pur assorbente necessità di esperire comunque per le progressioni tra aree una pubblica procedura concorsuale in conformità alle previsioni di cui al novellato art. 52 del d. lgs. n° 165 del 2001), siano tuttavia privi dei più elevati requisiti selettivi richiesti dalla normativa vigente per l’accesso dall’esterno ai posti che l’Amministrazione intende ricoprire, fermi ovviamente restando tutti gli altri vincoli e le limitazioni di legge in materia di assunzioni e di spesa per il personale nel rispetto del patto di stabilità, ove richiesto (cfr. Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Toscana, delib. n° 105 e n° 106 del 4 ottobre 2010).

già in servizio da attuarsi mediante la procedura comparativa la quale non potrà, per ciò solo, avere un orizzonte temporale di eccessiva ampiezza.

Tale approdo interpretativo sembra suffragato dalle considerazioni che emergono dai contenuti del parere 66005 del 6 ottobre 2021, del Dipartimento della Funzione Pubblica pubblicato sul proprio sito istituzionale il 25 ottobre 2021, nel quale vengono forniti chiarimenti sulla corretta applicazione della disciplina delle progressioni verticali, di cui all'articolo 52, comma 1-bis, del decreto legislativo 165/2001, come di recente novellata dal decreto-legge 80/2021, convertito con legge 113/2021.

Il Dipartimento ha preliminarmente evidenziato che il legislatore con tale nuova modifica ha inteso “valorizzare le professionalità interne alla p.a., senza rinunciare al rigore che necessariamente deve connotare uno sviluppo di carriera”.

La ratio delle nuove disposizioni è “quella di ancorare il percorso di crescita per gli interni all'amministrazione ad una serie di parametri rappresentativi del possesso di un livello professionale la cui adeguatezza, in assenza del meccanismo concorsuale, viene assicurata attraverso l'individuazione di una serie di requisiti, anche superiori a quelli richiesti per l'accesso dall'esterno, che rendono attivabile il percorso di sviluppo professionale delineato dalla norma”. La Funzione Pubblica ha inoltre ricordato che nella previgente disciplina delle progressioni verticali, il passaggio poteva avvenire solo mediante concorso pubblico usufruendo di un'apposita riserva di posti per il personale interno in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno.

Appare chiaro, alla luce del quadro delineato, l'intento del legislatore di valorizzare gli elementi maggiormente qualificanti che connotano l'excursus professionale, formativo e comportamentale del dipendente, al fine di rendere esplicito che il ricorso alla procedura comparativa in luogo di quella concorsuale è idonea e parimenti efficace nell'assicurare che la progressione di area e/o categoria o qualifica avvenga a beneficio dei più capaci e meritevoli.

Precisa il Dipartimento che “anche per le procedure comparative di accesso alla categoria D, l'Ente potrà richiedere il possesso di titoli ulteriori rispetto a quelli di accesso previsti in generale dalla contrattazione collettiva” purché i titoli ulteriori vengano “individuati (in sede regolamentare) nell'ambito di un impianto logico-sistematico quale quello sopra descritto”.

La Funzione Pubblica ha infine chiarito che anche nei casi in cui vi sia un unico candidato sarà comunque possibile valorizzare il personale interno, in quanto sarà la puntuale declinazione a monte dei criteri di valutazione di titoli di studio e di servizio in relazione alle proprie esigenze organizzative e ai propri fabbisogni professionali a garantire l'effettività del processo selettivo.

Anche la Cassazione Sezione Lavoro, con ordinanza 28.3.2023, n. 8775 afferma il principio per il quale nel pubblico impiego contrattualizzato, anche ai fini della selezione interna per l'accesso a posti superiori vacanti, analogamente a quanto accade per le procedure concorsuali preordinate all'assunzione di dipendenti, la scelta dell'amministrazione di utilizzare le graduatorie degli idonei “per scorrimento” non costituisce un diritto soggettivo degli stessi, ma postula sempre l'esercizio prioritario di una discrezionalità della P.A. nel coprire il posto o la posizione disponibile, ove un obbligo in tal senso non sia contemplato dalla contrattazione collettiva o dal bando (Cass., Sez. L, n. 3332 del 12 febbraio 2018).

Ed ancora il Consiglio di Stato, Sezione V1, 17.5.2023, n. 4923, ritiene lo scorrimento non applicabile alle “graduatorie che scaturiscono da procedure selettive interne e riservate, data la disomogeneità tra i due termini di comparazione (progressione verticale in base a procedura interna e pubblico concorso) che comporterebbe la elusione della

regola costituzionale del pubblico concorso³⁹⁾.

1.6. La riserva, in sede di concorso, di una percentuale di posti ai dipendenti interni all'ente, il tema delle EP in particolare nel CCNL Funzioni locali 2019-2021.

In merito al tema oggetto del paragrafo, la risposta che si evince dal nuovo disposto normativo sembrerebbe essere negativa.

Infatti, il D.L. 80/2021, all'articolo 3 ha sostituito integralmente l'art. 52 comma 1-bis del D.Lgs. 165/2001 che in precedenza prevedeva tale possibilità di riserva in sede di concorso. Nel nostro ordinamento, pertanto, non esiste più alcuna disposizione che permette di agire con tale procedura per le progressioni verticali con l'effetto che le due uniche possibilità sono quella relativa al triennio 2020/2022, mediante un concorso riservato agli interni con procedure che non possono superare il 30 per cento di quelle previste nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per ciascuna categoria (A, B, B3, C, D) come da art. 22 comma 15 del d.lgs. 75/2017, ovvero il riscritto art. 52 comma 1-bis del d.lgs. 165/2001 che prevede la più "semplice" procedura comparativa⁴⁰⁾.

Non manca, tuttavia, chi sostiene che seppur vero che l'art. 24, c. 1, del D.Lgs. n. 150/2009 richiami un articolo (il 52, comma 1-bis del D. Lgs. N. 165/2001) oggi sostanzialmente modificato, è altrettanto vero che il testo del menzionato art. 24, c.1, riporta al suo interno la formulazione: "le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1° gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno", norma che risulta tutt'oggi vigente. Tuttavia, la vigenza delle due disposizioni determina una presunta antinomia di norme che non può che essere risolta mediante applicazione dei criteri ermeneutici laddove, come in precedenza evidenziato lo "ius superveniens" apportato con la riscrittura del comma 1 bis del decreto legge 80/2021, di fatto rappresenta una evoluta visione del legislatore in merito al riconoscimento delle professionalità nello svolgimento del rapporto di lavoro pubblico e di conseguente sviluppo del "capitale umano". In conseguenza determinandosi l'insorgere di un vero e proprio ~~Con un~~ problema, di ingegneria giuridica che potrebbe comportare in sede di interpretazione non pochi problemi applicativi ~~effetti applicativi~~: sarebbe quindi auspicabile che l'art. 24

39 Si veda, L. OLIVERI *"Progressioni verticali: non c'è obbligo di scorrere la graduatoria*, Pubblico Impiego, sito Asmel, 8 agosto 2023.

40 È interessante, sul tema, la decisione della Corte dei conti, Sez. Toscana, deliberazione n. 34/2021, che fornisce una corretta interpretazione della disciplina delle progressioni verticali recata dall'art. 22, comma 15, D. Lgs. n. 75/2017. L'art. 22, comma 15, come noto, riconosce alle amministrazioni pubbliche la facoltà di derogare alla disciplina generale delle progressioni verticali laddove prevede il passaggio di area non ricorrendo al concorso pubblico bensì ad una procedura selettiva riservata al personale di ruolo. Considerata la natura eccezionale della procedura disciplinata dall'art. 22, comma 15 citato, il legislatore ha predisposto limiti rigorosi per la sua applicazione:

- limitandone l'*operatività temporale (triennio 2020/2022)*;

- fissando un tetto ai posti disponibili pari al trenta per cento di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria (anzitutto al D.L. 162/2019, analoga disciplina faceva riferimento al triennio 2018/2020 e prevedeva un limite del 20%).

- riveste carattere essenziale il piano triennale di fabbisogno del personale (PTFP), che costituisce lo strumento programmatico fondamentale per le politiche assunzionali;

il limite del 30% da osservare deve intendersi riferito al solo numero di posti previsti per i concorsi di pari categoria, e non al numero assoluto dei posti previsti per qualsiasi categoria o area, condividendo l'ampia giurisprudenza contabile formatasi sul punto e dalla quale questa Sezione non intende discostarsi (Sez. contr. Campania, n. 103/2019/PAR, Sez. ne contr. Puglia, n. 71/2019/PAR, Sez. contr. Basilicata n. 38/2020/PAR);

Ed ancora si afferma nelle decisioni menzionate come tra le assunzioni rilevanti al fine di determinare la quota destinata alle progressioni verticali, nel limite del 30%, devono essere ricomprese anche le assunzioni per mobilità, in quanto la norma si riferisce alle assunzioni, senza ulteriori specificazioni o esclusioni. Pertanto, tutti i dipendenti in qualsiasi modo assunti (per concorso pubblico, per mobilità, per scorrimento di graduatoria) contribuiscono, con la loro spesa imputata al bilancio dell'ente, a determinare il volume della spesa del personale rilevante al fine di determinare i limiti assunzionali in rapporto con le entrate correnti.

del D. Lgs. N. 150/2009⁽⁴¹⁾ venisse abrogato, stante la prevalenza della novella normativa come dettata dall'oggi vigente art. 52, comma 1-bis del D. Lgs. n. 165/2001 che, come già accennato, costituisce a regime un istituto ordinamentale.

Resta fermo che la copertura dei posti vacanti avviene nei limiti delle assunzioni consentite a legislazione vigente⁽⁴²⁾.

Sul tema delle progressioni verticali tra aree, il recente contratto delle funzioni centrali fa la scelta di considerare, certamente in linea con la scelta legislativa, le nuove elevate professionalità (EP), quale ulteriore area nella quale inquadrare il personale appartenente all'area funzionari, ciò mediante una progressione comparativa⁽⁴³⁾. Scelta successivamente confermata anche in sede di sottoscrizione del CCNL Funzioni locali 2019-2021.

Si tratta di una nuova area che nasce “vuota”, funzionale a consentire l'incremento qualitativo del capitale umano delle amministrazioni, cercando di attrarre le migliori competenze sul mercato del lavoro, ma anche ad aprire un percorso di carriera alle risorse umane già presenti: ogni altra opzione contrattuale sarebbe in palese violazione della disposizione legislativa.

In un'ottica organizzativa non potranno che essere le stesse amministrazioni a prevedere in base alle disponibilità per le assunzioni, di anno in anno, se finanziare o meno le posizioni apicali della quarta area e scegliere se introdurre o meno nella propria

41 Art. 24. Progressioni di carriera 1. Ai sensi dell'articolo 52, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 165 del 2001, “le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1° gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni. 2. L'attribuzione dei posti riservati al personale interno è finalizzata a riconoscere e valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti, in relazione alle specifiche esigenze delle amministrazioni”

42 Per una completa disamina dei limiti di natura economica in relazione alle assunzioni si veda P. MONEA, G. PIZZICONI, M. CRISTALLO, M. MORDENTI (a cura di), *Rapporto di lavoro e gestione del personale in Regioni, Enti locali, Camere di commercio e Società a partecipazione pubblica*, Maggioli editore, 2020.

43 Il comma 1 bis espressamente fa riferimento alla “contrattazione collettiva” quale strumento normativo per individuare “un'ulteriore area per l'inquadramento del personale di elevata qualificazione”, lasciando posto spazio a quelle interpretazioni che vorrebbero una traslazione di talune attuali figure nell'ambito di quella che per scelta legislativa non può che essere una ulteriore area alla quale accedere mediante progressione verticale.

organizzazione la figura di elevata professionalità⁽⁴⁴⁾.

Seppur segnalato dal “dossier di studi del Senato sul D.L. n. 80/2021 – A.S. n. 2272”⁽⁴⁵⁾, la disposizione non chiarisce se l’accesso all’area mediante la procedura comparativa sia subordinato al possesso dei titoli di studio richiesti per l’accesso (alla medesima area) dall’esterno, considerato che la novella si limita a far riferimento (ai fini della valutazione comparativa) al possesso di titoli – professionali e di studio – ulteriori.

Così come non è stato chiarito se la procedura comparativa riguardi esclusivamente i dipendenti inquadrati nell’area immediatamente sottostante.

Ed ancora “non pare essere chiarito se sia ora esclusa, nel contesto della nuova disciplina, la possibilità di inserire nei bandi di concorso quote di riserva per il personale interno, nonché di chiarire il coordinamento con le previsioni specifiche di quote di riserva nei bandi di concorso per il personale con rapporti a termine”.

I temi sopra segnalati hanno trovato parziale chiarimento, come meglio si vedrà nel proseguo, nelle disposizioni contrattuali: appare comunque interessante notare come dalla lettura dell’art. 52, comma 1-bis, penultimo periodo, nel quale si lascia ai contratti la possibilità di derogare al titolo di studio “per l’accesso dall’esterno”, la scelta legislativa è quella di consentire, come accennato, solo temporaneamente un accesso con titolo di studio inferiore (accompagnato da altri requisiti) ma che a regime potrà avvenire soltanto per coloro che hanno adeguati titoli, diversamente gli “ulteriori” titoli non potranno che arricchire le competenze professionali nell’ambito della progressione verticale comparativa.

Negli enti territoriali la questione delle Elevate Professionalità viene affrontata dal nuovo CCNL con una soluzione per la quale dal 1° aprile 2023 gli incarichi di posizione

44 A. NADDEO, Dai nuovi ordinamenti occasioni di carriera anche per chi è già dipendente pubblico, in, 14 Aprile 2022. Con l’approvazione in consiglio dei ministri si è chiuso l’iter del contratto nazionale per le Funzioni centrali, cioè ministeri, agenzie fiscali ed enti pubblici non economici, il primo del pubblico impiego per la tornata contrattuale 2019-2021. Il contratto contiene importanti novità per gli statali: un nuovo ordinamento professionale, disciplina del lavoro agile e l’istituzione dell’area di elevata professionalità. Su quest’ultima, ci sono stati molti commenti positivi, ma anche critiche, soprattutto da parte dei funzionari appartenenti alla terza area che, inspiegabilmente a mio avviso, si vedono danneggiati. Ritengo quindi opportuno chiarire alcuni aspetti della nuova area apicale. Innanzitutto, è necessario premettere che l’esigenza di introdurre una nuova area nasce dal decreto-legge 80/2021, che ha previsto la creazione di un’area dedicata al personale con alto grado di professionalità e ha rimandato alla contrattazione collettiva la sua istituzione e regolamentazione. La nuova area è funzionale a consentire l’incremento qualitativo del capitale umano delle amministrazioni, cercando di attrarre le migliori competenze sul mercato del lavoro, ma anche ad aprire un percorso di carriera alle risorse umane già presenti. La legge però non ha previsto alcun finanziamento aggiuntivo per questa area, e ne ha rinviato l’onere alle facoltà assunzionali delle singole amministrazioni. Quindi il contratto, non avendo a disposizione risorse finanziarie, ha in pratica individuato l’area, stabilito i requisiti di accesso e trattamento economico (fino a 70mila euro), prevedendo che l’area, in fase di prima applicazione, nascesse vuota. Perciò saranno le singole amministrazioni che dovranno prevedere in base alle disponibilità per le assunzioni, di anno in anno, se finanziare o meno le posizioni apicali della quarta area. Voglio qui sottolineare che il contratto di per sé non garantisce l’efficienza e la produttività di un’amministrazione, ma è lo strumento che può consentire al datore di lavoro una migliore organizzazione del lavoro, attraverso la gestione del personale, fermo restando le tutele del lavoratore. Perciò le amministrazioni potranno scegliere se introdurre o meno nella propria organizzazione la figura di elevata professionalità. Che tipo di attività dovranno svolgere? Il contratto ha previsto due tipi di incarichi: manageriali o professionali; i primi, correlati a responsabilità di risultato su uffici o strutture, con elevato grado di autonomia, con delega di funzioni ed assunzione di responsabilità verso l’esterno; i secondi correlati a responsabilità professionali derivanti dallo svolgimento di funzioni richiedenti la iscrizione ad albi. Una volta che le amministrazioni individuano queste posizioni, il relativo accesso è disciplinato dalla legge che prevede per i posti disponibili un 50% destinato al personale proveniente dalla terza area e il restante 50% dall’esterno. Ho letto da più parti che questi posti sarebbero destinati al personale reclutato per il Pnrr, ma in realtà questo non è vero; o meglio, questo personale vi potrà accedere partecipando al concorso per esterni, se titolare di contratti a tempo determinato, oppure mediante selezione interna se titolare di un contratto a tempo indeterminato. Il contratto nazionale ha stabilito i requisiti base per l’accesso, cioè la laurea magistrale accompagnata da un’esperienza pluriennale di esperienza lavorativa in funzioni specialistiche o di responsabilità che possono richiedere l’iscrizione ad albi professionali. La nuova area rappresenta quindi una grande opportunità per le amministrazioni, che potranno organizzare meglio le risorse umane con una figura vicina alla dirigenza; ed è un’opportunità per il personale interno a cui si apre un percorso di carriera che non conduce necessariamente alla dirigenza.

45 “Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia” D.L. n. 80/2021. A.S. n. 2272. Dossier n. 398, Servizio studi del Senato della Repubblica.

organizzativa “in automatico” sono stati trasformati in E.Q.

L'art. 13, comma 3, del CCNL dispone infatti che “gli incarichi di posizione organizzativa in essere alla data di entrata in vigore del presente Titolo sono, in prima applicazione, automaticamente ricondotti alla nuova tipologia di incarichi di EQ. Gli incarichi di posizione organizzativa conferiti secondo la predetta disciplina proseguono fino a naturale scadenza”.

La nuova disciplina, interamente sostitutiva della precedente che viene di conseguenza disapplicata (art. 21), presenta pochi elementi di novità rispetto a quella riguardante le posizioni organizzative. In particolare, risulta confermato che le suddette posizioni di lavoro vengono distinte in due tipologie (art. 16, comma 2):

a) posizione di responsabilità di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa;

b) posizione di responsabilità con contenuti di alta professionalità, comprese quelle comportanti anche l'iscrizione ad albi professionali, richiedenti elevata competenza specialistica acquisita attraverso titoli formali di livello universitario del sistema educativo e di istruzione oppure attraverso consolidate e rilevanti esperienze lavorative in posizioni ad elevata qualificazione professionale o di responsabilità, risultanti dal curriculum.

Ciascuna di tali posizioni costituisce oggetto di un incarico a termine di EQ, conferito in conformità all'art. 18 del presente CCNL (art. 16, comma 1). Negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale, le posizioni di responsabile di ciascuna struttura apicale, secondo l'ordinamento organizzativo dell'ente, sono automaticamente individuate come posizioni di lavoro oggetto di incarichi di EQ ai sensi dell'art. 16 del presente CCNL (art. 19, comma 1).

Gli incarichi di EQ, afferenti alle suddette posizioni di lavoro di cui al comma 2, possono essere affidati a personale inquadrato nell'area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione, ovvero a personale acquisito dall'esterno ed inquadrato nella medesima area (art. 16, comma 3). Nel caso in cui gli Enti siano privi di personale dell'area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione, la disciplina degli incarichi di Elevata Qualificazione si applica, presso i comuni, ai dipendenti classificati nell'area degli Istruttori o degli Operatori esperti (art. 16, comma 3); in tal caso l'importo della retribuzione di posizione varia da un minimo di € 3.000 ad un massimo di € 9.500 annui lordi per tredici mensilità (art. 17, comma 3).

Gli incarichi di EQ, previa determinazione di criteri generali da parte degli enti, sono conferiti dai dirigenti per un periodo massimo non superiore a 3 anni con atto scritto e motivato e possono essere rinnovati con le medesime formalità.

Per il conferimento degli incarichi in oggetto gli enti tengono conto - rispetto alle funzioni ed attività da svolgere - della natura e caratteristiche dei programmi da realizzare, dei requisiti culturali posseduti, delle attitudini e della capacità professionale ed esperienza acquisiti dal personale di cui all'art. 16 del presente CCNL. Gli incarichi possono essere revocati prima della scadenza con atto scritto e motivato, in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di valutazione negativa della performance individuale (art. 18, commi 1, 2 e 3).

Il trattamento economico accessorio del personale titolare di un incarico di EQ di cui all'art. 16 è costituito dalla retribuzione di posizione e dalla retribuzione di risultato. Tale trattamento assorbe tutte le competenze accessorie e le indennità previste dal contratto collettivo nazionale, compreso il compenso per il lavoro straordinario (art. 17). In aggiunta alla retribuzione di posizione e di risultato, possono essere erogati anche i trattamenti accessori indicati nell'art. 20 del CCNL.

Elemento di novità del nuovo CCNL è costituito dall'innalzamento del limite massimo della retribuzione di posizione ad € 18.000, rispetto al valore massimo precedentemente

stabilito in € 16.000⁴⁶). L'incremento potrà essere corrisposto fermo restando il limite di spesa di cui all'articolo 23, comma 2, del D. Lgs. n. 75/2017, norma che impone che l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, D. Lgs. n. 165/2001, non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2016⁴⁶.

Sempre con riferimento a tale aspetto merita di essere segnalata la disposizione contrattuale che rimette alla contrattazione decentrata "l'incremento delle risorse di cui all'art. 15, comma 5 attualmente destinate alla corresponsione della retribuzione di posizione e di risultato delle posizioni organizzative, ove implicante, ai fini dell'osservanza dei limiti previsti dall'art. 23, comma 2 del D. Lgs. n. 75/2017, una riduzione delle risorse del Fondo di cui all'art. 67" (art. 7, comma 2, lett. u).

La soluzione adottata dagli enti territoriali è apparsa anche non del tutto "premiante" per gli enti in questione: di fatto è una soluzione che consente un automatismo preferenziale per le precedenti P.O. e per l'ennesima volta lascia gli enti locali (ma anche le Regioni e le Camere di Commercio) senza la possibilità di poter adeguatamente valorizzare alcune figure. Non a caso, infatti, in relazione al CCNL Comparto Ministeri lo stesso Presidente Aran ha avuto modo di affermare che l'elevata professionalità deve essere solo un'area di arrivo della carriera del personale non dirigente, ma soprattutto un'area di partenza per una carriera verso la dirigenza. Per le funzioni centrali (Ministeri, Agenzie fiscali e enti pubblici non economici) si potrebbe pensare ad un corso-concorso annuale della SNA, simile a quello per dirigenti, fermo restando il 50% dei posti riservato alle selezioni dei funzionari interni in possesso del titolo di studio. Un corso-concorso per selezionare e

46 In data 2 dicembre 2022 l'ARAN con orientamento applicativo CFL 178 ha risposto ad un quesito di un Ente locale che chiedeva "Al momento dell'entrata in vigore del nuovo sistema di classificazione, la retribuzione di posizione degli incaricati di posizione organizzativa deve essere riparametrata automaticamente in funzione del nuovo valore massimo di cui all'art. 17 comma 2 (con importo massimo fissato a 18mila euro)?" Di seguito si riporta la risposta dell'ARAN: "il primo comma dell'art. 13, al fine di consentire agli Enti di procedere agli adempimenti necessari all'attuazione delle norme, relative al sistema di classificazione, ha precisato che tutte le disposizioni previste nel Titolo III sull'Ordinamento professionale entreranno in vigore il 1° giorno del quinto mese successivo alla sottoscrizione del CCNL. La decorrenza posticipata, pertanto, tenuto conto della data di sottoscrizione del CCNL, deve essere intesa al 1° aprile del 2022 (NDA: si tratta evidentemente di un refuso, in quanto il riferimento corretto è al 1° aprile del 2023). Quindi, alla predetta data, come chiarisce il seguente comma 3 dello stesso art. 13, gli incarichi di posizione organizzativa in essere, in prima applicazione, dovranno essere automaticamente ricondotti agli incarichi di EQ. Tuttavia, gli stessi incarichi di posizione organizzativa, in quanto conferiti secondo la previgente disciplina di cui agli artt. 13 e ss del CCNL del 21 maggio 2018, proseguiranno fino alla naturale scadenza, con i valori di retribuzione di posizione in essere e senza alcuna riparametratura degli stessi".

A ben vedere in merito all'applicazione della nuova disciplina degli incarichi di Elevata Qualificazione non sembrano sussistere particolari problematiche per gli Enti in ordine all'aspetto normativo, mentre qualche attenta valutazione dovrà essere effettuata per quel che riguarda gli aspetti economici relativi al possibile incremento dei valori delle indennità di posizione. Tali aspetti saranno approfonditi nelle FAQ di questa Newsletter con l'obiettivo di fornire agli operatori pratiche soluzioni ed immediate risposte ai dubbi applicativi.

formare i funzionari dell'amministrazione del futuro⁴⁷⁾, anche riducendo le posizioni dirigenziali.

Ancora una volta scelte al ribasso per gli enti territoriali, soprattutto per gli enti locali che soffrono di un'evidente disparità con i Ministeri e che probabilmente avrebbero meritato un trattamento diverso.

Sulla questione delle elevate qualificazioni un riepilogo interessante delle più rilevanti questioni è stato oggetto di un recente commento⁴⁸⁾ che propone le seguenti considerazioni principali:

“L'art. 13, comma 3, del CCNL Funzioni Locali 2019-2021 dispone che “gli incarichi di posizione organizzativa in essere alla data di entrata in vigore del presente Titolo sono, in prima applicazione, automaticamente ricondotti alla nuova tipologia di incarichi di EQ. Gli incarichi di posizione organizzativa conferiti secondo la predetta disciplina proseguono fino a naturale scadenza”. L'art. 13 del CCNL, al fine di consentire agli enti di procedere agli adempimenti necessari all'attuazione delle norme relative al nuovo ordinamento professionale, stabilisce che le disposizioni relative al Titolo III del CCNL entrino in vigore “il 1° giorno del quinto mese successivo alla sottoscrizione definitiva del presente CCNL”, concedendo agli enti un congruo termine per applicare le nuove regole relative all'ordinamento professionale, che entreranno in vigore dal 1° aprile 2023.

Gli incarichi di Elevata Qualificazione (EQ) riguardano le medesime posizioni di lavoro che caratterizzavano gli incarichi di posizione organizzativa e risulta confermato come le suddette posizioni di lavoro vengono distinte in due tipologie (art. 16, comma 2):

- a) posizione di responsabilità di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa;
- b) posizione di responsabilità con contenuti di alta professionalità, comprese quelle comportanti anche l'iscrizione ad albi professionali, richiedenti elevata competenza specialistica acquisita attraverso titoli formali di livello universitario del sistema educativo e di istruzione oppure attraverso consolidate e rilevanti esperienze lavorative in posizioni

47 Sempre ad avviso del Presidente dell'ARAN “Anzi a mio avviso la SNA dovrebbe diventare la scuola che prima recluta i funzionari e poi seleziona i dirigenti. C'è un problema di risorse? Un sistema per finanziare queste posizioni potrebbe essere quello di ridurre posti vacanti in organico dei dirigenti di II fascia e con i risparmi finanziare le posizioni EP. Infatti ci sono molte amministrazioni che hanno posti vuoti di dirigenti di seconda fascia che non riescono a coprire, con conseguente proliferazione di interim. Ricordo che le specifiche professionali riportate per l'accesso all'area delle elevate professionalità sono le seguenti:

- conoscenze altamente specialistiche;
- competenze adeguate ad affrontare, con elevata consapevolezza critica, problemi di notevole complessità;
- capacità di lavoro in autonomia accompagnata da un grado elevato di capacità gestionale, organizzativa, professionale atta a consentire lo svolgimento di attività di conduzione, coordinamento e gestione di funzioni organizzativamente articolate di significativa importanza e responsabilità e/o di funzioni ad elevato contenuto professionale e specialistico, implicanti anche attività progettuali, pianificatorie e di ricerca e sviluppo.
- responsabilità amministrative e di risultato, a diversi livelli, in ordine alle funzioni specialistiche e/o organizzative affidate, inclusa la responsabilità di unità organizzative; responsabilità amministrative derivanti dalle funzioni organizzate affidate e/o conseguenti ad espressa delega di funzioni da parte del dirigente in conformità agli ordinamenti delle amministrazioni.

Perciò un efficace reclutamento di queste competenze può essere utile per sostituire le troppe posizioni dirigenziali presenti nei Ministeri ed in altri enti (frutto di una crescita continua nel tempo del numero delle posizioni dirigenziali senza una reale necessità organizzativa) e al contempo dare ai giovani laureati la possibilità di entrare nella PA con un buon trattamento economico.

Un corso-concorso per queste figure darebbe un grande impulso ad un ridisegno dell'organizzazione di ciascuna amministrazione.

Il trattamento economico di una EP, secondo il nuovo contratto, può arrivare a 70 mila euro e con la soppressione di un posto da dirigente si possono finanziare due posizioni EP. Questo permetterebbe di ricostruire un ordinamento con una struttura piramidale.

L'area per funzionari qualificati potrebbe, poi, essere utile per avere un serbatoio dove reclutare dirigenti che abbiano capacità manageriali e gestionali. A voler fare un paragone con il calcio: prima di giocare in una squadra di serie A, bisogna passare dalle serie giovanili e dimostrare il proprio valore”.

48 FAQ sulla nuova disciplina degli incarichi di elevata qualificazione (EQ) - La Gazzetta degli Enti Locali.

ad elevata qualificazione professionale o di responsabilità, risultanti dal curriculum.

Gli incarichi di EQ continuano ad essere a termine in quanto ciascuna posizione è oggetto di un incarico a termine di EQ, conferito in conformità all'art. 18 del presente CCNL (art. 16, comma 1). Negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale, le posizioni di responsabile di ciascuna struttura apicale, secondo l'ordinamento organizzativo dell'ente, sono automaticamente individuate come posizioni di lavoro oggetto di incarichi di EQ ai sensi dell'art. 16 del presente CCNL (art. 19, comma 1). Sull'attribuzione degli incarichi di EQ esclusivamente al personale inquadrato, in base al nuovo ordinamento professionale, nell'area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione la risposta è invece negativa in quanto gli incarichi di EQ, afferenti alle suddette posizioni di lavoro di cui al comma 2, possono essere affidati a personale inquadrato nell'area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione, ovvero a personale acquisito dall'esterno ed inquadrato nella medesima area (art. 16, comma 3). Nel caso in cui gli Enti siano privi di personale dell'area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione, la disciplina degli incarichi di Elevata Qualificazione si applica, presso i comuni, ai dipendenti classificati nell'area degli Istruttori o degli Operatori esperti (art. 16, comma 3); in tal caso l'importo della retribuzione di posizione varia da un minimo di euro 3mila ad un massimo di euro 9.500 annui lordi per tredici mensilità (art. 17, comma 3). E non appare necessaria l'assenza di qualsiasi dipendente inquadrato nell'area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione per poter eventualmente conferire gli incarichi di EQ ai dipendenti classificati nell'area degli Istruttori o degli Operatori esperti. Ciò in quanto nei comuni privi di posizioni dirigenziali, la cui dotazione organica preveda posti appartenenti all'area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione, ove tuttavia non siano in servizio dipendenti appartenenti alla predetta area oppure nei casi in cui, pure essendo in servizio dipendenti inquadrati in tale area, non sia possibile attribuire agli stessi un incarico ad interim di EQ per la carenza delle competenze professionali a tal fine richieste, al fine di garantire la continuità e la regolarità dei servizi istituzionali è possibile, in via eccezionale e temporanea, conferire l'incarico di EQ anche a personale dell'area degli Istruttori, purché in possesso delle necessarie capacità ed esperienze professionali. I Comuni possono avvalersi di tale particolare facoltà per una sola volta, salvo il caso in cui una eventuale reiterazione sia giustificata dalla circostanza che siano già state avviate le procedure per l'acquisizione di personale dell'area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione. In tale ipotesi, potrà eventualmente procedersi anche alla revoca anticipata dell'incarico conferito. Sul tema delle modalità di conferimento non appaiono esserci particolari novità: il CCNL 2019/2021 conferma che gli incarichi di EQ, previa determinazione di criteri generali da parte degli Enti, sono conferiti dai dirigenti per un periodo massimo non superiore a 3 anni con atto scritto e motivato e possono essere rinnovati con le medesime formalità. Per il conferimento degli incarichi in oggetto gli Enti tengono conto – rispetto alle funzioni ed attività da svolgere – della natura e caratteristiche dei programmi da realizzare, dei requisiti culturali posseduti, delle attitudini e della capacità professionale ed esperienza acquisiti dal personale di cui all'art. 16 del presente CCNL. Gli incarichi possono essere revocati prima della scadenza con atto scritto e motivato, in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di valutazione negativa della performance individuale (art. 18, commi 1, 2 e 3). È confermato che il trattamento economico accessorio del personale titolare di un incarico di EQ di cui all'art. 16 è costituito dalla retribuzione di posizione e dalla retribuzione di risultato. Tale trattamento assorbe tutte le competenze accessorie e le indennità previste dal contratto collettivo nazionale, compreso il compenso per il lavoro straordinario (art. 17). In aggiunta alla retribuzione di posizione e di risultato, possono essere erogati anche i trattamenti accessori indicati nell'art. 20 del CCNL. Ed è altresì evidente che i valori dell'indennità di posizione non siano rimasti invariati in quanto elemento di novità del nuovo CCNL è costituito

dall'innalzamento del limite massimo della retribuzione di posizione ad euro 18mila, rispetto al valore massimo precedentemente stabilito in euro 16mila. Sulla possibilità di incrementare i valori dell'indennità di posizione decorre dalla data di entrata in vigore del nuovo contratto, come precisato dall'ARAN con l'orientamento CFL 178, gli incarichi di posizione organizzativa in essere, rimarranno tali fino al 31 marzo 2023. Dal 1° aprile 2023, in prima applicazione, saranno automaticamente ricondotti agli incarichi di EQ. “Tuttavia, gli stessi incarichi di posizione organizzativa, in quanto conferiti secondo la previgente disciplina di cui agli artt 13 e ss del CCNL del 21 maggio 2018, proseguiranno fino alla naturale scadenza, con i valori di retribuzione di posizione in essere e senza alcuna riparametrazione degli stessi”.

Sul tema del limite per poter procedere all'incremento dell'indennità di posizione va detto che l'incremento potrà essere corrisposto fermo restando il limite di spesa di cui all'articolo 23, comma 2, del d.lgs. 75/2017, norma che impone che l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2016. Si rammenta che con la recente deliberazione n. 119/2022/PAR, la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti della Lombardia è tornata a ribadire che dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 15 del CCNL Funzioni Locali per la revisione dell'assetto delle posizioni organizzative (21 maggio 2019), non è consentito l'adeguamento del trattamento accessorio dei titolari di tali incarichi in deroga del limite di spesa di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, ai sensi dell'art. 11-bis, comma 2, del d.l. 135/2018.

Fermo restando che l'incremento delle risorse di cui all'art. 17, comma 6 (Retribuzione di posizione e retribuzione di risultato) del presente CCNL attualmente destinate alla corresponsione della retribuzione di posizione e di risultato degli incarichi di Elevata Qualificazione, ove implicante, ai fini dell'osservanza dei limiti previsti dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. 75/2017, una riduzione delle risorse del Fondo di cui all'art. 79” (art. 7, comma 2, lett. u).”

Va infine segnalato il recente parere Aran 318/2023 che ritiene legittimo inserire un eventuale colloquio valutativo nell'ambito delle progressioni verticali. La valutazione dell'Aran trova riscontro nella distinzione tra le progressioni contrattuali per le quali si prevedono procedure valutative, dalle procedure comparative, previste dalla disciplina delle progressioni ordinarie pur non mancando delle tesi contrarie rispetto alle quali non si escludono eventuali prese di posizione rispetto alle quali dovrebbe esprimersi il Giudice Amministrativo, collocandosi le stesse nella fase valutativa e selettiva⁽⁴⁹⁾.

1.7. Le progressioni all'interno dell'area.

La novella conferma che le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività e attraverso l'attribuzione di fasce di merito; i parametri della selettività vengono leggermente riformulati sotto il profilo letterale – la nuova versione fa riferimento alle capacità culturali e professionali, alla qualità dell'attività svolta ed ai risultati conseguiti -, mentre vengono soppresse, fermi restando i principi summenzionati, le disposizioni specifiche secondo le quali la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica.

⁴⁹ Non mancano le tesi contrarie: L. OLIVERI, *Colloqui valutativi per le progressioni verticali? Non condivisibile il parere Aran*, Pubblico Impiego, <https://leautonomie.asmei.eu/colloqui-valutativi-per-le-progressioni-verticali-non-condivisibile-il-parere-aran>, 20 luglio 2023.

La nuova formulazione pare quindi lasciare spazio ad una valutazione in uno ambito temporale diverso dal triennio: la scelta nell'ambito del CCNL funzioni centrali è riportata nel relativo art. 14, che ha costituito adeguata linea guida anche per il successivo CCNL delle Funzioni locali⁽⁵⁰⁾

La contrattazione collettiva assicura che nella determinazione dei criteri per l'attribuzione delle progressioni economiche sia adeguatamente valorizzato il possesso del titolo di dottore di ricerca e degli altri titoli di studio e di abilitazione professionale⁽⁵¹⁾.

Va segnalata la recente posizione della Corte di Cassazione per la quale sono nulli i contratti decentrati che consentono le progressioni orizzontali sulla base della sola

50 CCNL Funzioni centrali 2019-2021, Art. 14, Progressioni economiche all'interno delle aree. "1. Al fine di remunerare il maggior grado di competenza professionale progressivamente acquisito dai dipendenti nello svolgimento delle funzioni proprie dell'area e della famiglia professionale, agli stessi possono essere attribuiti, nel corso della vita lavorativa, uno o più "differenziali stipendiali" di pari importo, da intendersi come incrementi stabili dello stipendio. La misura annua lorda di ciascun "differenziale stipendiale", da corrispondersi mensilmente per tredici mensilità, è individuata, distintamente per ciascuna area del sistema di classificazione, nell'allegata tabella 1. La medesima tabella evidenzia altresì il numero massimo di "differenziali stipendiali" attribuibili a ciascun dipendente, per tutto il periodo in cui permanga l'inquadramento nella medesima area. A tal fine, si considerano i "differenziali stipendiali" conseguiti dall'entrata in vigore della presente disciplina fino al termine del rapporto di lavoro, anche con altro ente o amministrazione ove il dipendente sia transitato per mobilità.

2. L'attribuzione dei "differenziali stipendiali", che si configura come progressione economica all'interno dell'area ai sensi dell'art. 52 comma 1-bis del d.lgs. n. 165/2001 e non determina l'attribuzione di mansioni superiori, avviene mediante procedura selettiva di area - attivata annualmente in relazione alle risorse del Fondo risorse decentrate di cui all'art. 49 (Fondo risorse decentrate: costituzione) destinate a tale finalità -, nel rispetto delle modalità e dei criteri di seguito specificati:

a) possono partecipare alla procedura selettiva i lavoratori che negli ultimi 3 anni non abbiano beneficiato di alcuna progressione economica; ai fini della verifica del predetto requisito si tiene conto delle date di decorrenza delle progressioni economiche effettuate; in sede di contrattazione integrativa tale termine può essere ridotto a 2 anni o elevato a 4. È inoltre condizione necessaria l'assenza, negli ultimi due anni, di provvedimenti disciplinari superiori alla multa o, per le fattispecie previsti dall'art. 43 (Codice disciplinare), comma 3, lett. f), al rimprovero scritto;

b) il numero di "differenziali stipendiali" attribuibili nell'anno per ciascuna area viene definito in sede di contrattazione integrativa di cui all'art. 7 (Contrattazione collettiva integrativa: soggetti, livelli e materie), comma 6, lett. c) in coerenza con le risorse di cui al comma 3 previste per la copertura finanziaria degli stessi; c) non è possibile attribuire più di un "differenziale stipendiale" / dipendente per ciascuna procedura selettiva;

d) i "differenziali stipendiali" sono attribuiti, fino a concorrenza del numero fissato per ciascuna area, previa graduatoria dei partecipanti alla procedura selettiva, definita in base ai seguenti criteri:

1) media delle ultime tre valutazioni individuali annuali conseguite;

2) esperienza professionale maturata;

3) ulteriori criteri, definiti in sede di contrattazione integrativa di cui all'art. 7 (Contrattazione collettiva integrativa: soggetti, livelli e materie), comma 6, lett. c1), correlati alle capacità culturali e professionali acquisite anche attraverso i percorsi formativi di cui all'art. 31 (Destinatari e processi della formazione);

e) la ponderazione dei criteri di cui alla lettera d) è effettuata in sede di contrattazione integrativa di cui all'art. 7 (Contrattazione collettiva integrativa: soggetti, livelli e materie), comma 6, lett. c1); in ogni caso al criterio di cui al punto 1 della lettera d) non può essere attribuito un peso inferiore al 40% del totale ed al criterio di cui al punto 2 della lettera d) non può essere attribuito un peso superiore al 40% del totale.

f) per il personale che non abbia conseguito progressioni economiche da più di 6 anni è possibile attribuire un punteggio aggiuntivo complessivamente non superiore al 3% della somma dei punteggi ottenuti con l'applicazione dei criteri di cui ai punti 2 e 3 della lettera d). Tale punteggio, definito in sede di contrattazione integrativa di cui all'art. 7 (Contrattazione collettiva integrativa: soggetti, livelli e materie), comma 6, lett. c1), può anche essere differenziato in relazione al numero di anni trascorsi dall'ultima progressione economica attribuita al dipendente;

g) in sede di contrattazione integrativa di cui all'art. 7 (Contrattazione collettiva integrativa: soggetti, livelli e materie), comma 6, lett. c1) possono essere inoltre definiti i criteri di priorità in caso di parità dei punteggi determinati ai sensi delle lettere d), e) ed f), nel rispetto del principio di non discriminazione.

3. La progressione economica di cui al presente articolo è finanziata con risorse aventi caratteristiche di certezza, stabilità e continuità del Fondo risorse decentrate di cui all'art. 49 (Fondo risorse decentrate: costituzione) ed è attribuita a decorrere dal 1° gennaio dell'anno di sottoscrizione definitiva del contratto integrativo di cui al comma 2, lett. b).

4. Ai "differenziali stipendiali" di cui al presente articolo si applica quanto previsto all'art. 52 (Trattamento economico nell'ambito del nuovo sistema di classificazione professionale), comma 5^o.

51 Per una disamina molto interessante circa la necessità di una procedura selettiva anche nelle progressioni orizzontali si veda G. NICOSIA, *L'accesso nelle amministrazioni e la "carriera" dei dipendenti pubblici nel prisma delle procedure selettive e concorsuali*, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni; in Lavoro nelle p.a., fasc. 1, 2012, p. 109.

anzianità di servizio.

La Cassazione⁽⁵²⁾ chiarisce i ristretti ambiti entro i quali i contratti decentrati possono muoversi, nel regolare l'istituto delle progressioni economiche, volto a dar far acquisire ai dipendenti incrementi stipendiali ponendo un chiaro limite alla sola anzianità ed un limite ai contratti decentrati che non possono sostituire la contrattazione collettiva inserendo specifiche clausole che derogano ai Contratti collettivi nazionali di lavoro, pena la nullità delle stesse.

Nullità rilevabile anche d'ufficio con il potere/dovere del giudice civile di dichiarare d'ufficio la nullità del contratto anche qualora pur emergendo dagli atti di causa il contrasto tra decentrato e CCNL, non sia stata dedotta dall'attore.

La Cassazione precisa come la contrattazione nazionale fonda la progressione economica sulla reale professionalità dei dipendenti e sul loro concreto impegno eliminando "il solo elemento "formale" dell'anzianità di servizio", evidentemente in contrasto con un sistema improntato alla selettività e all'accertamento di un effettivo miglioramento della qualità del lavoro svolto, che il solo decorso del tempo non assicura⁽⁵³⁾.

1.8. Il tema delle progressioni quali nuove assunzioni e la giurisdizione.

Altra questione di rilevante interesse è il tema dell'assimilabilità o meno delle progressioni verticali alle c.d. nuove assunzioni.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente degli ultimi anni ha ritenuto che le progressioni verticali determinino comunque una nuova assunzione e sono, pertanto, sottoposte ai vincoli stabiliti dal legislatore, così come gli oneri aggiuntivi, che devono essere quantificati nell'ambito della spesa del personale e dei limiti imposti, dalle leggi finanziarie, alle nuove assunzioni.

Il predetto orientamento si è consolidato dopo l'emanazione del parere n. 3556 del 9 novembre 2005, reso dalla Commissione speciale pubblico impiego del Consiglio di Stato, sez. III, a seguito di richiesta del Ministero dell'Economia e delle Finanze, finalizzata ad ottenere un consulto inteso ad accertare se, nella previsione del legislatore, i passaggi tra aree, in analogia con le assunzioni derivanti dalle procedure selettive pubbliche, fossero inclusi nel c.d. "blocco delle assunzioni" di cui all'art. 1, comma 95, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005).

Il quadro che discende dal suddetto parere, secondo cui: "anche nel caso di progressione verticale si verifica una novazione del rapporto di lavoro, in quanto si tratta di accesso a funzioni più elevate, qualsiasi sia il nomen della posizione funzionale attribuita dalla contrattazione collettiva, che può divergere da contratto a contratto", trae origine dalla sentenza n. 15403 del 15 ottobre 2003 della Corte di Cassazione, Sezioni unite, che ha, di conseguenza, affermato la competenza del giudice amministrativo in ordine al relativo contenzioso.

Il TAR Sicilia, sez. III, con sentenza n. 647 del 1° aprile 2011 ha sostenuto, tuttavia, che le progressioni verticali costituiscono una mera modificazione del rapporto di lavoro

52 Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, ordinanza 5 luglio 2023, n. 19703

53 Sulla stessa linea interpretativa il parere Aran RAL1013 per il quale le progressioni orizzontali debbono essere attivate "senza alcuna forma di automatismo (in proposito si ricorda che l'esperienza non si identifica con la mera anzianità di servizio, in quanto designa l'insieme delle cognizioni e delle abilità acquisite dal lavoratore in un determinato numero di anni lavorativi, che, naturalmente, deve essere sempre verificata attraverso il ricorso ad adeguati sistemi di valutazione)" e la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Basilicata, 13 maggio 2010, n. 123, secondo la quale "La verifica delle concrete modalità con le quali è stata data attuazione alle progressioni orizzontali evidenzia, infatti, come sia stato completamente obliterato il criterio della selezione meritocratica – o di una comparazione ispirata alla valutazione della professionalità effettiva o della qualificazione – in favore, invece, di una plateale ed ingiustificata "corresponsione a pioggia" dei miglioramenti stipendiali, realizzata attraverso una indiscriminata valutazione del mero dato dell'anzianità pregressa.

e non possono essere considerate come nuove assunzioni. I giudici del TAR, che hanno affrontato la questione di diritto relativa al rapporto tra il divieto di nuove assunzioni per gli enti, non in regola con il Patto di stabilità introdotto dalla legge n. 311/2004, e l'istituto della progressione verticale (rectius di carriera), esaminando il ricorso di una dipendente comunale vincitrice di una procedura selettiva mediante c.d. progressione verticale, poi revocata in autotutela dall'ente per violazione del suddetto divieto, hanno precisato che: "nell'assetto ordinamentale anteriore all'art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009 la progressione verticale non costituisce una nuova assunzione; infatti, una cosa è considerare le progressioni verticali o concorsi interni equiparate ai concorsi pubblici ai fini del riparto di giurisdizione, altra cosa è la (non condivisa) parificazione della progressione (che si genera nell'ambito di un rapporto già preesistente) ad un nuovo reclutamento ai fini del rispetto delle norme finanziarie (quantunque nel caso di specie la giurisdizione del giudice amministrativo si fonda sulla natura di atto di organizzazione per ragioni di finanza pubblica dell'impugnata deliberazione della Giunta comunale)".

Sul punto, pertanto, il TAR Sicilia è giunto alla conclusione che le progressioni verticali non possano essere considerate nuove assunzioni, in base ai seguenti elementi interpretativi:

le progressioni verticali, risolvendosi nel passaggio alla categoria immediatamente superiore del sistema di classificazione delle professionalità, costituiscono un mero sviluppo di carriera nell'ambito del rapporto di lavoro già incardinato con la Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che, in assenza di una specifica contraria prescrizione legislativa, esse, ai fini della disciplina finanziaria, non integrano la fattispecie della nuova assunzione ivi prevista e, dunque, sfuggono al blocco delle assunzioni. La prevalenza di tale caratteristica è dimostrata anche dalla esclusione del periodo di prova (art. 4, comma 5, CCNL 31 marzo 1999) e dal fatto che il dipendente vincitore di una progressione verticale continua a fruire della retribuzione individuale di anzianità (R.I.A.) eventualmente in godimento;

il citato parere n. 3556 del 9 novembre 2005, reso dalla Commissione speciale pubblico impiego del Consiglio di Stato, non è applicabile nella fattispecie esaminata, in quanto il pronunciamento ha riguardato procedure regolate da un comparto di contrattazione diverso da quello delle Regioni-Autonomie Locali;

rispetto alle assunzioni, è previsto l'obbligo dell'erogazione di una indennità ad personam, per fare fronte alla eventuale differenza negativa della retribuzione derivante dalla progressione verticale del dipendente;

la legge finanziaria è da considerare strutturalmente inidonea a consentire un approccio interpretativo tale da sconfinare dal mero ambito della finanza pubblica ed incidere sulla natura giuridica di istituti, quali la c.d. progressione verticale, strettamente inerenti alla gestione del rapporto di lavoro, che trovano altrove la loro sedes materiae;

in caso di progressione verticale, non deve essere stipulato un nuovo contratto individuale, dovendo l'ente limitarsi a comunicare al dipendente il nuovo inquadramento conseguito, così come previsto dall'art. 12, comma 1, del CCNL 31 marzo 1999.

Una delle principali implicazioni, qualora ci si conformi alle argomentazioni del TAR Sicilia, sarebbe proprio l'attribuzione della competenza al giudice ordinario, dal momento che la fattispecie de qua riguarderebbe, secondo i giudici, la modificazione di un rapporto di lavoro già instaurato.

Secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, invece, le progressioni verticali integrando la fattispecie delle nuove assunzioni, rientrerebbero nella competenza del giudice amministrativo.

In base alla sentenza n. 3051 del 9 febbraio 2009 della Cassazione civile, Sezioni Unite, infatti: "appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie relative alla partecipazione a procedure concorsuali, per tali intendendosi

non solo quelle volte alla costituzione di rapporti di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, ma anche quelle, riservate ai soli candidati 'interni', ai fini delle progressioni verticali di particolare rilievo qualitativo. In tutti questi casi, infatti, oggetto è la tutela di interessi legittimi nei confronti del potere amministrativo⁵⁴.

Con la sentenza n. 3484 dell'8 giugno 2011, del Consiglio di Stato, sez. V, invece, è stato accolto l'appello di una dipendente comunale che aveva impugnato, in primo grado, la graduatoria di merito di una selezione per una progressione verticale (dalla categoria C alla categoria D). Sull'argomento, il TAR ha dichiarato il difetto di giurisdizione a favore del giudice ordinario, trattandosi di rapporto di lavoro già in atto e non riguardando, quindi, l'accesso al pubblico impiego. Il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza di primo grado, richiamandosi al consolidato orientamento in materia secondo il quale: "le procedure che consentono il passaggio da un'area inferiore a quella superiore integrano un vero e proprio concorso, tali essendo anche le procedure che vengono denominate selettive, qualunque sia l'oggetto delle prove che i candidati sono chiamati a sostenere, con la conseguenza che le relative controversie sono soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo".

Anche recentemente, il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 3959 del 20 agosto 2015, ha riconosciuto "la giurisdizione del giudice amministrativo anche nelle controversie relative a concorsi interni, quando il concorso, riservato al personale dipendente dell'amministrazione, comporti la progressione verticale e cioè una novazione oggettiva del rapporto di lavoro".

Sul punto si è espressa anche la Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, con sentenza n. 14798 del 19 luglio 2016, affermando che "nelle controversie relative a concorsi riservati solo a candidati interni sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo solo quando si tratta di concorsi che comportano passaggio da un'area funzionale ad un'altra, sussistendo in tutti gli altri casi di concorso per soli interni la giurisdizione del giudice ordinario".

Nel pur vasto panorama delle decisioni del Consiglio di Stato, invece, solo con la sentenza n. 3284 del 2 luglio 2015 è stata fatta la dovuta chiarezza sulla problematica dell'utilizzazione delle graduatorie derivante dalle procedure cosiddette "verticali" in relazione all'entrata in vigore delle disposizioni del D.Lgs. n. 150/2009. Il decreto "Brunetta" ha interrotto il meccanismo di premialità del tutto riservato ai dipendenti interni. A tale eliminazione da parte del legislatore ha contribuito non solo la necessità di riportare al concorso esterno l'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione, ma soprattutto il cattivo uso che delle progressioni ha fatto la stragrande maggioranza delle amministrazioni, soprattutto locali.⁽⁵⁴⁾

Successivamente, con sentenza n. 3018 dell'11 luglio 2016, la Terza sezione del Consiglio di Stato ha chiarito che: "È escluso che, a partire dal 1° gennaio 2010, l'Amministrazione possa utilizzare gli esiti di procedure di selezione interna, bandite anteriormente a tale data, in quanto la riforma della modalità di reclutamento di personale per le fasce funzionali superiori (progressioni di carriera), introdotta dagli articoli 24 e 62 del d.lgs. 150/2009, con la sostanziale abrogazione delle progressioni verticali interne, comporta – appunto, a decorrere dal 1° gennaio 2010 – l'inefficacia delle disposizioni del bando concernenti la copertura di posti, senza che dal bando possa discendere alcuna legittima aspettativa".

Non manca chi, pur ricordando le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno stabilito la competenza a giudicare sulle progressioni verticali del giudice amministrativo, trattandosi di procedura concorsuale, ritiene che la nuova disciplina delle progressioni

⁵⁴ P. MONEA, *Un principio chiaro: solo il concorso fa salire di livello*, www.ilquotidianoentilocali.ilsol24ore.com, 10 luglio 2015

verticali, tramite procedura comparativa, anziché concorsuale, avvalorando la tesi del Tar Sicilia sez. III, sentenza 1° aprile 2011, n. 647, per cui non vi sarebbe cessazione e nuova assunzione.

2 Vincoli di finanza pubblica e operatività degli istituti contrattuali.

2.1. Vincoli di finanza pubblica e limiti all'acquisizione e gestione del personale degli enti locali

Non appare pleonastico affermare che i vincoli di finanza pubblica derivano - o per meglio dire discendono - direttamente dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea, e sono stati trasfusi, con le recenti riforme costituzionali, nella Carta fondamentale dei diritti, ovvero nella Costituzione repubblicana.

Ad oggi, invero, non si può non concordare con l'affermazione che l'agire della PA è conforme ai dettami della Costituzione esclusivamente quando è finanziariamente sostenibile salvo ovviamente le circostanze nelle quali, il rapporto tra principi o diritti tutelati e sostenibilità finanziaria deve essere ricondotto ad unità in applicazione del principio di bilanciamento dei valori costituzionali apparentemente confliggenti⁽⁵⁵⁾.

Proprio in relazione a dette modifiche costituzionali, è opportuno menzionare l'attuale formulazione di tre articoli della Carta, ovvero, l'art. 81, l'art. 97 e l'art. 119, il cui contenuto richiama espressamente i principi summenzionati, e non necessita di chiarimenti di sorta.

L'art. 97 prevede che "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico."; l'art. 119 comma 1 Cost. statuisce che "Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e al comma 6 che "i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio (...).

Infine, ma non meno importante, l'art. 81, primo comma, nella parte in cui si afferma che "Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico."

In quest'ottica, dunque, si inquadrano e si giustificano i ripetuti interventi del legislatore ordinario sul piano della spesa pubblica, atti a conformare, in generale, l'agire, di tutte PP.AA. ed in particolare gli enti territoriali, secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica (con rif. all'art. 117 Cost.).

Ne consegue, che i principi espressi a livello sovranazionale e costituzionale, come detto, non solo giustificano, anzi sollecitano, l'adozione da parte dello Stato di misure di contenimento della spesa pubblica (in primis del personale), che non possono che essere considerate, dunque, quali principi generali di coordinamento della finanza pubblica.

⁵⁵ Ad esempio, tra le recenti pronunce si richiama la sentenza n. 275/2016 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge regionale dell'Abruzzo nella parte in cui prevedeva che "solo nei limiti delle disponibilità finanziarie" si potesse soddisfare il diritto allo studio degli studenti disabili, tra l'altro affermando che "È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione".

Sul tema del rapporto tra vincoli di finanza pubblica, sostenibilità finanziaria e diritti costituzionalmente garantiti si vedano ad esempio le deliberazioni della Sezione regionale di controllo per il Veneto n. 377/2011/PAR e 191/2014/PAR.

La stessa Corte Costituzionale ha statuito, in maniera granitica, che le misure riguardanti la spesa personale sono inderogabili, in quanto il loro rispetto concorre ad assicurare (sotto forma di riduzione della componente corrente della spesa) il conseguimento degli equilibri complessivi di finanza pubblica.

A tal riguardo si rinvia alle sentenze della Corte Costituzionale sull'argomento, ed in particolare si evidenzia che con sent. 108/2011 la Corte Costituzionale ha affermato che "la spesa per il personale, per la sua importanza strategica ai fini dell'attuazione del patto di stabilità interno (data la sua rilevante entità), costituisce non già una minuta voce di dettaglio, ma un importante aggregato della spesa di parte corrente, con la conseguenza che le disposizioni relative al suo contenimento assurgono a principio fondamentale della legislazione statale".

La Corte, con successiva sentenza 27/2014 ha confermato che "i vincoli imposti dal legislatore statale all'incremento dell'aggregato "spesa di personale" costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica ed il raggiungimento dell'obiettivo di contenimento della spesa del personale deve essere perseguito con azioni da modulare nell'ambito dell'autonomia di ciascun ente, che è facoltizzato a comprimere le voci di spesa ritenute più opportune".

In altri termini, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che quando la legislazione statale - che fissa un vincolo di spesa - va a costituire un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, Cost.), "l'eventuale impatto di essa sull'autonomia finanziaria (art. 119 Cost.) ed organizzativa (artt. 117, quarto comma, e 118 Cost.) dell'ente territoriale si traduce in una circostanza di fatto come tale non incidente sul piano della legittimità costituzionale (cfr. Corte Cost., sent. n. 40/2010, n. 169/2007 e n. 36/2004)⁵⁶.

2.2. L'evoluzione del quadro normativo dei vincoli di spesa e assunzionali per gli enti territoriali dalla legge 296/2006 al decreto-legge 34/2019.

Come è noto, le politiche riguardanti personale nelle pubbliche amministrazioni adottate nel corso degli ultimi decenni hanno avuto quale elemento caratterizzante la riduzione prima e il contenimento poi della spesa per il personale, che aveva raggiunto livelli rilevanti nel corso degli anni 90, ed in particolare quella conseguente all'immissione di nuove unità lavorative.

Secondo un disegno oramai affermato, infatti, il legislatore ha individuato nel settore del personale uno dei principali ambiti di intervento normativo finalizzato al controllo e della razionalizzazione della spesa pubblica. A causa di tali rigidi vincoli normativi, per poter assicurare una continuità allo svolgimento dei propri compiti sovente le pubbliche amministrazioni hanno fatto ricorso al lavoro a termine e alle altre forme di lavoro flessibile non secondo un criterio di efficiente gestione del personale bensì per "aggirare" il divieto di effettuare assunzioni di personale di ruolo.

La politica di reclutamento del personale delle amministrazioni pubbliche è stata finalizzata a conseguire un duplice obiettivo: contenimento da un lato e riduzione in alcuni casi, della spesa corrente del personale ed in particolare quella originata dalla prima immissione e contestuale riduzione del numero di dipendenti pubblici in servizio: entrambi gli strumenti applicati in tutti i settori della pubblica amministrazione.

⁵⁶ Lo Stato può agire direttamente sulla spesa delle proprie amministrazioni con norme puntuali e, al contempo, dichiarare che le stesse norme sono efficaci nei confronti delle Regioni a condizione di permettere l'extrapolazione, dalle singole disposizioni statali, di principi rispettosi di uno spazio aperto all'esercizio dell'autonomia regionale. (cfr. Corte Cost., sentenza n. 182/2011).

Il percorso utilizzato dal legislatore⁽⁵⁷⁾ in tale arco temporale, influenzato anche dall'esigenza che si imponeva sempre più impellente di osservare i vincoli economico finanziari derivanti dall'adesione all'Unione europea, può distinguersi a secondo delle modalità utilizzate e di seguito sintetizzate:

una pianificazione centralizzata ed annuale delle assunzioni e degli accessi;

la previsione di un decentramento alle amministrazioni della scelta e decisione di assumere subordinandola al rispetto di determinati parametri;

la previsione di una programmazione triennale dei fabbisogni alla cui adozione da parte delle amministrazioni era subordinata l'assunzione del personale.

Con la prima modalità vengono introdotti il divieto generalizzato per quasi tutte amministrazioni di procedere ad assunzioni di personale e la contestuale previsione di un piano annuale di assunzioni a livello centralizzato da predisporre in deroga al generale divieto vigente di assunzione per ambiti settoriali di riferimento (cfr art. 6

⁵⁷ Cfr. N. NIGLIO, *Le politiche di reclutamento nella P.A. negli anni '90 tra programmazione e blocco delle assunzioni*, in *Lexitalia*.

commi 10⁽⁵⁸⁾, 11⁽⁵⁹⁾ e 17⁽⁶⁰⁾, Legge 28 febbraio 1986, n. 4 - legge finanziaria 1986).

Ciò ha condotto anche a causa delle reiterate proroghe dei rapporti di lavoro temporanei, alla formazione nel settore pubblico di una consistente area di personale

58 Il comma 10, disponeva: “Per l’anno 1986 alle Amministrazioni statali, anche con ordinamento autonomo, compresa la gestione commissariale della cessata Cassa per il Mezzogiorno, alle Aziende di Stato, agli enti pubblici, con esclusione dell’Istituto Poligrafico dello Stato, del Consiglio nazionale delle ricerche, della Commissione nazionale per le società e la borsa, degli enti pubblici economici e di quelli che esercitano attività creditizie, agli enti locali e alle loro aziende, comprese quelle municipalizzate, alle unità sanitarie locali, alle aziende pubbliche in gestione commissariale governativa è fatto divieto di procedere ad assunzioni di personale. Sono escluse dal divieto le assunzioni a posti messi a concorso negli anni 1985 e precedenti per i quali sia stata formata entro il 31 dicembre 1985 la graduatoria di merito da parte della commissione esaminatrice. Il divieto di assunzione non si applica agli enti locali della Sardegna che hanno avuto competenze trasferite successivamente al decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, ed al decreto del Presidente della Repubblica 19 giugno 1979, n. 348”.

59 Il comma 11 disponeva: “Non rientrano nel divieto di cui al comma precedente:

a) le assunzioni di personale della scuola e delle Università, secondo quanto stabilito dall’undicesimo comma dell’articolo 7 della legge 22 dicembre 1984, n. 887;

b) le assunzioni obbligatorie relative alle categorie di cui alle leggi 14 luglio 1957, n. 594, e successive modificazioni e integrazioni, 21 luglio 1961, n. 686, e successive modificazioni e integrazioni, 2 aprile 1968, n. 482;

c) le assunzioni per esigenze stagionali e straordinarie nei limiti di quelle effettuate nel 1985, nonché quelle previste dall’articolo 15, comma 3, lettera b), del decreto-legge 28 febbraio 1983, n. 55, convertito, con modificazioni, nella legge 26 aprile 1983, n. 131;

d) le assunzioni nei ruoli locali delle Amministrazioni statali in provincia di Bolzano, di cui all’articolo 89 del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, numero 670, e relative norme di attuazione, nonché le assunzioni nei ruoli locali degli enti pubblici di cui all’articolo 28 del decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1976, n. 752 ;

e) le assunzioni nelle aziende speciali degli enti locali, nonché negli enti autonomi fieristici, che abbiano chiuso il bilancio in pareggio o che non abbiano comunque fruito di contributi in conto esercizio;

f) le assunzioni presso gli enti locali, presso le istituzioni locali, le loro aziende e consorzi, nei posti che si siano resi vacanti nonché, nel limite del 20 per cento, con arrotondamento all’unità, nei nuovi posti disponibili di organico, istituiti con atto deliberativo approvato dalla Commissione centrale per la finanza locale, o, nell’ambito di competenza, dai comitati regionali di controllo. Il predetto limite è elevato al 30 per cento nel caso che i nuovi posti disponibili di organico rappresentino una quota superiore al 50 per cento dei posti occupati. Tutte le assunzioni negli enti di cui alla presente lettera debbono essere deliberate con contestuale copertura del relativo onere a mezzo di risorse di bilancio ordinarie e ricorrenti;

g) le assunzioni presso i comuni nel cui territorio sono localizzati gli interventi del programma di edilizia abitativa previsto dal titolo VIII della legge 14 maggio 1981, n. 219 , nonché le assunzioni presso i comuni disastrati e gravemente danneggiati della Basilicata e della Campania e, in relazione alle finalità di cui alla legge 29 novembre 1984, n. 798 , presso il comune di Venezia;

h) le nomine derivanti da reclutamenti o immissioni in servizio e le rafferme del personale delle Forze armate o delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco;

i) le assunzioni del personale dell’Amministrazione della giustizia, ivi comprese, entro i limiti dell’autorizzazione concessa per l’anno 1985, le assunzioni di cui all’articolo 3 del decreto-legge 21 settembre 1973, n. 566 , convertito, con modificazioni, nella legge 8 novembre 1973, n. 685, disposte dal Ministero di grazia e giustizia a copertura dell’organico dei coadiutori dattilografi giudiziari e degli uffici unici esecuzioni e notificazioni, nonché le assunzioni dei vincitori del concorso annuale per l’ammissione nella carriera diplomatica del Ministero degli affari esteri ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n. 18 , la cui graduatoria di merito sia stata approvata entro il 31 dicembre 1985, nonché le assunzioni dei vincitori dei concorsi banditi dal Ministero delle finanze le cui graduatorie di merito siano state approvate entro il 31 dicembre 1985”.

60 I successivi commi 17, 18, 19 e 20, disponevano: “17. Il Presidente del Consiglio dei ministri, con proprio decreto, di concerto con i Ministri del tesoro e per la funzione pubblica, sentito il Consiglio dei ministri, dispone il piano annuale delle assunzioni in deroga al divieto di cui al precedente comma 10, tenuto conto di quanto già previsto dalla legge 22 agosto 1985, n. 444 , per il sostegno dell’occupazione, delle esigenze connesse all’attuazione di eventuali progetti speciali, nonché degli obiettivi realizzabili attraverso la mobilità del personale. I criteri informativi del predetto piano sono comunicati, prima dell’approvazione del piano stesso, a cura della Presidenza del Consiglio dei ministri, alle Commissioni competenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

18. Per le esigenze delle Forze armate, dei Corpi di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco si procede con separati provvedimenti adottati in qualsiasi momento, per comprovate esigenze, dal Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con i Ministri del tesoro e per la funzione pubblica, sentito il Consiglio dei ministri. Delle predette esigenze viene data comunicazione illustrativa, a cura della Presidenza del Consiglio dei ministri, alle Commissioni competenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

19. Per gli enti amministrativi dipendenti dalle regioni e per le unità sanitarie locali, con procedura analoga a quella indicata nei commi precedenti, il piano annuale delle assunzioni in deroga al divieto di cui al precedente comma 10 è disposto con provvedimento della giunta regionale, nei limiti fissati dagli atti di indirizzo e coordinamento emanati ai sensi dell’art. 9, L. 26 aprile 1983, n. 130 , per la copertura dei posti vacanti nelle singole posizioni funzionali dei profili professionali dei ruoli di cui all’allegato 1, al D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761.

20. Le assunzioni autorizzate potranno essere effettuate, in misura non superiore al 50 per cento, utilizzando le graduatorie approvate non oltre i tre anni precedenti la data del provvedimento di autorizzazione. Tale limitazione non si applica per le immissioni in servizio nelle forze di polizia e nel Corpo nazionale dei vigili del fuoco.”

non di ruolo di dimensioni sempre più consistenti.

Si va ad affermare, quindi, sin da allora un modello che caratterizzerà il trentennio successivo: ovvero il blocco generalizzato delle assunzioni, frammentato anno dopo anno o all'interno del medesimo esercizio, con la previsione di deroghe temporanee e differenziate per comparti in relazione alle peculiari esigenze ed istanze da questi di volta in volta rivendicate, sollecitate e, poi, concesse dal legislatore.

Alla fase in questione, atteso il mancato raggiungimento dello scopo prefissato in considerazione del fatto che i piani si sostanziano in una mera ricognizione delle esigenze delle varie amministrazioni e di fatto le assunzioni non si erano ridotte come ci si prefiggeva⁽⁶¹⁾, seguì un'altra modalità di impostazione delle politiche pubbliche in materia di personale. In luogo del blocco totale delle assunzioni si introduce una capacità assunzionale ridotta e contestualmente affiancata dal mantenimento del sistema derogatorio per alcuni comparti o situazioni particolari.

Si giunge in tal modo alla terza tappa del percorso mediante il quale si cercava di ridurre la spesa corrente, nel quale l'impianto normativo volto al contenimento delle spese per il personale delle amministrazioni Statali, delle agenzie, degli enti pubblici non economici, delle università e degli enti di ricerca⁽⁶²⁾ viene fondato sulla programmazione del fabbisogno di cui all'articolo 39 del provvedimento collegato alla manovra finanziaria per il 1998 (Legge 27 dicembre 1997, n. 449⁽⁶³⁾) che ha introdotto un nuovo sistema di programmazione triennale delle assunzioni⁽⁶⁴⁾, cui è assegnato un obiettivo di riduzione complessiva e progressiva del personale in servizio.

Partendo, dunque da tale modalità, che caratterizzerà i decenni successivi affermandosi definitivamente a livello ordinamentale⁽⁶⁵⁾, si giunge alla Legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Finanziaria per il 2006) ove all'art. 1, commi da 198 a 206, vengono previste una serie di disposizioni finalizzate a limitare in modo diretto la dinamica di crescita delle spese di personale degli Enti locali, delle Regioni e degli Enti del Servizio sanitario nazionale. La predetta legge introduceva due specifici limitati all'incremento del complesso delle spese di personale: l'art. 1, comma 557, che riguarda gli Enti sottoposti al Patto di stabilità ed in particolare gli enti locali, e li impegna a garantire il contenimento della dinamica retributiva e occupazionale, da un lato attraverso interventi di razionalizzazione delle strutture burocratiche, da attuare alla luce dei principi contenuti nelle disposizioni di cui ai commi da 655 a 695, dall'altro, con limitazioni all'incremento dei fondi da destinare alla contrattazione collettiva; l'art. 1, comma 562, che riguarda gli Enti non sottoposti al Patto e pone limiti quantitativi sia al complesso delle spese per il personale, prendendo a riferimento le corrispondenti spese del 2004⁽⁶⁶⁾, sia alle assunzioni, che non possono superare il numero delle cessazioni dei rapporti di lavoro intervenute nell'anno precedente.

Nello specifico, tale ultima norma è diretta ad assicurare: a) una riduzione dell'incidenza percentuale delle spese di personale rispetto al totale delle spese correnti; b) una razionalizzazione ed uno snellimento delle strutture burocratico-amministrative, finalizzato alla riduzione dei posti dirigenziali in organico; c) il contenimento delle

61 Nel periodo 1998/2001, il Governo ha autorizzato complessivamente 41.026 assunzioni. Per il comparto Ministeri ed enti pubblici non economici, le assunzioni sono state complessivamente di 21.795 unità, cfr. N. NIGLIO, cit.

62 Sostanzialmente tutto il personale pubblico ad eccezione di quello delle regioni ed enti locali al quale verrà poi esteso l'obbligo della programmazione del fabbisogno.

63 Recante "Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica".

64 Il comma 1, dell'art. 39 dispone "1. Al fine di assicurare le esigenze di funzionalità e di ottimizzare le risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio, gli organi di vertice delle amministrazioni pubbliche sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno di personale, comprensivo delle unità di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 482".

65 Cfr. gli artt. 6 e 6 ter, del D.Lgs 165/2001.

66 Successivamente l'anno di riferimento è stato individuato nel 2008 a seguito della modifica introdotta dall'art. 4 ter, comma 11, del Decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16.

dinamiche di crescita dei costi della contrattazione integrativa, sulla scorta delle corrispondenti disposizioni dettate per le amministrazioni centrali dello Stato.

Fino alla sua abolizione con Decreto legge 24 giugno 2014, n. 9090/2014, gli effetti dell'art. 1 commi 557 e successivi della citata legge 27 dicembre 2006, n. 296 296/2006 venivano affiancati dalle previsioni limitative delle capacità assunzionali del comma 7 dell'art. 76 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, che stabiliva dal 1° gennaio 2011, il divieto, per gli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale fosse pari o superiore al 40% (50% nell'anno 2010) delle spese correnti, di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; i restanti enti potevano procedere ad assunzioni di personale nel limite del 20% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente.⁽⁶⁷⁾

L'incremento del quadro normativo sopra descritto lungi dal subire un arresto viene ulteriormente alimentato a seguito delle ulteriori disposizioni emanate negli anni a venire dal legislatore: con ciò venendosi a delineare, fino allo stato attuale, un sistema di vincoli di spesa ed assunzionali per gli enti territoriali stratificato e per niente coerente.

2.3. Le tipologie dei vincoli di finanza pubblica.

Volendo riassumere le modalità di intervento poste in essere dal legislatore per centrare l'obiettivo di riduzione della spesa corrente del personale delle amministrazioni, avendo già descritto al paragrafo precedente gli interventi pregressi, possiamo di seguito elencare le misure adottate più recenti:

blocco della contrattazione collettiva per il periodo 2010-2015 con sterilizzazione dell'indennità di vacanza contrattuale (IVC), ai valori riconosciuti nel 2010;

introduzione di un limite alla retribuzione individuale pari a quanto percepito nel 2010 fino al 2014;

rigorosi vincoli alle facoltà assunzionali;

ridefinizione delle dotazioni organiche del comparto scuola;

limite alla crescita dei fondi per la contrattazione integrativa e riduzione degli stessi in base al numero del personale cessato;

riconoscimento solo ai fini giuridici delle progressioni di carriera comunque denominate dal 2011 al 2014.

Come già rilevato il punto di partenza di dette politiche di contenimento degli oneri di personale delle amministrazioni statali e territoriali va ricondotto all'articolo 39 della Legge 27 dicembre 1997, n. 449 che aveva introdotto un nuovo sistema di programmazione triennale delle assunzioni, divenuto poi ordinamentale atteso che lo stesso è stato recepito anche nel D.Lgs. 165/2001 (T.U. del pubblico impiego). Il D. Lgs. 165/2001, agli attuali articoli 6 e 35, condiziona l'avvio delle procedure di reclutamento da parte delle pubbliche amministrazioni al rispetto della citata procedura di programmazione (che a seguito della riscrittura dell'articolo 6 da parte del D.Lgs 75/2017 assume ora la denominazione di Piano triennale dei fabbisogni di personale).

Nell'ambito delle misure tese alla riduzione della spesa corrente mediante la compressione di quella di personale in questa sede appare opportuno richiamare i due diversi principi sui quali si sono basati i detti interventi:

il principio di contenimento della spesa: il legislatore individua la spesa sostenuta (in

⁶⁷ La Corte dei conti a Sezione riunite in sede di controllo, nella Deliberazione n. 46/2011, avevano adottato una lettura particolarmente rigorosa della norma, chiarendo che l'art. 14, comma 9, seconda parte, nello stabilire i vincoli di spesa alle assunzioni di personale per gli Enti locali sottoposti al Patto di stabilità, "deve essere riferito alle assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale". La stessa Corte, peraltro, faceva salve "le eccezioni espressamente stabilite per legge, gli interventi caratterizzati da ipotesi di somma urgenza e lo svolgimento di servizi fungibili ed essenziali".

genere impegnata) in un dato anno quale tetto massimo non superabile da parte delle amministrazioni destinatarie del vincolo;

il principio di riduzione della spesa: il legislatore individua la spesa sostenuta (in genere impegnata) nell'esercizio precedente dalla quale partire per ridurla di almeno un euro nell'esercizio finanziario considerato.

Va poi ulteriormente rilevato come i limiti di finanza pubblica, nella maggior parte dei casi hanno come parametro un aggregato più ampio, che include, oltre alla spesa per il lavoro subordinato, anche le consulenze, le collaborazioni coordinate e continuative, il lavoro interinale e le forme di tassazione e contribuzione legate al lavoro stesso, quale l'Irap e gli oneri previdenziali.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, appare necessario, dunque, sintetizzare in via preliminare, l'evoluzione normativa relativa ai vincoli direttamente collegati alla spesa del personale, che rappresentano la concretizzazione del principio di contenimento della spesa perseguito dal legislatore, come visto, da oltre un decennio individuando, per quel che in questa sede interessa, quelli destinati agli enti locali.

In quest'ottica, dunque, si inquadrano e si giustificano i ripetuti interventi del legislatore ordinario sul piano delle misure di contenimento della spesa pubblica (in primis del personale) atti a conformare l'agire degli enti territoriali (e, più in generale, di tutte P.P.A.A.) nell'ottica del perseguimento del coordinamento della finanza pubblica (ex art. 117 Cost.) quali modalità di recepimento dei principi espressi a livello sovranazionale e costituzionale.

Tra i vincoli di finanza pubblica, rientrano altresì vincoli cd. di spesa, sui consumi intermedi, sul funzionamento sulle missioni, sulla formazione ecc^{cc}. Gli stessi, per quel che riguarda l'oggetto del presente scritto, possono riguardare anche gli oneri del personale ed il loro mancato rispetto si riverbera sulla possibilità di reclutare nuovo personale traducendosi in un divieto di assunzione, sia con contratti di lavoro a tempo indeterminato, sia flessibile ma anche sulla piena operatività di istituti previsti dai CCNL.

Va chiarito, tuttavia, che non tutti vincoli di finanza pubblica sono destinati a determinare un blocco o una riduzione del turn over. Infatti, alcuni di essi si sostanziano in conseguenze per taluni inadempimenti di precetti pubblicistici da parte delle amministrazioni (ad esempio non adottare il Piano per le pari opportunità tra uomini e donne in materia di lavoro) o determinano l'impossibilità di incrementare taluni istituti contrattuali, quali ad esempio il Fondo delle risorse decentrate (vedasi in tale ipotesi l'art. 23 del decreto legislativo 75/2017).

In questa sede, è opportuno ricordare che il novero dei soggetti destinatari di detti vincoli sovente è individuato dal legislatore talvolta facendo ricorso all'elenco delle amministrazioni contemplato nell'articolo 1, comma 2 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, oltre al cosiddetto elenco Istat delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato individuate ai sensi dell'articolo 1, commi 2 e 3⁽⁶⁸⁾, della Legge 31 dicembre 2009, n. 196 e ss.mm. (Legge di contabilità e di finanza pubblica).

2.4. L'equilibrio di bilancio quale limite di finanza pubblica alla gestione del

68 Le disposizioni in oggetto recitano "2. Ai fini della applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, per amministrazioni pubbliche si intendono, per l'anno 2011, gli enti e i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco oggetto del comunicato dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) in data 24 luglio 2010, pubblicato in pari data nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 171, nonché a decorrere dall'anno 2012 gli enti e i soggetti indicati a fini statistici dal predetto Istituto nell'elenco oggetto del comunicato del medesimo Istituto in data 30 settembre 2011, pubblicato in pari data nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 228, e successivi aggiornamenti ai sensi del comma 3 del presente articolo, effettuati sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea, le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. 3. La ricognizione delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 è operata annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre".

personale e all'applicazione degli istituti contrattuali.

Va evidenziato come nell'ambito dei vincoli di finanza pubblica che riguardano il personale, vanno distinti quelli di carattere generale (riguardanti tutte le pubbliche amministrazioni), e quelli specifici (riguardanti solo determinate amministrazioni: ad es. regioni ed enti locali) e i vincoli così detti assunzionali in quanto impongono adempimenti prodromici al reclutamento del personale ⁽⁶⁹⁾.

Venendo ad una rapida ricostruzione dei vincoli generali definibili “di sistema” al Patto di stabilità interno (di seguito PSI) introdotto dall'articolo 28 della Legge n. 448 del 1998 (legge Finanziaria per il 1999), per assicurare il concorso delle regioni e degli enti locali alla politica di risanamento dei conti pubblici si è sostituito l'obbligo di conseguire gli equilibri di bilancio a seguito dell'introduzione dello stesso nella Carta costituzionale per effetto della legge Costituzionale 1/2012. La Legge 24 dicembre 2012, n. 243, attuativa del modificato art. 81 della Costituzione, come riscritto dalla citata legge costituzionale 1/2012, all'articolo 9⁽⁷⁰⁾ ha previsto, che a decorrere dall'anno 2019 le regioni a statuto speciale, le province autonome e gli enti locali, e dal 2021 le regioni a statuto ordinario, si considerano in equilibrio in presenza di un risultato di competenza dell'esercizio non negativo. Con ciò applicando pedissequamente le disposizioni previste dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 (recante armonizzazione dei sistemi contabili)⁽⁷¹⁾ e le correlative prescrizioni sulle modalità di contabilizzazione dell'equilibrio di bilancio.

Riassumendo, con l'entrata in vigore della legge 28 dicembre 2018 n. 145 si prevede:

il ricorso all'equilibrio di bilancio di cui al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 e al TUEL; gli enti territoriali si considerano in equilibrio in presenza di un risultato di competenza dell'esercizio non negativo. Tale informazione è desunta, in ciascun anno, dal prospetto della verifica degli equilibri allegato al rendiconto di gestione, previsto dall'allegato 10 del citato decreto legislativo n. 118 del 2011 (comma 821);

il superamento delle norme sul pareggio di bilancio di cui ai commi 465 e seguenti dell'articolo 1 della legge n. 232 del 2016 (comma 823);

la cessazione degli obblighi di monitoraggio e di certificazione di cui ai commi 469 e seguenti dell'articolo 1 della legge n. 232 del 2016 (comma 823);

la cessazione della disciplina in materia di intese regionali e patti di solidarietà e dei loro effetti, anche pregressi, nonché dell'applicazione dei commi da 787 a 790 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205, sulla chiusura delle contabilità speciali (comma 823). A decorrere dall'anno 2019, infatti, cessano di avere applicazione una serie di disposizioni in materia di utilizzo dell'avanzo di amministrazione e del debito attraverso

69 La stessa Corte dei Conti si è più volte espressa (vedasi ad esempio Sezione regionale di controllo per il Veneto, delibera n. 154/2011/PAR), affermando che la riduzione della spesa di personale rappresenta uno specifico obiettivo di finanza pubblica al cui rispetto devono concorrere sia gli enti sottoposti al Patto di stabilità sia quelli esclusi, riconoscendo che l'obiettivo di contenimento e riduzione della spesa di personale rappresenta un vero e proprio obiettivo vincolato e non solo mera espressione di un principio di buona gestione al quale l'ente pubblico deve tendere.

70 Poi modificato dall'art. 1, comma 1, lett. c), della legge 12 agosto 2016, n. 164.

71 La legge 28 dicembre 2018 n. 145 all'art. 1, comma 821, ritiene detti enti in equilibrio “... in presenza di un risultato di competenza dell'esercizio non negativo. L'informazione di cui al periodo precedente è desunta, in ciascun anno, dal prospetto della verifica degli equilibri allegato al rendiconto della gestione previsto dall'allegato 10 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118”. Alle regioni a statuto ordinario la richiamata disposizione si applica a decorrere dall'anno 2021. Contestualmente la medesima legge all'art. 1, comma 823 dispone che “A decorrere dall'anno 2019, cessano di avere applicazione i commi 465 e 466, da 468 a 482, da 485 a 493, 502 e da 505 a 509 dell'articolo 1 della legge 11 dicembre 2016, n. 232, i commi da 787 a 790 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205, e l'articolo 6-bis del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2017, n. 123. Con riferimento al saldo non negativo dell'anno 2018 restano fermi, per gli enti locali, gli obblighi di monitoraggio e di certificazione di cui ai commi da 469 a 474 del citato articolo 1 della legge n. 232 del 2016. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni in caso di mancato conseguimento del saldo non negativo dell'anno 2017, accertato ai sensi dei commi 477 e 478 del medesimo articolo 1 della legge n. 232 del 2016”

il ricorso agli spazi finanziari assegnati agli enti territoriali⁽⁷²⁾.

Quindi a far data dal 1° gennaio 2019, viene meno per le amministrazioni territoriali (e per le regioni ordinarie dal 2021) il sistema che aveva influenzato, dapprima con i vincoli del Patto di stabilità interno e poi con i vincoli di bilancio di cui alla Legge 24 dicembre 2012, n. 243/2012, la gestione delle politiche assunzionali. Tuttavia, la cessazione dell'operatività di detti vincoli non fa venir meno l'esigenza di evitare che le politiche del personale perseguite dalle amministrazioni territoriali rimangano completamente scollegate con la capacità dei relativi bilanci di sostenerle.

Non si deve dimenticare, infatti, che la spesa del personale, in particolar modo di quello assunto con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato⁽⁷³⁾, incide non indifferentemente sulla capacità complessiva del bilancio atteso che dette spese, che assumono valenza pluriennale, vengono meno solo con la cessazione del rapporto di lavoro da cui originano le relative obbligazioni di pagamento per l'ente. Ciò, avviene normalmente con il raggiungimento, da parte del lavoratore, dell'età pensionabile oppure per altre cause interruttrive (decesso, dimissioni, licenziamenti, mobilità ecc.). Ne consegue che l'amministrazione nel Piano triennale di fabbisogno del personale⁽⁷⁴⁾ (PTFP) dovrà avere in debita evidenza la prospettazione pluriennale degli effetti dell'utilizzo delle

72 Si tratta, in particolare, dei commi da 485 a 493 (assegnazioni di spazi finanziari nell'ambito dei patti nazionali) e dei commi 502 e da 505 a 509 (spazi finanziari assegnati alle province di Trento e Bolzano per effettuare investimenti mediante l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione) dell'articolo 1 della legge n. 232 del 2016. È prevista, altresì, l'abrogazione dell'articolo 43-bis del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, volto ad attribuire spazi finanziari nell'ambito dei patti di solidarietà nazionale agli enti colpiti dal terremoto del 2016 e del 2017 per l'utilizzo degli avanzi di amministrazione e del debito, a condizione che siano finalizzati ad investimenti per la ricostruzione. Cessano, inoltre, a decorrere dagli anni 2019 e successivi, gli effetti derivanti dal ricorso, negli anni 2018 e precedenti, ai predetti strumenti di flessibilità del saldo in termini di cessione/acquisizione di spazi finanziari e, conseguentemente, il loro impatto sul nuovo equilibrio di bilancio. Pertanto, gli enti territoriali, ivi incluse le regioni a statuto ordinario, che hanno acquisito spazi negli anni 2018 e precedenti, nell'ambito delle intese regionali orizzontali e del patto nazionale orizzontale, non sono più tenuti alla restituzione negli anni 2019 e 2020. Si segnala, altresì, che vengono meno le disposizioni e gli effetti del D.P.C.M. 21 febbraio 2017, n. 21, volto a dare attuazione all'articolo 10 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, che prevede che le operazioni d'investimento realizzate attraverso il ricorso al debito e all'utilizzo dei risultati d'amministrazione degli esercizi precedenti siano effettuate sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale che garantiscano, per l'anno di riferimento, il rispetto del saldo di cui all'articolo 9, comma 1, della medesima legge n. 243 del 2012, del complesso degli enti territoriali della regione interessata, compresa la medesima regione. Di conseguenza, con particolare riferimento al ricorso all'indebitamento, si precisa che gli enti territoriali possono effettuare operazioni di indebitamento esclusivamente per finanziare spese di investimento, contestualmente all'adozione di piani di ammortamento di durata non superiore alla vita utile dell'investimento (articolo 10, commi 1 e 2, della legge n. 243 del 2012).

73 Si rammenta che l'art. 36 del D.Lgs 165/2001 al comma 1 dispone "Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35".

74 In relazione alla programmazione del fabbisogno del personale si rammenta che l'art 6 del D.Lgs 165/2001 tra l'altro dispone "1. Le amministrazioni pubbliche definiscono l'organizzazione degli uffici per le finalità indicate all'articolo 1, comma 1, adottando, in conformità al piano triennale dei fabbisogni di cui al comma 2, gli atti previsti dai rispettivi ordinamenti, previa informazione sindacale, ove prevista nei contratti collettivi nazionali. 2. Allo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini, le amministrazioni pubbliche adottano il piano triennale dei fabbisogni di personale, in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance, nonché con le linee di indirizzo emanate ai sensi dell'articolo 6-ter. Qualora siano individuate eccedenze di personale, si applica l'articolo 33. Nell'ambito del piano, le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale, anche con riferimento alle unità di cui all'articolo 35, comma 2. Il piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente. 3. In sede di definizione del piano di cui al comma 2, ciascuna amministrazione indica la consistenza della dotazione organica e la sua eventuale rimodulazione in base ai fabbisogni programmati e secondo le linee di indirizzo di cui all'articolo 6-ter, nell'ambito del potenziale limite finanziario massimo della medesima e di quanto previsto dall'articolo 2, comma 10-bis, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, garantendo la neutralità finanziaria della rimodulazione. Resta fermo che la copertura dei posti vacanti avviene nei limiti delle assunzioni consentite a legislazione vigente."

proprie capacità assunzionali⁽⁷⁵⁾ (da utilizzare nell'arco triennale di operatività del PTFP) sulla capacità del proprio bilancio di sostenere gli oneri derivanti dal mantenimento nel tempo dei livelli occupazionali, pregressi e conseguenti ai nuovi reclutamenti. In questa sede appare opportuno evidenziare, nell'ottica di un necessario approccio prudenziale alle politiche di reclutamento che, anche laddove l'ente, regione o locale, rispetti i vincoli di spesa ed abbia a disposizione capacità assunzionale per personale a tempo indeterminato o flessibile, non necessariamente potrà esercitare detta facoltà. Ciò, in considerazione del fatto che l'andamento complessivo della gestione di bilancio potrebbe mostrare segni di squilibri tutt'altro che temporanei e derivanti da criticità che possono avere diverse origini quali l'incapacità di riscossioni delle entrate o incrementi delle spese pluriennali dovute a situazioni contingenti (passività potenziali, soccombenze da contenzioso, insolvenza delle partecipate per debiti garantiti con fidejussioni ecc.) o addirittura strutturate (rapporto tra entrate e spese strutturalmente in disequilibrio per desertificazione delle residenze e delle localizzazioni imprenditoriali ecc.) o, ancora, dovute a situazioni straordinarie (eventi sismici, pandemie, disastri strutturali ecc. ecc).

In tali circostanze, infatti, la scelta di assumere nuovo personale in assenza di una effettiva capacità di raggiungere un equilibrio strutturale finirebbe per tradursi in un ulteriore appesantimento della spesa corrente dell'ente con effetti duraturi anche sui saldi, tali da poter determinare ricadute sulla capacità di assicurare il rispetto dell'equilibrio di bilancio⁽⁷⁶⁾. E, appare difficile sostenere che tale circostanza non sia necessariamente da dover verificare prima di poter attivare le procedure tese a soddisfare il fabbisogno del personale emergente da carenze originate da cessazioni non ricostituite nel corso degli anni.

In tal senso, quindi, seppur venga meno per effetto delle disposizioni richiamate la soggezione ad un vincolo, esterno e rigido, come poteva essere quello imposto dal Patto di stabilità o dagli equilibri di bilancio ai sensi della Legge 243/2012, per ciò solo non viene meno l'obbligo dell'ente territoriale di garantire l'equilibrio di bilancio ai sensi del Decreto

75 Sulla necessaria distinzione tra capacità assunzionali a disposizione delle amministrazioni e facoltà di utilizzarle vedasi la deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 25/SEZAUT/2017/QMIG nella quale, tra l'altro, si afferma "L'evoluzione della normativa, i cui contenuti sono stati sopra riportati, e la sua evidente portata innovativa determinano in effetti una situazione di oggettiva incertezza che trova soluzione considerando la determinazione della capacità assunzionale come il contenuto legale tipico della facoltà assunzionale potenzialmente correlata alle cessazioni dal servizio. Declinando tale capacità sul piano delle grandezze contabili la si può considerare come costitutiva di uno spazio finanziario di spesa contenuto nei limiti dei vincoli di finanza pubblica che regolano sia la stessa determinazione della capacità, ossia la percentuale di spesa riprogrammabile rispetto a quella cessata, sia il contenimento e la riduzione progressiva della spesa per il personale. Il meccanismo dello spazio finanziario, e cioè della determinazione teorica di uno stanziamento di spesa che per essere effettivamente accesa nel bilancio necessita di passaggi procedurali e di programmazione che possono non esaurirsi nell'esercizio, per così dire, di competenza ossia di quello immediatamente successivo alla cessazione dal servizio, è stato preso in considerazione dal legislatore in due proiezioni. La prima, nella prospettiva futura, quando consente a decorrere dall'anno 2014 il cumulo delle risorse destinate alle assunzioni per un arco temporale non superiore a tre anni, nel rispetto della programmazione del fabbisogno e di quella finanziaria e contabile funzionale alla possibilità di tenere conto delle cessazioni future ma già definite (deliberazione n. 27/SEZAUT/2014/QMIG). La seconda nella retrospettiva, come giustamente osserva la Sezione remittente, guardando alla disposizione in base alla quale «...è altresì consentito l'utilizzo dei residui ancora disponibili delle quote percentuali delle facoltà assunzionali riferite al triennio precedente». Per entrambe le prospettive l'ente ha necessità di considerare gli spazi finanziari delle capacità assunzionali come definiti e cristallizzati al momento della maturazione, previsto o già decorso, e ciò per esigenze di certezza delle risorse disponibili ed anche ai fini di una corretta programmazione della spesa".

76 Le susposte considerazioni trovano conforto nelle posizioni interpretative assunte dalla Sezione regionale di controllo per il Veneto n. 104/2020/PAR ove si afferma "In merito alla facoltà di incremento della capacità assunzionale, appare, comunque, opportuno evidenziare che questa Sezione ritiene, in un'ottica prudenziale, che anche nel caso in cui l'ente locale rispetti i vincoli di spesa ed abbia a disposizione capacità per assunzioni di personale potrà esercitare la sua facoltà, ma utilizzando la massima cautela. Ciò, in considerazione del fatto che l'andamento complessivo della gestione di bilancio potrebbe mostrare segni di squilibri anche non temporanei causati da situazioni contingenti, strutturate o straordinarie, anche negli esercizi immediatamente successivi, ragion per cui la valutazione dell'amministrazione dovrà essere attentamente ponderata, specialmente in un particolare momento come quello che sta attraversando il Paese. Conseguentemente, nel caso in cui l'amministrazione intenda procedere, a seguito dell'approvazione del rendiconto 2019, alla rimodulazione del PTFP, sarà tenuta a valutare attentamente la capacità di mantenere negli anni un volume di entrate correnti tale da poter sostenere non solo gli oneri dei livelli occupazionali attuali, ma altresì quelli ulteriori derivanti dal possibile esercizio delle facoltà assunzionali a disposizione in relazione alla fascia di appartenenza di cui al D.M. 17 marzo 2020, attuativo dell'art. 33".

legislativo 118/2012⁷⁷). Peraltro, detto principio appare ulteriormente suffragato dalle previsioni della disposizione normativa che, di fatto, rivoluziona l'ambito dell'operatività dei vincoli di spesa ed assunzionali, introdotta dall'art. 33 del Decreto legge 30 aprile 2019, n. 34, ove al comma 1 per le regioni ordinarie e ai commi 1 bis e 2 per gli enti territoriali, si subordina la gestione del fabbisogno di personale al "rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione".

Giova tuttavia evidenziare il Decreto legge n. 90/2014, a seguito della conversione in Legge n. 114/2014 all'art. 3, comma 5-bis, disponeva che "dopo il comma 557-ter dell'art. 1 della legge n. 296/2006 è inserito il comma 557-quater, in base al quale gli enti interessati, a decorrere dall'anno 2014, nell'ambito della programmazione triennale dei fabbisogni del personale, dovranno assicurare il contenimento delle spese di personale con riferimento al valore medio della medesima spesa nel triennio precedente alla data di entrata in vigore di detta disposizione". La disposizione in oggetto valorizza il principio del contenimento della spesa di personale che, di fatto, va a sostituire quello di tendenziale riduzione dell'analoga spesa che, come visto, sino ad allora aveva caratterizzato le politiche del personale degli enti territoriali che erano soggetti al rispetto del patto di stabilità.

Va poi rilevato come il suddetto Decreto-legge n. 34/2019⁷⁸ all'articolo 33 ha introdotto un nuovo meccanismo per individuare i vincoli di spesa e assunzionali per gli enti territoriali ovvero per le regioni a statuto ordinario, per le Province e le città

⁷⁷ Tale esigenza, peraltro, appare ben richiamata nella circolare 3/2019 della Ragioneria generale dello Stato laddove viene precisato che seppur venga meno il sistema sanzionatorio diretto per il mancato rispetto dell'equilibrio di bilancio, permangono tuttavia le sanzioni in caso di mancato rispetto dei limiti di spesa del personale. Nel documento si legge, infatti, che "le disposizioni normative in materia di spesa di personale che fanno riferimento alle regole del patto di stabilità interno o al rispetto degli obiettivi del pareggio di bilancio di cui all'articolo 9 della legge 24 dicembre 2012, n. 243 o, più in generale, degli obiettivi di finanza pubblica, si intendono riferite all'equilibrio di bilancio di cui all'articolo 1, comma 821, della legge 30 dicembre 2018, n. 145".

⁷⁸ Decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 recante "Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi", convertito, con modificazioni, con Legge 28 giugno 2019, n. 58.

metropolitane e per i comuni. I commi 1⁽⁷⁹⁾ e 2⁽⁸⁰⁾ e, successivamente⁽⁸¹⁾, 1 bis⁽⁸²⁾, del decreto, infatti, introducono una deroga alla operatività dei vincoli di cui al comma 557 quater, dell'art. 1 della legge 296/2006 per regioni province e comuni già assoggettati al patto di stabilità e del comma 562 per quelli cosiddetti minori. Dette norme, infatti, non vengono né abrogate né disapplicate ma, in presenza di alcuni presupposti, semplicemente derogate per un certo periodo di tempo. In pratica, gli spazi assunzionali del personale a tempo indeterminato potranno dunque essere calibrati per ente, sulla base di uno specifico sistema di virtuosità dell'equilibrio finanziario configurato dalla norma e dal decreto ministeriale attuativo al quale, nella disposizione, si fa rinvio⁽⁸³⁾.

Di conseguenza, le regioni a statuto ordinario, le province e Città metropolitane e i comuni

⁷⁹ La disposizione, che introduce una deroga al meccanismo di operatività dell'art. 1, comma 557 della Legge 296/2006, prevede per le regioni a statuto ordinario "1. A decorrere dalla data individuata dal decreto di cui al presente comma, anche al fine di consentire l'accelerazione degli investimenti pubblici, con particolare riferimento a quelli in materia di mitigazione del rischio idrogeologico, ambientale, manutenzione di scuole e strade, opere infrastrutturali, edilizia sanitaria e altri programmi previsti dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145, le regioni a statuto ordinario possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato in coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale e fermo restando il rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione, sino ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, anche differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto di quelle la cui destinazione è vincolata, ivi incluse, per le finalità di cui al presente comma, quelle relative al servizio sanitario nazionale ed al netto del fondo crediti di dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione. Con decreto del Ministro della pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono individuate le fasce demografiche, i relativi valori soglia prossimi al valore medio per fascia demografica, e le relative percentuali massime annuali di incremento del personale in servizio per le regioni che si collocano al di sotto del predetto valore soglia. I predetti parametri possono essere aggiornati con le modalità di cui al secondo periodo ogni cinque anni. Le regioni in cui il rapporto fra la spesa di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, e la media delle predette entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati risulta superiore al valore soglia di cui al primo periodo, adottano un percorso di graduale riduzione annuale del suddetto rapporto fino al conseguimento nell'anno 2025 del predetto valore soglia anche applicando un turn over inferiore al 100 per cento. A decorrere dal 2025 le regioni che registrano un rapporto superiore al valore soglia applicano un turn over pari al 30 per cento fino al conseguimento del predetto valore soglia. Il limite al trattamento accessorio del personale di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, è adeguato, in aumento o in diminuzione, per garantire l'invarianza del valore medio pro-capite, riferito all'anno 2018, del fondo per la contrattazione integrativa nonché delle risorse per remunerare gli incarichi di posizione organizzativa, prendendo a riferimento come base di calcolo il personale in servizio al 31 dicembre 2018".

⁸⁰ Analogamente, per i comuni il comma 2 dell'art. 33, come modificato dalla Legge di conversione 28 giugno 2019, n. 58, dall'art. 1, comma 853, lett. a), b) e c), l. 27 dicembre 2019, n. 160, a decorrere dal 1° gennaio 2020, e, successivamente, dall'art. 17, comma 1-ter, D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 2020, n. 8 dispone "A decorrere dalla data individuata dal decreto di cui al presente comma, anche per le finalità di cui al comma 1, i comuni possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato in coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale e fermo restando il rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione, sino ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti di dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione. Con decreto del Ministro della pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'Interno, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono individuate le fasce demografiche, i relativi valori soglia prossimi al valore medio per fascia demografica e le relative percentuali massime annuali di incremento del personale in servizio per i comuni che si collocano al di sotto del predetto valore soglia. I predetti parametri possono essere aggiornati con le modalità di cui al secondo periodo ogni cinque anni. I comuni in cui il rapporto fra la spesa di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, e la media delle predette entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati risulta superiore al valore soglia di cui al primo periodo, adottano un percorso di graduale riduzione annuale del suddetto rapporto fino al conseguimento nell'anno 2025 del predetto valore soglia anche applicando un turn over inferiore al 100 per cento. A decorrere dal 2025 i comuni che registrano un rapporto superiore al valore soglia applicano un turn over pari al 30 per cento fino al conseguimento del predetto valore soglia superiore. Il limite al trattamento accessorio del personale di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, è adeguato, in aumento o in diminuzione, per garantire l'invarianza del valore medio pro-capite, riferito all'anno 2018, del fondo per la contrattazione integrativa nonché delle risorse per remunerare gli incarichi di posizione organizzativa, prendendo a riferimento come base di calcolo il personale in servizio al 31 dicembre 2018".

⁸¹ Come evidenziato nella nota precedente.

⁸² In realtà, il Decreto-legge nella versione originaria non prevedeva misure per tali enti. Il successivo Decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162, cosiddetto "Milleproroghe 2019" convertito, con modificazioni, dalla Legge 28 febbraio 2020, n. 8, tuttavia, con l'art. 17, comma 1, ha inserito il comma 1 bis al corpo dell'art. 33 del decreto di fatto estendendo a Province e Città metropolitane il sistema individuato dagli originari commi 1 e 2 per Regioni a statuto ordinario e comuni. Dispone, infatti, l'art. 1 bis "A decorrere dalla data individuata dal decreto di cui al presente comma, anche per le finalità di cui al comma 1, le province e le città metropolitane possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato in coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale e fermo restando il rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione, sino ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti di dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione. Con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'Interno, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione sono individuate le fasce demografiche, i relativi valori soglia prossimi al valore medio per fascia demografica e le relative percentuali massime annuali di incremento del personale in servizio per le province e le città metropolitane che si collocano al di sotto del predetto valore soglia. I predetti parametri possono essere aggiornati con le modalità di cui al secondo periodo ogni cinque anni. Le province e le città metropolitane in cui il rapporto fra la spesa di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, e la media delle predette entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati risulta superiore al valore soglia di cui al primo periodo, adottano un percorso di graduale riduzione annuale del suddetto rapporto fino al conseguimento nell'anno 2025 del predetto valore soglia anche applicando un turn over inferiore al cento per cento. A decorrere dal 2025 le province e le città metropolitane che registrano un rapporto superiore al valore soglia applicano un turn over pari al trenta per cento fino al conseguimento del predetto valore soglia. Il limite al trattamento accessorio del personale di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, è adeguato, in aumento o in diminuzione, per garantire l'invarianza del valore medio pro capite, riferito all'anno 2018, del fondo per la contrattazione integrativa nonché delle risorse per remunerare gli incarichi di posizione organizzativa, prendendo a riferimento come base di calcolo il personale in servizio al 31 dicembre 2018".

potranno procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato, in coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale, fermo restando il rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione, sino ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore ad un certo valore soglia.

In relazione al calcolo di detto valore soglia, tuttavia la norma opera delle distinzioni rispetto alle peculiarità demografiche degli enti coinvolti comunque prendendo quale riferimento contabile la media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, che, tuttavia, vanno depurate di alcuni componenti⁽⁸⁴⁾.

Per i comuni, dalla data di entrata in vigore del decreto di attuazione dell'art. 33 comma 2 ovvero il 20 aprile 2020, le assunzioni sono dunque subordinate:

- all'adozione e alla coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale;
- al rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione;
- ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione.

Lo stesso comma 2 prevede che i comuni collocati al disotto del valore soglia possono aumentare la propria spesa di personale a tempo indeterminato (emergente dall'ultimo rendiconto approvato) con nuove assunzioni fino al raggiungimento di detto valore. Come è dato evincere dalla lettura della norma e delle disposizioni attuative il valore soglia costituisce al contempo un vincolo alla spesa di personale attuato con ricorso al principio del contenimento e un vincolo assunzionale, atteso che le nuove assunzioni non potranno superare in termini di spesa programmata valori tali da incidere sul totale degli oneri di personale fino a far superare nel rapporto con le entrate correnti, il valore soglia corrispondente. Ovviamente tali incrementi assunzionali dovranno rispettare i vincoli fondamentali del rispetto dell'equilibrio di bilancio e del piano triennale del fabbisogno.

2.5. L'attività negoziale delle amministrazioni pubbliche e le influenze dei vincoli di finanza pubblica: gli effetti sui CCNL.

I vincoli di finanza pubblica non limitano i loro effetti alle attività di natura pubblicistica delle amministrazioni, in quanto tendono anche ad influenzare la capacità negoziale che l'art. 1, c.1bis⁽⁸⁵⁾ della L. 241 del 1990 riconosce alle stesse pubbliche amministrazioni.

Il vincolo di finanza pubblica non è altro che la traduzione dal punto di vista

84 Vedi la sottostante tabella

REGIONI	PROVINCE E CITTÀ METROPOLITANE	COMUNI
Spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, anche differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto di quelle la cui destinazione è vincolata, ivi incluse, per le finalità di cui al presente comma, quelle relative al servizio sanitario nazionale ed al netto del fondo crediti di dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione.	Spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti di dubbia esigibilità stanziato nel bilancio di previsione.	Spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione.

85 Ove si prevede che "La pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente".

costituzionale, e poi, a cascata, dal punto di vista ordinamentale, delle esigenze legate all'osservanza dei vincoli sovranazionali: il Patto di stabilità prima e, e poi, il principio dell'equilibrio di bilancio da quando la legge Costituzionale 1/2012 lo ha inserito nella Carta costituzionale come evidenziato in precedenza.

Esso non va infatti a riguardare solo esclusivamente l'attività dell'amministrazione dal punto di vista dell'acquisizione dei beni servizi, ma anche l'acquisizione di prestazioni professionali, tra le quali sia annoverano anche quelle rese dal personale che svolge le funzioni all'interno dell'amministrazione e si sostanzia in una limitazione della capacità di agire delle pubbliche amministrazioni e delle modalità organizzative di cui si dota, non solo della capacità quindi di diritto pubblico, ma anche della capacità di diritto privato. Da ciò, consegue che l'amministrazione, quando il vincolo di finanza pubblica va a incidere sulla sua capacità di scelta, non ha molte strade da poter seguire: o osserva il vincolo, o lo viola. Tanto è vero che il legislatore, preoccupato del conseguimento dell'obiettivo cui il vincolo è finalizzato (come evidenziato nei precedenti paragrafi, nella maggior parte dei casi: il risparmio di spesa), accompagna lo specifico comportamento richiesto al dipendente pubblico a conseguenze sanzionatorie in caso di inosservanza.

Dunque, l'applicazione dei vincoli di finanza pubblica anche a seguito della loro moltiplicazione e della stratificazione delle norme che li contemplano⁽⁸⁶⁾ genera problemi non di poco conto in particolare negli enti locali di piccole dimensioni sia dal punto di vista dell'esercizio della capacità giuridica di diritto pubblico ma, come si vedrà nel successivo paragrafo, anche a quella di diritto privato che connota il datore di lavoro pubblico nell'applicazione di istituti contrattuali.

Il pensiero corre ad esempio al responsabile del personale di un piccolo comune il quale ovviamente non si occupa solo di personale, ma anche di attività amministrativa in genere, quando addirittura non sia anche responsabile finanziario. E' comune, il caso di enti locali minori con un organico di soli due o tre dipendenti.

Ci si chiede, in tali realtà come si riesce a far convivere esigenze di finanza pubblica con efficienza dell'organizzazione amministrativa? Come si coniugano l'esercizio della facoltà assunzionali con l'applicazione delle clausole del nuovo CCNL Funzioni locali quali ad esempio quelle relative alle disposizioni che consentono le progressioni verticali nel regime transitorio di cui all'art. 52 comma 1 bis del D.Lgs 165/2001 come recepito negli articoli 13 e 15 del nuovo contratto?

Appare evidente che i vincoli di finanza pubblica determinano una riduzione della discrezionalità amministrativa soprattutto quando il legislatore entra in maniera puntuale anche sul comportamento del dipendente pubblico, tanto che negli ultimi vent'anni uno degli effetti è di aver compresso la spesa del personale, bloccando il turnover e invecchiando i dipendenti pubblici la cui età media è oggi di 55 anni. In conseguenza, seppur si siano rispettati i vincoli e conseguito gli obiettivi di coordinamento della finanza pubblica, gli effetti prodotti sull'apparato delle organizzazioni pubbliche non

86 Va evidenziata la recente circolare annuale n. 42/2022 della Ragioneria generale dello Stato, recante "Enti ed organismi pubblici - bilancio di previsione per l'esercizio 2023" il cui Allegato denominato "Quadro sinottico dei vincoli di finanza pubblica" contiene un dettagliato elenco di vincoli di finanza pubblica attualmente vigenti descritti minuziosamente in ben 74 pagine che solo in materia di personale (da pag. 40 a pag. 74) raggiungono il considerevole numero di 75 senza considerare le specificazioni che alcuni di detti vincoli contemplano.

sono stati indifferenti⁽⁸⁷⁾.

C'è da riflettere su quanto si sia dunque pagato dal punto di vista della professionalità e della capacità delle amministrazioni di soddisfare efficacemente le esigenze dei cittadini. Le predette ricadute, peraltro, scontano i loro effetti proprio nel contesto attuale nel quale dovendo attuare il PNRR, ci si è resi conto che le amministrazioni non avevano delle professionalità necessarie e, quindi, si sono riavviati in fretta e furia piani di reclutamento straordinario ed eccezionale finalizzati a sopperire alla mancanza di personale.

Va detto in questa sede che ove il legislatore intervenga emanando una norma vincolistica la sua preoccupazione è quella di conseguire quel determinato risparmio di spesa. Ma talvolta, come sopra accennato, il vincolo va a incidere sia sull'attività di natura pubblicistica sia sull'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni come ad esempio fa l'articolo 8, comma 8, del Decreto-legge 66/2014 ove si prevede che le pubbliche amministrazioni rientranti nell'elenco ISTAT di cui alla legge 31 dicembre 2009, n. 196 e ss.mm. sono "autorizzate a ridurre gli importi dei contratti in essere nonché di quelli relativi a procedure di affidamento per cui sia già intervenuta l'aggiudicazione, anche provvisoria, aventi ad oggetto acquisto o fornitura di beni e servizi, nella misura del 5 per cento, per tutta la durata residua dei contratti medesimi. Le parti hanno facoltà di rinegoziare il contenuto dei contratti, in funzione della suddetta riduzione. È fatta salva la facoltà del prestatore dei beni e dei servizi di recedere dal contratto entro 30 giorni dalla comunicazione della manifestazione di volontà di operare la riduzione senza alcuna penalità da recesso verso l'amministrazione (...)"

Si è in presenza praticamente di un *factum principis*, cioè il vincolo di finanza pubblica, che può essere qualificato quale sopravvenienza nel contratto, che va a incidere sull'autonomia negoziale non solo dell'amministrazione ma anche del fornitore di beni e servizi dell'amministrazione, imponendo alla prima di ridurre la sua prestazione, quindi di pagamento, rispetto a quella stabilita in sede di sottoscrizione del contratto in essere. Ebbene, anche nell'acquisizione e gestione del personale degli enti locali, i vincoli di matrice costituzionale vanno ad incidere anche sulla capacità negoziale delle amministrazioni destinatarie non solo in sede di rapporti contrattuali con i propri dipendenti ma anche nella fase a monte della contrattazione collettiva che viene influenzata dagli effetti di detti vincoli.

87 I dati del rapporto 2022 del Comitato scientifico per la valutazione dell'impatto delle riforme in materia di capitale umano pubblico, ci dicono che al "...31 dicembre 2020, i dipendenti pubblici erano 3.243.499, prendendo in considerazione tanto il personale stabile (assunto con contratti a tempo indeterminato) quanto quello in servizio con altre forme contrattuali. L'esame diacronico della consistenza del pubblico impiego evidenzia una progressiva diminuzione dei dipendenti pubblici negli ultimi vent'anni (successivo Grafico 1), ridottisi complessivamente del 7%".

Evidenziando poi che il "trend in diminuzione, frutto di politiche di contenimento dei nuovi ingressi finalizzate a controllare la spesa pubblica per il personale, dopo la crisi finanziaria del 2008, dalla limitazione del turnover si è passati ad una sostanziale blocco, che ha permesso non solo una rapida diminuzione di unità di personale, ma anche una contrazione della spesa pubblica per stipendi di 1,8 miliardi di Euro in dieci anni tra il 2008 e il 2018 (Fonte: Eurostat)". Ed ancora viene illustrato come "una lieve ripresa e la conseguente inversione del trend sono registrabili a partire dal 2019, anno in cui è stato sbloccato il turnover al 100% (D.L. n. 34 del 2019) per le amministrazioni in buona salute finanziaria: la misura, pensata per 'premiare' gli enti virtuosi, di fatto finisce con l'alimentare il circolo vizioso di realtà più fragili dal punto di vista del capitale umano e, quindi, della gestione". Peraltro, rappresentando che "altro indicatore da prendere in considerazione è l'incidenza dei dipendenti pubblici sulla popolazione nazionale. L'analisi del dato evidenzia una riduzione delle unità di lavoro pubbliche in rapporto alla popolazione negli ultimi vent'anni. Dal 2001, in cui vi erano 61 dipendenti pubblici ogni 1000 abitanti, si è arrivati al 2020, in cui tale valore è sceso a 54 dipendenti. Il dato risulta interessante se comparato con le tendenze riscontrate in Francia, Spagna e Germania negli anni dal 2014 al 2019 (Grafico 5). Innanzitutto, fra i quattro Stati analizzati, l'Italia è quella che, in proporzione, presenta meno dipendenti pubblici in rapporto alla popolazione. In secondo luogo, si registrano tendenze differenti. Mentre la Francia ha diminuito nel corso del quinquennio l'incidenza del personale sul numero di abitanti (passando da 84 a 82 dipendenti ogni 1000 abitanti), la Germania e la Spagna l'hanno aumentata (passando rispettivamente da 75 a 78 e da 62 a 68 dipendenti ogni 1000 abitanti). E il dato che lascia perplessi è quello scaturente "dall'analisi dei dati relativi a due indicatori: l'età e il genere dei dipendenti pubblici. Prendendo in considerazione il primo dei due indicatori, emerge che dal 2001 al 2020 l'età media dei dipendenti pubblici è costantemente aumentata, fino allo sblocco cominciato nel 2018. Nello specifico, nel 2001 l'età media di un dipendente pubblico era di 44,2 anni, mentre nel 2020 è salita a quota 50,74".

Va poi considerato che altri vincoli di matrice costituzionale si riverberano sulla gestione del personale quale quello rinvenibile nell'art. 97 della Costituzione in ordine all'obbligo di accesso alle amministrazioni pubbliche tramite concorso⁸⁸⁾.

Secondo la Corte costituzionale tale obbligo è finalizzato ad attuare una procedura "di tipo comparativo", volta cioè a selezionare la persona oggettivamente più idonea a ricoprire una data posizione ovvero "il migliore fra gli aspiranti che si presentano" e deve essere "congrua" cioè deve consentire la verifica del possesso delle richieste professionalità (Corte Costituzionale, sentenze 24 giugno 2010, n. 225, e 13 novembre 2009, n. 293).

La Corte, afferma, peraltro, che l'"accesso avvenga in condizioni di parità" mediante "concorso aperto all'esterno a tutti i potenziali concorrenti, senza discriminazioni, privilegi o rendite di posizioni" e che "le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi". Con ciò imponendo la regola, ora trasfusa a livello ordinamentale, di cui all'art. 35 del D.Lgs 165/2001⁸⁹⁾ in ordine alla necessaria previsione, come ampiamente in precedenza evidenziato, che il 50% delle risorse disponibili per le assunzioni siano destinate a consentire l'accesso dall'esterno, ovvero di quelli che non sono inseriti funzionalmente nella pubblica amministrazione e che aspirano a ricoprire la pubblica funzione.

Appare evidente che anche l'operatività di detto vincolo incide sulla capacità giuridica di diritto pubblico delle amministrazioni imponendo un percorso obbligato in sede di programmazione del fabbisogno del personale ove si voglia far ricorso, in luogo di sopperire alle carenze mediante attivazione di percorsi di mobilità ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs 165/2001, al reclutamento, da attivare quest'ultimo mediante le procedure previste dal richiamato art. 35 del predetto decreto legislativo. Tale vincolo, ovviamente, non può che riverberarsi sulla capacità di diritto privato in sede di applicazione di istituti contrattuali quali quelli previsti in sede di attuazione del nuovo ordinamento professionale disciplinato dal Titolo III del CCNL Funzioni locali 2019-2021, come verrà evidenziato di seguito.

2.6. Gli effetti dei vincoli di finanza pubblica su alcuni istituti del CCNL Funzioni locali 2019- 2021.

Come si è visto nei paragrafi precedenti i vincoli di finanza pubblica determinano ricadute non indifferenti sulla gestione del personale delle amministrazioni non solo in sede di acquisizione di nuovi dipendenti ma anche in fase di gestione atteso che alcuni di detti vincoli impongono non solo un controllo della spesa complessiva ma anche di quella accessoria determinando, quindi, una limitazione alla piena applicazione dei correlativi istituti contrattuali.

L'esempio più eloquente va sicuramente ricondotto all'attuale operatività dell'art. 23,

88 Che al comma 4 stabilisce "Agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

89 Che al comma 3 bis dispone, limitando la possibilità ai cosiddetti concorsi interni ad una percentuale non superiore al 50% delle risorse disponibili, che "Le amministrazioni pubbliche, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno, nonché del limite massimo complessivo del 50 per cento delle risorse finanziarie disponibili ai sensi della normativa vigente in materia di assunzioni ovvero di contenimento della spesa di personale, secondo i rispettivi regimi limitativi fissati dai documenti di finanza pubblica e, per le amministrazioni interessate, previo espletamento della procedura di cui al comma 4, possono avviare procedure di reclutamento mediante concorso pubblico:

a) con riserva dei posti, nel limite massimo del 40 per cento di quelli banditi, a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato che, alla data di pubblicazione dei bandi, hanno maturato almeno tre anni di servizio alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando;

b) per titoli ed esami, finalizzati a valorizzare, con apposito punteggio, l'esperienza professionale maturata dal personale di cui alla lettera a) e di coloro che, alla data di emanazione del bando, hanno maturato almeno tre anni di contratto di lavoro flessibile nell'amministrazione che emana il bando".

comma 2, del D.Lgs 75/2017.

Detta disposizione, come noto, prevede al primo periodo che “2. Nelle more di quanto previsto dal comma 1, al fine di assicurare la semplificazione amministrativa, la valorizzazione del merito, la qualità dei servizi e garantire adeguati livelli di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa, assicurando al contempo l’invarianza della spesa, a decorrere dal 1° gennaio 2017, l’ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non può superare il corrispondente importo determinato per l’anno 2016”. Seppur negli anni successivi la rigidità di detto vincolo si è allentata⁽⁹⁰⁾⁽⁹¹⁾ lo stesso rimane attualmente in vigore⁽⁹²⁾.

In conseguenza, i CCNL tra i quali quello oggetto del presente scritto, necessariamente rimangono vincolati agli effetti conseguenti a detta disposizione.

Nel CCNL Funzioni locali 2019-2022 il richiamo del vincolo ex art. 23 si rinviene:

all’articolo 7, comma 4, ove si prevede che “Sono oggetto di contrattazione integrativa: ...Lettera u): l’incremento delle risorse di cui all’art. 17, comma 6 (Retribuzione di posizione e retribuzione di risultato) del presente CCNL attualmente destinate alla corresponsione della retribuzione di posizione e di risultato delle posizioni organizzative, ove implicante, ai fini dell’osservanza dei limiti previsti dall’art. 23, comma 2, del D. Lgs. n. 75/2017, una riduzione delle risorse del Fondo di cui all’art. 79;...”;

all’art. 79⁽⁹³⁾, comma 3, che dispone “In attuazione di quanto previsto dall’art. 1, comma 604 della L. n. 234/2021 (Legge di bilancio 2022), con la decorrenza ivi indicata, gli enti possono incrementare, in base alla propria capacità di bilancio, le risorse di cui al comma 2, lett. c) e quelle di cui all’art. 17, comma 6, di una misura complessivamente

90 L’art. 11 del decreto-legge 135/2018 ai commi 1 e 2 dispone: “1. In ordine all’incidenza sul trattamento accessorio delle risorse derivanti dalla contrattazione collettiva nazionale e delle assunzioni in deroga, il limite di cui all’articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, non opera con riferimento:

a) agli incrementi previsti, successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto n. 75 del 2017, dai contratti collettivi nazionali di lavoro, a valere sulle disponibilità finanziarie di cui all’articolo 48 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e dagli analoghi provvedimenti negoziali riguardanti il personale contrattualizzato in regime di diritto pubblico;

b) alle risorse previste da specifiche disposizioni normative a copertura degli oneri del trattamento economico accessorio per le assunzioni effettuate, in deroga alle facoltà assunzionali vigenti, successivamente all’entrata in vigore del citato articolo 23.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche con riferimento alle assunzioni effettuate utilizzando, anche per quanto riguarda il trattamento accessorio, le risorse di cui all’articolo 20, comma 3, del decreto legislativo n. 75 del 2017”.

La successiva legge 234/2021 (Legge di bilancio 2022) all’art. 1 comma 604 dispone: “604. Al fine di dare attuazione a quanto previsto dall’articolo 3, comma 2, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, le risorse destinate ai trattamenti accessori del personale dipendente dalle amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono essere incrementate, rispetto a quelle destinate a tali finalità nel 2021, con modalità e criteri stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale relativa al triennio 2019-2021 o dai provvedimenti di determinazione o autorizzazione dei medesimi trattamenti, di una misura percentuale del monte salari 2018 da determinare, per le amministrazioni statali, nei limiti di una spesa complessiva di 110,6 milioni di euro a decorrere dall’anno 2022, al lordo degli oneri contributivi ai fini previdenziali e dell’imposta regionale sulle attività produttive, mediante l’istituzione nello stato di previsione del Ministero dell’economia e delle finanze di un apposito fondo con una dotazione di pari importo e, per le restanti amministrazioni, a valere sui propri bilanci, con la medesima percentuale e i medesimi criteri previsti per il personale delle amministrazioni dello Stato, secondo gli indirizzi impartiti dai rispettivi comitati di settore ai sensi dell’articolo 47, comma 2, del predetto decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”.

91 L’art. 3 comma 2 del decreto legge 80/2021 dispone: “I limiti di spesa relativi al trattamento economico accessorio di cui all’articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, compatibilmente con il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, possono essere superati, secondo criteri e modalità da definire nell’ambito dei contratti collettivi nazionali di lavoro e nei limiti delle risorse finanziarie destinate a tale finalità”.

92 Sul punto vedasi G. BERTAGNA, Il nuovo CCNL non tocca il limite del trattamento accessorio, <https://www.gianluca.bertagna.it>.

93 Sulle questioni applicative dell’art. 79 del nuovo CCNL si rinvia alla parte del testo dedicata.

non superiore allo 0,22 per cento del monte salari 2018. Tali risorse, in quanto finalizzate a quanto previsto dall'articolo 3, comma 2, del D.L. n. 80/2021, non sono sottoposte al limite di cui all'art. 23, comma 2 del D. lgs. n. 75/2017. Gli enti destinano le risorse così individuate ripartendole in misura proporzionale sulla base degli importi relativi all'anno 2021 delle risorse del presente Fondo e dello stanziamento di cui all'art. 17, comma 6. Le risorse stanziate ai sensi del presente comma sono utilizzate anche per corrispondere compensi correlati a specifiche esigenze della protezione civile, in coerenza con le disposizioni del CCNL;

all'art. 79, comma 6 che dispone "La quantificazione del presente Fondo delle risorse decentrate e di quelle destinate agli incarichi di cui all'art. 16 (Incarichi di Elevata qualificazione) deve comunque avvenire, complessivamente, nel rispetto dell'art. 23, comma 2 del D. lgs. n. 75/2017 con la precisazione che tale limite non si applica alle risorse di cui al comma 1 lettera b), a quelle di cui al comma 3, nonché ad altre risorse che siano escluse dal predetto limite per espressa disposizioni di legge".

2.7. Vincoli di finanza pubblica e progressioni verticali: il quadro normativo e contrattuale. Alcuni approdi interpretativi.

Un altro esempio di contestuale incidenza di disposizioni di matrice costituzionale sugli istituti contrattuali si rinviene nelle modalità applicative del nuovo ordinamento professionale delineato dal Titolo III del nuovo contratto.

Giova premettere che la norma ordinamentale di riferimento degli istituti contrattuali in oggetto va individuata nell'art. 52 del D.Lgs 165/2001 recante la disciplina delle mansioni ed in particolare nel comma 1 bis, come modificato dall'art. 3, comma 1, D.L. 9 giugno 2021, n. 80, convertito dalla legge 6 agosto 2021, n. 113. Detta disposizione disciplina il passaggio all'interno delle aree professionali (terzo periodo) e tra le stesse aree ed in particolare, al quarto periodo, prevede che "Fatta salva una riserva di almeno il 50 per cento delle posizioni disponibili destinata all'accesso dall'esterno, le progressioni fra le aree e, negli enti locali, anche fra qualifiche diverse, avvengono tramite procedura comparativa basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli o competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso all'area dall'esterno, nonché sul numero e sulla tipologia de gli incarichi rivestiti".

La disposizione, dunque, regola a regime le procedure di passaggio tra le aree (progressioni verticali) che caratterizzano il nuovo ordinamento professionale da attuare mediante i CCNL come previsto dai precedenti periodi del medesimo comma 1 bis. Ebbene, dal punto di vista normativo l'istituto contrattuale viene sottoposto ad un limite, quello previsto a livello costituzionale, come evidenziato nei paragrafi precedenti, della riserva del 50% dei posti all'accesso dall'esterno in ossequio al principio della concorsualità per l'immissione alle pubbliche funzioni.

Deve poi evidenziarsi che il periodo finale del comma in oggetto dispone "All'attuazione del presente comma si provvede nei limiti delle risorse destinate ad assunzioni di personale a tempo indeterminato disponibili a legislazione vigente", con ciò individuando un ulteriore limite nell'utilizzo di dette progressioni verticali nella capacità assunzionale di cui ogni amministrazione dispone in relazione alle norme vincolistiche alla stessa destinate (in particolare per gli enti territoriali l'operatività dell'art. 33 del citato Decreto legge 34/2019) e, contestualmente, nella relativa copertura finanziaria disponibile.

Quindi per dette progressioni verticali, definite a regime, due sono i vincoli che possiamo ritenere di derivazione costituzionale cui sono soggette: uno, che individua la possibilità di far ricorso alle progressioni verticali a regime utilizzando le risorse

assunzionali derivanti dall'applicazione della disciplina vincolistica di riferimento ed entro i limiti finanziari corrispondenti: conseguenza dell'applicazione delle misure finalizzate, come visto nei paragrafi precedenti, a limitare la spesa corrente del personale al fine di assicurare gli equilibri di bilancio e il coordinamento della finanza pubblica; l'altro, quello del limite di ricorso alla procedura solo entro il 50% delle posizioni disponibili, con ciò quindi obbligatoriamente destinando il restante 50% all'accesso dall'esterno.

Va poi evidenziato che il quinto periodo del comma 1 bis prevede che “..in sede di revisione degli ordinamenti professionali, i contratti collettivi nazionali di lavoro di comparto per il periodo 2019-2021 possono definire tabelle di corrispondenza tra vecchi e nuovi inquadramenti, ad esclusione dell'area di cui al secondo periodo, sulla base di requisiti di esperienza e professionalità maturate ed effettivamente utilizzate dall'amministrazione di appartenenza per almeno cinque anni, anche in deroga al possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso all'area dall'esterno”.

La disposizione pertanto rinvia alla contrattazione collettiva la possibilità di revisionare gli ordinamenti professionali e nella sede contrattuale prevedere progressioni verticali con un regime che possiamo definire transitorio, caratterizzato dalla possibilità che l'accesso alle aree superiori possa avvenire con il possesso di una qualificata anzianità di servizio che consenta di derogare al possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso all'area dall'esterno, in presenza tuttavia di requisiti minimi imposti dalla norma (esperienza e professionalità maturate ed effettivamente utilizzate dall'amministrazione di appartenenza per almeno cinque anni).

Anche in questo caso soccorre in sede applicativa l'ultimo periodo del comma in questione ove si prevede appunto che l'attuazione delle progressioni definibili transitorie avvenga “nei limiti delle risorse destinate ad assunzioni di personale a tempo indeterminato disponibili a legislazione vigente”.

Quindi, per dette progressioni verticali, definibili transitorie, dalla lettura della disposizione sembra rilevarsi solo un vincolo definibile di derivazione costituzionale nel senso sopra evidenziato: quello che individua la possibilità di far ricorso alle stesse utilizzando le risorse assunzionali derivanti dall'applicazione della disciplina vincolistica di riferimento ed entro i limiti finanziari corrispondenti. Il dato testuale del ricorso alla procedura solo entro il 50% delle posizioni disponibili, con ciò quindi obbligatoriamente destinando il restante 50% all'accesso dall'esterno, che caratterizza il periodo precedente del comma riferibili alle progressioni tra le aree a regime, non si rinviene testo.

I vincoli normativi sopra evidenziati riverberano pertanto i loro effetti sulla disciplina contrattuale come è dato rilevare nella lettura degli articoli del Titolo III, dedicato all'Ordinamento professionale, del CCNL Funzioni locali 2019-2021 oggetto del presente testo. Rinviando l'analisi dettagliata degli istituti relativi alle progressioni all'interno dell'area e tra le aree alla parte dedicata, giova richiamare i contenuti della disciplina contrattuale per formulare una serie di considerazioni che discendono dall'analisi dei vincoli normativi sopra riportata e dai loro probabili effetti.

L'art. 13 del CCNL, recante “norme di prima applicazione” al comma 6, dà attuazione al quinto periodo del comma 1 bis, del richiamato art. 52, disponendo che “In applicazione dell'art. 52, comma 1-bis, penultimo periodo, del D.lgs. n. 165/2001, al fine di tener conto dell'esperienza e professionalità maturate ed effettivamente utilizzate dall'amministrazione di appartenenza, in fase di prima applicazione del nuovo ordinamento professionale e, comunque, entro il termine del 31 dicembre 2025, la progressione tra le aree può aver luogo con procedure valutative cui sono ammessi i dipendenti in servizio in possesso dei

requisiti indicati nella allegata Tabella C di Corrispondenza⁽⁹⁴⁾”.

Il successivo comma 8, dispone “Le progressioni di cui al comma 6, ivi comprese quelle di cui all’art. 93 e art.107 sono finanziate anche ⁽⁹⁵⁾ mediante l’utilizzo delle risorse determinate ai sensi dell’art.1, comma 612, della L. n. 234 del 30.12.2021 (Legge di Bilancio 2022)⁽⁹⁶⁾, in misura non superiore allo 0,55% del m.s. dell’anno 2018, relativo al personale destinatario del presente CCNL”. Detto comma individua, quindi, le fonti di finanziamento delle progressioni del regime transitorio individuandole non solo tra quelle già stabilite dalla disposizione dell’art. 52, comma 1 bis (ultimo periodo) ovvero le “..risorse destinate ad assunzioni di personale a tempo indeterminato disponibili a legislazione vigente” da individuarsi applicando per singolo ente la normativa vincolistica in tema di assunzioni, ma anche quelle derivanti dallo 0,55% del monte salari residuale (ovvero disponibile nel bilancio dell’ente) di cui alle previsioni dell’articolo 1, comma 612, della legge 234 del 30 dicembre 2021 (Legge di Bilancio 2022)⁽⁹⁷⁾.

L’art. 15 del CCNL si occupa poi della disciplina specifica delle progressioni tra le aree prevedendo i requisiti che i partecipanti debbono possedere per partecipare alle procedure, necessariamente comparative, di passaggio tra le aree ⁽⁹⁸⁾ e che l’avviamento di dette procedure debbono, ai sensi della previsione cui dell’art. 52, comma 1-bis del D.Lgs. n. 165/2001, deve far “..salva una riserva di almeno il 50 per cento delle posizioni

94 Tabella C annessa al CCNL Funzioni locali 2019-2021.

PROGRESSIONE TRA CATEGORIE	REQUISITI
da Area degli Operatori all’Area degli Operatori esperti	a) assolvimento dell’obbligo scolastico e almeno 5 anni di esperienza maturata nell’area degli Operatori e/o nella corrispondente categoria del precedente sistema di classificazione, opportunamente valutabile;
da Area degli Operatori esperti all’Area degli Istruttori	a) diploma di scuola secondaria di secondo grado e almeno 5 anni di esperienza maturata nell’area degli Operatori esperti e/o nella corrispondente categoria del precedente sistema di classificazione ed opportunamente valutabile; oppure b) assolvimento dell’obbligo scolastico e almeno 8 anni di esperienza maturata nell’area degli Operatori esperti e/o nella corrispondente categoria del precedente sistema di classificazione ed opportunamente valutabile;
da Area degli Istruttori all’Area dei Funzionari e dell’elevata qualificazione	a) laurea (triennale o magistrale) e almeno 5 anni di esperienza maturata nell’area degli Istruttorie/o nella corrispondente categoria del precedente sistema di classificazione ed opportunamente valutabile; oppure b) diploma di scuola secondaria di secondo grado ed almeno 10 anni di esperienza maturata nell’area degli Istruttori e/o nella corrispondente categoria del precedente sistema di classificazione ed opportunamente valutabile.

95 Va evidenziato che il termine anche è stato inserito solo in sede di sottoscrizione del CCNL in quanto la bozza di ipotesi non lo contemplava.

96 La legge 234 del 30 dicembre 2021 (Legge di Bilancio 2022) al comma 612 in questione dispone “Le risorse di cui all’articolo 1, comma 436, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e all’articolo 1, comma 959, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, sono integrate, a decorrere dal 2022, della somma di 95 milioni di euro comprensiva degli oneri riflessi a carico dell’amministrazione e dell’IRAP, al fine di definire, nell’ambito della contrattazione collettiva nazionale relativa al triennio 2019-2021 del personale non dirigente di cui all’articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, i nuovi ordinamenti professionali del personale appartenente alle amministrazioni statali destinatario delle disposizioni contrattuali relative al triennio 2016-2018 che hanno previsto l’istituzione delle commissioni paritetiche sui sistemi di classificazione professionale nel limite di una spesa complessiva non superiore allo 0,55 per cento del monte salari 2018 relativo al predetto personale”.

97 Vedasi nota precedente.

98 Valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio, o comunque le ultime tre valutazioni disponibili in ordine cronologico, qualora non sia stato possibile effettuare la valutazione a causa di assenza dal servizio in relazione ad una delle annualità; assenza di provvedimenti disciplinari; possesso di titoli o competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l’accesso all’area dall’esterno; numero e tipologia degli incarichi rivestiti.

disponibili destinata all'accesso dall'esterno...⁹⁹⁾.

Consegue alla previsione dell'art. 15 che i passaggi tra le aree dallo stesso contemplate sembrano far riferimento alle procedure definibili a regime la cui fonte di finanziamento va rinvenuta nelle sole “..risorse destinate ad assunzioni di personale a tempo indeterminato disponibili a legislazione vigente” da individuarsi applicando per singolo ente la normativa vincolistica in tema di assunzioni. Nell'analisi delle previsioni normative di cui all'art. 52 comma 1 bis in tema di vincoli che spiegano effetti sul CCNL Funzioni locali 2019-2021 possiamo alla luce delle considerazioni sopra esposte giungere alle seguenti considerazioni:

il ricorso da parte dell'ente locale alle procedure transitorie di cui all'art. 13 mediante finanziamento attinto solo dallo 0,55% del monte salari, ai sensi dell'articolo 1, comma 612, della legge 234 del 30 dicembre 2021, non impone la riserva dei posti del 50% delle posizioni disponibili all'accesso dall'esterno;

il ricorso da parte dell'ente locale alle procedure transitorie di cui all'art. 13 mediante finanziamento attinto in parte dallo 0,55% del monte salari ai sensi dell'articolo 1, comma 612, della legge 234 del 30 dicembre 2021, ed in parte dalle capacità assunzionali da individuarsi applicando per singolo ente la normativa vincolistica in tema di assunzioni (per gli enti locali l'art. 33 del decreto legge 34/2019), impone la riserva del 50% delle posizioni disponibili all'accesso dall'esterno solo per le posizioni finanziate dalle capacità assunzionali;

il ricorso da parte dell'ente locale alle procedure transitorie di cui all'art. 13 mediante finanziamento attinto dalle sole risorse destinate alle capacità assunzionali da individuarsi applicando per singolo ente la normativa vincolistica in tema di assunzioni (per gli enti locali l'art. 33 del Decreto-legge 34/2019), impone la riserva del 50% delle posizioni disponibili all'accesso dall'esterno.

Questo ovviamente nel caso l'ente voglia in sede di prima applicazione dell'ordinamento professionale fino al 31 dicembre 2025 effettuare delle progressioni verticali utilizzando il regime transitorio. Tuttavia, qualora ritenga di voler far ricorso al regime ordinario, di cui all'art. 15 del nuovo CCNL, i vincoli di derivazione costituzionale saranno duplici:

quello che fissa le risorse finanziarie destinate in quelle derivanti dalle capacità assunzionali da individuarsi applicando per singolo ente la normativa vincolistica in tema di assunzioni (per gli enti locali l'art. 33 del Decreto-legge 34/2019) ex art. 52, comma 1 bis ultimo periodo del d.lgs 165/2001;

quello della riserva del 50% delle posizioni disponibili all'accesso dall'esterno ex art. 52, comma 1 bis, quarto periodo del D.Lgs 165/2001.

Tale lettura, invero, appare suffragata da posizioni interpretative assunte dall'ARAN con appositi Orientamenti applicativi riferiti all'operatività del CCNL Funzioni locali 2019-2021 che contemplano l'operatività delle disposizioni normative di cui al richiamato art. 52, comma 1 bis del D.Lgs 165/2001 e all'art. 13, comma 6 del CCNL. In particolare, ci si riferisce all'Orientamento applicativo CFL 208/2023 redatto di concerto con il Dipartimento della Funzione Pubblica e la Ragioneria Generale dello Stato, in risposta a specifico quesito, che di seguito si richiama per intero:

⁹⁹ I successivi commi 2 e 3 dispongono: “2. In caso di passaggio all'area immediatamente superiore, il dipendente è esonerato dal periodo di prova ai sensi dell'art. 25 (Periodo di prova) comma 2 e, nel rispetto della disciplina vigente, conserva le giornate di ferie maturate e non fruito. Conserva, inoltre la retribuzione individuale di anzianità (RIA) che, conseguentemente non confluisce nel Fondo risorse decentrate. 3. Al dipendente viene attribuito il tabellare iniziale per la nuova area. Qualora il trattamento economico in godimento acquisito per effetto della progressione economica, risulti superiore al predetto trattamento tabellare iniziale, il dipendente conserva a titolo di assegno personale, a valere sul Fondo risorse decentrate, la differenza assorbibile nelle successive progressioni economiche all'interno della stessa area. Nel caso di progressione tra le aree del personale di cui alla sezione “Personale educativo e scolastico” di cui al Titolo IX, effettuate durante la fase di prima applicazione di cui all'art. 13, comma 6, si applica quanto previsto dall'art. 93, comma 2.

“Quali sono le differenze e gli elementi comuni tra le progressioni tra le aree a regime ex art. 15 del CCNL 16/11/2022 e le progressioni tra le aree con la procedura transitoria di cui all’art. 13, comma 6 del medesimo CCNL?”

1) DIFFERENZE

La prima differenza concerne i requisiti: nella procedura transitoria (fino al 31/12/2025), i requisiti sono quelli della tabella di C di Corrispondenza allegata al CCNL (titolo di studio + esperienza), che dà la possibilità di candidarsi anche a coloro che hanno un titolo di studio immediatamente inferiore a quello richiesto per l’accesso dall’esterno, ma sono in possesso di un numero maggiore di anni di esperienza; nella procedura a regime, i requisiti sono quelli previsti dall’art. 52, comma 1-bis, del d.lgs. n. 165/2001.

La seconda differenza riguarda i criteri selettivi: nella procedura transitoria, i criteri sono quelli previsti dall’art. 13, comma 7, del CCNL 16 novembre 2022 (esperienza, titolo di studio e competenze professionali) e ciascuno di tali criteri deve avere un peso non inferiore al 20%; nella procedura a regime, i criteri sono quelli previsti dall’art. 15 del medesimo CCNL e dal nuovo art. 52, comma 1-bis del d. lgs. n. 165/2001 (valutazione positiva conseguita negli ultimi tre anni di servizio, titoli o competenze professionali, titoli di studio ulteriori rispetto a quelli richiesti per l’accesso dall’esterno, numero e tipologia degli incarichi rivestiti).

La terza differenza riguarda le relazioni sindacali: nella procedura transitoria, i criteri più specifici che declinano i criteri generali stabiliti dal contratto, nonché i pesi loro attribuiti, sono definiti dalle amministrazioni previo confronto con i sindacati; nella procedura a regime, non è previsto il previo confronto con i sindacati sui criteri.

La quarta differenza riguarda il finanziamento: le progressioni tra le aree effettuate con la procedura transitoria (fino al 31/12/2025) sono finanziate dalle risorse determinate ai sensi dell’art. 1, comma 612 della legge n. 234 del 30 dicembre 2021 (Legge di bilancio 2022) in misura non superiore allo 0,55% del monte salari dell’anno 2018, oltretutto dalle facoltà assunzionali; quelle effettuate con la procedura a regime sono invece finanziate solo dalle facoltà assunzionali. Si ricorda che l’utilizzo delle facoltà assunzionali per le progressioni tra le aree, sia per le procedure a regime che per le procedure effettuate durante la fase transitoria, è possibile nella misura massima del 50% del fabbisogno. Le risorse di cui all’art. 1, comma 612, della legge n. 234 del 30 dicembre 2021, in quanto risorse attribuite alla contrattazione collettiva il cui utilizzo è limitato alla sola fase transitoria di prima applicazione del nuovo sistema di classificazione ai sensi dell’art. 52, comma 1-bis, penultimo periodo, del d.lgs. n. 165/2001, possono invece essere destinate integralmente alle progressioni tra le aree.

2) ELEMENTI COMUNI

In entrambi i casi:

vi è una procedura che prevede: un bando, una istanza di ammissione alla procedura da parte del dipendente, un’ammissione alla procedura dopo la verifica dei requisiti, una fase istruttoria per l’attribuzione dei punteggi, un ordine di merito finale tra i candidati in base al quale sono individuati coloro che conseguono la progressione nella nuova area;

la progressione deve essere prevista nel piano dei fabbisogni (oggi confluito nel PIAO);

occorre garantire che una percentuale almeno pari al 50% del personale reclutato con le ordinarie facoltà assunzionali sia destinata all’accesso dall’esterno, in base a quanto previsto dall’art. 52 comma 1-bis del d. lgs. n. 165/2001, in coerenza con i principi, anche di rango costituzionale, che regolano l’accesso alla PA”.

Ma ancora più eloquente nel senso di suffragare le suesposte considerazioni, è la conclusione che trae ARAN nel successivo Orientamento applicativo CFL 209/2023 anch’esso redatto di concerto con il Dipartimento della Funzione Pubblica e la Ragioneria Generale dello Stato, che di seguito si richiama per intero:

“Con riferimento alla FAQ che affronta il tema delle progressioni tra le aree nel comparto delle Funzioni locali, si chiede di chiarire quale rapporto sussista tra numero di assunzioni dall'esterno e numero di progressioni verticali sia durante il cosiddetto periodo transitorio di prima applicazione del nuovo ordinamento che nella fase di applicazione a regime.

Il CCNL del 16 novembre 2022 ha tracciato una distinzione molto netta tra le due diverse tipologie di procedure di progressione verticale:

- procedure “ordinarie”, la cui disciplina, ancorché richiamata nei contratti (si veda art. 15, comma 1 del richiamato CCNL), trae origine unicamente dalla legge (considerata anche la riserva di legge in materia);
- procedure “speciali”, temporalmente limitate alla finestra temporale compresa tra il 1° aprile 2023 ed il 31 dicembre 2025, la cui disciplina è invece prevista nel CCNL (si veda art. 13 commi 6, 7, 8), con criteri valutativi e selettivi analoghi a quelli previsti dalla legge, con una parziale deroga al possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno e con rinvio a regolazioni di maggior dettaglio che dovranno essere adottate dagli enti, previo confronto sindacale.

Nella FAQ citata nel quesito posto è stato già chiarito quali siano gli elementi comuni e le differenze tra le due tipologie di procedure sopra ricordate (per ulteriori approfondimenti, si rinvia alla suddetta FAQ).

È utile ricordare che i contratti hanno potuto disciplinare procedure speciali di progressione verticale, nella fase di prima applicazione del nuovo ordinamento, in forza della norma contenuta nell'art. 52, comma 1-bis, penultimo periodo del d. lgs. n. 165/2001, introdotta dall'art. 3, comma 1, D.L. 9 giugno 2021, n. 80.

Tale norma prevede, come è noto, che “in sede di revisione degli ordinamenti professionali, i contratti collettivi nazionali di lavoro di comparto per il periodo 2019-2021 possono definire tabelle di corrispondenza tra vecchi e nuovi inquadramenti, ad esclusione dell'area di cui al secondo periodo, sulla base di requisiti di esperienza e professionalità maturate ed effettivamente utilizzate dall'amministrazione di appartenenza per almeno cinque anni, anche in deroga al possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso all'area dall'esterno”.

Con la novella introdotta dall'art. 3 del D.L. 80/2019 – articolo, tra l'altro, rubricato “Misure per la valorizzazione del personale e per il riconoscimento del merito” – è stato conferito uno specifico mandato alla contrattazione nazionale di disciplinare, in sede di revisione degli ordinamenti professionali, sistemi di valorizzazione del personale in servizio, anche in deroga al titolo di studio richiesto dall'esterno, sulla base di criteri volti alla valorizzazione dell'esperienza e della professionalità maturata ed effettivamente utilizzata dall'amministrazione. Di tutta evidenza, in tale disposizione, la finalità di valorizzazione del personale interno.

Il legislatore ha non solo dato mandato alla contrattazione collettiva di disciplinare “speciali procedure di valorizzazione del personale”, ma ha anche reso possibile lo stanziamento di apposite risorse finanziarie finalizzate a sostenerne l'applicazione. Si tratta delle risorse di cui all'art. 1, comma 612, della Legge n. 234 del 30.12.2021 (Legge di Bilancio 2022).

Nella FAQ citata (i cui contenuti sono stati condivisi con Dipartimento della Funzione pubblica e Ministero dell'economia e delle finanze) si sostiene che le risorse stanziate ai sensi dell'art. 1, comma 612, della Legge n. 234 del 30.12.2021 (Legge di Bilancio 2022) - in una misura non superiore allo 0,55% del m.s. 2018 - possano essere integralmente destinate a progressioni verticali effettuate con procedura speciale.

Tale orientamento poggia sui seguenti dati normativi.

In primo luogo, sul citato comma 612 della legge di bilancio per il 2022. La norma prevede, per le amministrazioni statali, uno stanziamento aggiuntivo destinato ai rinnovi

contrattuali del triennio 2019-2021 e, per le altre amministrazioni, la possibilità di stanziare risorse, a carico dei propri bilanci, entro i medesimi limiti finanziari. Si tratta, con ogni evidenza, di risorse destinate ad incrementi retributivi, seppure di una natura particolare, in quanto finalizzate a sostenere la fase di definizione e prima applicazione dei nuovi ordinamenti professionali. È utile ricordare che tali risorse sono state previste non per tutto il personale pubblico, ma solo per il personale interessato dal processo di revisione degli ordinamenti professionali. La destinazione integrale a progressioni verticali, effettuate con procedura speciale, in un periodo temporalmente definito, coincidente con la fase di prima applicazione del nuovo ordinamento professionale, appare dunque coerente con la loro natura (risorse destinate al rinnovo contrattuale) e con la loro esplicita finalizzazione (definire i nuovi ordinamenti professionali del personale).

In secondo luogo, l'orientamento anzidetto è supportato dalla disciplina contrattuale. L'art. 13, comma 8 del CCNL prevede, infatti, che le risorse in questione siano integralmente destinate alle progressioni verticali speciali poste in essere nella fase di prima applicazione dei nuovi ordinamenti (dal 1° aprile 2023 al 31 dicembre 2025).

Sulla base delle richiamate discipline, gli enti hanno dunque la possibilità di stanziare risorse contrattuali aggiuntive per le procedure speciali di progressione verticale effettuate ai sensi dell'art. 13, commi 6, 7 e 8 del CCNL 16 novembre 2022 e dell'art. 52, comma 1-bis penultimo periodo del d. lgs. n. 165/2001, in una misura massima dello 0,55% del m.s. 2018 ed in coerenza con i fabbisogni di personale. Se decidono in tal senso, tutte le risorse stanziate sono destinate a progressioni verticali speciali della fase transitoria. È il caso di precisare che tali risorse possono essere previste in forza di una disposizione di contratto collettivo nazionale e, quindi, indipendentemente dalle condizioni che rendono possibile lo stanziamento di risorse destinate ad assunzioni, in base alle previsioni di legge che regolano le assunzioni nelle amministrazioni del comparto.

Ovviamente, gli enti continuano ad avere la possibilità di stanziare, in coerenza con i propri fabbisogni, anche le ordinarie risorse assunzionali, sussistendone le condizioni (in particolare per quanto concerne il rispetto dei parametri di sostenibilità finanziaria).

In tal caso, essi operano, tuttavia, nell'ambito delle previsioni di legge che regolano le assunzioni di personale. Dovranno, pertanto, garantire in misura adeguata l'accesso dall'esterno di cui è pianificata la copertura (cioè nella misura minima del 50% dei posti da coprire, finanziati con ordinarie risorse assunzionali).

In conclusione:

- se gli enti decidono di stanziare le risorse ai sensi del comma 612, tutte le risorse stanziate sono destinate a progressioni verticali di cui all'art. 13;
- se decidono di stanziare, in aggiunta alle prime, ordinarie risorse destinate ad assunzioni (nel rispetto dei limiti previsti dalla legge per le assunzioni di personale), dovranno garantire in misura adeguata l'accesso dall'esterno (almeno 50% dei posti finanziati con tali risorse)".

Sul punto, appare necessario formulare una ulteriore serie di considerazioni che discendono da un esame di sistema della disciplina ordinamentale in materia di vincoli sull'acquisizione e sulla gestione del personale, in questo caso delle amministrazioni locali.

In primo luogo, ove un ente locale voglia far ricorso all'utilizzo delle procedure sia transitorie di cui al quinto periodo dell'articolo 52, comma 1 bis, e dell'art. 13 commi 6 e 8 del nuovo CCNL, sia a regime di cui al quarto periodo di detto comma e dell'art. 15 del CCNL, deve necessariamente contemplare tali ipotesi nell'ambito del Piano triennale dei fabbisogni di personale (PTFP) di cui all'art. 6 del D.Lgs 165/2001 oggi confluito nel PIAO, che come evidenziato in precedenza, costituisce adempimento necessitato per procedere al soddisfacimento del fabbisogno di personale.

Ai fini della redazione del PTFP è necessario innanzitutto prendere atto delle disposizioni previste dal d.lgs. 75/2017 e dalle successive linee di indirizzo contemplate nella Circolare della Funzione pubblica del maggio 2018 che hanno modificato radicalmente i criteri ed i principi ai quali devono obbligatoriamente attenersi le amministrazioni pubbliche nella programmazione del fabbisogno di personale.

L'adozione del PTFP, che costituisce un vincolo al cui inadempimento consegue il divieto di assunzioni, da parte delle amministrazioni deve essere finalizzata alla realizzazione dell'ottimale impiego e distribuzione delle risorse umane per perseguire gli obiettivi definiti nel piano della performance. Pertanto, le eventuali assunzioni non dovranno più ridursi ad una mera sostituzione del personale cessato, ma individuate attraverso un'accurata analisi delle professionalità realmente necessarie rispetto a quelle venute meno, restando fermo l'obbligo del rispetto della spesa potenziale massima consentita, nonché del limite delle assunzioni permesse a legislazione vigente (art. 6, comma 3. del D.Lgs. 165/2001).

Prima di ricorrere a nuove assunzioni, l'ente dovrebbe procedere:

ad una mappatura delle competenze interne, come peraltro suggerito dalle suddette linee d'indirizzo, per verificare la possibilità di ricorrere a forme di riconversione professionale delle risorse umane presenti nell'ottica di un generale recupero di efficienza, operazione che potrebbe limitare il ricorso a professionalità esterne;

alla conclusione di accordi tra amministrazioni per l'esercizio unitario delle funzioni (l'art. 13, comma 2 della legge 183/2010 prevede la possibilità di utilizzare personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a tre anni).

Nel PTFP dovrà essere dimostrato, in modo compiuto e reale, di aver condotto le verifiche qualitative e quantitative di cui sopra e di avere verificato le possibilità di riconversione, mobilità interna, trasferimento temporaneo, in quanto, in difetto, il programma potrebbe essere considerato inidoneo a superare il divieto di procedere ad assunzioni di personale e il controllo del rispetto della suddetta procedura è compito dell'organo di revisione.

Ebbene, alla luce di dette considerazioni, pertanto, si ritiene che l'individuazione delle posizioni disponibili cui parametrare la riserva all'accesso dall'esterno ex art. 52, comma 1 bis, quarto e quinto periodo del D.Lgs 165/2001 e art. 13 e 15 del nuovo CCNL, non debba necessariamente far riferimento alle posizioni cessate nell'anno e o negli anni precedenti ma, a quelle che nella prospettiva della necessaria riparametrazione dell'assetto organizzativo dell'ente locale, nella logica che abbandona l'assetto statico della dotazione organica per abbracciare quello dinamico del limite di spesa massima potenziale, la governance, anno dopo anno, individuerà con il PTFP utilizzando le risorse finanziarie disponibili appunto derivate dalla spesa per cessazioni e sempre nel rispetto dei vincoli di spesa e assunzionali (per gli enti locali, art. 33 del Decreto legge 34/2019).

E in tale prospettiva, dunque, può dunque ritenersi che la gestione del vincolo di derivazione costituzionale del rispetto della riserva di accesso dall'esterno non necessariamente dovrà "camminare" temporalmente e parallelamente al ricorso alle procedure di passaggio tra le aree. Se, infatti, l'ente locale dovesse adeguatamente motivando e compitamento indicando nel PTFP, l'esigenza di ricorrere prima alle procedure tra aree utilizzando capacità assunzionali pregresse potrà farlo rinviando l'attivazione della riserva dei posti all'esterno all'anno successivo. Importante e che non eluda il vincolo costituzionale nell'ambito nella programmazione triennale.

Va poi considerata un'altra questione problematica che è quella che emerge dall'applicazione degli istituti contrattuali del regime transitorio in sede di applicazione delle deroghe previste dall'art. 13 del CCNL 2019-2021 in ordine al rapporto tra vincoli assunzionali e utilizzo delle risorse derivanti dalla percentuale dello 0,55% del monte salari 2018.

Invero, sul punto, incidono non poco le posizioni interpretative assunte dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione compiutamente richiamate nel capitolo I° al paragrafo 7 che, hanno, di conseguenza, influenzato gli approdi interpretativi in tema di relazione tra operatività dei vincoli assunzionali e applicazione degli istituti contrattuali.

Giova sul punto richiamare il parere della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per l'Abruzzo, n. 272/2022 nel quale si è risposto al quesito se: "...alla luce delle nuove regole assunzionali, dettate dal d.l. 34/2019 convertito con modificazioni dalla L. 28 giugno 2019, n. 58 (...) che determina la capacità assunzionale dell'ente sulla base della cosiddetta <sostenibilità finanziaria>, qualora l'ente intendesse procedere all'interno della programmazione del fabbisogno di personale all'attivazione di progressioni verticali ai sensi dell'art. 52 comma 1 bis del d. lgs. 165/2001: 1. Il budget assunzionale deve ritenersi eroso per l'integrale costo della retribuzione relativa alla nuova categoria di inquadramento oppure per l'importo differenziale fra la categoria di provenienza e quella di destinazione? 2. La spesa annuale del personale ai sensi del comma 557 della legge 296/2006 risulterà incrementata per il solo importo differenziale?"

La Sezione, dopo aver richiamato il regime vincolistico di spesa e assunzionale degli enti locali (art. 1 comma 557 Legge 296/2006 e art. 33 Decreto legge 34 2019) cita alcuni principi interpretativi della Corte costituzionale e della Cassazione che di seguito si riprendono: "La Corte costituzionale ha affermato che: "anche il passaggio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ad una fascia funzionale superiore - comportando l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate - è soggetto alla regola del pubblico concorso enunciata dal terzo comma dell'art. 97 della Costituzione" (cfr. sent. Corte cost. 23 luglio 2002, n. 373; cfr. anche, conformi: nn. 194 e 218 del 2002; 1 del 1999, 320 del 1997). Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione aderendo a questo orientamento hanno precisato che: la "(...) progressione verticale che consiste nel passaggio ad un'altra area professionale, ossia ad una posizione funzionale qualitativamente diversa, - è - tale da comportare una novazione oggettiva del rapporto di lavoro" (cfr. Corte di cassazione SS.UU. civ. 20 ottobre 2017; cfr. anche, conforme: SS.UU. civ. 20 dicembre 2016, n. 26270)"

Basandosi su tali arresti interpretativi la Sezione svolge una serie di considerazioni sotto riportate: "La progressione verticale di cui all'art. 52, comma 1-bis, d.lgs. n. 165 del 2011 comporta l'accesso del dipendente ad un nuovo posto di lavoro, si risolve in una ipotesi di novazione oggettiva, e perciò impone di ritenere che il budget assunzionale è eroso per l'integrale costo della retribuzione relativa alla nuova posizione di inquadramento. L'interpretazione è coerente con l'indirizzo di questa Corte, secondo il quale il limite individuato dall'art. 33, comma 2, d.l. n. 34 del 2019: "(...) non consente all'ente di esercitare la facoltà assunzionale qualora tale scelta si traduca in un ulteriore appesantimento della spesa corrente, con conseguenti possibili ricadute sulla capacità di assicurare il rispetto dell'equilibrio di bilancio", tanto che "(...) anche la sostituzione del personale cessato dal servizio in corso d'anno costituisce assunzione di personale, possibile entro i limiti della capacità assunzionale dell'ente" (cfr. delib. n. 167/2021/PAR Sez. contr. Lombardia; cfr. anche n. 106/2021/PAR Sez. contr. Lombardia; n. 106/2021/PAR/ Sez. contr. Piemonte; n. 15/2021/PAR Sez. contr. Veneto). In ordine poi al secondo punto del quesito, relativo alle modalità di incremento della spesa annua del personale, si osserva che l'art. 16, comma 1, del d.l. 24 giugno 2016, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2016, n. 160, ha abrogato la lettera "a" dell'art. 1, comma 557, della l. n. 296 del 2006. Ad ogni modo, laddove si verifichi assunzione di personale, come nell'ipotesi di progressione verticale, per la ragione sopra evidenziata, il budget assunzionale deve ritenersi eroso per l'integrale importo della retribuzione, con le precisazioni che seguono. Il già citato d.m. 17 marzo 2020, dopo aver individuato agli articoli 5 e 6 i valori soglia di massima spesa del personale e le percentuali massime annuali di incremento del personale

in servizio, all'art. 7, comma 1, dispone: "La maggior spesa per assunzioni di personale a tempo indeterminato derivante da quanto previsto dagli articoli 4 e 5 non rileva ai fini del rispetto del limite di spesa previsto dall'articolo 1, commi 557-quater e 562 della legge 27 dicembre 2006, n. 296". L'art. 1, commi 557-quater e 562, l. n. 296 del 2006 prevede che: "Ai fini dell'applicazione del comma 557, a decorrere dall'anno 2014 gli enti assicurano, nell'ambito della programmazione triennale dei fabbisogni di personale, il contenimento delle spese di personale con riferimento al valore medio del triennio precedente alla data di entrata in vigore della presente disposizione (...) Per gli enti non sottoposti alle regole del patto di stabilità interno, le spese di personale, al lordo degli oneri 8 riflessi a carico delle amministrazioni e dell'IRAP, con esclusione degli oneri relativi ai rinnovi contrattuali, non devono superare il corrispondente ammontare dell'anno 2008. Gli enti di cui al primo periodo possono procedere all'assunzione di personale nel limite delle cessazioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato complessivamente intervenute nel precedente anno, ivi compreso il personale di cui al comma 558". Ciò significa, secondo il principio di diritto espresso da precedente deliberazione di questa Corte, alla quale la Sezione intende aderire in continuità, che: "i limiti alla spesa di personale di cui all'art. 1, commi 557 quater e 562, della legge n. 296/2006 non sono stati abrogati dalla nuova disciplina introdotta dall'art. 33, comma 2, del D.L. n. 34/2019. Qualora il comune, la cui spesa del personale rispetti i limiti previsti dai predetti commi 557 quater e 562, proceda, sulla base della disciplina introdotta dall'art. 33 del D.L. n. 34/2019, all'assunzione a tempo indeterminato di nuovo personale, la maggior spesa derivante da queste ultime assunzioni non si computa ai fini della verifica del rispetto dei limiti di spesa previsti dai commi 557 quater e 562 dell'art. 1 L. n. 296/2006" (cfr. delib. Sezione controllo Lombardia n. 164/2020/PAR)".

Appare di palmare evidenza che tale approdo interpretativo in sede applicativa per quanto attiene alle progressioni verticali determina effetti non indifferenti in relazione alla "consumazione" del budget assunzionale ove lo stesso non sia attinto dalle cessazioni verificatesi nel corso dell'anno o degli anni precedenti ma peschi dall'importo del finanziamento di cui allo 0,55% del monte salari 2018 ai sensi della disposizione di cui all'art. 1, comma 612, della Legge 234 del 30 dicembre 2021 e dell'articolo 13, comma 6 del CCNL Funzioni locali 2019-2021.

Infatti, ove si consideri necessario utilizzare il budget assunzionale per l'intera posizione che si andrà a ricoprire nell'area superiore appare evidente che le già limitate risorse di cui alla previsione del comma in oggetto sarebbero a malapena sufficienti, nella maggior parte dei casi e in particolare nell'ambito dei cosiddetti "enti minori", a consentire un solo passaggio di area. Con ciò sacrificandosi l'intento del legislatore di assicurare la possibilità di valorizzare la professionalità interne che caratterizza la specifica previsione di cui al più volte citato comma 1 bis, dell'art. 52 del D.Lgs 165/2001.

Invero, il richiamo che è effettuato dalla Sezione Abruzzo alla giurisprudenza della Corte di Cassazione tiene conto del fatto che nel passaggio tra aree si verificherebbe una novazione oggettiva del rapporto di lavoro con l'effetto di determinare, in relazione all'operatività dei vincoli assunzionali vigenti, di dover disporre non di capacità assunzionali limitate alla differenza retributiva tra la posizione precedentemente rivestita e quella a cui si aspira, ma all'intera capacità assunzionale relativa alla posizione che si andrà a rivestire nell'area superiore.

Se è vero che l'approdo interpretativo della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato seppur formatosi nell'ottica della determinazione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo in materia di pubblico impiego, ricollega il passaggio tra aree professionali all'operatività dell'istituto civilistico della novazione, qualificandolo

quale novazione oggettiva⁽¹⁰⁰⁾, è pur vero che ciò appare conseguenza dell'assimilazione nel passaggio tra le aree al concorso pubblico. Con ciò determinandosi l'applicazione dei criteri di riparto che vedono il giudice amministrativo chiamato a conoscere della procedura concorsuale in luogo della giurisdizione del giudice del lavoro in materia di vicende che riguardano un rapporto giuridico già esistente tra dipendente pubblico che partecipa alle procedure verticali e amministrative.

Sul punto, appare necessario evidenziare che nell'ambito delle progressioni verticali emergono alcune peculiarità che si vengono a determinare nella gestione del rapporto di lavoro del dipendente transitato ad un'area superiore, come già evidenziato nel capitolo primo al paragrafo 7 di questo scritto.

Invero, come affermato dal TAR Sicilia, sez. III, con la richiamata sentenza n. 647 del 1° aprile 2011 e come si evince dai contenuti dei vari CCNL susseguiti e relativi alle autonomie territoriali, le progressioni verticali sono caratterizzate:

dall'esclusione del periodo di prova (art. 4, comma 5, CCNL 31 marzo 1999 ed ora art. 15 del CCNL Funzioni locali 2019-2021);

dal fatto che il dipendente vincitore di una progressione verticale continua a fruire della retribuzione individuale di anzianità (R.I.A.) eventualmente in godimento (ora art. 15 del CCNL Funzioni locali 2019-2021);

previsione dell'obbligo di erogazione di una indennità ad personam, per fare fronte alla eventuale differenza negativa della retribuzione derivante dalla progressione verticale del dipendente;

dalla circostanza che in caso di progressione verticale, non deve essere stipulato un nuovo contratto individuale, dovendo l'ente limitarsi a comunicare al dipendente il nuovo inquadramento conseguito, così come previsto dall'art. 12, comma 1, del CCNL 31 marzo 1999.

dalla circostanza nel rispetto della disciplina vigente, che il dipendente conserva le giornate di ferie maturate e non fruite (art. 15 del CCNL Funzioni locali 2019-2021).

Orbene, laddove operi l'istituto della novazione oggettiva che “..si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con nuove ed autonome situazioni giuridiche..⁽¹⁰¹⁾” dovrebbero venir meno anche le suddette caratteristiche che accompagnano nello sviluppo e riconoscimento della professionalità, il passaggio all'area superiore del dipendente già in servizio.

Oltre alla suddetta riflessione, occorre anche considerare che la novella nel riscrivere il suddetto comma 1 bis dell'art. 52 ha, di fatto, individuato, proprio con la ratio di valorizzare il personale in servizio, una procedura che appare distinta dal concorso atteso che assume la denominazione “letterale” di “procedura comparativa” e non “concorsuale”. In tal senso ci si chiede se le consolidate posizioni interpretative della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, come già anticipato, in sede di riparto di giurisdizione possano essere estese all'istituto in questione della “procedura comparativa” dove uno dei caratteri

100 L'art. 1230 del Codice civile avente ad oggetto “Novazione oggettiva” recita: “L'obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso. La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco”. In particolare per Cassazione civile con sentenza n. 17328/2012 “ la novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con nuove ed autonome situazioni giuridiche, di tale contratto sono elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, l'”animus novandi”, consistente nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'”aliquid novi”, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto..”.

101 Cassazione civile n.17328/2012, ove altresì, si afferma “di tale contratto sono elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, l'”animus novandi”, consistente nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'”aliquid novi”, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto.

è la continuità del rapporto di lavoro del dipendente che accede all'area superiore precedentemente instaurato con l'amministrazione e di alcuni dei relativi istituti contrattuali, come sopra ben evidenziato.

In tale contesto, pertanto, potrebbe ipotizzarsi che l'istituto della novazione oggettiva del rapporto già instaurato sia parziale, atteso che le parti sono concordi che il rapporto obbligatorio sia caratterizzato da diversità delle prestazioni (l' "aliquid novi"), ma anche, che alcuni elementi del precedente rapporto permangano inalterati e continuino a spiegare i loro effetti come ampiamente illustrato in precedenza: ciò potrebbe far suscitare perplessità in ordine alla presenza dell' "animus novandi".

Altro elemento di riflessione potrebbe fondarsi, invero, sul carattere che assume il contenuto del riformulato comma 1 bis, dell'art. 52 ove si "... introduce il principio in base al quale, per una quota, non superiore al cinquanta per cento, delle posizioni disponibili, si svolgono progressioni tra aree, mediante procedura comparativa. La disciplina finora vigente prevede invece, in via generale, per l'accesso ad ognuna delle suddette aree il principio del concorso pubblico, con la possibilità di una quota di riserva di posti da destinare al personale interno all'amministrazione - in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno -, quota non superiore al 50 per cento dei posti messi a concorso⁽¹⁰²⁾. Nella disciplina finora vigente vi è altresì una disposizione transitoria⁽¹⁰³⁾, secondo cui, nel triennio 2020-2022, le pubbliche amministrazioni possono attivare procedure selettive per la progressione tra le aree, riservate al personale interno di ruolo (fermo restando il possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno); il numero di posti per queste ultime procedure non può superare il 30 per cento di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni (consentite per la relativa area) e l'attivazione di tali procedure determina (in relazione al numero di posti individuati) la corrispondente riduzione della suddetta percentuale di riserva (nei bandi concorsuali) destinata al personale interno"⁽¹⁰⁴⁾. Come si evince dal richiamato Dossier n. 398 dell'Ufficio studi del Senato della Repubblica detta procedura appare distinguersi dalla riserva dei posti prevista a legislazione vigente nei concorsi pubblici e può essere invece correlata alla disciplina transitoria prevista dall'art. 22, comma 15, del D.Lgs 75/2017 le cui peculiarità e la cui esigenza di coordinamento con le innovative previsioni del comma 1 bis, come visto⁽¹⁰⁵⁾, deve essere necessariamente chiarita⁽¹⁰⁶⁾.

Si tratterebbe, dunque, per le due disposizioni di una valutazione da parte del legislatore che in relazione alle contingenti esigenze dettate dai particolari momenti storici ha ritenuto ai sensi dell'art. 97, quarto comma della Costituzione, di introdurre una deroga al meccanismo del concorso pubblico per poter usufruire della professionalità di soggetti già in servizio presso le pubbliche amministrazioni.

102 "Anche ai fini dell'inclusione nell'eventuale quota di riserva, si prevedeva che costituisse titolo rilevante la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni".

103 "Di cui all'articolo 22, comma 15, del D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75, e successive modificazioni".

104 "Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia" D.L. n. 80/2021. A.S. n. 2272. Dossier n. 398 Servizio studi del Senato della Repubblica citato. Commento all'art. 3.

105 Vedasi capitolo primo, paragrafo 5, del presente scritto.

106 Nel Dossier n. 398 Servizio studi del Senato della Repubblica nell'ambito del commento all'art. 3, sul punto si afferma "Si valuti l'opportunità di chiarire il rapporto tra la novella in esame e la disposizione transitoria summenzionata (NDR art. 22 del d.lgs 75/2017), relativa al periodo 2020-2022.

In particolare, la procedura di cui al quinto periodo del comma 1 bis⁽¹⁰⁷⁾, pertanto, rimanda alla contrattazione collettiva la disciplina specifica per le “procedure comparative” del cosiddetto “regime transitorio”. Le “procedure comparative” di cui al quarto (a regime) e quinto (transitoria) periodo del comma in questione, come mero riconoscimento della professionalità acquisita in chiave di valorizzazione del capitale umano quindi, distinguendosi dalla procedura concorsuale, non dovrebbero determinare una novazione oggettiva del rapporto di lavoro nel senso più volte affermato dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato. In base a tale assunto ben sarebbe spiegata l’ultrattività del precedente rapporto obbligatorio sorto tra il dipendente che accede all’area superiore e l’amministrazione.

Peraltro, tale assunto sembra affermato dalla stessa ARAN nell’Orientamento applicativo CFC 52 del 6 settembre 2021 seppur riferito all’operatività di alcuni istituti del CCNL Funzioni centrali 2016-2018 e in ordine alla vigenza della disposizione derogatoria e transitoria di cui all’art. 22, comma 15 del D.Lgs 75/2017. In detto orientamento si dà risposta al quesito “È possibile riconoscere continuità agli istituti contrattuali maturati e non goduti (come ad es. le ferie, le ore di straordinario, i permessi retributivi di cui agli artt. 32 e 35 del CCNL comparto Funzioni Centrali 2016/2018) nel caso di progressione tra le aree ai sensi dell’art. 22, comma 15 del D. Lgs. n. 75/2017?”.

In risposta, l’ARAN afferma: “Preliminarmente, la scrivente Agenzia evidenzia la necessità di distinguere tra l’ipotesi di novazione del rapporto di lavoro a seguito di concorso pubblico e quella di continuazione dello stesso in caso di progressione tra le aree professionali. Com’è noto, la procedura prevista dall’art. 22, comma 15 del D. Lgs. n. 75/2017 permette di attivare, limitatamente per il triennio 2018-2020 e nei limiti delle vigenti facoltà assunzionali, procedure selettive per la progressione tra le aree riservate al personale di ruolo, fermo restando il possesso dei titoli di studio richiesti per l’accesso dall’esterno. Orbene, la locuzione “progressione tra le aree”, sebbene improntata a principi selettivi, non comporta alcuna novazione del rapporto di lavoro in quanto non si tratta di un concorso pubblico. Il lavoratore interessato, dunque, continuerà il proprio preesistente rapporto di lavoro con la medesima Amministrazione ma, con un inquadramento diverso -e superiore- rispetto al precedente. Da ciò ne consegue, evidentemente, che allo stesso dovrà riconoscersi la trasposizione, nonché il godimento, di tutti quegli istituti che hanno avuto maturazione prima della progressione e non siano stati fruiti (come ad esempio le ferie, i permessi ex art. 32 e 35 del CCNL citato, ecc...). A soluzione opposta, invece, si perviene nel caso di concorso pubblico, indipendentemente dal fatto che esso avvenga con o senza riserva di posti per il personale di ruolo. Il lavoratore di cui si tratta, infatti, una volta superato tale concorso, instaura con l’Amministrazione un nuovo rapporto di lavoro, diverso per natura e contenuti, da quello di cui precedentemente era titolare con la stessa. Tale novazione del rapporto comporta, in questo caso, l’estinzione del precedente rapporto di lavoro con il conseguente venir meno, quindi, anche di tutte le situazioni soggettive che in esso trovavano il proprio fondamento”.

In considerazione delle simmetrie tra le disposizioni di cui all’art. 22 comma 15 del D.Lgs 75/2017 e quelle del quarto e quinto periodo del comma 1 bis del D.Lgs 165/2001,

107 Il terzo periodo del comma 1 bis dell’art. 52 recita “Fatta salva una riserva di almeno il 50 per cento delle posizioni disponibili destinata all’accesso dall’esterno, le progressioni fra le aree e, negli enti locali, anche fra qualifiche diverse, avvengono tramite procedura comparativa basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio, sull’assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli o competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l’accesso all’area dall’esterno, nonché sul numero e sulla tipologia degli incarichi rivestiti”. Il successivo quarto periodo nell’introdurre il cosiddetto “regime transitorio” delegando alla contrattazione collettiva la specifica disciplina, dispone “In sede di revisione degli ordinamenti professionali, i contratti collettivi nazionali di lavoro di comparto per il periodo 2019-2021 possono definire tabelle di corrispondenza tra vecchi e nuovi inquadramenti, ad esclusione dell’area di cui al secondo periodo, sulla base di requisiti di esperienza e professionalità maturate ed effettivamente utilizzate dall’amministrazione di appartenenza per almeno cinque anni, anche in deroga al possesso del titolo di studio richiesto per l’accesso all’area dall’esterno.”

come introdotto dall'art. 3, comma 1 del decreto-legge 80/2021, in questa sede si può pertanto ritenere che detto orientamento applicativo sia estensibile anche alla fattispecie delle "procedure comparative" previste nel richiamato comma 1 bis.

Pertanto, in dette fattispecie non riscontrandosi una procedura concorsuale non si verificherebbe una novazione oggettiva del rapporto di lavoro tra il dipendente che accede all'area superiore e l'amministrazione atteso che "...le situazioni soggettive che in esso trovavano il proprio fondamento..." continuano a spiegare i propri effetti seppur la prestazione richiesta al lavoratore sia professionalmente più elevata.

Alla luce delle predette considerazioni, pertanto, e ritornando all'analisi dell'operatività delle progressioni verticali del "regime transitorio" da attuarsi mediante l'utilizzo delle risorse dello 0,55% del monte salari 2018 di cui all'art. 1, comma 612, della Legge 234 del 30 dicembre 2021 e dell'art. 13, comma 6 del CCNL Funzioni locali 2019-2021, ben potrebbe ritenersi che venendo meno il concetto di novazione oggettiva del rapporto obbligatorio precedentemente instaurato con l'amministrazione, dal punto di vista dell'operatività dei vincoli di finanza pubblica non sarebbero necessarie capacità assunzionali pari a quelle complessive della posizione nell'area superiore che si andrà a rivestire. Infatti, si dovranno considerare solo quelle necessarie a coprire il differenziale stipendiale tra le due posizioni: quella precedentemente rivestita dal dipendente e quella assunta all'esito positivo della "procedura comparativa".

Depone in tal senso anche una posizione interpretativa assunta dall'ARAN con l'orientamento applicativo CFL 207 in risposta al seguente quesito: Qual è il consumo di budget nel caso di progressione tra le aree di cui all'art. 13, comma 6 del CCNL 16.11.2022 da imputare allo 0,55 % del ms. 2018?

Afferma l'ARAN sul punto: "In caso di progressione tra le aree di cui all'art. 13, comma 6 del CCNL 16.11.2022, il consumo di risorse da imputare allo 0,55% del monte salari 2018 è dato dalla differenza tra i valori annuali di stipendio tabellare + quota dell'indennità di comparto a carico del bilancio dell'area di destinazione e stipendio tabellare + quota dell'indennità di comparto a carico del bilancio dell'area di appartenenza. Si ricorda che, in base al nuovo contratto, i valori dello stipendio tabellare vanno assunti nei nuovi importi annuali (ricalcolati su 13 mensilità) previsti dalla tabella G allegata al CCNL. I valori dell'indennità di comparto a carico del bilancio restano, invece, quelli di cui alla tabella D, colonna 1 del CCNL 22/1/2004 (ricalcolati su base annua per 12 mensilità, ovviamente tenendo conto delle corrispondenze tra precedenti categorie e nuove aree), dal momento che i CCNL successivi non ne hanno previsto la rivalutazione".

2.8. Considerazioni conclusive.

In conclusione, possono trarsi delle considerazioni complessive rispetto agli argomenti che sono stati trattati in questo Capitolo nel quale si è cercato di descrivere lo stretto collegamento tra le misure normative finalizzate a far conseguire un risparmio di spesa corrente, necessario al Paese in termini di saldi di finanza pubblica ad assicurare l'equilibrio di bilancio, e gli effetti sulla gestione pubblicistica e privatistica del personale delle amministrazioni locali.

Come si è evidenziato, infatti, gli effetti talvolta preclusivi, altre volte limitativi sulle capacità assunzionali e sulla operatività di istituti contrattuali di dette misure, si riverberano sia sull'assetto organizzativo sia su quello dei rapporti negoziali atteso che le amministrazioni, giocoforza, sono tenute, in ossequio al principio di legalità di cui all'art. 97, ad osservare le leggi. Ma, si è visto che in alcuni casi dette misure rischiano di compromettere una ulteriore esplicitazione degli altri principi dell'art. 97 della Carta costituzionale ed in particolare quello di autoorganizzazione quale corollario del principio di buon andamento e, in conseguenza, al fine di assicurare un contemperamento tra i

valori di livello costituzionali, sovente è stato necessario un intervento interpretativo del giudice delle leggi.

Tuttavia, questa sede deve essere evidenziato che l'attuale assetto dei vincoli di finanza pubblica seppur abbia negli anni conseguito gli obiettivi che si prefiggeva, ha prodotto problematiche applicative non di poco conto soprattutto per le amministrazioni di piccole dimensioni, quali gli enti locali minori, che hanno un assetto organizzativo e risorse limitati e che spesso si sono trovati di fronte alla scelta se rispettare i vincoli o assicurare una funzionalità organizzativa dell'ente in grado di soddisfare appieno le istanze dei cittadini. Ciò in quanto, rispetto ai comuni medio grandi alle regioni o alle amministrazioni statali, i margini di rimodulazione degli assetti organizzativi e di operatività sui propri bilanci, necessari a far fronte alle limitazioni normative, per gli enti minori appaiono assai ridotte se non del tutto assenti.

Peraltro, anche negli stessi CCNL ed in particolare, quello delle Funzioni locali, l'operatività degli istituti contrattuali sembra tarata su organizzazioni medio grandi con la conseguenza che il contemporaneo effetto dei limiti normativi di cui sopra sulla gestione del personale e sulla stessa capacità negoziale legata all'applicazione del CCNL al personale, determina per i piccoli comuni che l'attuazione della disciplina contrattuale che implica oneri finanziari (come ad esempio quella delle progressioni verticali o il finanziamento del Fondo risorse decentrate) diviene una vera e propria "mission impossible".

Lauspicio di chi scrive è che si possa pervenire ad una rivisitazione dei vincoli di finanza pubblica destinati agli enti minori che, senza perdere di vista il coordinamento della finanza pubblica, consenta ad essi di poter operare in un contesto semplificato e meno complesso al fine di assicurare il pieno soddisfacimento degli interessi della collettività di riferimento.

Le considerazioni sopra richiamate possono essere estese pacificamente anche le modalità di redazione del CCNL Funzioni locali dove alcuni istituti contrattuali sono di complessa attuazione nei piccoli comuni per le ragioni sopra evidenziate.

Per gli enti minori sarebbe auspicabile prevedere una disciplina dedicata che tenga in debita considerazione le effettive difficoltà organizzative e di bilancio con le quali gli amministratori, i segretari comunali (spesso con numerosi scavalchi) e i responsabili degli Uffici e dei servizi, quotidianamente debbono confrontarsi.

Le clausole sociali tra “vecchio” e “nuovo” Codice dei contratti: il difficile equilibrio tra, la libertà di iniziativa economica, la garanzia di conservazione dei livelli occupazionali e la promozione della parità di genere

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Le clausole sociali tra vecchio e nuovo Codice dei contratti pubblici. 3. La libertà di iniziativa economica si scontra con l'esigenza di protezione sociale. 4. La violazione della clausola sociale. 5. Il difficile equilibrio tra la garanzia di conservazione dei livelli occupazionali e la promozione della parità di genere. 6. Conclusioni.

DI CRISTIANA NAPOLITANO

ABSTRACT: L'articolo ha ad oggetto l'analisi dell'istituto delle clausole sociali tra vecchio e nuovo codice dei contratti pubblici. In particolare, la prima parte del contributo è dedicata ad una breve, ma esaustiva, ricostruzione dell'istituto così come previsto nel vecchio e nel nuovo codice appalti. La seconda parte è, invece, dedicata al tema dell'equilibrio tra la libertà di iniziativa economica e l'esigenza di protezione sociale. Nella terza parte, invece, viene messo a confronto l'obbligo, previsto dall'art. 57 del d.lgs. 36/2023, di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato ed il criterio premiale di cui all'art. 108 dello stesso decreto relativo alle politiche, adottate dalle imprese che partecipano alle gare, tese al raggiungimento della parità di genere. Nelle conclusioni si intende sottolineare l'evidente conflitto, probabilmente sottovalutato dal legislatore, che sussiste tra l'obiettivo di conservare i livelli occupazionali dell'impresa uscente e quello della promozione della parità di genere che, in concreto, implica nuove assunzioni, soprattutto a carattere femminile. Non si può, infatti, rispettare l'uno senza violare, o quanto meno comprimere, l'altro e viceversa.

ABSTRACT: *The article is concerned with the analysis of the institution of social clauses between the old and new public contracts code. In particular, the first part of the contribution is devoted to a brief, but comprehensive, reconstruction of the institute as provided in the old and new procurement code. The second part is, on the other hand, devoted to the issue of the balance between freedom of economic initiative and the need for social protection. The third part, on the other hand, compares the obligation under Art. 57 of Legislative Decree 36/2023 to ensure the employment stability of the staff employed and the bonus criterion under Art. 108 of the same decree regarding policies, adopted by companies participating in tenders, aimed at achieving gender equality. The conclusions are intended to highlight the obvious conflict, probably underestimated by the legislature, that exists between the objective of preserving the employment levels of the outgoing company and that of promoting gender equality, which, in practice, implies new hires, especially female ones. One cannot, in fact, comply with one without violating, or at least compressing, the other, and vice versa.*

1. Introduzione.

Nell'ultimo decennio si è sempre più diffusa la consapevolezza che gli appalti pubblici non rappresentano solo uno strumento per promuovere la concorrenza sui mercati, ma anche un mezzo tramite il quale è possibile sostenere obiettivi sociali comuni, uno fra tanti, la promozione dell'inclusione sociale⁽¹⁾.

Non a caso, tra i molteplici obiettivi fissati dal PNRR per la ripresa socio-economica del Paese, spiccano quelli dell'innalzamento del potenziale di crescita dell'economia e la crescita dei livelli occupazionali che rispondono ad esigenze di equità sociale, di genere e territoriale; principi che sono stati, di fatto, posti a fondamento della recente riforma dei contratti pubblici.

Ed è proprio in questo contesto che la clausola sociale si inserisce come strumento, nato originariamente per essere, in via principale, volto alla tutela dei livelli occupazionali, garantendo l'assunzione del personale già alle dipendenze dell'impresa uscente, ma le cui finalità si sono sempre di più estese verso obiettivi puramente sociali, come la garanzia delle pari opportunità generazionali e di genere, nonché di inclusione lavorativa delle persone con disabilità, negli appalti pubblici⁽²⁾.

Non a caso, la *ratio*, sottesa a tale istituto, è quella di limitare la libertà di iniziativa

1 In tal senso cfr. J. ARNOULD, *Secondary Policies in Public Procurement: the Innovations in the new Directives*, in *Public Procurement Law review*, 2004, 115 e ss.; P.M. HUBER, *Gli appalti pubblici tra meccanismo per la provvista di mezzi e strumento di direzione economica e intervento sociale*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, Giappichelli, p. 115 e ss.; C. MC CRUDDEN, *Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes*, in *Natural Resources Forum*, n. 4, p. 257 e ss.

2 Storicamente le clausole sociali nascono, in realtà, come strumenti di tutela per le posizioni patrimoniali dei lavoratori, prevedendo la possibilità per le P.A. di remunerare direttamente questi ultimi nel caso in cui l'appaltatore fosse venuto meno ai propri obblighi fondamentali. Solo successivamente si è affermata la distinzione tra clausole sociali di "prima generazione", che determinano standard di tutela, salariale e normativa, inderogabili e quelle "di seconda generazione", indirizzate alla conservazione dell'occupazione, soprattutto nei passaggi di appalto. Sul tema delle clausole sociali, Cfr., F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1909, I, p. 416 ss.; D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche a tutela dei diritti del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, p. 250 e ss.; M.T. CARINCI, *Gli appalti nel settore privato e transfrontaliero d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Milano, 2007, p. 320 e ss.; F. PANTANO, *Clausole sociali di seconda generazione e appalti pubblici: concorrenza interesse pubblico e conservazione dell'occupazione nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 4/2021, Giappichelli; F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pisa, 2020; M. COZZIO, *Prospettive per la tutela dei lavoratori negli appalti pubblici: la clausola sociale forte in discussione nella provincia autonoma di Trento*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1455; G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2019, 136; M. GIACONI, *La clausola di stabilità occupazionale prevista dall'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 605; I. INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in *Dir. relaz. ind.*, 2018, 571; M. FORLIVESI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 686; L. RAFFI, *Le clausole di seconda generazione: inventario di questioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 469; S. VARVA, *Le clausole sociali*, in *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M.T. CARINCI, C. CESTER, M. MATTAROLO, F. SCARPELLI, Torino, 2011, 321; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, II, 2014, 196; per una comparazione tra la disciplina italiana e la normativa francese cfr. G. BARBERIS, *La tutela del lavoro e le clausole sociali in Francia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1351. Per un'analisi delle distorsioni prodotte dalla ("cattiva") regolazione in tema di clausole sociali di stabilità occupazionale v. D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 47.

In giurisprudenza Cfr., Corte Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, Bundesdruckerei GmbH, pr. 30, pr. 18, in *www.dirittoegustizia.it*; Corte Giust. 17 novembre 2015, C-115/14, RegioPost, pr. 6, in *RGL*, 2016, II, 135, con nota di BRINO; Corte Giust. 12 febbraio 2015, C-396/13, Ammatillito, pr. 45, in *RGL*, 2015, II, 221, con nota di GIUBBONI; Corte Giust. 3 aprile 2008, C-346/06, Riffert, in *ADL*, 2008, 256 ss.; Corte Giust. 14 marzo 2013, C-240/12, EBS Le Relais Nord-pas-de-Calais, pr. 50, in *www.curia.europa.eu*; Corte Giust. 14 luglio 2005, C-386/03, Commissione c. Germania, pr. 27 ss., in *RGL*, 2006, II, 21 ss., con nota di PALLINI; Corte Giust. 9 dicembre 2004, C-460/02, Commissione c. Italia, pr. 34, in *RIDL*, 2005, II, 271, con nota di MUTARELLI.

economica a favore di interessi socialmente rilevanti³).

Ciò premesso, una prima osservazione che può essere fatta in merito all'odierno istituto delle clausole sociali è che, nel passaggio dal “vecchio” Codice dei contratti pubblici (approvato con decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50) al “nuovo” Codice (approvato con decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36), la definizione normativa delle clausole è rimasta invariata⁴. Infatti, in base all'art. 2, dell'Allegato I.1., del d.lgs. 36/2023, per clausole sociali si intendono quelle «*disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie*».

Pur non essendo concretamente cambiata la definizione di clausola sociale, appare evidente come, in concreto, la stessa si sia evoluta nel passaggio tra il d.lgs. 50/2016 e il nuovo d.lgs. 36/2023, dal momento che la stessa ricomprende misure non solo volte alla promozione della stabilità occupazionale del lavoratore, ma anche a favorire le pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa di persone con disabilità⁵.

Si tratta, quindi, di previsioni, di fonte normativa o contrattuale che, nel promuovere le finalità suddette, impongono, specifici obblighi a carico degli operatori economici, subordinando la libertà economica e i principi dell'economia di mercato a interessi socialmente rilevanti.

2. Le clausole sociali tra vecchio e nuovo Codice dei contratti pubblici.

Come anticipato, nell'attuale assetto normativo, è l'art. 57 del d.lgs. 36/2023 che si occupa del tema delle clausole sociali. Questo, al comma 1, nel conformarsi a quanto previsto dall'art. 1, lett. h), dalla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, ha introdotto un vero e proprio obbligo, per le stazioni appaltanti, di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, per gli affidamenti di contratti di appalto di lavori e servizi, diversi da quelli che hanno natura intellettuale, e per i contratti di concessione, apposite clausole sociali. Queste ultime, si ribadisce, prevedono le misure che gli operatori economici devono adottare al fine di garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, nonché la stabilità occupazionale del personale impiegato.

La seconda grande novità rinvenibile, *icto oculi*, nell'articolo in questione, riguarda il mancato riferimento della clausola sociale ai contratti ad alta intensità di manodopera, riferimento che caratterizzava l'ormai abrogato art. 50 del d.lgs. 50/2016. Quest'ultimo, infatti, limitava l'ambito di applicazione della clausola sociale ai soli affidamenti

³ Sul punto vedi, M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in *Centre for the Study of European Labour Law* “MASSIMO D'ANTONA”, 2/2015; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, DRI, 2001, 133 ss; A. PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, LD, 2011, I, 13-43. 151, secondo cui il connotato comune delle varie clausole sociali sarebbe l'imposizione «alle imprese operanti in determinate attività o settori, di vincoli e/o condizionamenti mirati a promuovere la tutela dei lavoratori incentivando, in cambio di vantaggi diretti (per cui sgravi, agevolazioni) o indiretti (appalti, concessioni), l'applicazione dei contratti collettivi e, in genere, ella legislazione del lavoro». Sul punto v. anche S. VARVA, *Le clausole sociali, in Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, M. T. CARINCI - C. CESTER - M. G. MATTAROLO - F. SACRPELLI (a cura di), Utet, 2011, 335.

⁴ Sulla definizione di clausole sociali v., F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *RDCComm*, 1909, I, 416 ss.; v. anche, D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore* in *RGL*, 1953, 275. Sulla distinzione tra clausole sociali di prima generazione e di seconda generazione Cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, 133 ss; L. RATTI, *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione. Elementi per un inquadramento delle clausole di riassunzione nell'ordinamento multilivello*, Padova, 2018.

⁵ Questa nuova concezione di clausola sociale in realtà è apparsa, per la prima volta, nell'art. 47 del D.L. n. 77/2021, il c.d. Decreto semplificazioni-bis, sancendo una vera e propria evoluzione del concetto stesso di clausola sociale, che già all'epoca aveva spinto qualche autore ad ipotizzare la configurazione di un “terza generazione” di clausole. Ipotesi che appare oggi, visto il dettato normativo di cui all'art. 57 del d.lgs. 36/2023, sempre più meritevole di considerazione. In tal senso Cfr., F. VERGARA, *Clausole sociali e Pnrr*, in *www.ratioiuris.it*, 2022.

dei contratti di concessione e di appalto di lavoro «con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera», ovvero sia in relazione ai servizi nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto⁶⁾.

Con il nuovo Codice, dunque, viene superata definitivamente la questione, a lungo dibattuta, circa l'obbligatorietà o meno, per la stazione appaltante, di inserire le clausole sociali nei bandi gara, negli avvisi e negli inviti, per i settori diversi da quelli ad alta intensità di manodopera, dal momento che la stessa viene, di fatto, estesa a tutti gli appalti di lavori e servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, nonché ai contratti di concessione⁷⁾.

In realtà, il 57 non è l'unico articolo del "nuovo" codice dedicato al tema della parità di genere, generazionale e dell'impiego di persone con disabilità. Esso, infatti, va letto in combinato disposto con l'art. 102, rubricato "Impegni dell'operatore economico" (nel quale vengono elencati gli impegni che le stazioni appaltanti devono richiedere agli operatori economici nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti) e con gli artt. 61, comma 2, 106, comma 8 e 108, comma 7.

Avviando l'analisi dall'art. 102, quest'ultimo prevede che l'operatore economico è tenuto a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare; le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le disabilità o svantaggiate.

Il comma 2 dello stesso articolo stabilisce, poi, che l'operatore economico è tenuto ad indicare nell'offerta le modalità con cui intende adempiere ai predetti impegni, la cui attendibilità sarà oggetto di verifica solo nei confronti dell'aggiudicatario della procedura di gara, secondo i metodi previsti per la verifica delle offerte anomale.

Ne discende, dunque che, tanto l'art. 57, quanto il 102, del d.lgs. 36/2023, stabiliscono rispettivamente non solo un obbligo, in capo alle stazioni appaltanti, di previsione delle clausole sociali il cui obiettivo, si ribadisce, è quello di garantire tanto la stabilità occupazionale del personale impiegato quanto le pari opportunità, ma anche l'obbligo, per l'operatore economico che partecipa alla gara, di assumere un impegno al rispetto di tali clausole.

Entrambe le norme, inoltre, prevedono che siano assicurati ai lavori in subappalto, tramite apposite clausole, le medesime tutele normative ed economiche previste per i

6 Sul punto v. G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2/2019; P. TULLINI, *Processi organizzativi e continuità del lavoro nelle società partecipate*, in RIDI, 2019, 1, 33 ss.; G.A. RECCHIA, *Cambio appalto, stabilità occupazionale e contrattazione collettiva*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina lavoristica, Appalti e lavoro*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2017, 235 ss.; M.M. MUTARELLI, *Contrattazione collettiva e tutela dell'occupazione negli appalti*, in G. FERRARO (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Torino, 2014, 303 ss.

7 ANAC, Linee guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali". Tuttavia, le linee guida ANAC, specificavano che, ai fini della sussistenza dell'obbligo di inserire le clausole sociali nei bandi, avvisi e inviti, non fosse sufficiente che il contratto di appalto o concessione rientrasse nell'ambito di applicazione di cui all'art. 50 del d.lgs. 50/2016, ma lo stesso doveva essere «oggettivamente assimilabile» al contratto già in essere e senza che lo stesso presentasse rilevanti elementi di novità o incompatibilità rispetto ad esso per quanto riguarda le prestazioni oggetto del contratto. La stessa ANAC aveva inoltre fornito alcuni esempi per cui l'obbligo di assorbimento è escluso tra i quali, il mutamento dell'attività oggetto dell'affidamento o della previsione di differenti condizioni soggettive degli operatori economici per l'accesso alla gara. Non era, invece, sufficiente ad escludere l'obbligo in questione il fatto che il bando di gara o il contratto avessero ad oggetto prestazioni aggiuntive rispetto alle precedenti, salva l'ipotesi in cui, «per l'entità delle variazioni e per i conseguenti effetti sulle prestazioni dedotte, risulti complessivamente mutato l'oggetto dell'affidamento».

dipendenti dell'appaltatore.

Tali previsioni ben si sposano, dunque, con il disposto di cui all'art. 11 del medesimo decreto, recante il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore, che impone di indicare, nei bandi, negli avvisi e negli inviti, il contratto collettivo applicabile⁸⁾.

Tuttavia, se da un lato entrambe le disposizioni prevedono l'obbligo di inserimento delle clausole come garanzia per la tutela dei lavoratori impiegati, della parità di genere e generazionale, dall'altro nulla dicono circa le modalità che devono essere espletate dalle stazioni appaltanti e, ancor di più, dagli operatori economici affinché tali garanzie vengano effettivamente poste in essere in fase di esecuzione del contratto di appalto.

La mancata previsione delle modalità predette rende ancora più evidente la differenza tra la disciplina riservata agli affidamenti in generale e quella prevista per gli affidamenti finanziati con fondi PNRR o PNC. Quest'ultima è infatti dettata all'art. 47, del Decreto Semplificazioni *bis* (D.L. n. 77 del 2021 convertito in legge n. 108/2021) il quale ha, per l'appunto, individuato, per i contratti pubblici finanziati in tutto o in parte con i fondi PNRR e PNC, le prescrizioni di gara che devono intendersi automaticamente inserite nella legge di gara. Alcuni esempi sono rappresentati dall'obbligo di presentare in gara la relazione del rapporto sulla situazione del personale, così come dalle clausole che devono obbligatoriamente essere previste dalla stazione appaltante, salvo espressa motivazione in senso contrario e che, laddove non previste, non etero-integrano la legge di gara, nonché, dalle prescrizioni premiali che possono essere previste in via facoltativa dalla singola stazione appaltante.

In verità, l'unico riferimento a tali modalità, rinvenibile nel nuovo d.lgs. 36/2023, è contenuto nell'art. 61, che al comma 4, rinvia all'Allegato II.3 per l'individuazione dei meccanismi e strumenti premiali rivolti alla realizzazione delle pari opportunità generazionali e di genere, nonché alla promozione dell'inclusione lavorativa delle persone disabili. Nell'Allegato II.3 sono stati infatti inserite numerose disposizioni precedentemente contenute nell'art. 47 del su citato DL semplificazioni-*bis* dedicato, per l'appunto, agli affidamenti PNRR e PNC.

Il mancato richiamo all'Allegato II.3 nell'art. 57, d.lgs.36/2023, solleva l'interrogativo se, le misure elencate nello stesso, possano essere o meno utilizzate dalle stazioni appalti, seppur in via del tutto facoltativa, per gli appalti diversi da quelli "riservati". Possibilità, questa, che non ha ragione di essere esclusa.

Tuttavia, una tale omissione, altro non fa che sottolineare il diverso tenore di incisività del sistema di tutela della parità di genere e generazionale, che appare sicuramente maggiore per i contratti finanziati con PNRR o PNC, rispetto a quello riservato per tutte le altre tipologie di appalto, dal momento che per i primi, le misure ed i criteri premiali, oggi trascritte nell'allegato II.3 e riferibili soltanto agli appalti "riservati", devono essere obbligatoriamente previste nei bandi di gara, avvisi o inviti.

3. La libertà di iniziativa economica si scontra con l'esigenza di protezione sociale.

Altra questione rilevante, a lungo dibattuta in dottrina e giurisprudenza, è quella relativa all'equilibrio tra l'esigenza di protezione sociale perseguita con le clausole so-

⁸ Per un approfondimento sul tema, Cfr. I. SANTORO, *'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Centre for the Study of European Labour Law* "MASSIMO D'ANTONA", 467/2023.

ciali e la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost⁹.

Il tema delle clausole sociali, infatti, rappresenta uno degli ambiti in cui è maggiormente rinvenibile il contrasto tra libera concorrenza e tutela del lavoratore dal momento che le stesse operano come strumenti volti a favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori¹⁰. L'obbligo di riassorbimento del personale utilizzato dal precedente appaltatore ha come conseguenza quella di condizionare ed alterare la concorrenza tra imprese, limitando, di fatto la libertà di iniziativa economica e comportando come effetto, quello di scoraggiare, almeno potenzialmente, la partecipazione alle gare da parte degli operatori economici¹¹.

Sotto questo profilo storicamente le clausole sociali hanno sempre posto problemi di legittimità tanto con riferimento al diritto interno, quanto a quello eurounitario¹². In particolare, in base all'orientamento giurisprudenziale prevalente, l'obbligo di riassorbimento del personale utilizzato dall'appaltatore uscente, deve essere necessariamente visto alla luce della compatibilità dello stesso con l'organizzazione di impresa scelta dall'operatore economico subentrante, dal momento che tale obbligo non ha né i caratteri della perentorietà né, tanto meno, quello dell'automaticità.

Infatti, nel passaggio dall'impresa uscente all'impresa subentrante, non possono esistere automatismi, dal momento che quest'ultima non può essere costretta ad assorbire tutti i lavori già impiegati dall'appaltatore uscente¹³.

Secondo il giudice amministrativo¹⁴, le clausole sociali, il cui scopo è quello di garantire la conservazione dell'impiego, devono essere soggette ad una «applicazione elastica» e non rigida in modo da poter contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà di impresa e con la facoltà, in essa insita, di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, allo scopo di realizzare economie di costi nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici¹⁵. A ciò si aggiunga che, il lavoratore non gode di un diritto alla conservazione delle posizioni giuridiche già maturate, a meno che non ci sia stata una previsione in tal senso all'interno di un eventuale accordo sindacale e che tale accordo sia stato sottoscritto dall'impresa subentrante o da una organizzazione sindacale alla quale quest'ultima aderisce¹⁶.

9 V., tra gli altri, M. PALLINI, *Verso una nuova funzione "protezionistica" del diritto del Lavoro?*, in U. GARGIULO- M. RANIERI (a cura di), *Protezionismo e diritto del lavoro. Spunti di riflessione, quaderno di DML*, 2020, 57 e ss.; S. GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali e Diritto del lavoro oggi*, in EDP, 2015, 494 ss.; M. CORIT, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una scelta*, in DLRI, 2016, 516; D. YZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino, 2018; M. ORLANDI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013.

10 P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in RIDL, 2018, I, 199 e ss; in giurisprudenza Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433, in *EA*, 2016, 6, 1498; Cons. Stato sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255, in *EA*, 2016, 3, 561; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242, in *DJ*; Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5598, in *EA*, 2015, 12, p. 3061; Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, in *EA*, 2014, 11, 2816; Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2013, n. 1896, in *EA*, 2013, 4, p. 904.

11 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, parere prot. N. 722361, dell' 11 dicembre 2015.

12 Sul tema Cfr. F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*. Cassino, 19-19 maggio 2017, Milano, 2018, 4, 4 e ss.; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA"*, 2014.

13 Tra le tante pronunce, v. Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2016, n. 1255, in *EA*, 2016, 561 ss. (m); Cons. St., sez. III, 5 aprile 2013, n. 1896, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2637, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2015, 3, 48, con nota di BOTTEON.

14 Cfr. Cons. St., sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255.

15 Cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6615, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 10 giugno, 2019, n. 3885, in www.giustizia-amministrativa.it.

16 Cfr. Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2016, n. 1255.

Al fine di conciliare la tutela occupazione dei lavoratori con la libertà di iniziativa economica, si è ritenuta salva la possibilità per il concorrente, di ridurre il numero e/o modificare la qualifica del personale da “assorbire”, previa la dimostrazione dell’esistenza di un diverso modello organizzativo aziendale, che legittimi e giustifichi tale flessibilità nell’applicazione della clausola in argomento.

Anche l’ANAC ha, di fatto, accolto l’orientamento abbracciato dai giudici amministrativi sul tema affermando che, la clausola di assorbimento, non può in nessun modo costituire una «barriera all’ingresso, nella forma della richiesta di elementi di inammissibilità dell’offerta»⁽¹⁷⁾.

La stessa Autorità, con le linee guida del 13 febbraio 2019, ha optato per una applicazione “flessibile” della clausola sociale, da intendersi nel senso che essa deve essere applicata nel rispetto della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost. nonché a tutela della libertà di impresa di cui all’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, e dei principi di proporzionalità e libera concorrenza⁽¹⁸⁾. L’applicazione della clausola sociale, quindi, non può comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale dell’impresa uscente poiché questo comporterebbe una “*ingiustificata compressione*”⁽¹⁹⁾ della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost., che a sua volta implica una libertà, in capo all’imprenditore, di organizzare la propria impresa come meglio ritiene⁽²⁰⁾.

È dunque escluso che il bando passa definire il contenuto dell’obbligo di riassorbimento del personale dell’impresa uscente in maniera rigida, dal momento che tale obbligo può essere imposto solo nei limiti in cui lo stesso sia compatibile con il «fabbisogno richiesto dall’esecuzione del nuovo contratto» nonché armonizzato e reso compatibile con l’organizzazione di impresa prescelta dall’impresa subentrante⁽²¹⁾.

Ecco, dunque, che il contenuto della clausola rivolta a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato, si riduce, di fatto, al solo obbligo per l’impresa subentrante di assumere con priorità i lavoratori dell’appaltatore uscente, sempreché il loro numero e la loro qualifica risulti armonizzabile con l’organizzazione che l’impresa subentrante ha scelto⁽²²⁾.

Orbene, le posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa e dall’ANAC in tema di clausole sociali rivolte al riassorbimento del personale dell’impresa uscente, pur riferendosi all’ormai superata disciplina del d.lgs. 50/2016, risultano essere ancora attuali alla luce del nuovo disposto normativo.

17 In tal senso, ANAC, parere del 23 gennaio 2013, n. 41.

18 In senso critico, cfr. G. ORLANDINI, *Nilhil novi sub sole? Le linee guida dell’ANAC in materia di clausole sociali e la lettura “continuista” degli obblighi di riassunzione*, in *Diritti e Lavoro Flash*, 2018, 4, 4 ss.

19 Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 272; Cons. St., Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079, in *DJ*.

20 Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 272, in *DJ*.

21 ANAC, Linee guida n. 13, “*La disciplina delle clausole sociali*”; in giurisprudenza, Cfr. Cons. St., sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551; Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078, in *FA*, 2017, 5, 1026; T.A.R. Toscana, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231, in *FA*, 2017, 2, 370; Cons. St., sez. III, 30/03/2016, n. 1255. Inoltre, il Consiglio di Stato, nel Parere del 21 novembre 2018, n. 2703, ha richiamato l’orientamento della Corte Costituzionale nella sentenza 3 marzo 2011, n. 69 con cui è stata dichiarata «l’illegittimità costituzionale di disposizioni di leggi regionali che non si limitavano a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, nel caso di discontinuità dell’affidatario, ma stabilivano in modo automatico e generalizzato “l’assunzione a tempo indeterminato” del personale già “utilizzato” dalla precedente impresa o società affidataria dell’appalto».

22 TAR Calabria, sez. I, 15 marzo 2017, n. 209, 2017. Cfr. anche Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 272; Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078; Cons. St. sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; Cons. St., sez. V, 16 agosto 2016, n. 3639; Cons. St., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255; Cons. St., IV, 2 dicembre 2013, n. 5725, in *FA*, 2013, 12, 3376; TAR Toscana, Sez. III, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231, in *FA*, 2017, 2, 370. Il giudice amministrativo ha, inoltre, affermato che, nel caso in cui le esigenze organizzative dell’impresa subentrante non consentano il mantenimento dei lavoratori nello specifico servizio affidato, «i lavoratori, che non trovano spazio nell’organigramma dell’appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall’appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali, ma la clausola non comporta invece alcun obbligo per l’impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria». Cfr. Cons. St., sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.

Il legislatore, infatti, con il “nuovo” codice dei contratti non sembra essersi chiarito sul tema ma, al contrario, si è limitato a ribadire nell’art. 57, sulla scia di quanto già previsto nel d.lgs. 50/2016, all’art. 50, il mero obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere all’interno dei bandi di gara, degli avvisi e degli inviti, le predette clausole sociali, lasciando, di fatto, a quest’ultime l’onere di individuare le misure più idonee a garantire da un lato la libertà di iniziativa economica e di organizzazione di impresa, dall’altro l’esigenza di protezione sociale dei lavoratori impiegati nell’impresa uscente.

Nell’assetto normativo attuale, dunque, risulta ancora difficile individuare, con precisione, i criteri specifici in grado di garantire un effettivo contemperamento degli interessi in gioco, situazione questa dovuta ad un quadro ordinamentale poco chiaro e non esemplificativo, tanto nel diritto eurounitario, quanto in quello nazionale. Si dovrà dunque attendere la posizione che il giudice amministrativo assumerà sul tema e, in particolare, sull’art. 57 del recente d.lgs. 36/2023.

4. La violazione della clausola sociale.

Altro delicato argomento riguarda il complesso tema delle conseguenze che derivano dal mancato rispetto della clausola sociale. Si tratta di una problematica che è stata a lungo oggetto di trattazione con riferimento alla normativa previgente e che si ripropone anche alla luce del nuovo Codice dei contratti, dal momento che quest’ultimo si riferisce, a differenza del previgente art. 50 del d.lgs. 50/2016, all’art. 57, comma 1, alle misure elencate nelle clausole come a “requisiti necessari dell’offerta”.

Sembrirebbe, dunque, che il legislatore abbia voluto apertamente superare quell’orientamento consolidato della giurisprudenza che non attribuiva alle clausole sociali il potere di condizione l’ammissibilità dell’offerta, risolvendosi, di conseguenza, in “requisito di partecipazione”.

Con riferimento all’art. 50 del d.lgs. 50/2016, la giurisprudenza amministrativa aveva sottolineato come le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedevano che le clausole sociali fossero in grado di imporre solo condizioni di “esecuzione” del contratto e che non potessero, per converso, condizionare l’ammissibilità dell’offerta. Il giudice, infatti, più volte ha ribadito che la clausola sociale non impediva «la valutazione dei requisiti soggettivi dei concorrenti»⁽²³⁾.

Secondo l’ANAC, invece, era necessario distinguere tra la mancata accettazione della clausola sociale in fase di presentazione dell’offerta, e l’inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale in fase di esecuzione del contratto.

Nel primo caso, la violazione doveva comportare necessariamente l’esclusione dalla gara, dal momento che l’offerta difettava di uno dei requisiti richiesti, e per tale motivo risultava inammissibile. La stazione appaltante doveva, dunque, richiedere al concorrente di allegare all’offerta un programma di riassorbimento in cui andavano illustrate le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con contestuale indicazione del numero dei lavoratori che avrebbero beneficiato della clausola stessa e con la relativa proposta contrattuale. La mancata presentazione del progetto suddetto doveva corrispondere a mancata accettazione della clausola sociale stessa con la conseguenza che l’operatore doveva essere escluso dalla gara.

Altra questione era invece l’inadempimento degli obblighi di riassorbimento della manodopera in fase di esecuzione del contratto di appalto. In questo caso, la violazione poteva essere sanzionata soltanto dalla stazione appaltante come inadempimento contrattuale ai sensi dell’art. 110 del d.lgs. 50/2016 (oggi sostituito dall’art. 113, d.lgs. 36/2023) e solo in presenza di un grave inadempimento, tale da compromettere la

²³ Cfr. *ex multis*, Ad. Plen., Cons. St., del 6 agosto 2013, n. 19; T.A.R., Napoli, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 848.

buona riuscita delle prestazioni⁽²⁴⁾.

Come anticipato, con l'art. 57 del "nuovo" Codice dei contratti, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto mettere un punto fermo sulla questione suddetta. È la stessa norma, infatti, che riconosce espressamente, alle misure contenute nelle clausole sociali, valore di requisito necessario dell'offerta.

Le clausole sociali, dunque, acquistano una espressa rilevanza all'interno della gara, con la conseguenza che, la loro mancata inclusione all'interno dell'offerta da parte dell'operatore economico, si deve risolvere nella necessaria esclusione di quest'ultimo dalla gara⁽²⁵⁾.

Il legislatore del 2023 ha dunque abbracciato l'orientamento, in parte anche espresso dall'ANAC nelle linee guida, e portato avanti da una parte della giurisprudenza amministrativa, che riteneva non possibile relegare la rilevanza della clausola sociale alla sola fase di esecuzione dell'appalto, dal momento che la violazione degli obblighi assunti dall'aggiudicatario in sede di gara, pur riguardando l'esecuzione del rapporto, di fatto rilevano anche all'interno della procedura di selezione, quale indice sintomatico di ulteriori vizi dell'offerta medesima, in particolare sotto i profili della univocità e completezza dell'offerta, ovvero dell'anomalia di quest'ultima⁽²⁶⁾.

5. Il difficile equilibrio tra la garanzia di conservazione dei livelli occupazionali e la promozione della parità di genere.

Un'ultima questione, meritevole di approfondimento, riguarda l'equilibrio tra le misure espresse all'interno delle stesse clausole sociali e, in particolare, tra quelle rivolte a garantire la stabilità occupazionale e quelle, invece, rivolte alla promozione della parità di genere⁽²⁷⁾.

Infatti, il dettato dell'art. 57, nel prevedere l'obbligo per l'operatore economico di rispettare le clausole sociali che dettano le misure «orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato», non sembra attribuire un grado di preferenza tra le finalità perseguite, rendendo quasi implicita la concorrenza tra misure con finalità tra loro diverse.

L'impresa subentrante si trova, di fatto, nella complessa posizione di dover contemporaneamente garantire non solo i livelli occupazionali mantenuti dall'impresa uscente, ma anche promuovere l'inclusione lavorativa generazionale e di genere, nell'organizzazione della propria impresa.

Si tratta, dunque, di due obiettivi che facilmente possono entrare in conflitto tra di loro. Infatti, se l'impresa subentrante è tenuta a conservare i livelli occupazionali dell'appaltatore uscente non può, contemporaneamente, riequilibrare il genere della forza lavoro, o assumere giovani.

Mantenere invariato il vecchio assetto occupazionale, implica, necessariamente, una impossibilità di rinnovare l'occupazione in chiave di pari opportunità.

Il contrasto tra finalità è ancora più evidente se si considera che il proposito della garanzia delle pari opportunità è stato rafforzato con l'introduzione del punteggio premiale di cui all'art. 108, d.lgs. 36/2013, che detta i criteri di aggiudicazione degli appalti

24 Cfr. G. ORLANDINI, *Nihil novi sub sole? Le linee guida dell'ANAC*, op. cit., Secondo l'autore sarebbe più opportuno considerare il mancato rispetto della clausola sociale da parte dell'impresa come espressione della "sostanziale volontà di non accettazione della clausola".

25 Cfr. G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, op. cit.

26 Cfr. Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078.

27 Sul tema cfr., E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Napoli, 2021; F. SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in *Tutela e sicurezza nel lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, (a cura di) M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI, Torino, 2011, 307; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. relax. ind.*, 2001, 133 ss.

di lavori, servizi e forniture.

Quest'ultimo, al comma 7, ha previsto che, al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche tramite autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'art. 46-*bis* del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs. 198/2006⁽²⁸⁾.

Punteggio premiale che di converso, non sembra essere previsto anche per la clausola di riassorbimento del personale impiegato.

L'impresa subentrante, dunque, si trova davanti ad un bivio: rispettare le misure della clausola sociale che le impongono di mantenere i livelli occupazionali dell'impresa uscente o garantire un equilibrio di genere nell'impiego, ottenendo addirittura un punteggio premiale in quest'ultimo caso, la cui alternatività, come anticipato, nasce per l'impossibilità in concreto di garantire entrambe contemporaneamente.

Alternatività in concreto che, di fatto, espone l'appaltatore che partecipa alla gara, ad una possibile esclusione dalla stessa, o, se l'impossibilità sorge in fase di esecuzione del contratto, ad un inadempimento contrattuale dal momento che, si ricorda, l'articolo 57, del d.lgs. 36/2023, ha inquadrato le misure orientate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, nonché la stabilità occupazionale del personale impiegato, come requisiti necessari dell'offerta.

Da ciò, non può concludersi, che le disposizioni che disciplinano l'istituto delle clausole sociali, nel prevedere, da un lato, l'obbligo per l'impresa subentrante di adottare misure rivolte alla garanzia della stabilità occupazionale del personale impiegato dall'appaltatore uscente e, dall'altro, quello di adottare misure orientate a garantire le pari opportunità di genere e generazionali, appaiono evidentemente contraddittorie tra loro e sottolineano una mancanza di raccordo tra le norme del nuovo codice che, nella pratica, potrà verosimilmente comportare ritardi ed incertezze nella fase di espletamento della gara pubblica⁽²⁹⁾.

6. Conclusioni.

Giungendo, dunque, alle conclusioni dell'indagine, non si può non riconoscere al legislatore il merito di aver provato, ancora una volta, ad attribuire rilievo alle clausole sociali all'interno della disciplina dei contratti pubblici.

Tentativo che ha voluto essere più incisivo rispetto al passato e che ha preso spunto dalla normativa emergenziale introdotta con il D.L. semplificazioni *bis* per gli appalti finanziati con fondi PNRR o PNC.

Incisività che, a sua volta, emerge in maniera chiara tanto nella previsione di un non fraintendibile obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere clausole sociali nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, quanto nell'elevazione delle misure, contenute all'interno di queste ultime, a requisiti essenziali dell'offerta.

Tuttavia, l'obiettivo della piena ed effettiva realizzazione dell'inclusione sociale, in una materia, come quella dei contratti pubblici, che sembra sempre prediligere la ga-

²⁸ La disposizione nel prevedere espressamente che l'assegnazione di un punteggio premiale ha, in realtà, il merito di aver attribuito nuovamente dignità alla certificazione per la parità di genere. In realtà, prima dell'introduzione del Codice degli appalti del 2023, già l'art. 47 del Decreto Semplificazioni *bis* (D.L. n. 77/2021) aveva previsto l'inserimento di requisiti di partecipazione e di misure premiali volte a perseguire finalità di pari opportunità generazionale e di genere e a promuovere l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità negli appalti finanziati con le risorse PNRR e PNC.

²⁹ Sul rapporto tra stabilità occupazionale e parità di genere introdotta con il D.L. n. 77/2021, Cfr. D. CAPOTORO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove Autonomie*, 3-2021, 816-817, dove l'autore affronta il tema dell'antinomia tra la clausola di riassorbimento e la parità generazionale e di genere introdotta con D.L. Semplificazioni *bis*.

ranza di una concorrenza effettiva fra le imprese e della maggiore apertura possibile del mercato, sembra essere ancora lontana.

La normativa di settore appare, infatti, ancora, priva di raccordo, con il risultato di disposizioni non armonizzate tra di loro, basti solo pensare al conflitto concreto, in precedenza accennato, che sussiste tra l'obbligatorietà della previsione di clausole di riassorbimento del personale impiegato dall'appaltatore uscente e la garanzia della parità di genere e generazionale.

Resta, dunque, aperto l'interrogativo circa quale dei due obiettivi dovrà essere preferito dall'operatore economico interprete. Ad essere disciplinate, sono infatti, garanzie, che in concreto possono rivelarsi in contrasto tra loro laddove esprimono obiettivi che non possono, di fatto, essere soddisfatti contemporaneamente, lasciando all'operatore economico la scelta di quali, tra i due obiettivi, privilegiare in chiave opportunistica, vale a dire al fine di ottimizzare la sua partecipazione alla procedura di gara e massimizzare le *chances* di aggiudicazione della stessa; appare del tutto evidente che la rilevanza degli interessi e delle tutele in gioco non può essere rimessa allo stesso operatore economico: quest'ultimo infatti, non potrà garantire i livelli occupazionali nel personale impiegato dall'impresa uscente, senza violare le pari opportunità generazionali e di genere e viceversa.

Concessioni balneari: tra resa dei conti e possibili soluzioni

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Brevi cenni sulla disciplina dei beni pubblici. 3. Concessioni balneari: la normativa originaria e le prime proroghe. 4. La prima bocciatura della Corte di giustizia. 5. La reazione dell'Italia alla sentenza della Corte di giustizia. 6. Le decisioni dell'Adunanza Plenaria del 2021. 7. La “nuova” reazione dell'Italia alle sentenze dell'Adunanza Plenaria. 8. La sentenza del Consiglio di Stato del 1° marzo 2023. 9. La nuova bocciatura della Corte di giustizia. 10. Possibili nuovi approcci (lato legislatore). 11. Possibili nuovi approcci (lato concessionario). 12. Considerazioni conclusive.

DI ANDREA NARDI

ABSTRACT: Sulla materia delle concessioni dei beni demaniali marittimi si registrano da anni forti contrasti tra il legislatore italiano e la giurisprudenza nazionale ed europea, il primo che ha continuato a prorogare le concessioni in essere, la seconda che ha invece accertato l'illegittimità di tali proroghe a fronte della necessità di bandire gare per l'affidamento delle concessioni. Lo scontro sembra tuttavia ormai giunto alla fine o comunque a un'inevitabile resa dei conti in quanto i giudici amministrativi hanno chiarito che eventuali ulteriori proroghe dovranno essere disapplicate anche direttamente dall'amministrazione locale che dovrà quindi procedere all'indizione delle gare. In tale contesto appare quindi opportuno individuare nuove possibili soluzioni che potrebbero essere perseguite da parte sia del legislatore sia degli attuali concessionari, soluzioni in linea con la normativa e giurisprudenza di riferimento e che possano portare a un nuovo punto di equilibrio tra i vari interessi coinvolti ponendo così fine a uno scontro che dura ormai da troppi anni.

ABSTRACT: *On the subject of concessions of State-owned maritime, there have been strong disagreements for years between the Italian legislature and national and European case law, the first having continued to extend existing concessions, the second having instead ascertained the illegitimacy of such extensions because of the need to launch a tenders to assign the concessions. However, the clash now seems to have come to an end, or at an inevitable showdown, considering that administrative judges have clarified that any further extensions of the concessions will have to be disappplied directly by the local administration, that will then have to launch tenders. In this context, therefore, it would seem necessary to find possible new solutions that could be pursued by both the legislature and the current concessionaires, solutions that are in line with the reference legislation and case law and that could lead to a new balance between the interests involved, thus putting an end to a clash that has been going on for too many years.*

1. Premessa.

Con una sentenza del marzo 2023, il Consiglio di Stato⁽¹⁾ ha accertato l'illegittimità della normativa italiana che da anni prevede la proroga delle concessioni demaniali marittime in essere ribadendo i principi già espressi due anni prima con le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021⁽²⁾. La normativa nazionale contrasta, infatti, con quella eurounitaria e pertanto deve essere disapplicata non solo dal giudice, ma anche dagli amministratori locali che sono quindi tenuti a mettere a gara le concessioni. Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea nell'aprile 2023⁽³⁾ ha ribadito principi analoghi, peraltro confermando un suo precedente del 2016⁽⁴⁾. Sentenze certamente di grande impatto pratico, ma che, a ben vedere, si sono limitate a confermare principi ormai consolidati e che pertanto non possono considerarsi delle novità inaspettate. Nella materia domina in realtà, da troppi anni, una grande confusione accentuata dalla proliferazione di una legislazione estemporanea e caotica che non ha mai affrontato il problema a livello strutturale, limitandosi soltanto a rinviarlo. Anche a fronte delle recenti sentenze di cui sopra appare quindi giunto il momento di affrontare la questione con un approccio diverso che parta dal rispetto della disciplina di riferimento e che, entro i suoi limiti, cerchi di trovare soluzioni alternative. Per fare questo appare anzitutto necessario, dopo una breve premessa sulla disciplina dei beni pubblici in generale, ripercorrere le principali vicende che hanno interessato la materia in esame e, quindi, sia gli interventi normativi che si sono susseguiti nel corso degli anni, sia gli arresti giurisprudenziali più rilevanti. Solo dopo di questo sarà possibile prospettare nuove soluzioni che possano in qualche modo bilanciare le esigenze di interesse pubblico da un lato e quelle private degli operatori del settore dall'altro.

2. Brevi cenni sulla disciplina dei beni pubblici.

Anche la pubblica amministrazione, come ogni soggetto privato, può essere proprietaria di beni. Tuttavia, mentre i soggetti privati possono godere e disporre liberamente delle loro proprietà, i soggetti pubblici, in linea generale, sono tenuti a utilizzare i propri beni per perseguire i propri fini istituzionali⁽⁵⁾.

Non tutti i beni dell'amministrazione seguono lo stesso regime giuridico dei beni dei privati, alcuni di essi sono infatti soggetti a una disciplina speciale. Del resto, già il diritto romano conosceva la distinzione tra *res in commercio* e *res extra commercio*, tra le quali vi erano le *res publicae* ossia quelle destinate alla generalità dei cittadini⁽⁶⁾.

In particolare, il Codice civile distingue tra beni del demanio pubblico (artt. 822 ss.) e beni patrimoniali (art. 826).

Questi secondi, a loro volta, si dividono in beni del patrimonio disponibile, liberamente commercializzabili, alienabili e usucapibili, e quelli del patrimonio indisponibile. Questi ultimi, ancorché alienabili, non possono essere sottratti alla loro destinazione, sono tassativamente elencati nel Codice civile e la rimozione del vincolo di destinazione necessita di un atto amministrativo.

Il demanio pubblico viene invece generalmente distinto in demanio necessario, ossia quei beni che possono appartenere soltanto allo Stato, e demanio accidentale o

1 Consiglio di Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192.

2 Consiglio di Stato, Ad. pl., 9 novembre 2021, n. 17 e 18.

3 Corte di Giustizia UE, sez. III, 20 aprile 2023, C-348/22.

4 Corte di Giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15.

5 A. POLICE, I beni di proprietà pubblica, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*³, Torino, Giappichelli Editore, 2014, 510 ss.

6 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, 405.

eventuale, ossia quei beni classificabili come demaniali solo se appartenenti allo Stato. I primi sono individuati dall'art. 822, c. 1, del Codice civile, che qualifica come tali il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti (c.d. demanio marittimo) nonché i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia (c.d. demanio idrico)⁽⁷⁾ oltre alle opere destinate alla difesa nazionale (c.d. demanio militare)⁽⁸⁾.

Il comma 2 della stessa disposizione indica, invece, i beni appartenenti al demanio accidentale ossia le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche e gli altri beni che la legge assoggetta al regime del demanio pubblico⁽⁹⁾.

Quanto al regime giuridico, i beni demaniali sono incommerciabili, non aggredibili dai creditori e non possono formare oggetto di diritti in favore di terzi se non secondo le leggi speciali. L'amministrazione, ai sensi dell'art. 823, c. 2, Cod. civ. può tutelare i beni demaniali sia in via amministrativa sia attraverso gli ordinari mezzi di difesa della proprietà⁽¹⁰⁾. L'amministrazione possiede, quindi, poteri di autotutela⁽¹¹⁾ attraverso i quali può accertare contravvenzioni, applicare sanzioni e adottare ordini di sgombero⁽¹²⁾.

Il regime peculiare dei beni pubblici riguarda anche il loro utilizzo. Si annovera anzitutto il c.d. uso diretto di alcuni beni che possono essere utilizzati esclusivamente dal proprietario pubblico per il perseguimento dei propri compiti e attività, con previsione anche di sanzioni penali in caso di uso di tali beni da parte di altri. È il caso del demanio militare riservato allo Stato ai fini della difesa nazionale⁽¹³⁾ o alle sedi dei pubblici uffici⁽¹⁴⁾.

Invece, in linea generale, i beni del demanio sono destinati alla fruizione pubblica, c.d. uso generale come quello del demanio marittimo (es. lido del mare) o quello stradale che in questo modo assolvono alla loro funzione al servizio della collettività. Questo tipo di uso non costituisce in capo agli utenti alcuna posizione differenziata da far valere, ma soltanto interessi di mero fatto⁽¹⁵⁾.

L'amministrazione può tuttavia riservare l'uso di tali beni a determinati soggetti (c.d. uso particolare) e ciò avviene attraverso lo strumento della concessione amministrativa⁽¹⁶⁾ con la quale si instaura un rapporto pubblicistico tra soggetto pubblico e privato nell'ambito del quale quest'ultimo si obbliga a corrispondere un canone; il concessionario è, inoltre, soggetto a decadenza in caso di utilizzo illegittimo del bene. In questo caso, a differenza che nell'uso generale, in capo all'utilizzatore

7 A titolo esemplificativo, l'art. 28 del Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Codice della navigazione) prevede che "Fanno parte del demanio marittimo: a) il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo". Altro esempio è l'art. 692 dello stesso Codice della navigazione secondo il quale "Fanno parte del demanio aeronautico civile statale: a) gli aeroporti civili appartenenti allo Stato; b) ogni costruzione o impianto appartenente allo Stato strumentalmente destinato al servizio della navigazione aerea. Gli aeroporti militari fanno parte del demanio militare aeronautico".

8 E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*¹², F. FRACCHIA (a cura di), Milano, Giuffrè Editore, 2016, 215.

9 Anche altre leggi speciali qualificano alcuni beni come demaniali. Ad esempio, ai sensi dell'art. 143, c. 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente) "Gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge". L'art. 144, c. 1, dello stesso codice prevede altresì che "Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato".

10 C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Piacenza, La Tribuna, 2021, 293.

11 M. OLIVI, in *Dizionario di diritto amministrativo*, M. CLARICH e G. FONDERICO (a cura di), Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, 121.

12 E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*², cit., 218 ss.

13 E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*², cit., 231.

14 A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 518.

15 M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*⁷, Padova, Cedam, 2009, 1138.

16 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*⁵, cit., 415.

particolare sussiste un interesse differenziato al rilascio e al mantenimento della concessione, ossia un interesse legittimo c.d. pretensivo⁽¹⁷⁾.

Il ruolo dell'amministrazione muta a seconda delle tipologie di uso che si prendono in considerazione. Infatti, nell'uso diretto prevalgono i profili di gestione e di utilizzo del bene, mentre invece nei casi di uso particolare sono prevalenti i profili di organizzazione e regolazione dello stesso da parte di terzi⁽¹⁸⁾.

Con riferimento a quest'ultima categoria di uso, è stato chiarito come il potere di rilascio di una concessione di un bene demaniale è espressione di un potere discrezionale e, tenuto conto che l'uso particolare limita la fruizione del bene da parte della collettività, l'amministrazione è tenuta a chiarire le ragioni sottese al rilascio della concessione, mentre il diniego può essere giustificato anche da sole ragioni di opportunità⁽¹⁹⁾. Infatti, considerato che la concessione comporta una deroga all'uso collettivo di un bene, riservando lo stesso al solo concessionario, risulta di particolare importanza non solo il fine per il quale l'amministrazione effettua detta scelta, ma anche i criteri con cui individua il concessionario⁽²⁰⁾.

A titolo esemplificativo, la possibilità di concedere l'uso particolare di un bene demaniale a un privato è prevista dall'art. 36 del Codice della navigazione⁽²¹⁾, il quale prevede che l'amministrazione possa concedere l'uso "anche esclusivo" del demanio marittimo, per esempio, per la realizzazione di uno stabilimento balneare.

Tenuto conto che l'uso particolare di un bene demaniale, come detto, esclude il suo utilizzo da parte della collettività, lo stesso deve essere concesso tramite procedure pubbliche e trasparenti al fine di individuare il miglior gestore del bene. Proprio nell'ambito del demanio marittimo vi è stato un ampio ricorso alle concessioni e così "quello che il codice della navigazione definisce uso eccezionale è divenuto la regola, mentre l'uso generale è divenuto l'eccezione"⁽²²⁾.

3. Concessioni balneari: la normativa originaria e le prime proroghe.

Per ripercorrere la normativa nazionale stratificatasi nel corso degli anni in materia di concessioni balneari è necessario anzitutto partire dal Codice della navigazione (Regio Decreto del 30 marzo 1942, n. 327). Come visto, l'art. 36 "Concessione di beni demaniali" prevede che l'amministrazione, "compatibilmente con le esigenze del pubblico uso", può concedere l'occupazione o l'uso, "anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo". Il successivo art. 37, "Concorso di più domande di concessione", nella versione originaria, prevedeva l'esperimento di una valutazione comparativa solamente in caso di presenza di più

17 M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*², cit., 1138.

18 A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 519.

19 C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 299 ss, secondo cui, "l'uso istituzionale del bene è quello appunto di essere aperto alla libera fruizione della collettività e che, pertanto, il rilascio della concessione, che quella destinazione istituzionale limita, deve essere giustificato dall'esistenza di valide ragioni".

20 A. ABBRUZZESE, *Le concessioni demaniali marittime alla luce della direttiva Bolkestein: tra regolamentazione della concorrenza e tutela dei beni comuni. Spunti per una riflessione comparata*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 95.

21 Ai sensi dell'art. 36, c. 1, del Regio decreto n. 327/1942 (Codice della navigazione), "L'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo".

22 G. COLOMBINI, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 3, 2022, pp.675 ss.

domande per la concessione del bene⁽²³⁾. Il secondo comma dello stesso articolo⁽²⁴⁾ prevedeva tuttavia una “preferenza” in favore del soggetto già titolare della concessione (c.d. diritto di insistenza)⁽²⁵⁾.

Un primo rinnovo delle concessioni (di sei anni in sei anni) è stato previsto con il decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime)⁽²⁶⁾. Successivamente, la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Finanziaria 2007) ha fissato il termine massimo di durata delle concessioni in venti anni⁽²⁷⁾.

In tale contesto, è sopravvenuta la direttiva 12 dicembre 2006, n. 123 (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno), meglio nota come direttiva Bolkestein. In particolare, l'art. 12 ha previsto, al paragrafo 1, che ove il numero delle autorizzazioni disponibili sia limitato a causa della “scarsità delle risorse naturali”, gli Stati membri devono bandire procedure pubbliche e trasparenti. Il paragrafo 2 esclude poi sia il rinnovo automatico delle concessioni, sia la possibilità di accordare vantaggi al gestore uscente⁽²⁸⁾.

Le previsioni della direttiva Bolkestein si ponevano peraltro in linea con l'allora art. 43 del Trattato CE poi trasfuso nell'attuale art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale vieta agli Stati membri di prevedere restrizioni o limitazioni della libertà di stabilimento dei cittadini degli altri Stati membri ai quali pertanto doveva essere garantito l'accesso e l'esercizio delle attività autonome, nonché la costituzione e la gestione delle imprese alle stesse condizioni previste dalla legislazione

23 L'attuale versione dell'art. 37 del Codice della navigazione prevede che “Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata”.

24 L'art. 1, c. 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni in legge 26 febbraio 2010, n. 25, ha abrogato l'ultimo periodo dell'art. 37, c. 2, del Codice della navigazione, il quale prevedeva che “E' altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze”.

25 Sul diritto di insistenza nelle concessioni cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁰, Roma, Nel Diritto Editore, 2016, 496 ss, secondo i quali “Sono emerse sul punto due tesi. Secondo un primo orientamento, per principio generale l'amministrazione, nel selezionare le istanze di rilascio della concessione di uso di un bene pubblico, deve tenere in debito conto la posizione di chi è già titolare di un diritto di godimento del bene in forza di precedente, analogo, provvedimento. Per la seconda e prevalente tesi, il diritto in questione può operare, al pari di una prelazione civilistica, solo ove il titolare di tale posizione abbia offerto condizioni identiche a quelle degli altri concorrenti”. Sul punto anche A. ABRUZZESE, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., 99, secondo cui è “stato ampiamente chiarito dall'Autorità garante della concorrenza e ancor prima, dalla giurisprudenza amministrativa interna, come il diritto di insistenza, precludendo la partecipazione di tutti gli interessati per l'ottenimento della concessione, sia da considerare lesivo del principio di concorrenza”.

26 In particolare, l'art. 1, c. 2, del d.l. n. 400/1993, ha previsto che dette concessioni “indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione”.

27 L'art. 1, c. 253, della legge n. 296/2006, ha previsto che “All'articolo 03 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, è aggiunto, in fine, il seguente comma: “4-bis. Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 01, comma 2, le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni”.

28 L'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, prevede che “Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, 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. 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. 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”.

dello stato per i propri cittadini⁽²⁹⁾.

La normativa italiana sopra analizzata contrastava quindi con quella europea e, pertanto, è stata aperta nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione n. 4908/2008⁽³⁰⁾.

A fronte di ciò, lo Stato italiano con l'art. 1, c. 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, ha abrogato il secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 del Codice della navigazione e prorogato le concessioni in essere fino al 31 dicembre 2012⁽³¹⁾, termine prorogato ulteriormente al 31 dicembre 2015 dalla legge di conversione 26 febbraio 2010, n. 25⁽³²⁾.

La Commissione Europea, reputando adeguata la proroga decisa dall'Italia, perché (in linea teorica) volta a consentire un riordino della normativa del settore e ad attuare la direttiva Bolkestein, chiuse nel 2012 la procedura di infrazione avviata nel 2008⁽³³⁾.

È inoltre intervenuto il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, di formale recepimento della direttiva Bolkestein, con una disposizione, l'art. 16⁽³⁴⁾, che di fatto

29 L'art. 49 del TFUE prevede 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".

30 Sul punto, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁰, cit., 499, secondo i quali a fronte del mancato recepimento della direttiva Bolkestein "da parte del legislatore italiano, è stata avviata una procedura di infrazione (n. 4009/08) nel corso della quale la Commissione europea ha sollecitato lo Stato italiano ad adeguare, entro un breve termine, la normativa interna alla citata direttiva".

31 L'art. 1, c. 18, del d.l. n. 194/2009, nella versione pubblica sulla Gazzetta Ufficiale e quindi prima della conversione in legge prevedeva che "Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 è prorogato fino a tale data".

32 L'art. 1, c. 18, del d.l. n. 194/2009, dopo la conversione in legge n. 25/2010, prevedeva che "Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso".

33 Procedura di infrazione n. 2008/4908, avviata in seguito alla segnalazione dell'AGCM (segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008).

34 L'attuale versione dell'art. 16 del d.lgs. n. 59/2010 prevede che "Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto 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. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio. Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano al commercio su aree pubbliche di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114".

riproduceva l'art. 12 della direttiva. Il decreto legislativo è tuttavia rimasto inattuato.

Infatti, dopo due anni, nel 2012, il sopra citato art. 1, c. 18, del d.l. 194/2009, come convertito dalla legge n. 25/2010, che come anticipato aveva previsto la proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015, è stato modificato dall'art. 34-duodecies, c. 1, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, il quale ha ulteriormente prorogato le concessioni in questione al 31 dicembre 2020 e quindi di ulteriori cinque anni.

4. La prima bocciatura della Corte di giustizia.

Nel contesto normativo delineato è intervenuta, con una prima sentenza del 2016⁽³⁵⁾, la Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della sopra richiamata disciplina italiana. In particolare, il giudizio ha avuto a oggetto due controversie poi riunite: la prima, sull'impugnazione da parte di un concessionario di un provvedimento di un'amministrazione che aveva negato la proroga della concessione in essere, diniego che, secondo il concessionario, avrebbe violato le disposizioni nazionali di proroga. La seconda, invece, sull'impugnazione da parte di un concessionario della decisione di un'amministrazione di mettere a gara la concessione di cui lo stesso era titolare; anche in questo caso la scelta dell'amministrazione avrebbe violato, secondo il concessionario, la normativa nazionale.

La richiamata sentenza della Corte di giustizia chiarisce anzitutto le condizioni per l'applicazione dell'art. 12 della direttiva Bolkestein, ossia tutti i casi in cui è possibile rilasciare un numero limitato di autorizzazioni a causa "della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili". Vengono in rilievo, sul punto, due profili. Quanto al primo profilo, ovvero la configurabilità delle concessioni balneari come autorizzazioni, la Corte riconosce che le concessioni in questione possono essere qualificate come autorizzazioni in quanto "atti formali" che, a prescindere dalla loro denominazione, sono necessari per consentire a un operatore di svolgere la propria attività⁽³⁶⁾. Quanto al secondo profilo ossia il requisito della scarsità delle risorse, la Corte, da un lato, ha rinviato a un accertamento in concreto da eseguirsi da parte del giudice nazionale, dall'altro lato, ha comunque precisato che in tale accertamento deve tenersi conto del fatto che le concessioni in esame sono rilasciate non a livello nazionale, ma comunale; circostanza, questa, che rende più circoscritto l'accertamento⁽³⁷⁾. In altri termini, si devono considerare le autorizzazioni rilasciabili sul singolo territorio comunale e non sull'intero territorio nazionale. Pertanto, qualora il giudice del rinvio dovesse accertare che a causa della scarsità delle risorse il numero delle autorizzazioni rilasciabili risulta limitato, sarebbe applicabile l'art. 12 della direttiva 2006/123 con la necessità, di conseguenza, di indire procedure pubbliche e imparziali⁽³⁸⁾. Dunque, una

35 Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016.

36 In particolare, secondo la Corte, "costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica" (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

37 In particolare, "la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto. A tale riguardo, il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato" (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

38 A tal riguardo, cfr. N. MAZZA, *Le autonomie territoriali alla prova dell'attuazione della direttiva Bolkestein in materia di demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 73, secondo cui "è chiaro in ogni caso che la valutazione che solo in parte può essere fatta a monte sulla base del numero delle concessioni in essere, sulla relativa quota soggetta a gara e su un fumoso criterio geografico individuato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Promoimpresa e Melis, che imporrebbe di valutare la collocazione geografica del bene e del contesto ambientale in relazione al numero di concessioni".

normativa italiana che, di contro, prevede un rinnovo automatico delle concessioni si pone in contrasto con la predetta direttiva⁽³⁹⁾.

La Corte affronta poi la questione del legittimo affidamento che avrebbero maturato gli attuali gestori al mantenimento della concessione⁽⁴⁰⁾, sostenendo che ciò non possa comunque giustificare una normativa (di proroga) come quella italiana per due ordini di ragioni: in primo luogo, se è vero che l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva Bolkestein consente agli Stati membri di tenere in considerazione “motivi imperativi d'interesse generale”⁽⁴¹⁾, ciò deve comunque avvenire nell'ambito di procedure di gara che non sono invece previste dalla normativa nazionale in esame; in secondo luogo, l'accertamento della lesione del legittimo affidamento necessita di un esame in concreto non compatibile con una proroga generalizzata prevista ex lege⁽⁴²⁾.

5. La reazione dell'Italia alla sentenza della Corte di giustizia.

Dopo la sentenza della Corte di giustizia, l'Italia, verosimilmente anche per evitare l'apertura di una nuova procedura di infrazione, con l'art. 24, c. 3–septies, del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, ha sì riconosciuto la validità dei rapporti concessori in essere⁽⁴³⁾, ma nelle “more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea”. In altri termini, il riconoscimento della validità dei rapporti in essere era volto soltanto a consentire una revisione della disciplina.

Tale revisione non è tuttavia mai intervenuta e, di contro, il legislatore italiano a ridosso della scadenza del 31 dicembre 2020, con l'art. 1, c. 682⁽⁴⁴⁾ e 683⁽⁴⁵⁾, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di stabilità 2019 – Finanziaria), ha prorogato le concessioni di ulteriori quindici anni e quindi fino al 31 dicembre 2033.

39 Invero, “una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede una proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123” (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

40 R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*⁹⁸, cit., 500.

41 In particolare, l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123, prevede 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”.

42 Infatti, “una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione” (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

43 L'art. 24, c. 3–septies, del d.l. n. 113/2016 ha previsto che “Nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25”.

44 L'art. 1, c. 682, della legge 30 dicembre 2018 n.145/2018 ha previsto che “Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677, rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale”.

45 L'art. 1, c. 683, della l. n. 145/2018 ha previsto che “Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 31 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale”.

Con la stessa legge e in particolare con l'art. 1, c. 675⁽⁴⁶⁾, 676⁽⁴⁷⁾ e 677⁽⁴⁸⁾, sono state inoltre previste una serie di attività preliminari per la generale revisione delle concessioni balneari, tra cui l'adozione di un D.P.C.M. per la fissazione di termini e modalità per la predetta revisione, in vista della apertura delle concessioni al mercato.

Pertanto, sebbene la Corte di giustizia avesse chiarito l'illegittimità della disciplina italiana che prevedeva proroghe automatiche, il legislatore nazionale negli anni immediatamente successivi ha proseguito nelle proroghe. Ciò è avvenuto anche con la normativa emergenziale per la pandemia da Covid-19: prima l'art. 182, c. 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto rilancio) ha impedito alle amministrazioni di mettere a gara le aree del demanio marittimo⁽⁴⁹⁾, poi l'art. 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (c.d. decreto agosto) ha esteso la proroga fino al 2033 anche alle "concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni

46 L'art. 1, c. 675, della l. n. 145/2018 ha previsto che "Al fine di tutelare, valorizzare e promuovere il bene demaniale delle coste italiane, che rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese, in un'ottica di armonizzazione delle normative europee, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti il Ministro dello sviluppo economico, il Ministro per gli affari europei, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministro per gli affari regionali e la Conferenza delle regioni e delle province autonome, sono fissati i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime"

47 L'art. 1, c. 676, della l. n. 145/2018 ha previsto che "Il decreto di cui al comma 675, in particolare, stabilisce le condizioni e le modalità per procedere: a) alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo; b) all'individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili; c) all'individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie e sub-concessionarie; d) 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; e) all'approvazione dei metodi, degli indirizzi generali e dei criteri per la programmazione, pianificazione e gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri di cui all'articolo 89, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112".

48 L'art. 1, c. 677, della l. n. 145/2018 ha previsto che "Il decreto di cui al comma 675 contiene, inoltre, i criteri per strutturare: a) un nuovo modello di gestione delle imprese turistico-ricreative e ricettive che operano sul demanio marittimo secondo schemi e forme di partenariato pubblico privato, atto a valorizzare la tutela e la più proficua utilizzazione del demanio marittimo, tenendo conto delle singole specificità e caratteristiche territoriali secondo criteri di: sostenibilità ambientale; qualità e professionalizzazione dell'accoglienza e dei servizi; accessibilità; qualità e modernizzazione delle infrastrutture; tutela degli ecosistemi marittimi coinvolti; sicurezza e vigilanza delle spiagge; b) un sistema di rating delle imprese di cui alla lettera a) e della qualità balneare; c) la revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime, con particolare riferimento alle disposizioni in materia di demanio marittimo di cui al codice della navigazione o a leggi speciali in materia; d) il riordino delle concessioni ad uso residenziale e abitativo, tramite individuazione di criteri di gestione, modalità di rilascio e termini di durata della concessione nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 37, primo comma, del codice della navigazione e dei principi di imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità e tenuto conto, in termini di premialità, dell'idonea conduzione del bene demaniale e della durata della concessione; e) la revisione e l'aggiornamento dei canoni demaniali posti a carico dei concessionari, che tenga conto delle peculiari attività svolte dalle imprese del settore, della tipologia dei beni oggetto di concessione anche con riguardo alle pertinenze, della valenza turistica".

49 In particolare, l'art. 182, c. 2, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34/2020 prevedeva che "Fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. L'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi di cui al periodo precedente da parte dei concessionari è confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione e impedisce il verificarsi della devoluzione delle opere. Le disposizioni del presente comma non si applicano quando la devoluzione, il rilascio o l'assegnazione a terzi dell'area sono stati disposti in ragione della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto e colpa del concessionario". Il comma è stato poi abrogato dall'art. 5, c. 2, lett. b), della legge 5 agosto 2022, n. 118.

per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto⁵⁰⁾.

6. Le decisioni dell'Adunanza Plenaria del 2021.

In tale contesto si collocano due importanti sentenze (gemelle) dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del novembre 2021⁵¹⁾.

I giudizi erano originati dal rigetto di istanze presentate da concessionari volte a ottenere il rinnovo della concessione a fronte della normativa nazionale di proroga. In sintesi, le sentenze hanno ribadito che la normativa italiana è illegittima per violazione sia dell'art. 49 TFUE sia dell'art. 12 della direttiva Bolkestein.

Quanto all'art. 49, l'Adunanza plenaria, anche richiamando un precedente della Corte di giustizia⁵²⁾, ha ribadito il principio secondo il quale qualsiasi atto dello Stato che stabilisca le condizioni per l'espletamento di un'attività economica deve rispettare i principi previsti dal trattato e, in particolare, consentire anche agli operatori degli altri Stati membri l'accesso al mercato⁵³⁾. Anche richiamando la sopra analizzata sentenza della Corte di giustizia del 2016, l'Adunanza plenaria ha ritenuto applicabile detti principi a ogni fattispecie "che dia luogo a prestazione di attività economiche o che comunque costituisca condizione per l'esercizio di dette attività".

L'Adunanza plenaria ha affrontato poi la questione relativa al riconoscimento alle concessioni balneari di un interesse transfrontaliero, cosa che renderebbe applicabile anche l'art. 49 TFUE⁵⁴⁾. In particolare, tale riconoscimento sarebbe collegato alla capacità delle stesse "di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri" e, a tal riguardo, come chiarito dalla Corte di giustizia, rivestono particolare importanza l'importo, il luogo di esecuzione e le caratteristiche tecniche della commessa⁵⁵⁾, dovendosi naturalmente tenere conto della particolarità della concessione in questione, anche a prescindere quindi dal mero valore economico.

In tale contesto, i beni demaniali oggetto delle concessioni in questione costituiscono i patrimoni naturalistici "più rinomati e attrattivi del mondo", in grado di generare un giro di affari intorno ai quindici miliardi di euro. Tale attrattività è poi implementata

50 L'art. 100, c. 1, del decreto legge 14 agosto 2020 n. 104 prevedeva che "Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione. Al fine di sostenere le associazioni sportive dilettantistiche senza scopo di lucro colpite dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le concessioni a tali associazioni degli impianti sportivi ubicati su terreni demaniali o comunali, che siano in attesa di rinnovo o scadute ovvero in scadenza entro il 31 dicembre 2021, sono prorogate fino al 31 dicembre 2025, allo scopo di consentire il riequilibrio economico-finanziario delle associazioni stesse, in vista delle procedure di affidamento che saranno espletate ai sensi delle vigenti disposizioni legislative". Comma poi abrogato dall'art. 3, c. 5, lett. c), della legge 5 agosto 2022, n. 118.

51 Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021.

52 Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, C-324/98.

53 In particolare, "qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica sia tenuto a rispettare i principi fondamentali del trattato e, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Come detto in precedenza, nell'ottica della Corte detto obbligo di trasparenza impone all'autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un "adeguato livello di pubblicità" che consenta l'apertura del relativo mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle relative procedure di aggiudicazione" (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021).

54 F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria?*, in *Dir. soc.*, n. 3, 2021, p. 363.

55 In particolare, la Corte di giustizia ha chiarito che "Per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha già dichiarato che criteri del genere potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie" (Corte di Giustizia UE, sez. IV, 6 ottobre 2016, C-318/15).

dalla possibilità di procedere a una loro subconcessione. Da qui, deriva, secondo l'Adunanza plenaria, una "eccezionalità capacità attrattiva" dei beni in questione che li rendono di certo "interesse transfrontaliero". Infatti, sottrarre al mercato tale settore "nevralgico per l'economia del Paese" rappresenta "una posizione insostenibile" e in contrasto sia con i principi comunitari sia con quelli costituzionali in ragione della tutela della libertà di iniziativa economica⁽⁵⁶⁾.

L'interesse transfrontaliero delle concessioni in questione, conclude il Consiglio di Stato, comporta pertanto la violazione, da parte della normativa italiana esaminata, degli artt. 49 e 56⁽⁵⁷⁾ del TFUE⁽⁵⁸⁾.

A tal riguardo, è stato sostenuto che le affermazioni dell'Adunanza plenaria sul punto siano eccessivamente generalizzate e astratte, in quanto mettono sullo stesso piano tutte le spiagge italiane sebbene alcune di queste, in concreto, potrebbero non avere un effettivo interesse transfrontaliero⁽⁵⁹⁾.

In ogni caso, a prescindere dall'interesse transfrontaliero, la mancata indizione delle gare viola comunque l'art. 12 della direttiva Bolkestein. Sul punto, le sentenze replicano a tutti gli argomenti contrari proposti nel giudizio. Anzitutto la Bolkestein rappresenta una direttiva di liberalizzazione e non di armonizzazione e pertanto, per la sua adozione, non era richiesta l'unanimità⁽⁶⁰⁾. Infatti la finalità principale della direttiva non consiste nell'armonizzare le disposizioni nazionali, ma piuttosto nell'eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio al fine di garantire e favorire l'apertura del mercato e la concorrenza⁽⁶¹⁾.

56 In particolare, secondo l'Adunanza plenaria "Pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole delle concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale (dove pure è chiara la violazione dei principi di libera iniziativa economica e di ragionevolezza derivanti da una proroga generalizzata e automatica delle concessioni demaniali), ma, soprattutto e ancor prima, per quello che più ci interessa ai fini del presente giudizio, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione". Le sentenze chiariscono inoltre che è "indiscutibile che il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell'Unione, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior "contraente" (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso. Inoltre, il confronto è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita" (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021). Sul punto, M. GOLA, Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?, in *Dir. soc.*, n. 3, 2021, p. 403, secondo cui "il Giudice Amministrativo ritiene insostenibile la sottrazione di queste stesse risorse alla libera competizione del mercato alla luce tanto dell'ordinamento nazionale, tanto e soprattutto di quello europeo come detto coinvolto in considerazione della dimensione sovranazionale – più esattamente, transfrontaliera – riconosciuta agli interessi in gioco".

57 L'art. 56 del TFUE prevede che "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione".

58 A. CUTOLO, *Concessioni demaniali: indennizzo o punteggio maggiorato al concessionario uscente? Le scelte del legislatore ad un anno dalle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, n. 6, 2022, p. 527.

59 F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali*, cit., 363 ss, secondo cui "Se è vero che la maggior parte delle spiagge italiane presenta un interesse transfrontaliero certo, ciò non toglie che vi possano essere alcune spiagge nazionali che difettano di tale requisito".

60 In particolare, "la direttiva 2006/123 deve essere considerata una direttiva di liberalizzazione, nel senso che è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso: "fissa disposizioni generali volte ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 104)" (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021).

61 F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali*, cit., 365.

Privo di pregio, secondo l'Adunanza plenaria, anche l'argomento secondo il quale la direttiva si applicherebbe solamente alle concessioni di servizi mentre quelle in questione avrebbero ad oggetto beni pubblici. Si tratta, infatti, di una distinzione “meramente formalistica” in quanto nel momento in cui si riconosce a un operatore il diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale (peraltro contingentata) per svolgere un'attività economica, a prescindere dalla formale qualificazione, la stessa “procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi”⁽⁶²⁾. Pertanto, il provvedimento che riserva a un operatore economico l'uso esclusivo di un bene demaniale consentendogli di sfruttarlo erogando servizi (turistico ricreativi), va considerata sostanzialmente come una concessione di servizi. Si tratta di un'impostazione sostanzialistica volta a superare le qualificazioni formali delle legislazioni nazionali anche in ragione della necessità per le pubbliche amministrazioni di assumere una prospettiva europea nell'interpretare le disposizioni europee che sono chiamate ad attuare anche al fine di favorire un processo di integrazione⁽⁶³⁾.

L'Adunanza plenaria affronta poi il tema connesso al requisito della scarsità delle risorse precisando che tale requisito non debba essere inteso in termini assoluti, ma relativi. In particolare, l'attenzione deve essere concentrata sulle aree ancora disponibili valutando se queste consentano l'accesso al mercato anche a operatori diversi da quelli già titolari delle concessioni⁽⁶⁴⁾. A tal riguardo vengono citati dati oggettivi⁽⁶⁵⁾ dai quali emerge che la metà delle coste sabbiose italiane è occupata da stabilimenti balneari con punte che arrivano, in alcune regioni⁽⁶⁶⁾, fino al 70%⁽⁶⁷⁾. Sul punto è stato rilevato che le concessioni balneari sono circa trentamila, con un aumento nel 2021 del 12,5% e, di queste, più di ventunomila, nel 2019, hanno versato un canone inferiore a duemilacinquecento euro⁽⁶⁸⁾. Con particolare riferimento ai canoni e al loro basso importo, è opportuno rilevare che questi sono calcolati con riferimento ai metri quadri concessi; tale criterio, sebbene utilizzato anche per altri beni pubblici, non appare proporzionato con riferimento al demanio marittimo in quanto, benché il volume

62 Le sentenze dell'Adunanza plenaria richiamano anche l'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123 dal quale “risulta che per “servizio”, ai fini di tale direttiva, si intende qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione. In particolare, “un'attività di locazione di un bene immobile [...], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale, rientra nella nozione di «servizio», ai sensi dell'articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123” (Corte di giustizia, Grande sezione, 22.9.2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 34). La stessa decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa al regime di aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) “Tassazione dei porti in Italia” contiene l'affermazione per cui “la locazione di proprietà demaniali dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica” (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021). Sul punto, in dottrina, cfr. M. CLARICI, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Nel Mulino, 2013, 193, secondo il quale la direttiva servizi 2006/123/CE “dà una definizione omnicomprensiva di «regime autorizzatorio» che include «qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi a un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio» (art. 4, n. 6)”.

63 M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le “concessioni balneari”*, cit., 404 ss. In tal senso anche F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali*, cit., 362, secondo cui “si inquadrano nella consolidata prospettiva funzionalistica della giurisprudenza dell'Unione le sentenze dell'Adunanza Plenaria che rivedono la distinzione giuridico-formale tra concessione di beni e autorizzazione di attività per assicurare la par condicio tra gli operatori del mercato balneare”.

64 A tal riguardo, è “sulle aree potenzialmente ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l'attenzione per verificare se l'attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva. La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall'esistenza 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” (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021).

65 Forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture.

66 Liguria, Emilia-Romagna e Campania

67 A ciò si aggiunga “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” e che “in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita” (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021).

68 G. COLOMBINI, *Beni pubblici*, cit., 675 ss.

di affari generato annualmente dalle imprese del settore sia superiore ai due miliardi (come ad esempio nel 2016), l'ammontare delle entrate nelle casse pubbliche è stato di appena 103 milioni di euro nel 2016 e di 115 milioni di euro nel 2019⁽⁶⁹⁾.

Alla luce di tutto quanto sopra, pertanto, considerato l'elevato numero delle concessioni demaniali in essere, sussiste il requisito della scarsità delle risorse tenuto peraltro conto che, come chiarito dalla Corte di giustizia nella sentenza del 2016 sopra analizzata, nell'accertare tale requisito si deve considerare l'ambito territoriale del comune concedente e non di quello nazionale complessivo.

Un'ultima argomentazione è invece connessa al fatto che la direttiva in questione non sarebbe self executing⁽⁷⁰⁾ "perché non sufficientemente dettagliata o specifica". In realtà, precisa l'Adunanza plenaria, il livello di dettaglio dipende "dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato". Quanto all'obiettivo, questo è quello di aprire il mercato delle concessioni demaniali e rispetto a tale obiettivo la direttiva ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione di una disciplina nazionale che si limita a prorogare le concessioni in essere⁽⁷¹⁾.

Né esigenze connesse alla crisi pandemica potevano giustificare tali proroghe. Infatti, secondo le sentenze in esame, non è "seriamente sostenibile" che la proroga delle concessioni sia funzionale al "contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica".

Tenuto conto che la disciplina nazionale viola quella europea, la prima deve pertanto essere disapplicata non solo dal giudice, ma anche dagli organi amministrativi⁽⁷²⁾, come già riconosciuto dalla giurisprudenza sia nazionale (anche costituzionale)⁽⁷³⁾ sia europea⁽⁷⁴⁾.

L'Adunanza plenaria, tuttavia, "consapevole del notevole impatto (anche sociale ed

69 F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2022, pp. 1037 ss.

70 Sul punto cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*², Bari, Cacucci Editore, 2012, 270, secondo il quale "l'efficacia diretta richiede, anzitutto, che la direttiva (o una sua disposizione) sia sostanzialmente self-executing, abbia un contenuto autosufficiente, completo, tale, cioè, da essere praticamente applicabile dal giudice nazionale anche in assenza di una legge statale di attuazione". Cfr. anche G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁴, Padova, Cedam, 2010, 176.

71 L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sottolinea tuttavia l'auspicio "che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale, non vi è dubbio, tuttavia, che nell'inerzia del legislatore, l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga ex lege" (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021). A tal riguardo, N. MAZZA, *Le autonomie territoriali*, cit., 66, secondo cui "la giurisprudenza, soprattutto la giurisprudenza amministrativa, ha costantemente argomentato la natura di norma self-executing dell'art. 12 della direttiva servizi e dunque la sua efficacia diretta anche in assenza di una norma interna di recepimento – al netto del citato d.lgs. n. 59/2010 che, pur avendo formalmente inteso dare attuazione alla direttiva Bolkestein già in quella sede, ha subito una costante neutralizzazione attraverso le ripetute normative di proroga succedutesi nell'ultimo decennio – con conseguente obbligo in capo al giudice di disapplicare la normativa nazionale confliggente con essa e, più a monte, con le norme del Trattato".

72 Sul punto, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁴, cit., 178, secondo il quale "la norma comunitaria provvista di effetto diretto obbliga alla sua applicazione non soltanto il giudice ma tutti gli organi dell'amministrazione nazionale, da quelli dello Stato centrale a quelli degli enti territoriali, quali la Regione e il Comune, anche in forza dell'obbligo di leale collaborazione sancito dall'art. 4, n. 3, del TUE (già art. 10 del TCE)".

73 La Corte costituzionale ha infatti chiarito "che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea" (Corte Costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389).

74 La Corte di giustizia ha chiarito che "Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni" (Corte di Giustizia CE, 22 giugno 1989, C-103/88).

economico)” che l'immediata disapplicazione delle norme nazionali potrebbe avere, anche a fronte delle numerose proroghe intercorse negli anni che hanno portato a una situazione di incertezza che potrebbe ulteriormente essere amplificata “dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto”, ha quindi ritenuto di “modulare gli effetti temporali della propria decisione”⁽⁷⁵⁾, individuando a tal fine la data del 31 dicembre 2023 e dunque riconoscendo un termine di due anni al legislatore nazionale (tenuto conto che le sentenze sono state pubblicate a novembre 2021) per riordinare la normativa in esame e disciplinare il sistema di rilascio delle concessioni.

7. La “nuova” reazione dell'Italia alle sentenze dell'Adunanza Plenaria.

All'indomani delle sentenze del novembre 2021, il legislatore italiano, con la legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), all'art. 3, ha fissato il termine (individuato dalla stessa Adunanza plenaria) del 31 dicembre 2023 per le concessioni in essere prevedendone la loro successiva messa a gara “mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza”⁽⁷⁶⁾. Era stata così avviata l'attività di riordino auspicata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che avrebbe dovuto portare all'indizione delle gare.

L'attività intrapresa si è tuttavia interrotta anche (forse soprattutto) per cause politiche connesse alla caduta dell'esecutivo in carica e alla nascita di un nuovo Governo.

Infatti, dopo appena due mesi dalla formazione del nuovo esecutivo (ottobre 2022), il decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni in legge 24 febbraio 2023, n. 14, ha modificato il predetto art. 3 della legge sulla concorrenza 2021 riconoscendo la validità delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2024 e quindi

⁷⁵ La modulazione degli effetti temporali, seppur priva di una espressa base normativa, è ricavabile dai principi eu-ronitari, sul punto cfr. G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Dir. soc.*, n. 3, 2021, p.387.

⁷⁶ L'art. 3, della l. n. 118/2022, nel testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale prevedeva che “Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023, ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126: a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, ivi comprese quelle di cui all'articolo 01, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, quelle gestite dalle società e associazioni sportive iscritte al registro del CONI, istituito ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, o, a decorrere dalla sua operatività, al Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39, quelle gestite dagli enti del Terzo settore di cui all'articolo 4, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio; b) i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione. Le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), che con atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2023 se il termine previsto è anteriore a tale data. In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, 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 2024. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione. Il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili trasmette alle Camere, entro il 30 giugno 2024, una relazione concernente lo stato delle procedure selettive al 31 dicembre 2023, evidenziando in particolare l'esito delle procedure concluse e, per quelle non concluse, le ragioni che ne abbiano eventualmente impedito la conclusione. Il medesimo Ministro trasmette altresì alle Camere, entro il 31 dicembre 2024, una relazione finale relativa alla conclusione delle procedure selettive sul territorio nazionale. A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge sono abrogati: a) i commi 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682 e 683 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145; b) il comma 2 dell'articolo 182 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77; c) il comma 1 dell'articolo 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126”.

prorogandole di un ulteriore anno⁽⁷⁷⁾.

Pertanto, la strada di riordino delle concessioni avviata all'indomani delle sentenze dell'Adunanza plenaria del 2021 non è stata proseguita e i due anni concessi dalle predette sentenze non sono stati utilizzati nella maniera auspicata.

8. La sentenza del Consiglio di Stato del 1° marzo 2023.

Nel contesto normativo appena delineato è sopravvenuta la sentenza del Consiglio di Stato del 1° marzo 2023⁽⁷⁸⁾. La pronuncia trae origine dal giudizio nel quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva impugnato una delibera di una giunta comunale che, a fronte della normativa nazionale in vigore⁽⁷⁹⁾, aveva disposto una proroga delle concessioni. La sentenza, in realtà, non ha enunciato nuovi principi, limitandosi piuttosto a richiamare e confermare quelli già espressi dall'Adunanza plenaria poco meno di due anni prima. Ha anzitutto ribadito che la direttiva Bolkestein risulta applicabile anche alle concessioni demaniali, non considerando rilevante la distinzione formalistica tra concessione di beni e di servizi. Il Consiglio di Stato ha ribadito poi quattro principi così sintetizzabili: i) l'art. 12 della direttiva Bolkestein "è norma self executing"⁽⁸⁰⁾ e quindi immediatamente applicabile nell'ordinamento interno" con conseguente disapplicazione delle disposizioni nazionali contrarie; ii) "il dovere di disapplicare la norma interna" riguarda "tanto i giudici quanto la pubblica amministrazione"; iii) l'art. 12 della direttiva in questione prescinde dall'interesse transfrontaliero in quanto si applica anche all'operatore "che intende stabilirsi nel proprio Stato membro"; iv) per le concessioni in esame sussiste "il requisito della

⁷⁷ L'art. 3, della l. n. 118/2022, attualmente vigente prevede che "Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2024, ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126: a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, ivi comprese quelle di cui all'articolo 01, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, quelle gestite dalle società e associazioni sportive iscritte al registro del CONI, istituito ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, o, a decorrere dalla sua operatività, al Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39, quelle gestite dagli enti del Terzo settore di cui all'articolo 4, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio; b) i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione. Le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), che con atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2024 se il termine previsto è anteriore a tale data. In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, 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. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione. Il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili trasmette alle Camere, entro il 30 giugno 2024, una relazione concernente lo stato delle procedure selettive al 31 dicembre 2023, evidenziando in particolare l'esito delle procedure concluse e, per quelle non concluse, le ragioni che ne abbiano eventualmente impedito la conclusione. Il medesimo Ministro trasmette altresì alle Camere, entro il 31 dicembre 2025, una relazione finale relativa alla conclusione delle procedure selettive sul territorio nazionale. A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge sono abrogati: a) i commi 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682 e 683 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145; b) il comma 2 dell'articolo 182 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77; c) il comma 1 dell'articolo 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126".

⁷⁸ Cons. St., VI, n. 2192, 2023.

⁷⁹ La delibera era del 19 novembre 2020 quindi la proroga era quella disposta, fino al 31 dicembre 2033, dall'art. 1, c. 682, 683 e 684 della l. 45/2018 e dall'art. 34 del d.l. n. 34/2020.

⁸⁰ Sul punto, M. CLARICI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 69, secondo il quale le direttive dettagliate, una "volta scaduto il termine previsto per il recepimento da parte degli Stati membri, esplicano un'efficacia diretta negli Stati inottemperanti e possono costituire un parametro che condiziona la legittimità degli atti della pubblica amministrazione".

scarsità della risorsa naturale a disposizione di nuovi potenziali operatori economici”. A fronte di tali principi anche le ultime disposizioni normative⁽⁸¹⁾ che hanno prorogato le concessioni in essere, si pongono quindi “in frontale contrasto” con la direttiva Bolkestein e pertanto devono essere disapplicate “da qualunque organo dello Stato”. La sentenza, come detto, ancorché di immediato impatto pratico, non avendo modulato i propri effetti, non rappresenta una novità, ma si è limitata a fare applicazione di principi già espressi. La stessa sembra pertanto rappresentare più che altro un’inevitabile resa dei conti troppo a lungo rimandata.

9. La nuova bocciatura della Corte di giustizia.

A distanza di poco più di un mese dalla sentenza del Consiglio di Stato di marzo 2023, il 20 aprile 2023, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha emanato una nuova sentenza sulle concessioni balneari italiane⁽⁸²⁾.

La vicenda ha a oggetto il provvedimento di un comune pugliese che aveva prorogato le concessioni in essere in accordo alla normativa nazionale. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva prima trasmesso al comune un parere motivato volto a censurare l’illegittimità della proroga⁽⁸³⁾ e, poi, impugnato dinanzi al TAR competente il provvedimento comunale.

Il TAR Puglia, con l’ordinanza di rinvio, si era discostato dall’orientamento espresso dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sopra citate sentenze gemelle del 2021. In particolare, aveva posto in dubbio sia la natura self executing della direttiva Bolkestein, sia il fatto che quest’ultima potesse essere considerata una direttiva di

81 Art. 10-quater, c. 3, del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, convertito in legge 24 febbraio 2023, n. 14.

82 Corte Giust. UE, sez. III, C-348/22, 2023.

83 Per violazione degli artt. 49 e 56 TFUE nonché dell’art. 12 della direttiva 2006/123.

liberalizzazione (come ritenuto dal Consiglio di Stato) anziché di armonizzazione⁽⁸⁴⁾.

La Corte di giustizia, nel riscontrare i nove quesiti posti dal TAR Puglia, ha ribadito i principi già espressi con il proprio precedente del 2016. Anzitutto, tenuto conto che le disposizioni della direttiva Bolkestein tra cui l'art. 12 si applicano a situazioni “i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro”⁽⁸⁵⁾, tale disposizione “non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano un interesse transfrontaliero certo”. La Corte ha confermato poi la validità della direttiva, la quale non doveva quindi essere approvata a unanimità.

In merito alla natura self-executing della direttiva, la Corte ha ricordato che tali direttive, “dal punto di vista del loro contenuto” devono essere “incondizionate e sufficientemente precise”. In particolare, la direttiva è incondizionata “se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione, né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni dell'Unione, o dagli altri Stati membri”. Quanto al fatto che la disposizione debba essere sufficientemente precisa, la stessa deve “poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice allorché

84 Il TAR Puglia, sede di Lecce, ha sollevato la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia con l'ordinanza dell'11 maggio 2022, n. 743 con la quale ha affermato di non condividere l'orientamento dell'Adunanza plenaria, espresso con le sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 2021, secondo il quale la direttiva Bolkestein sarebbe self executing e ciò “sotto duplice profilo: 1). Sotto il primo profilo deve rilevarsi che, viceversa, nella giurisprudenza nazionale il tema dell'auto-esecutività della direttiva 2006/123 non è mai stato affrontato specificamente, atteso che nella varie pronunce dei giudici amministrativi nazionali la natura auto-esecutiva o meno della direttiva è stata data per scontata sia in senso affermativo, sia in senso negativo, in assenza comunque di alcuno specifico approfondimento. Ed invero, accanto a pronunce che hanno semplicemente dato per scontata e presupposta la natura auto-esecutiva, ricorrono altre sentenze di segno diametralmente opposto, così ad esempio in Consiglio di Stato sentenza Sez. VI 27.12.2012 n. 6682: “la richiesta di annullamento dei provvedimenti impugnati, previa diretta disapplicazione dell'art. 1 comma 18 del DL 194/2009, come convertito in legge 25/2010 (ovvero sia pure implicitamente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia) per incompatibilità di tale disposizione con le norme ed i principi del diritto comunitario, non può trovare accoglimento sia perché la procedura di infrazione è stata archiviata, ... ma soprattutto perché la direttiva 123/06/CE che integra i principi di diritto comunitario non è di diretta applicazione” (CDS VI n. 6682/2012). 2). Sotto ulteriore profilo rileva il Collegio che l'affermazione circa la natura auto-esecutiva della direttiva servizi non sembra contenuta nella sentenza Promoimpresa, nella quale si legge che “gli articoli da 9 a 13 della direttiva 2006/123 prevedono una serie di disposizioni che devono essere rispettate dallo Stato membro qualora l'attività di servizio sia subordinata al rilascio di un'autorizzazione” e che: “si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione”. Appare anzitutto non condivisibile la tesi che ritiene di circoscrivere la natura self-executing al solo disposto di cui all'articolo 12 paragrafi 1 e 2, come invece ritenuto dal Consiglio di Stato nelle sentenze Ad. Plen 17 e 18 del 2021 (par. 26), atteso che l'articolo 12, paradossalmente, al paragrafo 3 espressamente prevede che gli Stati membri debbano “stabilire le regole della procedura di selezione”, tenendo conto in tale sede “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 di interesse generale conformi al diritto (dell'Unione Europea)”. Il TAR inoltre non ha condiviso “l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria che qualifica la direttiva Bolkestein come di liberalizzazione e non di armonizzazione. Deve in proposito rilevarsi che siffatta qualificazione sembra in contrasto con l'interpretazione autentica della direttiva così come desumibile dalla stessa sentenza C.G.U.E. cd. Promoimpresa, nella quale, come già sopra evidenziato, al paragrafo 61 si legge: deve ritenersi che “gli articoli da 9 a 13 di questa stessa direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di azione”. Nell'ambito di una direttiva di armonizzazione, quale quella in esame, le norme sopra citate mirano infatti a determinare una armonizzazione esaustiva, nel senso che le stesse non si limitano a prescrivere generiche misure di armonizzazione, bensì l'adozione da parte dello Stato membro di disposizioni attuative di contenuto specifico e determinato. La qualificazione della direttiva Bolkestein come direttiva di armonizzazione trova peraltro supporto nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, atteso che nella sentenza C.G.U.E. Grande Sezione del 30 gennaio 2018 sulle cause C-360/15 e C-31/16 (paragrafo 106) si legge: “al fine di attuare un autentico mercato interno dei servizi, l'approccio scelto dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2006/123 si basa, come enunciato al suo considerando n. 7, su un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato di integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, da una armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio”. Proprio il chiaro tenore letterale del Considerando n. 7 della direttiva Bolkestein, ad avviso del Collegio, comprova ulteriormente che la Bolkestein è una direttiva di armonizzazione, in quanto il legislatore dell'Unione, proprio muovendo dalla rilevante diversità delle situazioni esistenti all'interno dei vari Stati, ha ritenuto di pervenire alla piena integrazione delle differenti normative solo in via mediata” (TAR Puglia, Lecce, sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743).

85 Sul punto, la Corte richiama le “sentenze del 30 gennaio 2018, X e Visser, C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punti da 99 a 110, nonché del 22 settembre 2020, Cali Apartments, C-724/18 e C-727/18, EU:C:2020:743, punto 56” (Corte Giust. UE, sez. III, C-348/22, 2023).

sancisce un obbligo in termini inequivocabili”⁽⁸⁶⁾.

Nel caso in esame, l’art. 12 della direttiva Bolkestein prevede chiaramente che, ove il numero delle autorizzazioni concedibili sia limitato a causa della scarsità delle risorse naturali disponibili, è necessaria l’indizione di una procedura trasparente; in questo modo la direttiva riconosce ai candidati potenziali “un contenuto di tutela minima”. Il paragrafo 2 dello stesso art. 12 prevede, poi, in maniera chiara, un divieto di rinnovo automatico delle concessioni in essere e, anche in questo caso, si tratta di un divieto chiaro per gli Stati membri che non necessita di un atto attuativo. Pertanto, l’art. 12 della direttiva, da un lato, impone l’indizione di procedure, dall’altro lato, vieta il rinnovo automatico delle concessioni in essere. La Corte chiarisce infine che le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise come quella di cui all’art. 12 in esame, devono essere applicate non solo dal giudice nazionale, ma altresì dall’amministrazione “anche comunale”⁽⁸⁷⁾.

In definitiva, anche all’esito dell’ultima sentenza della Corte di giustizia è possibile fissare i seguenti punti: i) l’art. 12 della direttiva Bolkestein è immediatamente applicabile, ii) da questa disposizione derivano degli obblighi diretti ossia di non prorogare le concessioni in essere e bandire gare per il loro rinnovo, iii) le disposizioni interne che violano tali obblighi non devono essere applicate, iv) la disapplicazione delle norme interne e la diretta applicazione dell’art. 12 della direttiva Bolkestein deve avvenire non solo da parte del giudice, ma direttamente da parte dell’amministrazione anche comunale.

10. Possibili nuovi approcci (lato legislatore).

Analizzate quelle che sono le ormai univoche indicazioni giurisprudenziali, conviene domandarsi quanto convenga al nostro Paese continuare a prorogare le concessioni in essere⁽⁸⁸⁾. Ciò porterebbe anzitutto a una quasi certa condanna da parte dell’Unione europea all’esito di una procedura di infrazione⁽⁸⁹⁾.

Al di là di questo, ulteriori proroghe potrebbero in ogni caso non garantire il risultato di consentire agli attuali concessionari di mantenere le concessioni in essere. Infatti, se, come visto, gli amministratori locali sono comunque direttamente tenuti a disapplicare la disciplina interna e ad applicare quella europea, anche nel caso in cui il legislatore nazionale dovesse concedere ulteriori proroghe queste non potranno essere considerate dall’amministrazione locale che sarebbe invece tenuta a bandire gare. In altre parole, proseguire con le proroghe potrebbe essere per il nostro Paese dannoso e inutile.

86 Sul punto la Corte richiama alcuni suoi precedenti ossia le “sentenze del 3 aprile 1968, *Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe*, 28/67, EU:C:1968:17, pag. 226; del 26 febbraio 1986, *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84, punto 52, e dell’8 marzo 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* (Effetto diretto), C-205/20, EU:C:2022:168, punto 18”. La Corte ha altresì chiarito che “anche se una direttiva lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell’adozione delle modalità della sua attuazione, una disposizione di tale direttiva può essere considerata incondizionata e precisa se pone a carico degli Stati membri, in termini inequivocabili, un obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato riguardo all’applicazione della norma da essa enunciata” (Corte Giust. UE, sez. III, C-348/22, 2023).

87 A tal riguardo la Corte cita le “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” (Corte Giust. UE, sez. III, C-348/22, 2023).

88 A tal riguardo N. MAZZA, *Le autonomie territoriali*, cit., 78 ss, rileva che per un operatore di diritto la materia delle concessioni balneari può rappresentare “tanto lo scenario ideale quanto quello peggiore di tutti”. Da un lato infatti “è arduo trovare un tema su cui vi sia una tale unanimità in giurisprudenza, nazionale e comunitaria, e una quasi unanimità in dottrina”, dall’altro lato lo stesso tema genera “senso di frustrazione e di impotenza in chi se ne occupa, dovuto al prendere atto che, nonostante tutto quanto detto, Parlamento e Governo [...] si ostinano a produrre normativa illegittima che sortisce danni incalcolabili alla certezza del diritto, alle ragioni dell’economia pubblica e privata alle ragioni di tutela dell’ambiente e in definitiva ai diritti fondamentali dei cittadini, alla cui realizzazione i beni demaniali si pongono come strumentali”.

89 Il 3 dicembre 2020 è stata infatti notificata all’Italia una nuova procedura di infrazione da parte dell’Unione europea per il mancato rispetto della direttiva servizi 2006/123, sul punto cfr. G. COLOMBINI, *Beni pubblici*, cit., 675 ss.

Del resto è stato rilevato come nel quadro delle concessioni demaniali quelle balneari rappresentino un unicum a causa di tensioni e “torsioni sistematiche di lunga durata” tra le quali: la presenza di ostacoli per l'accesso al mercato di nuovi operatori a causa delle continue proroghe, l'inadeguatezza dei canoni che non tengono conto dell'effettiva redditività dei beni concessi e la scarsa considerazione in termini di protezione ambientale delle coste⁽⁹⁰⁾.

Appare pertanto auspicabile l'avvio di un percorso diverso che possa portare a valutare nuove possibili soluzioni per contemperare gli interessi in rilievo (pubblici e privati) partendo da quelli che sono gli strumenti normativi a disposizione anziché proseguire in un inutile scontro frontale con il diritto europeo. Si tratta infatti, come visto, di un conflitto che ciclicamente si ripresenta e nel quale si contrappongono da una parte il legislatore che tenta, insieme agli operatori del settore, di mantenere lo status quo, e dall'altra parte i giudici e le autorità di regolazione che promuovono invece l'introduzione di un cambiamento che passa dal rispetto dei principi europei⁽⁹¹⁾.

Per prospettare nuove soluzioni è necessario, anzitutto, individuare gli interessi che vengono in rilievo e stabilire quali tra questi possano essere tutelati. In primo luogo, vi è ovviamente l'interesse (privato) degli attuali concessionari a mantenere le concessioni sulle quali hanno riposto un affidamento dovuto alle numerose proroghe succedutosi nel tempo. In secondo luogo, l'ulteriore interesse (privato) degli stessi concessionari a veder ammortizzati gli investimenti che, anche in ragione di tale affidamento, hanno fatto nel corso degli anni⁽⁹²⁾. In terzo luogo, l'interesse pubblico a mantenere inalterati i livelli occupazionali, tenuto conto che un cambio di concessionario potrebbe mettere a rischio i posti di lavoro dei dipendenti degli attuali concessionari.

Il primo interesse non potrebbe certamente essere garantito, almeno non direttamente, in quanto necessiterebbe di ulteriori proroghe. Per quanto attiene agli altri due, occorre verificare se vi siano strumenti adeguati a soddisfarli.

A tal riguardo, se è vero che l'art. 12 della direttiva in esame impone l'indizione di procedure pubbliche, è anche vero che il paragrafo 3 dello stesso articolo prevede che gli Stati membri, “nello stabilire le regole della procedura di selezione” possono tenere conto i) di considerazioni di salute pubblica, ii) di obiettivi di politica sociale, iii) della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, iv) della protezione dell'ambiente, v) della salvaguardia del patrimonio culturale e vi) di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

Il terzo degli interessi sopra indicati (tutela dei livelli occupazionali) potrebbe facilmente essere inquadrato tra gli obiettivi di politica sociale e la sua tutela potrebbe essere garantita con l'inserimento di clausole sociali all'interno dei bandi di gara che impongano al concessionario entrante di assumere, in via prioritaria, per l'esercizio delle proprie future attività, i dipendenti del concessionario uscente. Quanto al secondo interesse sopra richiamato (esistenza di investimenti non ammortizzati), lo

90 F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia*, cit., 1037 ss. Sul punto N. MAZZA, *Le autonomie territoriali*, cit., 76 ss., rileva come esistano “alcune esperienze regionali che sembrano andare nella giusta direzione, muovendosi al contempo nel senso della valorizzazione del profilo economico della concessione, attraverso la previsione dell'instaurazione della gara pubblica, e in quello della tutela ambientale”.

91 F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia*, cit., 1037 ss.

92 Sul punto, A. CUTOLO, *Concessioni demaniali*, cit., 527, secondo cui “Del resto, quando nel novembre 2021 è intervenuto il Consiglio di Stato, i concessionari erano già titolari di una proroga ex lege dal 2018 che fissava la scadenza del rapporto al 2033. Pertanto gli stessi hanno, con buona probabilità, già avviato un piano di investimenti calibrato su un orizzonte temporale mediamente lungo che viene invece drasticamente a restringersi. Allo stesso modo, l'Adunanza ritiene di non poter ignorare neppure che gli attuali concessionari hanno realizzato, nella maggior parte dei casi, vere e proprie aziende balneari frutto di ingenti costi di avviamento”.

stesso potrebbe essere ricondotto nella clausola residuale prevista dal citato paragrafo 3 qualificandolo come motivo di interesse generale. Appare infatti irragionevole e sproporzionato non prevedere dei meccanismi di ristoro per gli attuali concessionari che, facendo affidamento su proroghe previste da molteplici disposizioni normative, abbiano realizzato investimenti non ancora ammortizzati. Anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze gemelle sopra analizzate (nn. 17 e 18 del 2021), richiamando la sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia del 2016 ha riconosciuto, "ove ne ricorrano i presupposti"⁽⁹³⁾, la possibilità di prevedere nelle nuove gare un indennizzo⁽⁹⁴⁾ a tutela di eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti⁽⁹⁵⁾. Del resto, l'assenza di un indennizzo per il concessionario uscente si potrebbe porre in contrasto con il diritto di stabilimento e con la libertà di prestazione dei servizi; infatti, il rischio per un'impresa di non riuscire ad ammortizzare gli investimenti effettuati disincentiva nuovi investimenti, in quanto o limita la platea dei potenziali concorrenti o comunque riduce l'entità degli investimenti che i nuovi concessionari sarebbero disposti a fare⁽⁹⁶⁾.

Inoltre, sebbene non sia possibile prevedere in sede di gara dei meccanismi che determinino un ingiustificato vantaggio per il concessionario uscente, nell'ambito della valutazione della capacità tecnico professionale potranno essere individuati criteri che valorizzino soggetti che abbiano già svolto attività analoghe (incluso quindi il concessionario uscente)⁽⁹⁷⁾.

In definitiva, nella predisposizione delle future procedure potrebbero essere previsti meccanismi che, da un lato, possano ristorare gli attuali concessionari per gli investimenti realizzati e non ancora ammortizzati, dall'altro lato, misure che possano salvaguardare i posti di lavoro nel settore che, come noto, rappresenta un importante asset della nostra economia.

Se pertanto, come visto, esistono possibili strumenti per garantire almeno parte degli interessi dei concessionari uscenti è possibile rilevare come il rinnovo delle concessioni attraverso l'indizione di nuove gare potrebbe rilevare anche in termini di interesse pubblico e in particolare in termini di entrate pubbliche. Come rilevato anche dall'Adunanza plenaria, a oggi, tutti i canoni derivanti dalle concessioni

93 A tal riguardo, "una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti" (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

94 F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali*, cit., 382, secondo il quale "l'indennizzo dovrà essere commisurato non solo alla perdita del capitale investito, ma anche al mancato profitto causato dall'eventuale fine anticipata della concessione e al valore delle opere realizzate, in conformità ai principi contenuti nell'art. 1 del protocollo n. 1 della CEDU". Sul punto anche G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., 395, secondo cui "chi acquisisce la concessione, con essa acquisisce un complesso di beni in cui è ricompreso anche l'avviamento".

95 In particolare, "L'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi". Peraltro, al fine di evitare il ripetersi di simili problematiche pro-futuro è bene che la durata della concessione sia contenuta in un tempo ragionevole e sufficiente "al recupero degli investimenti, insieme alla remunerazione del capitale investito" (Cons. St., Ad. plen., 17 e 18, 2021).

96 G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., 394.

97 Sul punto l'Adunanza Plenaria ha infatti chiarito che "Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della par condicio, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione dell'accesso al settore di nuovi operatori" (Cons. St., Ad. plen., 17 e 18, 2021).

balneari del nostro Paese ammontano a poco più di cento milioni di euro⁽⁹⁸⁾, cifra particolarmente bassa tenuto conto della grande quantità di concessioni. I canoni sono stati infatti determinati anni fa, come visto, sulla base dei metri quadri concessi e non sulla redditività della concessione e tali canoni non sono mai stati rivisti⁽⁹⁹⁾. Ebbene, le nuove gare avrebbero come oggetto del confronto competitivo anche l'importo dei canoni che i concorrenti sarebbero chiamati a offrire al rialzo e ciò determinerebbe, evidentemente, un aumento di tali importi e quindi delle entrate pubbliche. In altri termini, l'amministrazione, che fino a oggi ha avuto un atteggiamento passivo nella gestione della ricchezza a essa riservata e connessa ai beni demaniali in questione, è quindi chiamata a una gestione più efficiente degli stessi e finalizzata al perseguimento di migliori risultati economici attraverso la massimizzazione del rendimento del proprio patrimonio⁽¹⁰⁰⁾. Infatti, a oggi, l'assenza di regole adeguate ha determinato, oltre all'avvio di numerosi contenziosi, anche difficoltà operative per i comuni, ossia gli enti assegnatari delle funzioni di gestione del demanio marittimo e competenti per l'assegnazione e la revoca delle concessioni, nei rapporti con gli operatori economici⁽¹⁰¹⁾. In tale prospettiva rappresenta certamente un segnale importante l'approvazione da parte del Consiglio dei ministri nel luglio 2023 del decreto legislativo 26 luglio 2023, n. 106, in attuazione della delega di cui all'art. 2 della legge 5 agosto 2022, n. 118, per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici⁽¹⁰²⁾.

11. Possibili nuovi approcci (lato concessionario).

Chiarite le possibili iniziative da parte del legislatore, è possibile a questo punto verificare se anche il concessionario possa intraprendere iniziative volte a tutelare i propri interessi in linea con la normativa europea. Ciò si rende ancor più necessario se si considerano le peculiarità del mercato delle concessioni balneari del nostro Paese, ove i concessionari sono spesso imprese familiari che anche a fronte delle continue proroghe ex lege sono strettamente legate sotto un profilo economico alle concessioni

⁹⁸ In particolare, “il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime” (Cons. St., Ad. plen., 17 e 18, 2021).

⁹⁹ Sul punto A. ABRUZZESE, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., 96, secondo cui “*Detta situazione è stata sottoposta all'attenzione della Corte dei Conti – sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, la quale con delibera n. 29-2008-G del 19 dicembre 2008 “La riscossione dei canoni nelle concessioni del demanio marittimo”, ha evidenziato che i canoni per le concessioni con finalità turistico-ricreativa e per la nautica da diporto non sono direttamente commisurati alla redditività della medesima concessione?*”.

¹⁰⁰ M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le “concessioni balneari”*, cit., 409.

¹⁰¹ F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia*, cit., 1037 ss.

¹⁰² Nel comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 43 del 17 luglio 2023, pubblicato sul sito internet del Governo (<https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-43/23174>) si legge che “Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze Giancarlo Giorgetti e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie Roberto Calderoli, ha approvato, in esame definitivo, un decreto legislativo di Attuazione della delega di cui all'articolo 2 della legge 5 agosto 2022, n. 118, per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici. Al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza dei principali dati e delle informazioni relativi alle concessioni di beni pubblici, il decreto dispone la costituzione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni, denominato SICONBEP e garantisce il coordinamento e l'interoperabilità con gli altri sistemi informativi esistenti in materia. La rilevazione comprende tutti i beni appartenenti al demanio e al patrimonio indisponibile di cui agli articoli 822 e seguenti del Codice Civile che formano oggetto di atti, contratti e convenzioni che comportano l'attribuzione a soggetti privati o pubblici dell'utilizzo in via esclusiva di tali beni. Il testo tiene conto dei pareri espressi dal Garante per la protezione dei dati personali e dalla Conferenza unificata”.

in essere⁽¹⁰³⁾. Se da un lato è chiaro come l'interesse degli attuali concessionari sia quello di mantenere la propria concessione, dall'altro lato si contrappone, come visto, la regola ormai non più discutibile della necessità di indizione di gare. Occorre quindi domandarsi se esista uno strumento che consenta una composizione tra questi due aspetti. Ferma la necessità della gara occorre valutare se è possibile inserire all'interno di questa un meccanismo che possa avvantaggiare, o meglio premiare, un concorrente non, ovviamente, per il fatto di essere il gestore uscente, ma piuttosto per il fatto di avere avuto una iniziativa valutabile di pubblico interesse. Un possibile strumento potrebbe essere l'inserimento di un diritto di prelazione⁽¹⁰⁴⁾ in favore di uno dei concorrenti e in particolare di colui che ha proposto un progetto di gestione che ha dato avvio alla procedura di gara. Il legislatore ha espressamente previsto tale strumento nell'ambito della finanza di progetto (c.d. project financing) a iniziativa privata⁽¹⁰⁵⁾. Quest'ultimo rappresenta uno strumento di partenariato pubblico privato la cui finalità è la realizzazione di un'opera pubblica con il concorso di capitali privati⁽¹⁰⁶⁾. In buona sostanza, un privato, di sua iniziativa, può presentare a un soggetto pubblico un progetto per la realizzazione di un'opera⁽¹⁰⁷⁾. Ove l'amministrazione dovesse ritenerla di pubblico interesse, bandirà una gara per la sua realizzazione, gara alla quale potrà partecipare anche il soggetto proponente. Quest'ultimo ove non dovesse risultare l'aggiudicatario potrà o esercitare il diritto di prelazione ragguagliando l'offerta vincitrice o avere il rimborso delle spese sostenute per la fase di progettazione. Tale meccanismo, che inevitabilmente rappresenta una deroga alle ordinarie procedure competitive, è volto a incentivare i privati a promuovere la realizzazione di opere di pubblico interesse premiandoli in corso di gara (che deve comunque esserci) attraverso

103 M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari"*, cit., 412, secondo la quale "Gli stabilimenti balneari spesso si identificano con il nome del titolare originario, trovando nella continuazione della gestione familiare un riscontro alla fidelizzazione che lega l'utente dei servizi offerti con quella località". Sul punto cfr. G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Federalismi*, Paper 4 marzo 2020, 3, secondo cui "l'85 per cento dei concessionari in Italia, e sono microimprese legate indissolubilmente al territorio, per le quali non avrebbe senso l'esistenza di una libertà di stabilimento in qualsiasi altro posto non solo d'Europa, ma forse neppure dell'Italia".

104 Sulla nozione del diritto di prelazione cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*⁹, Milano, Giuffrè Editore, 2009, 534, secondo cui "tabvolta o la legge o un patto volontariamente stipulato possono attribuire a un soggetto un diritto di prelazione, ossia il diritto di essere preferito ad ogni altro, a parità di condizioni, nel caso in cui la persona soggetta alla prelazione dovesse decidersi a stipulare un determinato contratto".

105 B. RAGANELLI, *La finanza di progetto (artt. 183-186)* in M. CLARICI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, 1329 ss, secondo la quale "La finanza di progetto, fattispecie italiana sui generis riconducibile in senso lato al c.d. project financing, è uno dei modelli di PPP disciplinato dal Codice sui contratti pubblici, che ambisce a caratterizzarsi essenzialmente per il fatto di originare dall'iniziativa privata, sia pure normalmente concernente un'opera inserita nella programmazione dell'amministrazione". Sul punto anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*⁵, Roma, Dike, 2016, 1606, secondo il quale "L'introduzione dell'istituto nel settore dei contratti pubblici consente di sollevare la P.A., in tutto o in parte, dal rischio e dagli oneri relativi al finanziamento dell'opera (o del servizio) da realizzare, affidando al settore privato la predisposizione e la concretizzazione del progetto, nonché la gestione dell'opera o del servizio finale, incentivandone, al contempo, il livello di efficienza ed assicurandone la piena utilizzazione commerciale". Cfr. anche S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*³, Milano, Giuffrè, 2022, 56.

106 M. CLARICI, *Manuale di diritto amministrativo*⁵, cit., 435, secondo il quale la finanza di progetto "è una tecnica particolare di realizzazione dei lavori pubblici, alternativa allo strumento della concessione, sperimentata con successo soprattutto nei Paesi anglosassoni e che mira ad azzerare o a ridurre al minimo gli oneri economici a carico dello Stato". Sul punto cfr. anche A. BOITTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2020, 234, secondo cui "La finanza di progetto (project financing nel mondo anglosassone) costituisce una delle più rilevanti forme di collaborazione tra pubblici e privato rientranti nel novero dei PPP". Cfr. anche R. DE NICOLIS, *I nuovi appalti pubblici Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, Zanichelli editore, 2017, 2139 ss.

107 B. RAGANELLI, *La finanza di progetto*, cit., 1332, secondo la quale "caratteristica fondamentale è che il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti (art. 3, comma 1, lett. aaa), bbb) e ccc)". Sul punto cfr. anche R. DI PACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2021, 41, secondo il quale "La finanza di progetto si è affermata in Gran Bretagna negli anni settanta del secolo ventesimo per rispondere all'esigenza di contenere il debito pubblico, mantenendo inalterata l'efficienza nell'erogazione dei servizi".

o il diritto di prelazione o il rimborso delle spese sostenute per la proposta⁽¹⁰⁸⁾. Tale schema, introdotto dalla c.d. legge Merloni-ter⁽¹⁰⁹⁾, è stato confermato nel codice dei contratti pubblici del 2006, in quello del 2016 e da ultimo in quello del 2023⁽¹¹⁰⁾.

Ebbene, anche nel caso delle concessioni balneari i concessionari uscenti, di propria iniziativa, potrebbero presentare alle amministrazioni un progetto di gestione della concessione, progetto che poi, ove ritenuto di pubblico interesse, dovrebbe comunque essere messo a gara e nell'ambito di questa potrà essere previsto un diritto di prelazione per il proponente. In questo caso gli attuali gestori sarebbero premiati non in quanto concessionari uscenti, ma quali soggetti proponenti. Del resto, anche gli altri operatori potrebbero presentare proposte analoghe e quindi non vi è alcun vantaggio nei confronti del gestore uscente.

Ora, tenuto conto che il diritto di prelazione rappresenta un limite alla concorrenza, occorre verificare se tale diritto possa essere riconosciuto soltanto nell'ambito di un project financing (ove è espressamente previsto per legge) o se anche in procedure diverse aventi a oggetto la concessione di beni pubblici. Nel primo caso, infatti, i gestori uscenti dovrebbero presentare una proposta più elaborata, che abbia tutti gli elementi e i requisiti richiesti dalle disposizioni che disciplinano la finanza di progetto⁽¹¹¹⁾, nel secondo caso invece tali elementi non sarebbero necessari e quindi in capo ai soggetti proponenti vi sarebbe un onere meno gravoso in termini di elaborazione della proposta.

A tal riguardo, sussiste un orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, nell'ambito di una procedura avente a oggetto la concessione di un bene pubblico, risulta illegittima una clausola del bando che riconosca il diritto di prelazione al proponente proprio per violazione dell'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123⁽¹¹²⁾. Infatti, tenuto conto che il diritto di prelazione rappresenta una deroga alla procedura ordinaria, lo stesso necessita di una "base legale" come nel caso della finanza di progetto e non è quindi possibile una sua applicazione analogica⁽¹¹³⁾. Infatti, nella finanza di progetto la deroga alla concorrenza è (eccezionalmente) giustificata dall'esigenza di "compensare l'ingente impiego di risorse richiesto per la predisposizione del progetto di fattibilità e del piano economico-finanziario". In definitiva, secondo tale orientamento per riconoscere il diritto di prelazione è necessario che si ricada nell'ambito del project financing e, per fare ciò, la proposta deve essere caratterizzata da:

108 A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit., 242, secondo cui "Nel caso del project financing ad iniziativa privata è ancor più necessario predisporre dei meccanismi che incentivino e valorizzino la formulazione di proposte innovative, evitando il rischio che altri soggetti (ivi inclusa la parte pubblica) possano appropriarsi delle idee formulate o beneficiare delle soluzioni proposte".

109 Ossia la legge 18 novembre 1998, n. 415 la quale ha inserito gli artt. 37-bis e ss. della legge Merloni (legge n. 109/1994).

110 In particolare, nel codice del 2006 (d.lgs. n. 163/2006) era l'art. 153, nel codice del 2016 (d.lgs. n. 50/2016) l'art. 183, nel nuovo codice del 2023 (d.lgs. n. 36/2023) è l'art. 193.

111 Ai sensi dell'art. 183, c. 15, del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici, applicabile fino al 30 giugno 2023), la proposta deve contenere "un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione". Ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici, applicabile dal 1° luglio 2023), la proposta deve contenere "un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione".

112 In particolare, è stato affermato che "La clausola di prelazione introdotta nella lex specialis, per cui il proponente che abbia inteso raggugiare la propria offerta economica a quella del miglior offerente deve essergli preferito nell'affidamento della concessione d'uso, integra un indebito vantaggio competitivo per il proponente, vietato dall'articolo 12, comma 3, della direttiva 2006/123/CE. 5.3.1. Tale vantaggio non risulta giustificato da un motivo imperativo d'interesse generale conforme al diritto euro-unitario" (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 1° agosto 2022, n. 1833).

113 Infatti, "Premesso che nel diritto pubblico la clausola di prelazione, in quanto derogatoria del principio di concorrenza, deve avere necessariamente una base legale, il Collegio ritiene di non poter applicare analogicamente alla fattispecie relativa alla concessione d'uso di beni pubblici la disciplina della prelazione legale dettata in materia di affidamento di una concessione mediante il ricorso alla finanza di progetto ad iniziativa di privati" (TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1833, 2022).

i) particolare complessità di confezionamento, ii) spendita di risorse significative, iii) grado di dettaglio del progetto di fattibilità delle opere da realizzare, iv) predisposizione di un piano economico finanziario asseverato, v) erogazione di finanziamenti da rimborsare.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, nell'aprile 2023, ha riformato una sentenza che aveva seguito detto orientamento, ritenendo che una procedura per la concessione di un bene pubblico che riconosca il diritto di prelazione al proponente risulti legittima in quanto coniuga concorrenzialità da un lato e pubblico interesse dall'altro⁽¹¹⁴⁾. Il Consiglio di Stato ha riconosciuto poi che l'inserimento di un simile diritto non contrasta con l'art. 12 della direttiva Bolkestein che vieta soltanto di inserire meccanismi che premino il concessionario uscente in quanto tale, ma non impedisce di prevedere sistemi premiali per i soggetti proponenti⁽¹¹⁵⁾. Né è possibile sostenere, come aveva fatto il giudice di primo grado, che laddove il diritto di prelazione non sia espressamente previsto, lo stesso deve considerarsi vietato; tale automatismo, infatti, oltrepassa "lo spirito della norma europea". Del resto, il diritto di prelazione inserito all'interno della finanza di progetto ha superato il vaglio della Corte di giustizia che ne ha escluso il suo contrasto con i principi di non discriminazione o con le libertà di stabilimento o di circolazione dei servizi⁽¹¹⁶⁾. Allo stesso modo anche la giurisprudenza nazionale ha escluso che la prelazione possa determinare indebite situazioni di vantaggio in capo al promotore⁽¹¹⁷⁾. Del resto, in materia di concessioni balneari, già sotto la vigenza dell'originario art. 37 del Codice della navigazione, la giurisprudenza, nell'offrire una lettura comunitariamente orientata del diritto di insistenza ivi previsto, lo aveva ricondotto a un diritto di prelazione da potersi riconoscere in presenza di tre condizioni: i) equipollenza delle offerte, ii) pubblicità della procedura, iii) assenza di fattori di vantaggio in capo al concessionario uscente⁽¹¹⁸⁾.

In definitiva, nell'ambito di una procedura per la concessione di un bene pubblico è possibile prevedere il diritto di prelazione in favore del soggetto che propone un progetto di gestione dello stesso bene, ove questo venga valutato di pubblico interesse dall'amministrazione e poi messo a gara. Ebbene, nulla osta a che tale progetto possa essere presentato dallo stesso concessionario uscente che godrà, poi, in fase di gara, del diritto di prelazione non in qualità di precedente gestore, ma di promotore di un progetto che potrebbe infatti essere presentato da qualsiasi operatore del settore.

114 In particolare, "La procedura scelta dal Comune si mostra, da questo punto di vista, in grado di meglio coniugare la concorrenzialità con la soluzione più vantaggiosa per il pubblico interesse alla riqualificazione ed alla valorizzazione dell'immobile: essa è, quindi, rispettosa sia delle regole di matrice comunitaria, sia dell'interesse pubblico primario che deve guidare l'azione amministrativa" (Consiglio di Stato, sez. VII, 4 aprile 2023, n. 3486).

115 Infatti, "Dalla disamina della norma europea si evince, dunque, che questa impedisce di adottare sistemi di affidamento della "risorsa scarsa" basati su metodi non concorrenziali. L'inserimento di una clausola di prelazione all'interno di una procedura di gara non forma, perciò, oggetto di un divieto espresso e generalizzato: una simile clausola non è ammessa quando contrasti con l'ora visto criterio regolante l'affidamento della risorsa "scarsa" posto dall'art. 12, come accade nell'ipotesi – che però non ricorre nel caso ora in esame – in cui la prelazione venga accordata al concessionario uscente in virtù di tale sua qualità" (Cons. St., sez. VII, n. 3486, 2023).

116 Corte di Giustizia UE, sez. II, 21 febbraio 2008, C-412/04.

117 Consiglio di Stato, sez. V, 31 marzo 2021, n. 2680.

118 In particolare, la giurisprudenza aveva chiarito che "che un'interpretazione comunitariamente orientata di detto istituto [diritto di insistenza] porti a subordinarne l'esplicazione al rispetto dei presupposti dati: a) dall'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici (vedi Cons. Stato, sezione V, decisione 27 settembre 2004, n. 27.9.04. n- 6267); b) dalla idonea pubblicizzazione della procedura relativa al rinnovo, in guisa da consentire alle altre imprese interessate la conoscenza del presupposto notiziale necessario al fine di esplicitare, in una logica di par condicio effettiva, le chance concorrenziali in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza; c) dalla necessità di depurare, nei limiti possibili, la procedura dai fattori di vantaggio rivenienti in capo al concessionario dalla titolarità della concessione ovvero dalla titolarità di altro rapporto concessorio funzionalmente collegato al primo" (Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168). Sul punto cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁰, cit., 496 ss. per i quali sussiste un orientamento per cui il diritto di insistenza "può operare, al pari di una prelazione civilistica".

12. Considerazioni conclusive.

Ricostruita la normativa sulle concessioni balneari ed esaminati gli ultimi approdi giurisprudenziali è possibile anzitutto delineare i punti fermi della materia che difficilmente potrebbero essere rimessi in discussione. La normativa nazionale che proroga le concessioni in essere contrasta con quella europea e in particolare con l'art. 12 della direttiva Bolkestein da ritenersi *self executing*. Tale contrasto comporta il dovere, da un lato, di disapplicare le disposizioni nazionali e, dall'altro lato, di applicare quelle europee che impongono la messa a gara delle concessioni. Detta disapplicazione deve essere operata direttamente dagli amministratori locali, anche comunali.

Ciò posto appare quindi giunto il momento per il legislatore nazionale di mutare il proprio approccio nella regolazione della materia ponendo fine al sistema delle proroghe che, oltre a esporre il nostro Paese al rischio di una condanna a seguito di una procedura di infrazione, è probabile che nemmeno avrebbe alcuna utilità, tenuto conto del dovere degli amministratori locali di disapplicare le proroghe eventualmente previste da nuove norme. Di contro, è invece auspicabile che il legislatore predisponga una disciplina uniforme delle gare per il rinnovo delle concessioni, evitando così che queste siano lasciate all'iniziativa delle singole amministrazioni, circostanza che determinerebbe il proliferarsi sul territorio nazionale di leggi di gara diverse tra loro.

Invece, predisponendo discipline uniformi anche attraverso l'elaborazione di "bandi tipo", sarebbe possibile, come visto, prevedere meccanismi omogenei per ristorare i gestori uscenti degli investimenti realizzati e non ancora ammortizzati, magari ponendoli in capo al gestore entrante ed evitando così di gravare sulle casse pubbliche. Per neutralizzare i rischi di tipo occupazionale potrebbero poi essere inserite clausole sociali che impongano al concessionario entrante di assumere, in via prioritaria, per l'espletamento delle proprie attività, i lavoratori del precedente concessionario. L'indizione di nuove gare appare valutabile positivamente anche in termini di interesse pubblico, in quanto porterebbe a un incremento dei canoni di concessione e quindi delle entrate pubbliche.

Se queste potrebbero essere le iniziative dal lato del legislatore, anche dalla parte dei concessionari uscenti sono immaginabili iniziative conformi al diritto europeo. Questi potrebbero infatti farsi promotori di progetti di gestione delle concessioni da presentare alle amministrazioni. Queste ultime, ove dovessero valutare di pubblico interesse i progetti presentati, potrebbero metterli a gara prevedendo un diritto di prelazione in favore del soggetto proponente, previsione, come visto, ritenuta legittima, anche nell'ambito di gare per l'affidamento di beni pubblici.

In definitiva sembrerebbe giunto il momento di porre fine allo scontro, da troppi anni in essere, con il diritto europeo e tentare di trovare soluzioni alternative attraverso gli strumenti a disposizione, al fine di contemperare gli interessi (pubblici e privati) in rilievo e giungere finalmente a un nuovo (troppe volte rimandato) punto di equilibrio.

Premesse per uno studio: l'amministrazione condivisa nei regolamenti comunali. Una esigenza di riordino?

SOMMARIO : 1. Premessa. 2. I regolamenti comunali sull'amministrazione condivisa: punti di convergenza e divergenza. 3. La natura giuridica dei patti di collaborazione. 4. Il caso del Comune di Bologna: dal vecchio al nuovo regolamento comunale. 5. Alcune riflessioni conclusive.

DI LORENZA TOMASSI

ABSTRACT: Il presente contributo approfondisce il tema dell'amministrazione condivisa. Muovendo dal suo riconoscimento a livello costituzionale con l'art. 118, c.4, che esprime il principio di sussidiarietà orizzontale, il lavoro si concentrerà dapprima sull'individuazione di quali sono i principali modelli di partecipazione attiva al perseguimento dell'interesse generale, specie nell'ambito delle comunità locali. emergerà, infatti, che sono principalmente le autonomie locali a realizzare la condivisione della funzione amministrativa tanto con i singoli individui quanto con le organizzazioni del terzo settore. Verrà, poi, messo in evidenza che per fare questo le amministrazioni locali si dotano di propri regolamenti comunali che, in assenza di una disciplina ordinaria intermedia, risultano, tra loro, disorganici e frammentari. In questo senso sarà utile la comparazione di alcuni regolamenti; in particolare ci si soffermerà sul comune di Bologna che ha da poco adottato un nuovo regolamento, sostituendolo al precedente, che sembra tenere adeguatamente conto dell'evoluzione normativa (come, ad esempio, l'entrata in vigore del codice del terzo settore) e del dibattito scientifico sulla natura e sulla molteplicità degli strumenti che possono trovare applicazione. Questo ci consentirà, da ultimo, di trarre alcune riflessioni conclusive circa l'esigenza di dare sistematicità alla regolazione di tali modelli partecipativi.

ABSTRACT: *This contribution explores the theme of shared administration. Starting from its recognition at the constitutional level with art. 118, c.4, which expresses the principle of horizontal subsidiarity, the work will first focus on identifying the main models of active participation in the pursuit of the general interest, especially within local communities. It will emerge, in fact, that it is mainly local self-government that achieves the sharing of the administrative function with both individuals and third sector organizations. It will then be highlighted that to do this the local authorities have their own municipal regulations that, in the absence of an ordinary intermediate discipline, are disorganic and fragmentary. In this sense, it will be useful to compare some regulations; in particular, we will focus on the Municipality of Bologna, which has recently adopted a new regulation, replacing the previous one, which seems to take due account of the evolution of legislation (such as, for example, the entry into force of the Third Sector Code) and the scientific debate on the nature and multiplicity of instruments that can be applied. This will allow us, finally, to draw some conclusive reflections on the need to give systematic regulation of these participatory models.*

1. Premessa.

L'amministrazione condivisa esprime un diverso modello di esercizio del potere amministrativo, in cui la pubblica amministrazione per realizzare gli interessi pubblici coinvolge i cittadini, in forma singola e associata, e le organizzazioni del terzo settore⁽¹⁾. Si tratta, dunque, di un modello collaborativo in cui i cittadini svolgono una funzione attiva e partecipativa⁽²⁾, non solo per quanto riguarda l'individuazione degli interessi generali ma, ulteriormente, per la scelta delle modalità e degli strumenti con cui realizzare gli interessi individuati⁽³⁾.

Tale condivisione si concretizza, molto spesso, attraverso la sottoscrizione di patti di collaborazione o convenzioni.

Posta questa brevissima premessa, deve essere messo sin d'ora in evidenza che al contrario del modello tradizionale di esercizio del potere, in cui l'amministrazione si esprime attraverso provvedimenti e atti unilaterali e imperativi, non vi è, a livello normativo ordinario, una disposizione al pari della legge sul procedimento amministrativo che disciplini e regoli in che modo e attraverso quali procedure avvenga la collaborazione e la condivisione della funzione amministrativa tra amministrazione e privati o enti del terzo settore.

Più nel dettaglio, è difficile rinvenire una chiara ed univoca definizione di cosa sia un "patto di collaborazione", una "convenzione", quale sia la loro natura giuridica, in quali casi sia preferibile l'uno piuttosto che l'altro o, ancora, quale sia il procedimento che sottende alla sottoscrizione di questi modelli collaborativi.

Le principali fonti a cui riferire l'amministrazione condivisa sono, perciò, l'articolo 118, c.4, Cost., il codice del terzo settore - limitatamente a tale ambito - e i regolamenti comunali.

Vale a dire, dunque, che oltre il principio generale espresso dell'art. 118 c.4 sulla sussidiarietà orizzontale⁽⁴⁾, in cui è disposto che Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, e oltre al codice del terzo settore che si limita ad individuare in quali ambiti e attraverso quali forme è possibile coinvolgere le organizzazioni del privato sociale, tutta la regolazione in materia di amministrazione

1 G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997.

2 Sul ruolo attivo del cittadino v., in particolare, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

3 G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n.1/2017, secondo cui in tale modello i cittadini e amministrazioni condividono "non l'esercizio di un potere, bensì responsabilità e risorse per la soluzione di problemi di interesse generale". Ulteriormente, M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in M. BOMBARDELLI, G. ARENA (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Trento, ES, 2022, 114, in cui si sostiene come all'interno di tale modello organizzativo gli interessi individuati e successivamente curati assumono un carattere sovraindividuale che li accomuna agli interessi pubblici. I primi però, si distinguono dai secondi dal momento che gli interessi generali non sono assunti doverosamente in carico dall'amministrazione pubblica ma, al contrario, la loro cura è affidata e la all'autonomia iniziativa dei privati, anche se molto spesso finiscono di fatto per convergere con interessi che l'amministrazione ha il dovere di curare.

4 Sul principio di sussidiarietà v. in particolare: D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in M. BOMBARDELLI, G. ARENA (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 31; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, Treccani, 2004; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002; P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm.* CDS, 2009; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Ist. fed.*, 3/2011; M. P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3/1995; G. COCCO, *Cronaca di molte scelte annunciate e di poche perseguite. Ovvero il principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/1998; G.U. RESCIGNO, *Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, n.1/2002; I. COLOZZI, *La sussidiarietà nelle politiche sociali*, in *La sussidiarietà. Che cos'è e come funziona* (a cura di P. DONATI, I. COLIZZI), Roma, 2005; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'articolo 118 ultimo comma della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berté*, Napoli, 2005; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997.

condivisa è rimessa alla potestà regolamentare dei singoli comuni⁽⁵⁾.

Sono, infatti, numerosi i comuni che sino a questo momento si sono dotati di regolamenti comunali per l'amministrazione condivisa dei beni comuni⁽⁶⁾. Sebbene tali regolamenti seguano principalmente lo stesso schema⁽⁷⁾, come vedremo nel presente contributo, non mancano elementi di antinomia tra un comune e l'altro, determinando l'impossibilità di tracciare una disciplina generale univoca e organica.

2. I regolamenti comunali sull'amministrazione condivisa: punti di convergenza e divergenza.

La prevalenza dei regolamenti comunali sull'amministrazione condivisa prende il nome di "regolamenti sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni"⁽⁸⁾.

Tali atti, seguendo il Regolamento prototipo elaborato da Labsus, si suddividono in 7 capi relativi a: i) disposizioni generali, ii) disposizioni di carattere procedurale, iii) cura, rigenerazione e gestione condivisa di immobili e spazi pubblici, iv) forme di sostegno, v) comunicazione trasparenza e valutazione, vi) responsabilità e vigilanza e vii) disposizioni finali e transitorie.

Al loro interno, lo strumento principale con cui si dà attuazione alla condivisione della funzione amministrativa tra amministrazione e privati è rappresentato dai patti

5 Sul punto G. ARENA, *Amministrazione e società, cit.*, sostiene che dalla riforma costituzionale del 2001 che ha introdotto la nuova previsione dell'art. 118 Cost, il principio di sussidiarietà orizzontale è rimasto a lungo tempo inattuato proprio perché le amministrazioni hanno continuato a considerare i cittadini come soggetti passivi, di cui prendersi cura, e non anche come risorse sul piano delle attività. Ciò è rimasto inalterato, secondo P.A., fin quando, appunto, non sono stati adottati i primi regolamenti comunali sull'amministrazione condivisa con cui i comuni hanno iniziato a regolare le modalità di coinvolgimento attivo dei cittadini.

Per tali ragioni, i regolamenti comunali rappresentano la più chiara e concreta espressione del principio di sussidiarietà.

6 L'elenco dei comuni, in costante aggiornamento, che si sono dotati di un regolamento comunale sull'amministrazione condivisa dei beni comuni è consultabile al seguente link: <https://www.labsus.org/i-regolamenti-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni>.

7 Lo schema adottato dalla prevalenza dei comuni è stato predisposto dal Laboratorio di sussidiarietà, Labsus, il cui responsabile è il prof. Gregorio Arena. Il modello è consultabile al seguente link: <https://www.labsus.org/wp-content/uploads/2017/04/Regolamento-Prototipo-Labsus.2022.pdf>.

8 Sulla definizione di beni comuni il dibattito è ancora molto acceso. Infatti, a partire dalla Commissione sui beni pubblici istituita presso il Ministero della Giustizia nel 2007 e presieduta da Stefano Rodotà, i beni comuni vennero identificati con quei beni che "esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona". In altri termini, prevalse una concezione funzionale dei beni stessi in base alla quale rientrano in tale categoria tutti quei beni capaci di tutelare i diritti della persona e soddisfare gli interessi pubblici essenziali.

Il disegno di legge proposto dalla Commissione Rodotà non vide mai la luce e così, ancora oggi è assente una disciplina generale sui beni comuni. Una concreta definizione di beni comuni è presente nei soli regolamenti comunali in cui tali beni sono suddivisi in "beni, materiali e immateriali, pubblici e privati, che i cittadini e l'amministrazione riconoscono essere funzionali al benessere della comunità e dei suoi membri, all'esercizio dei diritti fondamentali della persona ed all'interesse delle generazioni future, attivandosi di conseguenza nei loro confronti ai sensi dell'articolo 118 comma 4 della Costituzione, per garantirne e migliorarne la fruizione individuale e collettiva. Tra i beni comuni, una particolare tipologia è costituita dagli spazi pubblici ovvero: aree verdi, piazze, strade, marciapiedi e altri spazi pubblici o aperti al pubblico, di proprietà pubblica o assoggettati ad uso pubblico".

In materia di beni comuni v. F. CORTESE, *Cosa sono i beni comuni?*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Trento, ES, 2019; M.R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in Id. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre Corte, 2012; C. AMATO, *I beni comuni. Una questione di paradigma relazionale*, Roma, Aracne, 2014; C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *Aedon*, n.1/2013; C. DONOLO, *I beni comuni presi sul serio*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, Carocci Editore, 2012; P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Federalismi.it*, n. 19/2011; ID., *Il territorio, bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, Donzelli Editore, 2014; M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo - conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, Cedam, 2005; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in www.giustamm.it, n.5/2012; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni di iure condendo su un dibattito in corso*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, 2015.

di collaborazione⁽⁹⁾.

In via generale, nei patti, le parti individuano gli obiettivi della loro collaborazione, la durata, le modalità di collaborazione, il ruolo e i reciproci impegni dei soggetti coinvolti, i requisiti ed i limiti di intervento, le eventuali modalità di fruizione collettiva dei beni comuni interessati dal patto, il riparto di responsabilità, le modalità di pubblicità dell'atto e le cause di esclusione di singoli cittadini per l'inosservanza delle regole definiti all'interno del patto.

In ragione della loro complessità, poi, i patti vengono suddivisi in patti di collaborazione ordinari o complessi. I primi riguardano interventi di cura di modesta entità, seppur ripetuti nel tempo: rientrano in tale categoria, ad esempio, gli interventi di pulizia, giardinaggio, piccola manutenzione o attività culturali.

Al contrario, i patti di collaborazione complessi riguardano non solo beni a cui è conferito un valore storico o culturale ma, ulteriormente, interessano beni di grandi dimensioni o dal valore economico significativo. In tali casi le attività di intervento riguardano la cura o la rigenerazione da svolgere attraverso attività complesse e innovative volte al recupero, alla trasformazione ed alla gestione continuata nel tempo per lo svolgimento di attività di interesse generale.

Se in merito al contenuto e alle tipologie dei patti di collaborazione i regolamenti sono prevalentemente uniformi, non può dirsi lo stesso in merito alle procedure di selezione dei cittadini con cui definire la collaborazione.

Le modalità di selezione delle proposte previste all'interno dei rispettivi regolamenti comunali possono essere, infatti, molto diverse tra loro, specie quando sono presentate più proposte rispetto lo stesso bene comune. In tale ultimo caso le soluzioni adottate possono riguardare l'applicazione delle regole concorrenziali, l'intervento del dirigente dell'amministrazione che potrà operare lui stesso la scelta o, ancora, attraverso una analisi comparativa delle proposte che può sfociare anche in una proposta unitaria da parte dei cittadini che avevano presentato singole proposte.

Il riferimento alle regole concorrenziali è espresso all'interno del Regolamento del comune di Bari, in cui, all'art. 10, c.5, la scelta tra più proposte progettuali non integrabili tra loro avviene attraverso procedure di tipo partecipativo che si ispirano, però, ai principi di trasparenza e concorrenzialità.

Diversamente, il comune di Macerata riconosce in capo al Dirigente dei Servizio Servizi Tecnici, la possibilità di avviare un confronto tra i diversi proponenti finalizzato alla formulazione di una proposta condivisa o, in alternativa, decidendo e scegliendo lui stesso la proposta preferita all'occorrenza anche sulla base di linee guida determinate, anche ex post, dalla Giunta Comunale, quale disciplinare tecnico-politico⁽¹⁰⁾.

Per il comune de L'Aquila, invero, la scelta delle proposte da sottoscrivere viene effettuata ugualmente mediante procedure di tipo partecipativo ma in cui sia coinvolta anche la comunità. Non è definito in che modo la comunità venga coinvolta ma, ad avviso di chi scrive, la soluzione più compatibile con questa scelta risiede nella pubblicazione delle proposte presentate a cui faccia seguito una procedura di consultazione

9 Sui patti di collaborazione la dottrina è sterminata. Si veda, in particolare, M.F. ERRICO, *Modelli di gestione dei beni comuni: i patti di collaborazione*, in *Foro amm.*, 2019, II, 2197; A. GIUSTI, *I beni comuni e la rigenerazione urbana*, in P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), *La città, Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, Jovene Editore, 2018, 91; E. FIDELBO, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, n. 3/2018; M.V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, n. 3/2017; F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni comuni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributi al diritto delle città*, Bologna, Il Mulino, 2017; P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento e la cura dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, in *Aedon*, n. 2/2016; G. CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, n. 2, 2016.

10 V. Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la gestione condivisa e la rigenerazione dei beni comuni urbani del comune di Macerata, art. 10, c.7.

pubblica dei cui esiti l'amministrazione deve tenerne debitamente conto ai fine della scelta.

Come evidente, da questa comparazione, seppur sommaria, emerge come le modalità di selezione delle proposte presentate dai cittadini possono essere le più disparate, senza soluzione di organicità e univocità.

Ulteriormente, poi, deve essere messo in evidenza come in nessun Regolamento comunale, eccezion fatta per quello di Bologna, sono individuati i criteri di scelta delle più proposte presentate. Anche laddove si faccia riferimento alle linee guida determinate dalla Giunta Comunale – è il caso del comune di Macerata- queste possono essere definite *ex post*, vale a dire a seguito della presentazione delle proposte. Ciò sta a significare che i criteri di scelta potranno essere individuati anche in base alla volontà della Giunta comunale di favorire una proposta piuttosto che un'altra, con evidente disprezzo dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento.

Tale criticità è un elemento, a parere di chi scrive, da non ridimensionare. Se infatti, la regolazione sulle modalità di realizzazione dell'amministrazione condivisa è rimessa alla autonomia legislativa dei singoli comuni, tale autonomia non può spingersi sino al sacrificio dei principi di imparzialità e buon andamento espressi all'art. 97 Cost.

Al contrario, si ritiene che ogni procedura debba sempre essere informata a tali canoni, perché da questo dipende il soddisfacimento dell'interesse pubblico, anche qualora per la sua realizzazione siano coinvolti i cittadini. Ciò sta a significare che la valutazione delle proposte dei cittadini da parte dell'amministrazione dovrebbe avvenire secondo criteri prestabiliti, seppur individuati di volta in volta, e accessibili alla comunità di appartenenza.

3. La natura giuridica dei patti di collaborazione.

Ulteriormente, nei Regolamenti comunali è possibile individuare un secondo elemento critico che riguarda l'assenza di una definizione univoca sulla natura giuridica dei patti di collaborazione.

Difatti, la prevalenza dei regolamenti si limita a definire i patti di collaborazione come lo "strumento con cui Comune e cittadini attivi concordano tutto ciò che è necessario ai fini della realizzazione degli interventi di cura, gestione condivisa e rigenerazione dei beni comuni".

In tale definizione i patti sono ricondotti a meri "strumenti" in cui le parti definiscono collaborativamente gli ambiti e le modalità di intervento sui beni comuni.

Tuttavia, alcuni comuni, all'interno dei propri regolamenti, hanno provato a inquadrare i patti taluni alla stregua di accordi amministrativi, altri a negozi giuridici di carattere privato.

Il comune di Roma, ad esempio, nell'art. 5 dedicato ai "patti di collaborazione" ammette che la sua stipula avvenga ai sensi dell'art. 11 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, vale a dire secondo la disciplina che la legge sul procedimento amministrativo dedica agli accordi integrativi o sostituitivi del provvedimento. Lo stesso comune di Caserta, pur non menzionando espressamente gli accordi amministrativi, all'art. 5, ultimo comma, consente al comune di risolvere il patto qualora "insorgano necessità di interesse pubblico superiore o intervengano necessità amministrative di più generale interesse, a totale discrezione dell'ente stesso". In altri termini, il regolamento ammette la possibilità da parte del comune di recedere unilateralmente dal patto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico così come avviene per gli accordi amministrativi ai sensi dell'art 11, c. 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241

Ancora, il comune di Fumane, all'art. 11, dispone che la stipula del patto di sussidiarietà deve essere preceduta, ai sensi dell'articolo 11, comma 4 bis della legge n.

241/1990 dalla relativa determinazione adottata dall'Organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

Il comune di Bari parla di accordi di collaborazione e non di patti⁽¹¹⁾.

Diversamente, il Comune di Porto Torres definisce il patto di collaborazione come “l'atto amministrativo condiviso bilateralmente tra amministrazione comunale e cittadini attivi”⁽¹²⁾.

Ancora diversa è la definizione del comune di Varese che colloca il patto di collaborazione tra gli “strumenti negoziali”, rievocando perciò una natura di carattere privato⁽¹³⁾.

A ben vedere, la difficoltà di collocare i patti di collaborazione in una o in un'altra categoria giuridica è ravvisata, da tempo, anche in dottrina. In questo senso, infatti, anche parte della dottrina riconduce i patti di collaborazione agli accordi ex art. 11 l. n. 241/1990 e altra parte, invece, li considera come contratti a cui applicare le regole del diritto privato.

Secondo il primo orientamento, la natura giuridica dell'accordo sarebbe giustificata dalla circostanza in base alla quale nei patti l'amministrazione e i cittadini perseguono pur sempre un interesse generale⁽¹⁴⁾. La sola caratteristica atipica dei patti risiederebbe nel fatto che mentre gli accordi possono essere “alternativi” o “sostitutivi” del provvedimento amministrativo, nei casi dell'amministrazione condivisa il procedimento, come si è visto, seppur con regole disorganiche e minimali, è sin dall'inizio volto alla conclusione del patto stesso⁽¹⁵⁾. Ciò vuol dire che il procedimento potrà concludersi

11 Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani, comune di Bari, art. 5.

12 Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la gestione e la rigenerazione in forma condivisa dei beni comuni – amministrazione condivisa, Comune di Porto Torres, art. 5.

13 Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani, Comune di Varese, art. 8.

14 Per questo orientamento v. F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Mimus*, n. 2/2016, 299, dal momento che la stessa attività che precede la stipula dei patti di collaborazione si configura sempre come un procedimento amministrativo, sebbene sia caratterizzato da un grado più avanzato di informalità rispetto alle procedure delineate nella legge sul procedimento amministrativo; F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, p. 275; A. NERVI, *La gestione dei beni comuni urbani. Modelli normativi*, in R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani: modelli e prospettive: atti del convegno di Torino, 27-28 febbraio 2019*, 2020, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 46, secondo cui i regolamenti comunali costituiscono una sorta di normativa di attuazione della norma primaria (l'art. 11 appunto), nella parte concernente il governo degli spazi urbani e l'interazione con la cittadinanza; G. BARATTA, L. LANZONI, *La gestione condivisa dei beni comuni nei patti di sussidiarietà: il caso di Verona*, in R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani: modelli e prospettive: atti del convegno di Torino, 27-28 febbraio 2019, cit.*, 54, secondo cui il Regolamento comunale di Verona, all'art.2, definisce il patto di sussidiarietà come l'accordo, stipulato ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Secondo gli autori “la scelta di riportare tali formule di cooperazione agli accordi amministrativi era già stata espressa nell'atto di indirizzo, in ragione dell'esigenza di ricorrere ad uno strumento del diritto positivo capace di recepire la forza delle istanze territoriali, e di ribadire, nel contempo, quel mantenimento della funzione autoritativa dell'Amministrazione a tutela di una composizione degli interessi generali, a cui la stessa cura dei beni comuni si riconduce”; G. CALDERONI, *Patti di collaborazione? Sì, ma preferibilmente (6, talvolta, necessariamente) con una seconda (e più esterna) cornice giuridica*, in P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, Jovene Editore, 2018, 35; ID., *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, n. 2/2016, 3, che riconduce nell'alveo dell'art. 11 della l. n. 241/1990 una parte non irrilevante dei patti di collaborazione dal momento che, secondo l'P.A., la sussidiarietà può essere intesa anche come sostituzione dell'amministrazione e, dunque, i patti possono anche assumere la veste sostitutiva di un'attività provvedimentale. Attività a cui rinuncerebbe l'amministrazione stessa per carenza di risorse o perché ritiene l'attività di soggetti terzi maggiormente idonea a realizzare l'interesse generale.

15 Sul punto v. G. MARLETTA, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. Amm.*, n.2/2023, 44, in cui “sul piano funzionale, poi, lo strumento pubblicistico e la conseguente applicazione delle disposizioni della l. n. 241/1990, risultano necessari anche per poter adempiere al meglio a specifiche esigenze di tutela. Ed infatti, dal momento che ci si trova al di là della semplice discrezionalità amministrativa, non si tratterà solo di ponderare unilateralmente gli interessi pubblici primari e secondari con gli interessi privati, ma si tratterà, invece, di realizzare una vera e propria convergenza di tali interessi, in modo da far emergere effettivamente “l'interesse generale nel caso concreto”, all'esito di un confronto dialettico fondato sull'informalità e sulla partecipazione orizzontale. Sarebbe, infatti, l'Amministrazione precedente a conferire giuridicità piena a tutte le attività nate in un contesto informale, attraverso il loro riconoscimento in funzione dell'interesse generale”.

esclusivamente con la sottoscrizione del patto da parte delle parti coinvolte⁽¹⁶⁾.

Il secondo orientamento, invero, riconduce i patti agli atti di diritto privato dal momento che entrambi si strutturano in un “negozio bilaterale volontario”, però, a titolo gratuito per giustificare l’assenza di prestazioni a carattere patrimoniale⁽¹⁷⁾. In questo caso l’amministrazione non potrebbe mai recedere unilateralmente il rapporto per “sovravenuti motivi di interesse pubblico” come, invero, accadrebbe nei casi in cui al patto fosse conferita la natura di accordo. Tale orientamento sarebbe confermato anche all’interno dell’art. 8 del decreto legislativo del 31 marzo 2023 n. 36, vale a dire il nuovo codice dei contratti pubblici. Al suo interno, infatti, la disposizione rubricata “Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d’opera intellettuale a titolo gratuito” riconosce alla pubblica amministrazione la facoltà di perseguire le proprie finalità

16 Sull’ampia interpretazione degli accordi ex art. 11, l. n. 241/1990 è intervenuta più volte la giurisprudenza amministrativa. In questo senso si richiama Consiglio di Stato, sez. n. 5501 del 2015, che riprende quanto statuito dall’Adunanza Generale del Consiglio di Stato con proprio parere n. 7/1987. In quella sede i giudici riconducevano sotto la comune dizione di “accordi”, sia moduli più propriamente procedimentali, cioè attinenti alla definizione dell’oggetto dell’esercizio della potestà, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all’esercizio di potestà. Ciò giustificherebbe, pertanto, l’applicazione tanto del comma 2, relativo all’applicabilità dei principi del Codice civile in tema di obbligazioni e contratti, ovvero il comma 4, concernente la possibilità offerta alla P.A. di recesso dall’accordo. Da ciò se ne fa discendere che la generale disciplina dell’art. 11 trova applicazione (anche) nel caso di “convenzioni” con contenuto patrimoniale, afferenti tuttavia al previo esercizio di potestà, per altro verso, essa deve applicarsi anche ad ipotesi in cui, difettando ogni “substrato patrimoniale”, il richiamo – ad esempio – alla applicabilità dei principi del Codice civile in tema di obbligazioni e contratti, risulta avere un ambito di applicazione certamente più ristretto. Tuttavia, le disposizioni in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell’amministrazione (riconducibili o meno alla generale figura del contratto), trova in ogni caso un limite, e dunque una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell’esercizio di potestà pubbliche, e nelle finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate. Tale orientamento è confermato anche in Tar Lazio, sez. II, 11 luglio 2018 n. 9640.

Ulteriormente, poi, sempre il Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2013 n. 5786, ha avuto modo di affermare come all’interno di tali rapporti l’amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia che consente l’applicazione dei “principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto”.

Sul punto v. G. CALDIRONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica, op. cit.*, 3.

17 In tal senso v. V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in M. BOMBARDELLI, G. ARENA (a cura di), *L’amministrazione condivisa*, Trento, ES, 2022, 26, che, in riferimento alle convenzioni ex art. 56 del D. Lgs n. 117/2017, le colloca tra gli atti di diritto privato. Li definisce atti negoziali, seppur atipici, di diritto privato e quindi che, come tali, sono sottoposti alla giurisdizione ordinaria. Anche in riferimento ai patti di collaborazione, l’A., li inquadra tra gli “atti di diritto privato, dal quale scaturisce un rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione contrappuntato di diritti soggettivi e di obblighi, e responsabilità, di tipo paritario, sottoposto in caso di contestazione, alla giurisdizione ordinaria. Un atto di diritto privato attraverso il quale la stessa amministrazione esercita un’autonomia negoziale, nella valutazione della proposta, o nel sollecitarla, con riferimento all’oggetto, ai costi, agli strumenti di ausilio pubblico all’iniziativa privata, etc. È una negoziazione che si situa, a mio giudizio, nell’ambito privatistico e riguarda la capacità generale delle pubbliche amministrazioni. Una negoziazione che in questo caso acquista una particolare rilevanza perché a fronte delle capacità negoziali dell’amministrazione, vi sono i diritti di coloro che, per la piena affermazione dei propri diritti di cittadinanza, propongono, sollecitano, il ripristino, la gestione, la manutenzione, etc., di beni comuni”. Nei medesimi termini v. anche R. TUCCILLO, *Rigenerazione dei beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, Il Mulino, 2018, 96, secondo cui tanto nella impostazione privatistica che in quella pubblicistica l’esecuzione del patto non esenta le parti dall’osservare regole riconducibili ai principi sulle obbligazioni; Parzialmente diverso sul punto v. P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani, cit.*, 10, secondo cui si sarebbe in presenza di atti a geometria variabile. Secondo l’A., alcuni patti “potrebbero essere considerati per esempio come accordi (in senso lato) urbanistici (i patti per la rigenerazione di un quartiere) o comunque, in senso lato, pubblicistici (la concessione di beni, magari condizionata); altri potrebbero essere assimilabili a negozi di diritto privato (donazioni modali)”. Da ciò ne deriverebbe che i principi di cooperazione e buona fede, applicabili a tutti i contratti, dovrebbero essere poi diversamente declinati e applicati, nelle diverse ipotesi, a seconda del tipo di rapporto e della natura dei soggetti.

istituzionali attraverso la conclusione di contratti⁽¹⁸⁾, anche gratuiti, poiché dotate di autonomia contrattuale⁽¹⁹⁾.

Come emerge, dunque, il punto nevralgico del dibattito riguarda la posizione assunta nel patto dalla pubblica amministrazione. In particolare, ci si chiede se questa si esprima attraverso una autonomia negoziale, riconosciuta peraltro ex art. 1, c.1 bis della l. n. 241/1990, e quindi attraverso l'attività contrattuale, oppure se si è in presenza di un tradizionale esercizio di poteri amministrativi che, però, da luogo, ad una figura giuridica diversa tanto dal provvedimento amministrativo quanto dagli accordi⁽²⁰⁾.

Il quesito non è di facile soluzione anche perché entrambe gli orientamenti si prestano a molteplici critiche.

Gli accordi, infatti, come visto, ammettono in capo alle amministrazioni la possibilità di recedere unilateralmente dal patto qualora sopraggiungano motivi di interesse pubblico; in questo caso, allora, tra le parti non vi sarebbe mai una consensualità piena ma, al contrario, la pubblica amministrazione si collocherebbe sempre in una posizione di privilegio rispetto la parte privata che, invero, sarebbe sempre obbligata a adempiere ai propri obblighi.

Contrariamente, alla teoria che vede i patti quali atti di natura privata si contesta la disponibilità delle parti della causa del patto stesso⁽²¹⁾. In altre parole, i beni comuni assumono all'interno del patto una destinazione funzionale alla realizzazione dell'inte-

18 Si tratta di una disposizione che recepisce un orientamento costante della Corte di Cassazione, in particolare espresso dalla Corte di Cassazione, sez. Un, 12 maggio 2008, n. 11656 in cui si statuisce che “nel nostro ordinamento non vige il sistema del nec ultra vires (che caratterizza invece l'attività delle persone giuridiche di diritto pubblico nel sistema anglosassone) e, pertanto, sia le persone giuridiche pubbliche che private hanno la medesima capacità giuridica, per cui la p.a. può porre in essere contratti di diritto privato in assenza di specifici divieti”.

In questo senso si è espressa anche autorevole dottrina secondo cui l'ente pubblico ha “autonomia privata sol perché è persona giuridica (in quanto le norme sulla plurisoggettività non distinguono tra soggetti persone fisiche e soggetti persone giuridiche)”. In tal senso cfr. M. S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa* in *Enc. Dir.* vol. III, Milano, 1958, 988.

Secondo altra dottrina, invero, anche l'attività della pubblica amministrazione svolta in forma privata, è sempre funzionalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico: da ciò ne discende che, pur dovendo osservare le regole del diritto civile, la pubblica amministrazione dovrà orientare il proprio comportamento ai criteri e principi di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990. Sul punto v. F. SAIETTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.* n. 4/2016.

Nei medesimi termini v. F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.* n. 3/2002, 431, secondo cui tanto gli atti autoritativi quanto quelli consensuali si configurano come meri strumenti giuridici e che, come tali, vanno applicati tenendo conto della loro rispondenza alle finalità che l'amministrazione deve raggiungere, secondo quanto le è stato conferito e attribuito per legge.

19 Per un recente commento sull'art. 8 del nuovo Codice dei contratti pubblici v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 21/2023, 37, in cui si esprimono forti dubbi circa la compatibilità del principio di autonomia contrattuale con la disciplina dei contratti pubblici dal momento che nei rapporti contrattuali tra p.a. e privati vi sarebbe sempre un forte squilibrio in favore dell'amministrazione in virtù del fatto che non solo l'azione dell'amministrazione è funzionalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico ma, ulteriormente, l'amministrazione non può mai “liberamente determinare il contenuto del contratto” (art. 1322, comma 1, c.c.) o dell'atto consensuale in genere. La decisione di contrarre, il capitolato speciale, il bando di gara rappresentano emblematicamente le fasi entro le quali il principio di autonomia contrattuale mal si concilia con l'attività svolta dall'amministrazione.

20 Vi sarebbe, pertanto, un terzo orientamento in base al quale, non essendo possibile ricondurre i patti nell'una e nell'altra categoria giuridica, e cioè di accordi o atti di natura privata, questi verrebbero configurati come un *tertium genus*, il cui fondamento normativo sarebbe l'art. 1, c.1 bis, l. n. 241/1990. Secondo questo orientamento, l'amministrazione eserciterebbe una attività amministrativa non autoritativa a cui non si applica la disciplina generale dettata dalla legge sul procedimento amministrativo dal momento che si sarebbe in presenza di una attività consensuale. In tal senso v. L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di) *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., 131. Sul punto v. anche A. GIUSTI, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, cit., 29, in cui si sostiene che la ratio dell'art. 1, c.1 bis, l. n. 241/1990 e quella dei patti sarebbe la stessa dal momento che “la disposizione non incide, quindi, sulla natura della funzione amministrativa, bensì sulla forma, che si potrà esprimere, quando non è richiesta necessariamente l'adozione di atti di natura autoritativa, attraverso i moduli dell'agire consensuale, restando assoggettata ai principi di carattere pubblicistico enunciati dall'art. 1 comma 1 della l. 241/1990”.

21 F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, cit., 298.

resse generale e che, come tale, non può essere modificata. Il vincolo di destinazione e la natura funzionale dei beni comuni escludono, pertanto, la possibilità di ricondurre il patto ad atti di autonomia privata.

Al contrario, la funzionalizzazione del bene alla realizzazione dell'interesse generale giustificerebbe da parte dell'amministrazione l'esercizio del potere di recesso qualora tale interesse non sia adeguatamente soddisfatto o qualora sopraggiungano diversi fattori.

Allo stesso modo, poi, deve essere messo in evidenza che seppur la sottoscrizione del patto possa avvenire anche su iniziativa dei cittadini è pur sempre rimessa alla attività procedimentale dell'amministrazione dare seguito a tale iniziativa. Da ciò se ne fa discendere che qualora l'amministrazione non ritenga il patto di collaborazione lo strumento maggiormente idoneo a soddisfare tale interesse o, ulteriormente, siano gli stessi soggetti privati a non risultare idonei a realizzare quanto stabilito nel patto, questo potrà non venire sottoscritto.

Da queste considerazioni, allora, se ne ricava correttamente che "l'amministrazione preserva la propria posizione di supremazia a dispetto della struttura (bilaterale) di un atto che interviene a determinare consensualmente il contenuto di un provvedimento amministrativo o a regolare i rapporti economici discendenti da quest'ultimo; altre volte addirittura in sua sostituzione"⁽²²⁾.

Proprio tale sbilanciamento tra parte pubblica e privata fa propendere per quell'orientamento che identifica i patti di collaborazione come accordi ex art. 11 l. n. 241/1990⁽²³⁾. E ciò in quanto, non solo perché la stipula del patto avverrebbe al termine di un procedimento amministrativo, sebbene non adeguatamente disciplinato ma, ulteriormente, perché in questo modo l'amministrazione potrebbe in ogni caso esercitare poteri di autotutela qualora le condizioni del caso lo rendano necessario.

Ciò avverrebbe, poi, in ossequio ai principi che regolano l'attività amministrativa e che impongono, quindi, un obbligo di motivazione da parte dell'amministrazione rescindente e, contestualmente, un obbligo di indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

Da ultimo, deve essere sottolineato che l'esigenza di attribuire ai patti una determinata natura giuridica incide anche sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo⁽²⁴⁾. Allo stato attuale, infatti, per i comuni i cui regolamenti riconoscono ai patti natura di accordi amministrativi, la giurisdizione sarà del giudice

22 G. A. PRIMERANO, *L'amministrazione condivisa dei "beni comuni" urbani*, in G. CORSO, F.G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, ES, 2022, 158.

In tal senso v. anche Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza del 18 febbraio 2020 n. 5 secondo cui "fermi i casi di contratti di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazioni le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratti ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che "non diversamente previsto".

23 Più nello specifico, l'art. 11 della l. n. 241/1990 assumerebbe più le connotazioni di un "principio - valvola" che di una disposizione a cui fare espresso rinvio per la disciplina ivi contenuta. Ciò sta a significare che la disposizione si limiterebbe ad indicare il regime giuridico per "tutti i rapporti consensuali condizionati funzionalmente, sganciati dall'ordinaria dinamica autoritativa dei provvedimenti amministrativi". Sull'articolo 11 come principio valvola v. E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e iniziativa economica privata, Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 264.

24 Sul punto v. A. GIUSTI, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, cit., 33, in cui emerge proprio la molteplicità delle pretese azionabili in materia: queste potrebbero riguardare l'adozione dell'atto regolamentare, essere collegate alla mancata conclusione del patto, a tutela di situazioni terze che si assumono lese dal patto. In altri termini potrebbero aversi pretese da parte dei cittadini alla sottoscrizione del patto ma anche pretese da chi dal patto possa esserne danneggiato. Come emerge dal contributo, le azioni esperibili potrebbero essere molteplici e dinanzi giudici diversi. V. anche P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani L'esperienza di Bologna*, cit., 8.

amministrativo⁽²⁵⁾; nei comuni, invero, in cui i regolamenti definiscono i patti alla stregua di atti di diritto privato la giurisdizione sarà del giudice ordinario in relazione all'esecuzione del contratto e sarà del giudice amministrativo per tutta l'attività preordinata alla sua stipula⁽²⁶⁾. Ma ancor più complesso sarà per tutti quei comuni in cui i patti non sono definiti in alcun modo: in queste circostanze, in assenza di una legislazione ordinaria che faccia chiarezza sul punto, potrà accadere che il cittadino vedrà respingersi il ricorso presentato dinanzi al giudice amministrativo perché ritenuto incompetente e lo stesso potrà verificarsi, viceversa, nel caso in cui si ricorra al giudice ordinario. Ulteriormente, potrà accadere che entrambi i giudici riconoscano la propria giurisdizione.

Larga parte della giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa, riconosce nei modelli convenzionali sempre l'espressione di un potere discrezionale della stessa pubblica amministrazione.⁽²⁷⁾ L'esercizio di tale potere, pertanto, si riconduce, ancorché in via indiretta o mediata, a quello del potere pubblico e per il quale, pertanto, i giudici vi riconoscono la legittimazione esclusiva del giudice amministrativo⁽²⁸⁾. Ciò anche in virtù del fatto che secondo costante orientamento dei giudici il criterio di riparto della giurisdizione in materia di accordi procedurali risulta essere così coerente anche con l'evoluzione complessiva del sistema di giustizia amministrativa, il quale – da giurisdizione sull'atto – sempre più spesso si configura quale giurisdizione sul rapporto amministrativo⁽²⁹⁾.

Come evidente, allora, in queste circostanze, l'introduzione di una legislazione ordinaria, orientata anche e soprattutto dalla prassi giurisprudenziale che sino a questo momento si è prodotta, si rende necessaria affinché sia possibile dettare una disciplina univoca e certa e che arresti, pertanto, quella incertezza applicativa determinata dalle regolazioni comunali diverse e frammentarie su una stessa fattispecie.

25 Dal momento che l'art 133 del c.p.a. affida alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla «formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni». Ciò sarebbe confermato anche da una pronuncia del Tar Lazio, sez. II, n. 9640 del 28 settembre 2018 secondo cui «la valorizzazione delle attività di volontariato e il principio di sussidiarietà - in base al quale i corpi minori possono cooperare e, in taluni casi, sostituirsi a quelli di livello superiore e anche agli organismi di governo del territorio nell'esecuzione e nella prestazione di talune attività e di servizi rivolti alla collettività - non implica un'abdicazione totale da parte degli Enti rappresentativi (Comuni, Città Metropolitane, Regioni, Stato) dal compito di disciplinare tali attività, almeno per quanto riguarda gli aspetti entro i quali la loro attività va coordinata con le attività e i fini istituzionali degli Enti direttamente rappresentativi delle collettività. L'elemento della "volontarietà" delle attività svolte, infatti, e la loro spontaneità non può arrivare al punto da svuotare la funzione della pubblica amministrazione di regolamentare le attività che si svolgono sul proprio territorio per la pulizia, la manutenzione ecc... di beni e di aree pubbliche e di porzioni del territorio che rimangono comunque di pertinenza dell'Ente pubblico».

26 Cfr. M. F. ERRICO, *Modelli di gestione dei beni comuni: i patti di collaborazione*, in *Foro amm.*, n. 12/2019, 2213, che prospetta, ulteriormente, le differenti conseguenze in caso di inadempimento o di recesso.

27 Sul punto v. Corte Cost., sentenza del 15 giugno 2016 n. 179. In tale pronuncia è sostenuto che l'amministrazione agisce, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio. Orientamento, peraltro, ribadito in Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza del 4 dicembre 2020, n. 27786 in cui si conferma la giurisdizione del giudice amministrativo «in relazione agli accordi integrativi del contenuto di provvedimenti amministrativi di natura concessoria, i quali, costituendo anche essi espressione - pur dopo le modifiche apportate dalla L. n. 15 del 2005, art. 7 alla L. n. 241 del 1990, art. 11 - di un potere discrezionale della P.A., sono assoggettati al sindacato del giudice a cui appartiene la cognizione sull'esercizio di tale potere.

Sul punto v. anche Consiglio Stato, sez. V, 15 settembre 2003, n. 5152; T.A.R. Lombardia Brescia, 13 agosto 2003, n. 1157; T.A.R. Marche, 6 agosto 2003, n. 939, Tar Toscana, Sez. I, sent. 18 gennaio 2005, n. 153, che pur riferendosi alle convenzioni di lottizzazione di cui alla l. 6 agosto 1967 n. 765, ha conferito loro natura di accordi sostitutivi del provvedimento e come tali, rientrando nell'ambito delle previsioni di cui all'art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241, le relative controversie devono essere conosciute dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

28 In tal senso vedi anche Corte Cost. sentenza del 27 gennaio 2010 n. 35, par. 2.2, considerato in diritto.

29 Al contrario, è esclusa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo laddove non vi sia da parte dell'amministrazione l'esercizio di poteri amministrativi. In tal senso v. Corte costituzionale, con sentenza del 3 maggio 2006, n. 191 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53 D.P.R. 327/2001 nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati», non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un potere pubblico. Orientamento condiviso anche in Tar Lazio, sez. I, 28 gennaio 2009, n. 1655.

Del resto, la previsione di una legge ordinaria, al pari della legge sul procedimento amministrativo, appare una delle soluzioni possibili con cui definire in modo coordinato e generale gli aspetti procedurali e sostanziali che attengono alla sottoscrizione e realizzazione dei patti.

4. Il caso del Comune di Bologna: dal vecchio al nuovo regolamento comunale.

Al comune di Bologna vanno conferiti più meriti.

In primo luogo, è stato il primo comune, nel 2014, ad adottare il Regolamento sull'amministrazione condivisa. Lo stesso comune ha realizzato una rete civica, la c.d. Rete Iperbole, attraverso la quale mettere in collegamento amministrazione, cittadini ed enti del terzo settore. Recentemente poi, il 1° gennaio 2023, il Comune ha adottato un nuovo Regolamento sull'amministrazione condivisa, più dettagliato rispetto al primo e che tiene conto degli interventi normativi che si sono susseguiti dall'emanazione del primo regolamento sino a quello di nuova adozione.

Tra le più importanti novità introdotte dal nuovo Regolamento vi è quella di riferire la disciplina a tutti i "soggetti civici"⁽³⁰⁾. Tra questi vi rientrano gli enti del terzo settore, le imprese sociali, le libere forme associative, i cittadini singoli, associati o riuniti in formazioni sociali, i gruppi informali, gli operatori economici, le associazioni di categoria, gli enti territoriali e le case di quartiere. Per ciascuna tipologia di soggetto il regolamento definisce le specifiche possibilità di collaborazione.

A ben vedere, dunque, l'estensione applicativa del presente regolamento risulta essere più ampia rispetto agli altri, dal momento che questo si riferisce anche agli enti del Terzo settore e a tutte quelle forme associative che sembrano essere escluse dalle altre regolazioni che si limitano, invero, a riferirsi ai "cittadini attivi"⁽³¹⁾. Difatti, molti comuni optano per l'adozione di un ulteriore regolamento con cui definire i rapporti tra il comune stesso e gli enti del terzo settore in realizzazione dell'amministrazione condivisa⁽³²⁾.

Al contrario, il Comune di Bologna sembra aver raccolto all'interno di un unico corpo normativo la regolazione sull'amministrazione condivisa. Tale scelta, ad avviso di chi scrive, non è priva di effetti ma, al contrario, consente di estendere, laddove possibile, la disciplina dettata dal codice del terzo settore anche nei confronti di soggetti diversi dagli enti a cui il codice si riferisce e che, come visto, per i quali una vera e propria disciplina è assente.

In particolare, infatti, il Codice del terzo settore dedica il titolo VII ai rapporti

30 Art. 3 del nuovo Regolamento del comune di Bologna.

31 Nel regolamento prototipo, ripreso dalla prevalenza dei regolamenti comunali, per cittadini attivi ci si riferisce a tutti i soggetti, compresi i bambini, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali, anche informali o di natura imprenditoriale, che indipendentemente dai requisiti riguardanti la residenza o la cittadinanza si attivano per periodi di tempo anche limitati per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani ai sensi del presente regolamento. Tale definizione non sembra, perciò, ricomprendere gli enti del terzo settore vale a dire le associazioni, le fondazioni e gli altri enti privati diversi dalle imprese sociali iscritte nel Registro unico Nazionale del Terzo Settore - RUNTS - ai sensi dell'art. 4 del Codice del Terzo settore, decreto legislativo, 3 luglio 2017 n.117. Non sembra essere ricompresi, poi, nemmeno le imprese sociali definite e regolate dal decreto legislativo, 3 luglio 2017 n. 112.

32 È il caso, ad esempio, del comune di Milano, di Brescia, di Livorno, di Napoli, di Piacenza, Oristano, Rimini.

con gli enti del terzo settore⁽³³⁾, il cui coinvolgimento è assicurato attraverso forme di co-programmazione⁽³⁴⁾, co-progettazione⁽³⁵⁾, accreditamento⁽³⁶⁾ e la stipula di convenzioni⁽³⁷⁾.

Tali forme di coinvolgimento sono estese, all'interno del Regolamento di Bologna, anche a soggetti diversi dagli enti del terzo settore, divenendo così disciplina generale da applicare in tutti i casi in cui vogliono realizzarsi interventi di amministrazione condivisa⁽³⁸⁾.

Il regolamento, pertanto, definisce i profili procedurali delle procedure di programmazione condivisa, di progettazione condivisa o le modalità per le proposte di collaborazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. Ma più in particolare, deve essere messo in evidenza che per ognuna di questa procedura il Comune di Bologna, all'art. 12, definisce i criteri generali di valutazione che l'amministrazione deve applicare nella scelta dei soggetti con cui realizzare l'amministrazione condivisa⁽³⁹⁾. Come si accennava, la predeterminazione dei criteri di scelta delle proposte o dei soggetti

33 Sull'amministrazione condivisa in rapporto agli Enti del terzo settore v. M. CARRER, *Terzo settore e principio di sussidiarietà, profili problematici nella sistematizzazione costituzionale*, in *Società e Diritti*, n. 15/2023; D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del terzo settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Dir. Amm.*, n.2/2022; ; A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2021; Id., *I rapporti con la Pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, n. 3/2017; G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del terzo settore*, in *Giur. cost.*, 2020; L. GORI, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi*, n. 14/2020; S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Trento, 2019; S. PELLIZZARI, *Il modello dell'amministrazione condivisa tra autonomie territoriali, terzo settore e società civile organizzata*, in M. BOMBARDELLI (A cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Trento, ES, 2016; Id., *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, in *Munus*, n. 2/2019; S. A. FREGO LUPPI, *Beni comuni, servizi e terzo settore tra partecipazione ed esigenze di uguaglianza*, in M. BOMBARDELLI (A cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi, cit.*, D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, n. 3/2018; M. V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, n.2/2018; L. GULLI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e appalti*, 1/2018.

34 Ai sensi dell'art. 55, c.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".

35 Ai sensi dell'art. 55, c.3, invero, "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".

36 Ai sensi dell'art. 55, c.4, "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".

37 Ai sensi dell'art 56, le amministrazioni pubbliche possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

38 In questo senso, infatti, l'art. 5, c.3, del Regolamento del comune di Bologna relativo alle disposizioni generali sulla programmazione condivisa, consente la partecipazione ai percorsi di programmazione a tutti i soggetti indicati all'art. 3 del suddetto regolamento, vale a dire sia cittadini, in forma singola o associata, sia a enti del terzo settore, imprese sociali, le case di quartiere ecc.

39 L'art. 12, c.2 indica tra i criteri generali: "a) la collaborazione tra soggetti civili e Amministrazione si ispira ai valori di cui all'art. 2 del presente regolamento, i progetti proposti devono risultare coerenti con tali valori; b) l' idoneità, negli ambiti di attività di interesse generale, a determinare un impatto positivo in termini di utilità per i cittadini o di qualità dello spazio urbano ; c) la pertinenza ovvero sia fermi restando gli approfondimenti demandati alla successiva fase della progettazione condivisa, la presentazione di un contenuto non generico e agganciato al contesto tematico o territoriale di riferimento; d) la realizzabilità, ovvero sia fermi restando gli approfondimenti demandati alla successiva fase della progettazione condivisa, la non palese incompatibilità con il contesto operativo in cui agisce l'Amministrazione pubblica; e) le proposte, attività, progetti devono risultare coerenti con il Documento Unico di Programmazione in particolare con la relativa sezione strategica".

Sebbene, l'art. 12, c.2, indichi i criteri esclusivamente per le proposte di collaborazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani di cui all'art. 7 del suddetto regolamento, il comma successivo chiarisce che tali criteri "costituiscono altresì la cornice per la definizione dei criteri puntuali previsti nell'ambito degli avvisi pubblici di cui al Capo III del presente regolamento" e, quindi, da applicare a tutte le procedure da cui origina l'amministrazione condivisa.

con cui collaborare, non solo consente di circoscrivere l'ambito di discrezionalità che, invero, avrebbe l'amministrazione laddove tali criteri fossero assenti ma, ulteriormente, informa tali procedure ai canoni di trasparenza e buon andamento. La scelta, infatti, del soggetto partner avverrà tenendo conto, attraverso questi criteri, della professionalità dei soggetti coinvolti, della pertinenza delle proposte rispetto al contesto territoriale di riferimento e dell'impatto positivo in termini di utilità per i cittadini o di qualità dello spazio urbano.

Tale processo orientato ai paradigmi della trasparenza e della conoscibilità è confermato, tra l'altro, anche attraverso la rendicontazione delle attività, ex art. 34, secondo cui il Comune proprio attraverso la rendicontazione delle attività indica le informazioni relative agli obiettivi, le azioni intraprese, i risultati raggiunti, le risorse utilizzate e dei risultati ottenuti.

Tale fase si pone non solo quale momento conclusivo del ciclo della collaborazione tra amministrazioni, cittadini ed enti ma rappresenta, ulteriormente, anche lo strumento da cui trarre indicazioni importanti su quali siano gli aspetti meritevoli di essere potenziati e, quali, invero, sono le attività da non ripetere o da migliorare.

Da ultimo, il comune di Bologna, oltre a formalizzare la collaborazione tra parte pubblica e privata attraverso i patti di collaborazione vi aggiunge anche la possibilità di concludere convenzioni, indicando in quali circostanze sia previsto l'uno o l'altro strumento⁽⁴⁰⁾.

Si ritiene, ulteriormente, che anche la scelta di introdurre le convenzioni quali strumento di collaborazione alternativo ai patti non sia causale ma, al contrario, sia frutto dell'influenza che la disciplina del codice del terzo settore ha impresso sul nuovo regolamento.

Del resto, è proprio il Codice del terzo settore ad ammettere la possibilità di realizzare forme di intervento condiviso attraverso la sottoscrizione di convenzioni. Convenzioni che, proprio per questo, sino a questo momento non erano previste in quasi nessun regolamento comunale circoscritto ai soli cittadini.

5. Riflessioni conclusive.

A margine della indagine comparativa compiuta nel presente contributo, ad avviso di chi scrive, è possibile cogliere alcune riflessioni.

In primo luogo, l'amministrazione condivisa traccia una nuova immagine di cittadino.

In merito a tale profilo, infatti, si coglie il progressivo abbandono rispetto a quella interpretazione tradizionale secondo la quale i cittadini sono meri "amministrati" che passivamente recepiscono le indicazioni imposte dagli "amministratori". Al contrario, l'amministrazione condivisa si realizza proprio attraverso la partecipazione attiva dei cittadini, dal momento che, come visto, i patti sono il frutto non già di una valutazione a monte elaborata dall'amministrazione ma, invero, scaturiscono dal confronto e dalle proposte progettuali presentate dai cittadini⁽⁴¹⁾. In altri termini, la partecipazione attiva dei cittadini consente l'ampliamento del novero degli interessi, pubblici e privati, da tutelare – e che l'amministrazione da sola potrebbe non intercettare – ma, ulteriormente,

⁴⁰ Nel regolamento del Comune di Bologna i patti di collaborazione, secondo l'art. 26, sono sottoscritti per le proposte di collaborazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani (art. 7 del regolamento), a seguito degli avvisi di progettazione condivisa emanati dal Comune (art. 8) e a seguito degli avvisi pubblici a carattere competitivo (art.11); al contrario, le convenzioni, secondo l'art. 27, sono sottoscritte in relazione agli interventi di interesse generale a favore degli utenti (art. 9).

⁴¹ M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in M. BOMBARDELLI, G. ARENA (a cura di), *cit.*, 116, parla appunto di "co- amministratori", "cioè di «soggetti attivi che, integrando le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione, si assumono una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale».

fornisce uno strumento in più per la loro eventuale realizzazione.

A ben vedere, in questo nuovo modello di governo del territorio “le azioni del cittadino, che partecipa all’esercizio di funzioni assegnate per tradizione ai pubblici poteri, superano la dimensione individuale degli interessi e proiettano la singolarità dell’*agere* in un contesto più ampio che fonde doveri di solidarietà e valore dell’esistenza individuale”⁽⁴²⁾. In questa prospettiva, non sembra azzardato sostenere che attraverso l’amministrazione condivisa sia possibile incoraggiare una nuova idea di giustizia sociale dal momento che tale modello ridefinisce le modalità di utilizzo dei beni comuni che non sono nelle disponibilità dei singoli individui ma, al contrario, della collettività.

La principale caratteristica dei beni comuni, infatti, come è noto, è che questi esprimono una utilità funzionale all’esercizio dei diritti fondamentali della persona e, quindi, come tali sono idonei a soddisfare una pluralità di interessi collettivi⁽⁴³⁾.

Ciò sta a significare, dunque, che i soggetti, pubblici e privati, che daranno concretezza a tale modello organizzativo dovranno sempre essere orientati da un dovere di solidarietà sociale.

Tuttavia, affinché questo sia possibile, si ravvisa l’esigenza di una regolazione chiara ed uniforme, specie a livello ordinario, che consenta a tutti i comuni che si dotano di regolamenti proprio di muoversi partendo dagli stessi *standard*.

Come emerso nel presente lavoro, ed è questo il secondo profilo di riflessione, in assenza di una disciplina generale dettata attraverso una legge quadro, la regolazione in materia può risultare molto diversa da comune a comune.

L’ampiezza e poi il livello di approfondimento della regolazione comunale dipende, si ritiene, anche dall’esperienza che il comune ha maturato in relazione a tale modello organizzativo.

L’esempio del comune di Bologna ci indica, infatti, come una pluriennale esperienza al riguardo abbia consentito al comune stesso di intervenire sulla sua regolazione e di ampliarla proprio perché ritenuta in parte incompleta, in parte ormai obsoleta.

Tuttavia, il caso del Comune di Bologna rappresenta una *best practice*, al momento, difficilmente replicabile da parti di altri. Ciò in quanto molti dei regolamenti comunali sono di recente adozione e come tale l’impatto dell’amministrazione condivisa sui diversi territori non è ancora prevedibile.

A ciò deve aggiungersi, poi, che sebbene l’impegno di molti comuni di adottare regolamenti proprio su tale modello, la prevalenza dei comuni italiani sia ancora sprovvista di tale regolazione.

Alla luce di queste riflessioni, allora, si ritiene che la previsione di una legge quadro entro cui definire gli elementi minimi a cui ricondurre la regolazione comunale potrebbe avere una duplice funzione.

In primo luogo, potrebbe scongiurare l’estrema frammentarietà della regolazione in materia, definendo, al suo interno, attraverso quali procedure, quali strumenti e secondo quali criteri può essere realizzata l’amministrazione condivisa. L’identificazione, poi, degli strumenti giuridici e della loro natura giuridica consentirebbe, almeno in parte, di risolvere le criticità relative alla giurisdizione del giudice in materia.

In secondo luogo, poi, la previsione di una legge ordinaria, intervenendo a fare chiarezza in materia, potrebbe stimolare tutti quei comuni sprovvisti di una regolazio-

42 Cfr. G.A. PRIMERANO, *L’amministrazione condivisa dei “beni comuni” urbani*, cit., 140.

43 M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, in Id. (a cura di), *Prendersi cura dei beni*, cit. 4, in cui i beni comuni sono qualificati come “un insieme di risorse rilevanti per la soddisfazione dei bisogni essenziali della collettività, che, come tali, sono condivise nell’uso e non escludibili per una pluralità di fruitori, ma al tempo stesso risultano rivali nell’uso da parte di questi ultimi e richiedono pertanto che l’accesso ad esse venga opportunamente regolato”. Più in generale, secondo l’A. i beni comuni sono: idonei a soddisfare bisogni essenziali, non escludibili e accessibili, sottraibili e rivali nell’uso, riferiti a una dimensione comune, collocati oltre la dicotomia pubblico/privato, usufruibili anche senza un titolo di proprietà, estranei alla logica del mercato e gestiti attraverso un uso responsabile.

ne propria di dotarsi in tal senso e di arricchirla e plasmarla sulle esigenze territoriali e della comunità di appartenenza.

Precisazioni in ordine alla deroga all'onere di motivazione analitica e all'ammissibilità della motivazione per relationem ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del D.Lgs. n. 175/2016*

Nota a Corte dei Conti per la Regione Siciliana, Sez. contr., Delib. 16 giugno 2023, n. 174*

DI FABIANA CIAVARELLA

ABSTRACT: La deliberazione della Corte dei Conti in commento appare di particolare interesse poiché amplia la portata dell'eccezione dell'onere di motivazione analitica - di cui all'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 175/2016 - anche a casi non strictu sensu inquadrabili nell'ipotesi di costituzione societaria ex lege, ammettendo inoltre la possibilità di assolvere l'onere motivazionale mediante mero rinvio per relationem alle decisioni delle Autorità d'ambito.

ABSTRACT: *The article analyses a decision by the Corte dei Conti which is of particular interest since it broadens the applicability of the exception of the analytical motivation burden - set forth by Article 5, paragraph 1, of Legislative Decree No. 175/2016 - also to cases not strictly framed into the hypothesis of a company established ex lege, and also admits the possibility to fulfill the motivational burden by reference per relationem to the decision of the Local Regulatory Authority.*

1. Il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento

Come noto, l'art. 5 del D.Lgs. n. 175/2016 (recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", nel prosieguo, per brevità, TUSPP) prevede a carico della Pubblica Amministrazione che scelga di perseguire l'interesse pubblico mediante il modello societario - sia che decida di costituire società a partecipazione pubblica, sia che decida di acquisire partecipazioni in società già esistenti - un preciso obbligo di motivazione analitica.

Il compendio motivazionale, che l'Amministrazione deve fornire nel proprio atto deliberativo, è particolarmente articolato, dovendo dar conto di tutti i seguenti aspetti: (i) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'Amministrazione, come declinate dall'art. 4 del TUSPP; (ii) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; (iii) compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa; (iv) compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina in materia di aiuti di stato alle imprese.

In altri termini, grava sull'Amministrazione l'onere di far confluire, le risultanze delle valutazioni sulla strumentalità del modulo societario e sugli effetti finanziari che

* Le opinioni espresse hanno carattere personale e non impegnano in alcun modo la responsabilità dell'AGCM, istituzione di appartenenza dell'Autrice.

* In Giurisprudenza e Controllo

ne discendono nel contenuto della motivazione analitica della delibera di acquisto della partecipazione. E in particolare, si richiede che tale atto deliberativo sia suffragato da un'analisi di fattibilità (tipicamente, un business plan) che dia conto degli elementi economico finanziari che giustificano la necessità e la convenienza dell'operazione, nonché da un'analisi dei punti di forza e di debolezza della scelta del modello gestionale rispetto alle alternative contemplate dalla legge.

Tali considerazioni valgono anche nel caso in cui il modello gestionale prescelto sia quello della società mista, circostanza che pur consentendo una parziale apertura al mercato, mediante la selezione del socio privato operativo con la gara a doppio oggetto, comporta pur sempre la creazione di un nuovo organismo societario, imponendo al socio pubblico di maggioranza di motivare analiticamente la sostenibilità e la convenienza economica di tale scelta rispetto all'opzione di affidamento del servizio a terzi con gara, che invece non comporterebbe la creazioni di alcun organismo societario.

A ben vedere, la previsione dell'art. 5 del TUSPP, riflette un favor dell'ordinamento per la promozione della concorrenza, implicando che le Amministrazioni possano assumere direttamente la gestione di attività imprenditoriali solo se (e in quanto) siano in grado di farlo a condizioni più favorevoli di quelle offerte dal mercato.

L'onere motivazionale risulta tanto stringente da escludere - almeno secondo alcuni indirizzi giurisprudenziali antecedenti alla decisione in commento - che l'Amministrazione possa motivare le proprie decisioni mediante il mero rinvio per relationem al provvedimento di un altro Ente (sovraordinato o, comunque, accentratore di volontà, come l'Autorità d'ambito territoriale ottimale o le Autorità specificamente istituite per la regolazione e controllo dei servizi pubblici locali, nel caso del servizio idrico e della gestione dei rifiuti) senza fornire alcuna ulteriore argomentazione, anche quando la normativa di riferimento lasci limitati margini di discrezionalità decisionale per l'Amministrazione, giacché sarebbe comunque necessario un autonomo apprezzamento in merito alle circostanze legittimanti l'operazione societaria. Diversamente, il ricorso per relationem a documenti e/o elementi informativi, anche predisposti da altre Amministrazioni coinvolte nell'operazione societaria, è stato costantemente ritenuto ammissibile.

In questi termini si è puntualmente pronunciata la Corte dei Conti in alcuni precedenti recenti all'esame della Sezione di controllo per le Marche (nn. 53/2023/PASP - 85/2023/PASP del 20 marzo 2023 e n. 86/2023/PASP del 29 marzo 2023) riguardanti la costituzione di una società consortile a partecipazione indiretta per la gestione del servizio di igiene urbana affidato dall'Assemblea Territoriale d'Ambito, chiarendo che "pur considerando che, in ragione del quadro normativo e dell'iter decisionale sopra richiamati, vi fossero limitati margini di discrezionalità per il provvedimento del consiglio comunale - la Sezione rileva la non conformità della deliberazione consiliare in argomento e dell'operazione societaria complessivamente considerata alle norme del TUSP e, in particolare, all'art. 5 del TURP con riguardo ai profili di seguito rappresentati. Sotto un profilo generale, la deliberazione consiliare non fornisce una motivazione analitica della decisione assunta ai sensi dell'art. 5 TUSP, ma appare indirizzata, più che altro, ad approvare le valutazioni istruttorie contenute in documenti e atti adottati dall'ATA [...]. In proposito, la Sezione sottolinea come tali valutazioni non possano, in ogni caso, sollevare l'amministrazione procedente dal suo specifico e peculiare obbligo istituzionale di vagliare la congruità e la convenienza economico-finanziaria dell'operazione [...]. Non può, inoltre, ritenersi aprioristicamente adeguata, da parte delle amministrazioni comunali interessate, la scelta della creazione di un nuovo ulteriore organismo a partecipazione pubblica per il solo fatto che l'Autorità d'ambito decida di affidargli il servizio, così rischiando di pretermettere, in via pressoché sistematica, una concreta valutazione delle possibilità di assegnazione, tramite gara

pubblica, di servizi potenzialmente contendibili sul mercato”.

In termini opposti, si è invece espressa la Sezione di controllo per la Puglia, in un caso sempre di affidamento del servizio rifiuti, ammettendo che “la circostanza che nel caso in esame la partecipazione dei Comuni dell’ARO 7/LE alla costituzione della Terra d’Otranto Spa sia avvenuta non già singulatim, sulla base di un indirizzo maturato su basi atomistiche, ma in virtù della (obbligatoria, ex lege regionale) appartenenza al citato ambito di raccolta ottimale, impone di tralasciare l’iniziativa su un piano più ampio e di ritenere che le deliberazioni dei consigli comunali integrino la formalizzazione di una volontà già compiutamente formatasi in seno all’Assemblea dell’ARO 7/LE. In proposito, rileva la circostanza che l’assolvimento degli oneri motivazionali ex art. 5, comma 1, TUSP sia avvenuto, in modo identico per tutte le delibere consiliari, per relationem al contenuto delle deliberazioni dell’ARO in precedenza richiamate” (n. 11/2023/PASP del 13 febbraio 2023).

Tale impianto normativo ammette tuttavia una deroga, che permette espressamente di escludere l’onere motivazionale, per le sole ipotesi in cui “la costituzione di una società o l’acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative”, come previsto dall’art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 175/2016. Si tratta dei casi di società istituite direttamente e unilateralmente dalla legge e di società a costituzione obbligatoria.

Nella prima ipotesi, la legge istituisce direttamente la società e, di regola, ne stabilisce la denominazione, la sede, l’oggetto sociale, il capitale sociale e l’attribuzione delle azioni. Nella seconda ipotesi, per le società a costituzione obbligatoria, la legge non istituisce direttamente la società ma ne prevede comunque la costituzione, stabilendone la denominazione, la sede, l’oggetto sociale e il capitale iniziale.

La ratio dell’esenzione dall’obbligo di motivazione si fonda, quindi, sulla circostanza che in ogni caso la scelta di costituire la società sia effettuata direttamente dal legislatore. Come conseguenza, gli atti amministrativi che si pongono a valle di questa scelta, in quanto meramente attuativi di disposizioni legislative, non necessitano di una motivazione analitica.

Come chiarito dalla giurisprudenza contabile e amministrativa, la deroga va interpretata in modo restrittivo, facendo rientrare all’interno dell’eccezione soltanto quei casi in cui sussista una previsione normativa puntuale che autorizzi la costituzione di una società (ad esempio, come avvenuto con gli artt. 7 e 8 del D.L. n. 63/2002, convertito dalla L. n. 112/2002, che hanno rispettivamente istituito la società Patrimonio dello Stato S.p.A. e costituito la società Infrastrutture S.p.A.; o come nel caso della partecipazione pubblica al GAL al fine di accedere a fondi comunitari per lo sviluppo locale del proprio ambito territoriale, cfr. Corte Conti per la Regione Veneto, Sez. contr., 8 maggio 2023, n. 157; o, ancora, dell’art. 7-bis del D.L. n. 80/2021 che ha espressamente autorizzato la società Sogei S.p.A. alla costituzione di società per “la realizzazione dei progetti di trasformazione digitale del PNRR affidati alla medesima società”, cfr. TAR Lazio – Roma, Sez. I-bis, 13 marzo 2023, n. 4338).

2. La fattispecie oggetto della deliberazione della Corte dei Conti

La fattispecie oggetto del parere della Corte di Conti ha riguardato l’acquisizione da parte del Comune di Melilli di una partecipazione in una costituenda società mista pubblico-privata, a prevalente capitale pubblico e con socio privato di minoranza selezionato mediante procedura di gara a doppio oggetto, cui verrà affidata la gestione del servizio idrico integrato nell’ambito territoriale ottimale di Siracusa (eccezione fatta per i comuni cui è stata riconosciuta la gestione autonoma del servizio idrico integrato ex art. 147, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 152/2006).

In particolare, nel citato ATO, le attività di pianificazione e affidamento della gestione del servizio idrico sono di competenza dell'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa, quale Autorità dell'ATO del territorio della provincia di Siracusa. Tuttavia, nel caso di specie, non avendo l'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa proceduto all'affidamento del servizio idrico integrato al gestore unico entro i termini indicati dal legislatore, è stato sostituito da un commissario ad acta nominato dal Presidente della Regione, il quale ha proceduto, con i poteri dell'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa, all'espletamento di tutte le attività necessarie per l'affidamento del SPL, approvando con proprie delibere la scelta della gestione a mezzo di società a capitale misto, ampiamente illustrata nella relazione ai sensi dell'art 14 del D.Lgs. n. 201/2022 e nel relativo PEF asseverato, nonché gli schemi di statuto e patti parasociali della costituenda società mista e il regolamento per l'esercizio del controllo pubblico congiunto sulla medesima società.

In tale contesto, l'Ente locale ha ritenuto necessario e obbligatorio aderire alla costituenda società mista, affermando di potersi sgravare dall'obbligo di motivazione analitica poiché la fattispecie rientrava nei casi di costituzione societaria ex lege e, in ogni caso, potendo considerare assolto l'onere motivazionale semplicemente operando un rinvio per relationem alla normativa di settore nazionale e regionale, nonché alle delibere assunte dal Commissario ad acta con i poteri dell'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa.

Tale impostazione dell'atto deliberativo dell'Ente è stata avallata dalla Corte dei Conti in ragione di una serie di considerazioni che hanno fatto rientrare la fattispecie in analisi nell'ambito applicativo dell'eccezione di cui all'art. 5, comma 1, del TUSPP, riempiendo, quindi, il dettato normativo "espresso previsioni legislative" fondante l'esonero motivazionale, di un nuovo, più ampio, significato.

In primo luogo, la gestione del servizio idrico, quale funzione tipica degli Enti locali, è stata delegata, sia dalla normativa nazionale di cui agli artt. 142 ss. del D.Lgs. n. 152/2006 sia dalle varie normative regionali di riferimento (nel caso di specie, la L.R. n. 19/2015), agli Enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali, i quali soli svolgono - in ossequio al principio dell'unicità della gestione - la funzione di organizzazione del servizio idrico integrato, dalla scelta della forma di gestione, al conseguente affidamento del servizio. All'interno di questa cornice, lo spazio di autodeterminazione che residua in capo ai singoli Comuni è pressoché inesistente, essendo ogni potere relativo alla scelta dell'organizzazione e della gestione del servizio idrico integrato riservata all'Ente d'ambito (nel caso di specie, all'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa, e per essa, al Commissario ad acta di nomina regionale).

In secondo luogo, la legge impone all'Ente locale uno specifico obiettivo amministrativo per la realizzazione delle finalità pubbliche del servizio idrico integrato e, a tali fini, anche l'adesione all'Ente di governo dell'ambito. Perciò, la delibera dell'Ente di governo dell'ambito riguardante la forma di gestione del servizio idrico integrato è legislativamente vincolata (e vincolante) rispetto al singolo Comune partecipante, in quanto per il principio di unicità del servizio idrico integrato gli Enti locali hanno l'obbligo di partecipare alla gestione unitaria, che si configura quindi come atto dovuto e inderogabile, con conseguente necessaria adesione alla forma di gestione prescelta dall'Ente di governo dell'ambito.

Da questo panorama discende, quindi, il parere favorevole sull'operazione da parte della Corte dei Conti, che ha ritenuto integrata la specifica eccezione di cui all'articolo 5, comma 1, del TUSPP e perciò chiarito che l'atto deliberativo dell'Ente locale - conforme ad espressa previsione di legge - non è soggetto all'obbligo di analitica motivazione.

Le argomentazioni della Corte dei Conti valgono anche al fine di valutare la delibera comunale come adeguatamente motivata mediante il mero rinvio per relationem

alla delibera dell'Ente d'ambito, la quale invece esponeva diffusamente le ragioni che giustificavano la modalità di gestione prescelta, in quanto "tale motivazione della scelta effettuata, a monte, dall'ente di governo di riflette poi anche sugli atti deliberativi adottati, a valle, dai singoli enti locali ricompresi nell'ambito".

3. Il nuovo orientamento della Corte dei Conti

Come visto, la Corte dei Conti ha ammesso che la scelta della modalità di gestione del servizio idrico integrato effettuata dall'Ente di governo dell'ambito pur non configurando strictu sensu l'ipotesi di una società costituita ex lege, rientri ugualmente nell'ambito applicativo dell'eccezione prevista dal comma 1 dell'art. 5 del TUSPP, in quanto la partecipazione dei Comuni alla costituzione della società mista per la gestione del servizio idrico integrato è avvenuta sulla scorta di una scelta normativamente ammessa (o meglio vincolata) per l'Ente locale da "esprese previsioni legislative". Di conseguenza, la delibera comunale sottoposta al parere della Corte dei Conti è risultata esonerata dall'obbligo di motivazione analitica prescritto dalla predetta norma e adeguatamente motivata mediante il mero rinvio per relationem alla delibera dell'Ente di governo dell'ambito.

Detto in altri termini, la Corte dei Conti fa derivare dalla assenza del potere discrezionale dell'Ente locale la possibilità che lo stesso motivi le proprie delibere con il mero rinvio per relationem agli atti dell'Ente sovraordinato o, per meglio dire, accentratore di volontà, come l'Autorità d'ambito territoriale ottimale nel caso del servizio idrico.

Sulla scia dell'indirizzo giurisprudenziale in commento, si sono susseguite ulteriori deliberazioni delle Sezioni di controllo della Corte dei Conti che, in casi analoghi a quello oggetto di approfondimento, hanno ritenuto adempiuto l'onere motivazionale da parte dell'Ente locale mediante il mero rinvio per relationem alle delibere dell'Ente di governo dell'ambito, affermando con una crescente convinzione come le delibere dei Consigli Comunali assunte nell'ambito della scelta della gestione del servizio idrico integrato non esprimano un indirizzo maturato atomisticamente dal singolo Ente, ma piuttosto costituiscano la semplice formalizzazione di una volontà già formatasi nell'assemblea dell'Ente d'ambito.

In particolare, sempre la Sezione di controllo della Corte dei Conti per la Regione Siciliana (nn. 218/2023/PASP - 221/2023/PASP del 25 luglio 2023, n. 233/2023/PASP del 9 agosto 2023, nn. 234/2023/PASP - 241/2023/PASP del 10 agosto 2023, nn. 243/2023/PASP-244/2023/PASP del 24 agosto 2023 e 245/2023/PASP-247/2023/PASP del 25 agosto 2023) nell'esprimere il proprio parere favorevole sulla costituzione di una società mista pubblico-privata per la gestione del servizio idrico integrato nell'ATO di Messina, ha ribadito che "risulta integrata la specifica eccezione, di cui al primo comma dell'articolo 5 TUSP, per cui l'atto deliberativo, conforme ad espressa previsione di legge, non è soggetto all'obbligo di analitica motivazione [...] fermo restando che nel caso di specie l'ente locale ha provveduto a motivare per relationem, richiamando cioè la deliberazione dell'ente di governo, che contiene una effettiva motivazione analitica in ordine ai profili prescritti dalla norma in esame. L'ente di governo, attraverso il quale gli enti locali ricompresi nell'ambito territoriale esercitano le funzioni di scelta della forma di gestione, ha, invero, indicato in modo specifico, sia pure sulla base dei dati previsionali ivi formulati, le ragioni che giustificano la modalità di gestione prescelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria [...]. La presenza di tale motivazione della scelta effettuata, a monte, dall'ente di governo si riflette poi anche sugli atti deliberativi adottati, a valle dai singoli enti locali ricompresi nell'ambito".

Ancor più esplicitamente, la Sezione di controllo della Corte dei Conti per la Regione Emilia Romagna ha da ultimo evidenziato che i Comuni non hanno alcun potere di autodeterminazione sull'organizzazione del servizio idrico integrato nel vigente quadro normativo, essendo ogni competenza demandata all'Ente di governo dell'ambito ed essendo unicamente in seno a quest'ultimo, cui i Comuni partecipano obbligatoriamente, che l'Ente locale assume le decisioni in merito all'affidamento del servizio: "Il principio di unicità del servizio idrico integrato comporta per i singoli Comuni l'obbligo di partecipare alla gestione unitaria, che si configura, dunque, come atto dovuto, con conseguente adesione anche alla società in house o mista individuata come gestore dall'ente d'ambito (Cons. St., Sez. II, sent. n. 7476/2021). Non residua pertanto alcun potere di autodeterminazione sull'organizzazione, essendo ogni competenza demandata all'Ente di Governo dell'ambito territoriale (Sez. Contr. Sicilia, delib. n. 174/2023/PASP). Nel vigente quadro normativo, dunque il Comune partecipa obbligatoriamente all'ente di Governo dell'ambito ed è in seno a quest'ultimo che l'ente locale assume le decisioni in merito all'affidamento del servizio. La delibera oggetto d'esame in questa sede, infatti, correttamente non assume determinazioni in merito alla costituzione della società ARCA S.r.l., ma più opportunamente prende atto delle determinazioni dell'ATERSIR e autorizza il Sindaco o un suo delegato a esprimere voto favorevole nell'ambito della società veicolo AGAC Infrastrutture S.p.a. In tale contesto, la costituzione della società di gestione del SII sarà adottata con deliberazione dell'assemblea dei soci di AGAC Infrastrutture S.p.a., rispetto alla quale le deliberazioni dei singoli Consigli Comunali costituiscono atti presupposti" (nn. 95/2023/PASP - 104/2023/PASP del 27 luglio 2023 e 118/2023/PASP - 123/2023/PASP del 29 agosto 2023).

Peraltro, l'estremizzazione del percorso ermeneutico seguito dalla Corte dei Conti è chiaro anche ad una prima lettura dei pareri delle Sezioni di controllo, i quali - pur trovandosi ad analizzare una serie di delibere consiliari similmente motivate per relationem con rinvio al contenuto delle delibere dell'Ente di governo dell'ambito di volta in volta competente e pur esprimendo gli stessi principi - nei primi casi hanno comunque operato una valutazione delle delibere di adesione degli Enti locali, mentre nei casi più recenti, facendo leva sul perno dell'assenza di potere deterministico in capo ai Comuni e sul principio di unitarietà gestionale, hanno addirittura dichiarato non valutabili singolarmente le delibere consiliari comunali a contenuto speculare, potendo essere unicamente vagliate le delibere a monte dell'Ente di governo dell'ambito, delegato del potere.

Le più recenti deliberazioni delle Sezioni di controllo della Corte dei Conti fanno, in definitiva, registrare un solido virage rispetto all'indirizzo che escludeva il ricorso alla motivazione per relationem a provvedimenti di altre Amministrazioni - sviluppato sull'assunto che l'Amministrazione deliberante la partecipazione societaria dovesse analiticamente dar conto di essersi autodeterminata per la scelta del modello societario, anche all'interno di un'operazione societaria complessa e laddove sostanzialmente priva di potere discrezionale - sul presupposto che, laddove l'Ente locale sia normativamente obbligato e vincolato alla decisione dell'Ente sovraordinato non residui alcun dovere di giustificare né la decisione in sé, né la spesa pubblica che ne deriva.

* * * * *

Massime:

Per i servizi di interesse economico generale di livello locale "a rete", è consentito a un ente locale di rendere la motivazione di cui all'articolo 5 del TUSP (decreto legislativo n. 175/2016) per relationem, richiamando, cioè, la deliberazione dell'ente di governo dell'ambito, qualora quest'ultima contenga una effettiva motivazione analitica in ordine

L'efficacia dell'ordinanza di demolizione nei casi particolari di presentazione di istanza in sanatoria, di pendenza del sequestro penale e di compatibilità delle opere abusive con gli strumenti urbanistici. Il rapporto fra ordinanza di demolizione e sanzione pecuniaria alternativa

Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 06 giugno 2023, n. 5529n. 974 *

SOMMARIO: 1. I fatti di causa 2. I motivi dell'appello al Consiglio di Stato 3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato

DI ANNA LAURA RUM

ABSTRACT: Il presente contributo propone un'analisi commentata della sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5529 del 2023, in tema di efficacia dell'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi, nei casi particolari di presentazione di istanza in sanatoria, di pendenza del sequestro penale e di compatibilità delle opere abusive con gli strumenti urbanistici. La sentenza in esame, inoltre, tratta anche del rapporto intercorrente fra ordinanza di demolizione e sanzione pecuniaria alternativa.

In particolare, sarà descritta la vicenda fattuale da cui ha avuto origine l'appello al Consiglio di Stato (infra par. 1) e verrà analizzato nel dettaglio il contenuto dell'appello, con i suoi quattro motivi (infra parr. 2., 2.1, 2.2, 2.3, 2.4).

A seguire, si procederà all'analisi delle argomentazioni rese dal Consiglio di Stato in sentenza, con specifico riferimento ai singoli motivi (infra parr. 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4).

ABSTRACT: *This article analyses the Consiglio di Stato's decision about the Council's demolition order act effects on the retrospective planning permission, on the criminal Court's property seizure order and on a building compatible with the urban plan.*

The decision concerns also the relationship between the Council's demolition order act and the alternative financial penalty.

The facts of the case (infra par. 1), and the content of the opening statement of the party will be analysed in detail, (infra parr. 2., 2.1, 2.2, 2.3, 2.4). Furthermore, the paper shows and examines the Court's arguments (infra parr. 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4).

* In Giurisprudenza e Controllo

1. I fatti di causa

I fatti di causa hanno ad oggetto la realizzazione, da parte di due comproprietari di un immobile ricadente in zona destinata a edilizia residenziale, di un terzo piano, in sopraelevazione, in assenza di titolo abilitativo. Il Comune è intervenuto con ordinanza di demolizione, impugnata innanzi al TAR Campania dai comproprietari che, nelle more del giudizio, presentavano anche istanza di sanatoria ex art 36 D.P.R. 380/01, in relazione alle opere oggetto dell'ordine di demolizione.

Il Comune negava la sanatoria delle opere de quibus con apposito provvedimento, che veniva impugnato dai comproprietari con separato ricorso, poi respinto con sentenza del TAR Campania, già confermata dal Consiglio di Stato.

A seguire, il TAR Campania ha respinto il primo ricorso e i comproprietari hanno presentato appello al Consiglio di Stato.

2. I motivi dell'appello al Consiglio di Stato

Con il primo motivo d'appello, i comproprietari denunciano l'omessa pronuncia e, comunque, l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver rilevato che l'ordinanza di demolizione era divenuta inefficace a seguito della presentazione dell'istanza in sanatoria. Ad avviso degli appellanti, a seguito del diniego di sanatoria, l'amministrazione avrebbe dovuto procedere ad una nuova valutazione della situazione mediante la riedizione del potere amministrativo, stante l'insanabile inefficacia sopravvenuta del primo provvedimento ablatorio.

Con il secondo motivo d'appello, i comproprietari deducono l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che la pendenza di un sequestro penale sull'immobile de quo non avesse conseguenze sull'ordine di demolizione.

A riguardo, il TAR Campania, in primo grado, ha affermato che la pendenza di un sequestro penale sull'immobile non costituisce un impedimento assoluto alla demolizione e pertanto non comporta la nullità del provvedimento repressivo, anche perché il privato che voglia evitare l'effetto ablatorio connesso alla scadenza del termine per ottemperare all'ordine di demolizione, deve tenere un comportamento attivo sollecitando l'autorità giudiziaria per il dissequestro. Ad avviso del giudice di primo grado, quindi, l'onere di richiedere il dissequestro dell'immobile al fine di demolirlo non viola il diritto di difesa dell'imputato in sede penale, stante la possibilità di richiedere un incidente probatorio per accertare il reale stato dei luoghi, né l'ottemperanza all'ordine di demolizione costituisce un implicito riconoscimento di colpevolezza in sede penale.

Diversamente, gli appellanti ritengono che la pendenza del sequestro costituisca causa di nullità dell'ordine di demolizione ex art. 21 septies l. 241/90 per mancanza di un elemento essenziale dell'atto, costituito dalla possibilità giuridica dell'oggetto del comando: in sostanza, per la tesi degli appellanti, l'impossibilità dell'oggetto attiene al momento genetico dell'ordine e lo vizia insanabilmente all'atto della sua adozione, a prescindere dalla successiva presentazione di un'istanza di dissequestro. Inoltre, la formulazione di una simile istanza sarebbe un comportamento processuale inesigibile in quanto, oltre a non essere imposto da alcuna disposizione di legge, potrebbe porsi in contrasto con le strategie difensive dell'indagato o dell'imputato nel processo penale, ledendo il suo diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Con il terzo motivo d'appello, i comproprietari deducono l'erroneità della sentenza impugnata, per non aver riconosciuto la conformità degli abusi con gli strumenti urbanistici.

Il TAR Campania ha osservato al riguardo che l'immobile ricade in zona B1, ove non è consentito l'aumento di superficie utile e volumetria ai sensi dell'art.22 NTA

vigenti, che consentono solo interventi di ricostruzione, ristrutturazione edilizia, trasformazione interna, manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro e risanamento conservativo, a parità di volume preesistente e superficie utile.

Gli appellanti ritengono, invece, che l'abuso rientri nella categoria della ristrutturazione edilizia, ammessa dal PRG e che in ogni caso possa trovare applicazione il Piano Casa della Regione Campania (art. 4 della L. R. Campania n. 19/2009) che consente, "in deroga agli strumenti urbanistici vigenti per uso abitativo, l'ampliamento fino al 20 per cento della volumetria esistente".

Con il quarto motivo d'appello i comproprietari deducono l'omessa pronuncia e, comunque, l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver valutato la possibilità di fiscalizzare l'abuso, ai sensi dell'art 34 D.P.R. 380/01.

Le parti appellanti, più nel dettaglio, sostengono che il Comune, a fronte di un intervento la cui demolizione non poteva avvenire senza pregiudizio alla parte eseguita in conformità al titolo abilitativo (come comprovato nella perizia allegata all'istanza di sanatoria), avrebbe dovuto applicare la sanzione pecuniaria di cui all'art. 34 D.P.R. 380/01, anche in conformità ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità che devono ispirare l'azione amministrativa, in base ai quali la p.a., nell'adottare i provvedimenti lesivi, deve ricercare forme e modalità tali da arrecare il minor sacrificio possibile ai privati.

3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, preliminarmente, ritiene il primo motivo non fondato. Al riguardo, sostiene che debba trovare applicazione l'indirizzo giurisprudenziale⁽¹⁾ in forza del quale "la presentazione di una istanza di sanatoria ex art. 36 D.P.R. 380/2011 non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso, ma determina una mera sospensione dell'efficacia dell'ordine di demolizione con la conseguenza che, in caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia".

Per il Collegio, infatti, in forza dei principi di legalità e di tipicità del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti, soltanto nei casi previsti dalla legge una successiva iniziativa procedimentale del destinatario dell'atto può essere idonea a determinare ipso iure la cessazione della sua efficacia; diversamente, nel caso di istanza di accertamento di conformità, non vi è alcuna regola che determini la cessazione dell'efficacia dell'ordine di demolizione, i cui effetti sono, quindi, meramente sospesi fino alla definizione del procedimento ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001.

In applicazione del suddetto consolidato orientamento giurisprudenziale, il Consiglio di Stato ribadisce che la presentazione di un'istanza di accertamento di conformità, ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso e non vi è pertanto alcuna automatica necessità per l'amministrazione di adottare un nuovo provvedimento di demolizione. Essa determina soltanto un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, che opera in termini di mera sospensione dello stesso. Con il rigetto dell'istanza, che, in caso di inerzia del Comune, sopravviene dopo 60 giorni, l'ordine di demolizione riacquista la sua piena efficacia.

Dunque, il Collegio conclude affermando che, nel caso di specie, l'ordinanza di demolizione ha riacquisito automaticamente efficacia a seguito del rigetto dell'istanza di sanatoria e che, al riguardo, è irrilevante che il provvedimento di diniego sia sub iudice, se non risulta che lo stesso sia stato sospeso in sede cautelare.

¹ Ex multis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3417; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 5669; Consiglio di Stato, Sez. II, 6 maggio 2021, n. 3545; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 settembre 2022, n. 8320; Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 9070

Anche il secondo motivo di ricorso viene ritenuto infondato: il Collegio, infatti, afferma che, quanto agli effetti del sequestro dell'immobile abusivo disposto dall'Autorità giudiziaria in sede penale sul procedimento amministrativo di repressione dell'abuso, si registrano in giurisprudenza tre distinti orientamenti.

Secondo il primo⁽²⁾ di essi, sostenuto in passato, il sequestro sarebbe privo di rilievo sul procedimento amministrativo, perché l'autore dell'abuso, destinatario dell'ordinanza di demolizione, avrebbe sempre la possibilità di conformarsi, richiedendo il dissequestro all'Autorità giudiziaria competente. Tale orientamento, sostenuto nel caso di specie dal TAR Campania in primo grado, è stato sottoposto più di recente a critica da una pronuncia⁽³⁾ del Consiglio di Stato del 2017, sostenitrice di un secondo orientamento: tale pronuncia evidenzia che ritenere che il sequestro sia privo di rilievo sul procedimento amministrativo, significherebbe imporre al responsabile dell'abuso un obbligo di presentare l'istanza di dissequestro che non è previsto dalla legge e, inoltre, significherebbe pregiudicare il suo diritto, costituzionalmente garantito, alla difesa nel procedimento penale. Quindi, per questo secondo orientamento, l'ingiunzione di demolizione avente ad oggetto un bene sottoposto a sequestro penale sarebbe inefficace e la relativa inottemperanza non potrebbe produrre gli effetti previsti dalla legge.

Il Collegio, con la sentenza in esame, aderisce, invece, ad un terzo, diverso e più recente orientamento⁽⁴⁾, che si pone quale punto di equilibrio fra l'interesse pubblico alla tutela del territorio e quello privato alla difesa penale. Secondo l'orientamento in parola, il sequestro penale dell'immobile non influenza la legittimità dell'ordinanza di demolizione, il che appare logico se si considera che diversamente la tutela del territorio verrebbe a dipendere da circostanze che non sono nel dominio dell'amministrazione istituzionalmente preposta, che anzi potrebbe esserne all'oscuro. Il contemperamento con le esigenze della difesa si realizza infatti in altro modo, ovvero ritenendo che il termine assegnato dall'ordinanza per la demolizione o la rimessione in pristino non decorra sin quando l'immobile rimane sotto sequestro, restando all'autonoma iniziativa della difesa ovvero della magistratura inquirente attivare gli strumenti che al dissequestro possono condurre.

Secondo il Collegio, deve pertanto ritenersi che, in presenza di un sequestro penale di opera abusiva e nella vigenza dello stesso, il termine per l'ottemperanza all'ordine di demolizione non decorre fino a che tale misura cautelare non sia venuta meno e il bene ritornato nella disponibilità del privato, di tal che, il formale accertamento dell'inottemperanza deve fare riferimento al mancato adempimento dell'ingiunzione demolitoria, decorsi novanta giorni dal dissequestro dell'immobile.

Il Collegio ritiene la censura di cui al terzo motivo inammissibile, in quanto relativa al provvedimento di rigetto di sanatoria, la cui legittimità è già stata accertata in separato giudizio, con sentenza passata in giudicato. Il giudizio ha infatti ad oggetto esclusivamente l'ordinanza di demolizione, motivata sulla base dell'assenza di titolo edilizio, circostanza pacifica in quanto ammessa anche da parte appellante. Al riguardo, il Consiglio di Stato ribadisce il costante orientamento della sesta Sezione, secondo il quale la realizzazione delle opere edilizie descritte nell'ordine di demolizione, in assenza del prescritto titolo edilizio, costituisce elemento sufficiente a giustificare l'adozione del provvedimento impugnato; tale circostanza, quindi, impone al Comune di ordinare il ripristino dello stato dei luoghi a prescindere dall'eventuale compatibilità delle opere con gli strumenti urbanistici, da valutare eventualmente in separata sede, qualora

2 Ex multis, Consiglio di Stato sez. IV 23 gennaio 2012 n. 282; Consiglio di Stato sez. VI 28 gennaio 2016 n. 283

3 Consiglio di Stato sez. VI 17 maggio 2017 n. 2337

4 Ex multis, Consiglio di Stato sez. VI, 20 luglio 2018 n. 4418; Consiglio di Stato sez. VI, 02 ottobre 2019, n. 6592; Consiglio di Stato sez. VI, 8 giugno 2021, n. 4393; Consiglio di Stato sez. VI, 23 marzo 2022, n. 2122; Consiglio di Stato, Sez. VI, 12/4/2023, n. 3693

venga presentata un'istanza di accertamento di conformità.

In sostanza, il Collegio aderisce all'orientamento⁽⁵⁾ secondo il quale in presenza di abusi edilizi, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, come si evince dagli artt. 27 e 31, del d.P.R. n. 380, che obbligano il responsabile del competente ufficio comunale a reprimere l'abuso, senza alcuna valutazione di sanabilità, nonché dallo stesso art. 36 che rimette all'esclusiva iniziativa della parte interessata l'attivazione del procedimento di accertamento di conformità urbanistica.

Con riferimento al quarto motivo, il Collegio afferma la non fondatezza, ritenendo che l'applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, sulla base di un motivato accertamento tecnico, come già affermato dalla sesta Sezione del Consiglio di Stato⁽⁶⁾. La valutazione, cioè, circa la possibilità di dare corso all'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria, costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva all'ingiunzione a demolire, con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive.

* * * * *

Massime:

La presentazione di una istanza di accertamento di conformità, ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso; non vi è pertanto alcuna automatica necessità per l'amministrazione di adottare, se del caso, un nuovo provvedimento di demolizione. Essa determina soltanto un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, che opera in termini di mera sospensione dello stesso. In caso di rigetto dell'istanza, che peraltro sopravviene in caso di inerzia del Comune dopo soli 60 giorni, l'ordine di demolizione riacquista la sua piena efficacia.

In presenza di un sequestro penale di opera abusiva e nella vigenza dello stesso, il termine per l'ottemperanza all'ordine di demolizione non decorre fino a che tale misura cautelare non sia venuta meno e il bene ritornato nella disponibilità del privato, di tal che, il formale accertamento dell'inottemperanza deve fare riferimento al mancato adempimento dell'ingiunzione demolitoria decorsi novanta giorni dal dissequestro dell'immobile.

La realizzazione delle opere edilizie in assenza del prescritto titolo edilizio costituisce elemento sufficiente a giustificare l'adozione dell'ordine di demolizione; tale circostanza impone al Comune di ordinare il ripristino dello stato dei luoghi a prescindere dall'eventuale compatibilità delle opere con gli strumenti urbanistici, da valutare eventualmente in separata sede, qualora venga presentata un'istanza di accertamento di conformità.

La valutazione circa la possibilità di dare corso all'applicazione della sanzione pecuniaria, in luogo di quella ripristinatoria, costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva all'ingiunzione a demolire, con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può

5 Ex multis, Consiglio di Stato sez. VI, 20/07/2021, n.5457

6 Consiglio di Stato, sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 1063; 10 gennaio 2020, n. 254; 13 maggio 2021, n.

costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive.

La natura giuridica dei diritti edificatori e il particolare regime di pubblicità nei Comuni della Regione Lombardia

Nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 05 giugno 2023, n. 5469

DI ANNA LAURA RUM

ABSTRACT: Il contributo propone un'analisi commentata della sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n.5469 del 2023, in tema di diritti edificatori, loro controversa natura giuridica e regime pubblicitario. In particolare, oltre alla normativa nazionale in materia di pubblicità dei diritti edificatori, verrà analizzata la disciplina del c.d. registro delle cessioni dei diritti edificatori, contenuta nella normativa specifica per i Comuni della Regione Lombardia, di cui alla l.r. 12/2005, che alla prima si affianca ed è subordinata.

Sarà descritta la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso (infra par. 1) e verranno analizzate nel dettaglio le argomentazioni rese dal Consiglio di Stato in sentenza, con particolare riferimento alla questione giuridica centrale sulla quale si snoda il provvedimento in esame (infra par. 2).

ABSTRACT: *This article analyzes the Consiglio di Stato's decision on the building rights, their controversial nature and legal publicity, showing and examining the facts of the case (infra par. 1) and the Court's arguments (infra par. 2).*

All the aspects of the national and regional legislation of the Lombardy region about the land and real estate registers will be analyzed in depth.

1. I fatti di causa

La ricorrente appellata, una società immobiliare, ha acquistato, da una S.r.l. rimasta estranea al processo, un terreno al quale si riferiscono i diritti edificatori oggetto di causa. Il terreno in questione, di circa 6000 mq, è disciplinato sotto il profilo urbanistico da un piano particolareggiato, approvato con deliberazione del Consiglio comunale e dalla relativa convenzione stipulata fra il Comune e il locale Istituto autonomo case popolari.

In base al piano particolareggiato e alla convenzione, il terreno in questione era individuato come specifico lotto ed era edificabile per una superficie lorda di pavimento totale di mq 16.320 ed una superficie coperta di mq 6.650.

Lo stesso terreno, in base al nuovo piano di governo del territorio – PGT del Comune, approvato successivamente, è stato classificato come area disciplinata da normativa transitoria, ricadente in ambito interessato da provvedimenti in itinere, adottati ed approvati, e, cioè, dal piano particolareggiato e dalla convenzione suddetti.

In concreto, nella causa è pacifico che il terreno mantenga i diritti edificatori così come originariamente previsti dal piano attuativo, ma per costruirvi devono essere

* In Giurisprudenza e Controllo

rispettate le prescrizioni di carattere idrogeologico, di salvaguardia e di sensibilità paesaggistica, di cui alle norme del nuovo PGT, e in particolare le prescrizioni concernenti le aziende a rischio di incidente rilevante e quelle relative alla sensibilità paesaggistica del paesaggio urbano.

Ancora, è pacifico che la S.r.l. cedente aveva già legittimamente realizzato sul terreno in questione costruzioni per mq/slp 6.521,25. Quindi, con l'atto di acquisto, la ricorrente appellata veniva ad acquistare diritti edificatori per il residuo, ovvero per 9.798,75 di slp e mq 1.873,29 di superficie coperta, da realizzare con interventi successivi.

La ricorrente appellata, poi, avendo ceduto ad un'altra S.r.l., anch'essa estranea al processo, una parte di quanto così acquistato, ovvero diritti edificatori per 2.500 mq di slp, chiedeva al Comune fossero annotati nel registro delle cessioni dei diritti edificatori lo stesso trasferimento dei diritti edificatori, la conservazione nella propria titolarità dei residui mq di slp, pertinenti al terreno interessato e la propria intenzione di cedere questi residui mq 6.995,75 di slp a privati o alla stessa amministrazione comunale, anche frazionatamente.

Il registro delle cessioni dei diritti edificatori in parola, in particolare, è stato istituito in conformità all'art. 11 c. 4 della l.r. n.12/2005, secondo il quale "I diritti edificatori attribuiti a titolo di perequazione e di compensazione [...] sono commerciabili e vengono collocati privilegiando gli ambiti di rigenerazione urbana. I Comuni istituiscono il registro delle cessioni dei diritti edificatori, aggiornato e reso pubblico secondo modalità stabilite dagli stessi Comuni". Nel Comune che interessa nella causa, il registro è stato istituito con deliberazione della Giunta comunale e ulteriormente disciplinato con successiva determinazione dirigenziale.

A fronte della richiesta della ricorrente appellata, il Comune opponeva il rigetto, spiegando, in motivazione, che i diritti edificatori in questione derivano da un piano attuativo approvato prima dell'entrata in vigore dell'attuale PGT e che questo piano attuativo, secondo l'art. 31 delle norme di attuazione - NTA al piano delle regole - PdR che è parte del nuovo PGT stesso, rimane soggetto alle previsioni urbanistiche vigenti al momento dell'approvazione stessa. Dato che fra queste previsioni non vi è il registro delle cessioni, istituito nel vigore del PGT attuale, ovvero a quello approvato con la delibera consiliare 16/2012 citata, il Comune ha negato le annotazioni richieste.

Con la sentenza appellata, il T.a.r. ha parzialmente accolto il ricorso proposto dalla società contro il provvedimento in questione, accogliendo il secondo motivo di ricorso e con esso la domanda di annullamento del provvedimento stesso, per un asserito difetto di motivazione. In proposito, ha ritenuto che nel registro delle cessioni di cui si tratta ai sensi dell'art. 11 comma 4 l.r. 12/2005 astrattamente possano essere annotati tutti i trasferimenti di diritti edificatori che provengano da atti con i quali il Comune ed il privato abbiano concordato la cessione di aree pubbliche in cambio di volumetria edificabile, e non soltanto i trasferimenti di diritti edificatori attribuiti a titolo di compensazione ovvero di perequazione in base al PGT successivo.

Sullo stesso punto, il T.a.r. ha invece escluso che il registro possa costituire "luogo di pubblicità di tutte le forme di cessione di diritti edificatori", in quanto estendere l'iscrivibilità nel registro stesso "a tutte le operazioni di cessione di cubatura finirebbe per farne una duplicazione dei registri immobiliari previsti dal Codice civile, falsando così la sua funzione pubblicistica", la quale sarebbe "strettamente legata alla necessità degli uffici comunali di avere contezza degli eventuali trasferimenti di volumetria contro i fondi cedenti ed a favore dei fondi accipienti previsti dal PGT senza dover ricorrere ai complessi sistemi di pubblicità attuati dai registri immobiliari".

Sempre nel merito, il T.a.r. ha respinto la domanda volta ad ottenere in via diretta l'annotazione nel registro degli atti di cui si è detto, in quanto, in mancanza dell'atto

di trasferimento dei diritti edificatori, non sussisterebbe “la prova che si tratti di quella quota di edificabilità che è stata concentrata sul lotto 17 c.d. G, in conseguenza dell’avvenuta cessione al Comune di aree per la realizzazione di opere di urbanizzazione, ed il cui accertamento è di competenza del Comune a seguito dell’annullamento del diniego”. Nel registro, infatti, non sarebbero iscritte tutte le cessioni di diritti edificatori, ma solo quelle – anteriori o posteriori al nuovo PGT – provenienti “da atti con i quali il Comune ed il privato abbiano concordato la cessione di aree pubbliche in cambio di volumetria edificabile”.

Il T.a.r. ha, quindi, respinto la domanda di risarcimento, ritenendo non provata la spettanza del bene della vita, ovvero del titolo all’iscrizione, definita peraltro atto di semplice pubblicità notizia, non in grado di influenzare la commerciabilità dei diritti cui si riferisce.

Contro questa sentenza, il Comune ha proposto appello principale, con il quale ha contestato l’interpretazione dell’art. 11 c. 4 l.r. 12/2005 data dal T.a.r. e sostiene invece che l’annotazione sul registro sarebbe possibile solo per i diritti attribuiti a titolo di perequazione, ovvero compensazione, in base al nuovo PGT.

Con successiva istanza, il Comune ha dedotto che, nel frattempo, la società appellata aveva promosso il giudizio di ottemperanza alla sentenza di I grado, ritenendo di avere, in base alla sentenza, titolo per ottenere le annotazioni richieste ed aveva quindi chiesto la sospensione cautelare della sentenza impugnata.

La società appellata, con memoria, ha chiesto che l’appello principale e la domanda cautelare fossero respinti e, con altra memoria, ha riproposto i motivi dedotti in I grado e dichiarati assorbiti in quella sede. Con successivo atto, ha proposto appello incidentale, deducendo che la prova della continuità è quindi, dal suo punto di vista, il titolo all’immediata annotazione di quanto richiesto, vi sarebbero stati ed ha quindi riproposto la relativa domanda, assieme alla domanda risarcitoria, ritenendo la spettanza del bene della vita.

2. Le argomentazioni del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, preliminarmente, chiarisce la questione oggetto del giudizio, che riguarda la possibilità o impossibilità di dare pubblicità sul registro per cui è causa, agli atti della parte appellata.

Quindi, procede dando atto che l’istituzione del registro delle cessioni dei diritti edificatori è prevista in via generale dall’art. 11 c. 4 della l.r. Lombardia 12/2005, che però nulla di specifico dice sul suo possibile contenuto, limitandosi a prevedere che esso sia comunale ed “aggiornato e reso pubblico secondo modalità stabilite dagli stessi Comuni”. Il Collegio pone in evidenza che l’istituzione di questo registro, pur prevista in termini imperativi, di fatto è rimessa all’iniziativa del singolo Comune e potrebbe in questo senso anche mancare, dato che la norma non prevede limiti temporali entro i quali procedervi, né meccanismi sostitutivi nel caso di inerzia dell’ente interessato.

Il Collegio, poi, osserva che nel Comune parte in causa, il registro è stato istituito con una delibera di Giunta, la quale contiene una disciplina essenziale dell’istituto e che, in ordine all’origine dei diritti, la delibera fa esclusivo riferimento al PGT approvato e prevede che l’iscrizione sul registro avvenga d’ufficio, se si tratta di diritti “dell’amministrazione comunale”, ovvero su richiesta del privato, ma sempre relativamente a diritti sorti “per l’attuazione delle previsioni del PGT”. Oltre a ciò, la delibera prevede che il registro sia tenuto dal Responsabile del Servizio pianificazione “che provvede all’annotazione dei diritti e al costante aggiornamento dei dati, provvedendo alle annotazioni successive” e che a fronte dell’annotazione sia rilasciato “un certificato” che la attesta.

Il Collegio osserva che il Comune, nel provvedimento impugnato, ha escluso la possibilità di iscrivere gli atti di interesse della società appellante, per l'assorbente ragione che essi non hanno per oggetto diritti disciplinati dal PGT: tale interpretazione viene ritenuta corretta da parte del Consiglio di Stato, che ricorda che la pubblicità degli atti concernenti i diritti edificatori è prevista e disciplinata in via generale dall'art. 2643 n. 2 bis del Codice civile, per cui "Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: [...] 2 bis) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale [...]".

Il Consiglio di Stato, poi, si sofferma sulla natura giuridica dei diritti edificatori, ritenendola controversa: viene evidenziato che, nel corso degli anni, sono state prospettate diverse ricostruzioni che vanno dalle teorie che ne affermano la natura reale – con diversificazioni interne (diritto di proprietà su un bene immateriale, diritto di servitù, nuovo diritto reale) – alle teorie che ne affermano la natura obbligatoria⁽¹⁾.

Il Collegio, a seguire, ricorda che norma regionale riportata inserisce la pubblicità di questi diritti nel sistema della trascrizione immobiliare, disciplinato dal Codice civile, che ne fissa in via generale i presupposti, le modalità e gli effetti, in particolare per dirimere, ai sensi dell'art. 2644 c.c., i conflitti fra più aventi causa dallo stesso autore, in modo uniforme per tutto il territorio nazionale, con la sola limitata eccezione del sistema tavolare delle province ex austriache.

Il Consiglio riporta un principio ben consolidato nella giurisprudenza costituzionale⁽²⁾, in forza del quale la normativa in materia di trascrizione immobiliare fa parte dell'ordinamento civile dello Stato, soggetto per quanto qui interessa, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato stesso, ai sensi dell'art. 117 c. 1 lett. l) della Costituzione, in quanto comprende rapporti di natura privatistica, per i quali vi sono imprescindibili esigenze di uniforme trattamento su tutto il territorio nazionale, che escludono interventi localistici delle Regioni.

Ciò posto, il Collegio afferma che, in termini generali, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 11 c. 4 della l.r. Lombardia 12/2005 esclude in radice che il registro da esso previsto possa avere una valenza generale e quindi possa porsi come strumento di pubblicità immobiliare parallelo e potenzialmente alternativo al sistema della trascrizione previsto dall'ordinamento generale; la norma va invece interpretata in modo restrittivo, limitandone l'applicazione ai soli casi in base ad essa espressamente disciplinati; diversamente, il contrasto con l'art. 117 c. 1 lett. l) sarebbe evidente, perché si andrebbe a creare uno strumento in conflitto con l'uniformità di disciplina richiesta dalla norma costituzionale, messa in discussione non solo per quanto riguarda la Regione Lombardia, cui la norma è per definizione limitata, ma anche a livello di singolo Comune della Regione, dato che l'istituzione del registro è di fatto solo eventuale, e non ne è previsto un modello uniforme.

Nel caso di specie, si dà atto che il Comune si è mosso in questo senso, posto che il registro, così come da esso configurato, si pone come semplice strumento di pubblicità notizia, che dà per presupposto il sistema delle trascrizioni e non intende sostituirsi ad esso.

Il Consiglio rileva, anche, che la disciplina concreta del registro è diversa da quella dei registri immobiliari nazionali, non prevedendo né un registro generale d'ordine per dare priorità ad una formalità rispetto all'altra, né un'efficacia delle iscrizioni in termini paragonabili a quella prevista dall'art. 2644 c.c.: il registro si limita invece a fornire un ausilio per la migliore conoscibilità di una categoria ben precisa di atti, quelli collegati

1 Cass. civ., sez. un., n. 16080/2021

2 Corte Costituzionale, n.431/2007

all'attuazione del PGT approvato, con l'intento di facilitarne la commercializzazione.

Il Consiglio di Stato, in definitiva, ritiene corretta l'interpretazione accolta dal Comune, in base alla quale il registro in questione non può essere impiegato per dare pubblicità ad atti o situazioni di tipo diverso, come invece sostenuto nel ricorso e nella sentenza impugnata e, conclusivamente, in riforma di quest'ultima, dichiara la domanda di annullamento proposta con il ricorso di primo grado respinta e con essa la domanda di iscrizione degli atti di interesse nel registro, sul presupposto che si tratti di atti non iscrivibili.

* * * * *

Massime:

È controversa la natura giuridica dei diritti edificatori. Nel corso degli anni sono state prospettate diverse ricostruzioni che vanno dalle teorie che ne affermano la natura reale – con diversificazioni interne (diritto di proprietà su un bene immateriale, diritto di servitù, nuovo diritto reale) – alle teorie che ne affermano la natura obbligatoria

L'art. 11, c.4, della L.R. Lombardia n. 12/2005 inserisce la pubblicità dei diritti edificatori, tramite annotazione nel Registro delle Cessioni dei diritti edificatori, nel sistema della trascrizione immobiliare, disciplinato dal Codice civile, che ne fissa in via generale i presupposti, le modalità e gli effetti, in particolare per dirimere, ai sensi dell'art. 2644 c.c., i conflitti fra più aventi causa dallo stesso autore, in modo uniforme per tutto il territorio nazionale, con la sola limitata eccezione del sistema tavolare delle province ex austriache

Un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 11 c. 4 della L.R. Lombardia n. 12/2005 esclude in radice che il registro da esso previsto possa avere una valenza generale e quindi possa porsi come strumento di pubblicità immobiliare parallelo e potenzialmente alternativo al sistema della trascrizione previsto dall'ordinamento generale; la norma va invece interpretata in modo restrittivo, limitandone l'applicazione ai soli casi in base ad essa espressamente disciplinati

All'Adunanza Plenaria i criteri di determinazione della sanzione pecuniaria nel caso di fiscalizzazione dell'abuso edilizio

Nota a Consiglio di Stato, sez. II, 13 luglio 2023, n. 6865.*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I fatti di causa. 3. L'ordinanza di rimessione alla Plenaria. 4. Considerazioni conclusive.specie.

VALERIA VENTURA

ABSTRACT: Il Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 6865 del 2023 (nonché con le ordinanze n. 6864 e 6863 del 13 luglio 2023), ha rimesso all'Adunanza Plenaria alcune questioni interpretative inerenti la disciplina della c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio. In particolare, l'ordinanza ha chiesto alla Plenaria di chiarire, ai fini della determinazione della giusta sanzione pecuniaria ex art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380 del 2001: i) cosa debba intendersi con l'espressione "data di esecuzione dell'abuso"; ii) se, in mancanza dei decreti ministeriali di determinazione del costo di produzione per la realizzazione degli immobili ex art. 22 della l. n. 392 del 1978, è possibile procedere, al momento di irrogazione della sanzione pecuniaria, all'attualizzazione del costo di costruzione secondo gli indici ISTAT dei valori risultanti dagli ultimi decreti ministeriali (D.M. 30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998), ovvero se l'attualizzazione possa essere quanto meno limitata al momento della scoperta dell'abuso o della sua denuncia (istanza di condono).

ABSTRACT: *The Council of State, with the order n. 6865 del 2023, has referred to the Plenary Session some interpretative issues inherent in the discipline of the fiscalization of building abuse. Particularly, the order asked to clarify, in order to determine the appropriate financial penalty ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001: i) what exactly means the expression "execution date of the abuse"; ii) and also, in the absence of ministerial decrees determining the cost of production for the building's constructions ex art. 22 della l. n. 392 del 1978, if it's possible, at the moment of the imposition of the penalty, to update according to the Istat indices the value resulting from the latest ministerial decrees (D.M. 30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998), or if the update of the value should at least be limited to the moment of the discovery of the abuse or denunciation (application for building amnesty).*

1. Premessa

Il Consiglio di Stato, con l'ordinanza 13 luglio 2023, n. 6865, chiede l'intervento dell'Adunanza Plenaria su un tema – quello della determinazione della sanzione pecuniaria nel caso di c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio di cui all'art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380 del 2001 - di particolare interesse per i Comuni, anche in ragione delle numerose pratiche ad oggi ancora pendenti in tema di condono edilizio, ritenendo trattarsi di questione che, in mancanza di puntuali e significativi precedenti, possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali.

* In Giurisprudenza e Controllo

2. I fatti di causa

L'ordinanza oggetto d'esame origina dall'appello proposto avverso la decisione del T.A.R. per la Lombardia che ha respinto un ricorso proposto avverso il provvedimento con cui il Comune di Bormio ha disposto la c.d. fiscalizzazione dell'abuso ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. n.380/2001.

In particolare, parte ricorrente ha presentato nel 1995 un'istanza di condono edilizio ai sensi dell'art. 39 della l. 724/94 per opere edilizie eseguite abusivamente. L'istanza era stata rigettata dal Comune che aveva, quindi, adottato l'ordinanza di demolizione e rimessione in pristino delle unità immobiliari abusive. A seguito dell'ordinanza di demolizione e messa in pristino, la ricorrente ha, tuttavia, dichiarato che la demolizione delle opere edilizie abusive della sua unità immobiliare avrebbero arrecato pregiudizio alle adiacenti unità immobiliari, legittimamente realizzate, cosicché il Comune ha disposto la c.d. fiscalizzazione dell'illecito, determinando in €. 62.566,58 la sanzione prevista dall'art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380/2001.

Con il ricorso al T.A.R. per la Lombardia, la ricorrente ha chiesto l'annullamento di tale provvedimento sanzionatorio, lamentandone l'illegittimità per "Violazione di legge dell'art. 33 del D.P.R. 380/2001; eccesso di potere per erronea applicazione della norma, travisamento dei fatti".

In effetti, senza contestare né la determinazione della superficie convenzionale, né quella del costo di produzione al momento dell'abuso, la ricorrente si duole esclusivamente dell'attualizzazione di quel costo unitario all'anno 2020, in palese violazione dell'art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380/2001, il cui tenore letterale - a suo avviso - inequivocabilmente fissa il valore del costo di produzione al momento dell'abuso (nel caso di specie al 1993).

Il T.A.R. per la Lombardia, con la sentenza n.362 del 18 marzo 2022, ha respinto le censure, rilevando:

- che l'art. 33 del d.P.R. n. 380/2021 è meno chiaro di quanto appaia, in quanto "se è chiara la scelta del legislatore di rapportare l'entità della sanzione al doppio dell'aumento di valore dell'immobile determinato alla data di ultimazione dei lavori in base ai criteri della legge n. 392/78, meno chiaro è il riferimento sia all'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, sia soprattutto alla necessità dell'aggiornamento alla data dell'esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione".

- che "Se, infatti, la "data di esecuzione" coincidesse puramente e semplicemente con quella di "ultimazione dei lavori" – come sembra sostenere la parte ricorrente – allora non avrebbe alcun senso il riferimento all'aggiornamento secondo l'indice ISTAT. In altri termini, una volta fissato il valore secondo la legge n. 392/1978 al momento dell'ultimazione dei lavori, non si comprenderebbe la necessità di un aggiornamento secondo gli indici ISTAT, per cui la seconda parte della norma suindicata non troverebbe mai attuazione. Al contrario, per evitare di incorrere in una interpretazione sostanzialmente abrogante di parte del comma 2 dell'art. 33, è giocoforza ritenere che la "data di esecuzione dell'abuso", cui è riferito l'aggiornamento, non è quella della mera ultimazione dei lavori, bensì quella in cui l'abuso viene per così dire fiscalizzato, essendo l'abuso edilizio un illecito permanente, che resta in "esecuzione" finché, come nel caso di specie, non viene determinata la sanzione pecuniaria sostitutiva di quella demolitoria nei confronti del responsabile".

Secondo il TAR "Una simile interpretazione, oltre a consentire l'applicazione dell'aggiornamento ISTAT preteso dalla norma di legge, appare corretta anche da un punto di vista sistematico, ponendosi in armonia con la complessiva legislazione che consente la c.d. fiscalizzazione dell'abuso, in caso di impossibilità della riduzione in pristino. Infatti, nell'ulteriore ipotesi dell'art. 34 del Testo Unico, relativo agli interventi

eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, qualora la demolizione non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, l'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione stabilito secondo la legge n. 392/1978 e la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che la fiscalizzazione degli abusi edilizi deve tenere conto dei valori vigenti al momento di presentazione della relativa domanda, per evitare che l'autore dell'abuso possa lucrare sul tempo intercorrente fra la conclusione dei lavori – cui fa seguito il godimento dell'immobile abusivo – e la determinazione della sanzione, considerato sempre che l'illecito edilizio ha carattere permanente, per cui continua nel tempo fino al ripristino della situazione originaria oppure sino al verificarsi degli altri casi di cessazione espressamente previsti dall'ordinamento (cfr. sul punto TAR Piemonte, Sezione II, sentenza n. 44/2019 e la sentenza di questa Sezione n. 568/2018). Sempre con riguardo all'art. 34 succitato, lo stesso attiene a condotte (difformità parziale dal titolo edilizio) oggettivamente meno gravi di quelle dell'art. 33 (difformità totale o assenza di titolo) per cui sarebbe paradossale che la sanzione pecuniaria per il caso dell'art. 33 fosse più lieve di quella invece prevista per la fattispecie dell'art. 34. Sempre con riguardo all'art. 33 comma 2, per i casi di abusi su immobili ad uso diverso da quello abitativo (si veda l'ultimo periodo del comma 2) è prevista una sanzione pari al doppio dell'aumento del valore venale, determinato dall'Agenzia del territorio e non si tratta certo del valore venale al momento di completamento dei lavori bensì di quello al momento della domanda di fiscalizzazione, sempre per evitare che il responsabile tragga un vantaggio ingiustificato dal decorso del tempo, durante il quale ha comunque goduto del bene ancorché”.

A completamento del proprio convincimento, il Tribunale ha aggiunto, da un lato, che “Del resto, anche per la differente ipotesi del condono edilizio ed in particolare per quello di cui al DL n. 269/2003 convertito con legge n. 326/2003 (c.d. terzo condono), la legislazione lombarda in materia ha previsto che gli oneri di urbanizzazione ed il costo di costruzione da corrispondersi in caso di accoglimento dell'istanza di condono siano determinati non con riferimento al momento di deposito dell'istanza stessa ma a quello del rilascio del titolo in sanatoria, ancorché ciò avvenga diversi anni dopo (così l'art. 4 comma 6 della legge regionale della Lombardia n. 31/2004) e questo per aggiornare gli importi del contributo concessorio all'atto del perfezionamento del procedimento di sanatoria (cfr. sul punto la sentenza di questa Sezione n. 7221/2010)” e, dall'altro, che “L'art. 33 comma 2 del vigente Testo Unico ricalca la disposizione dell'abrogato art. 9 della legge n. 47/1985, la quale però non conteneva alcun riferimento all'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale ed aggiornato sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione. L'inserimento nel testo dell'art. 33 comma 2 di tale novità si spiega con la circostanza che la legge n. 392/1978 è stata in parte abrogata dalla legge n. 431/1998, che ha espunto dall'ordinamento le norme (in particolare gli articoli 12 - 26) sulla fissazione ex lege del canone per le locazioni abitative (c.d. equo canone), fra cui quella dell'art. 22 della legge del 1978, che prevedeva l'adozione annuale di decreti ministeriali recanti il costo base di produzione al metro quadrato. L'emanazione di tali decreti consentiva l'adeguamento periodico del costo di produzione, con conseguenti effetti automatici nella fissazione della sanzione secondo il citato art. 9. Per effetto dell'abrogazione dell'art. 22, però, tale adeguamento automatico è venuto meno, per cui l'aggiornamento del testo dell'art. 33 rispetto a quello dell'art. 9 vale a garantire che la misura della sanzione pecuniaria non sia ancorata al momento di conclusione dei lavori abusivi bensì sia aggiornata mediante l'applicazione dell'indice ISTAT. In caso contrario, giova ancora ricordarlo, il responsabile dell'abuso o il suo avente causa finirebbero per lucrare ingiustificatamente sul decorso del tempo intercorrente dalla realizzazione dell'abuso”.

Avverso la sentenza di primo grado la parte appellante ha formulato un unico

articolato motivo di gravame, rubricato “Erroneità della sentenza appellata per violazione del canone di stretta interpretazione della norma e per travisamento e falsa applicazione della prescrizione normativa di cui all’art. 33 del d.P.R. 380/2001”, con cui ha riproposto in sostanza il motivo di censura sollevato in primo grado.

In particolare, l’appellante ha contestato l’interpretazione della norma offerta dal Tribunale insistendo sul suo chiaro tenore letterale della stessa che non ammetterebbe alcuna attualizzazione del valore immobiliare al momento della richiesta di fiscalizzazione, fissando il valore dell’immobile esclusivamente al momento dell’esecuzione dell’abuso.

In definitiva, secondo l’appellante, se il legislatore avesse voluto ancorare l’attualizzazione dell’ammontare della sanzione al momento della richiesta di fiscalizzazione avrebbe dovuto prevederlo espressamente, così come espressamente ha fissato il momento della determinazione del valore “alla data di esecuzione dell’abuso”, e soprattutto non avrebbe diversificato la disciplina delle fattispecie di cui agli artt. 33 e 34 d.P.R. 380/2001.

3. L’ordinanza di rimessione alla Plenaria.

L’ordinanza muove dall’analisi dell’istituto della c.d. fiscalizzazione dell’abuso edilizio ed, in particolare, dalla disamina dell’art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380 del 2001 (rubricato “Interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità”) il quale dispone che “Qualora, sulla base di motivato accertamento dell’ufficio tecnico comunale, il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile, il dirigente o il responsabile dell’ufficio irroga una sanzione pecuniaria pari al doppio dell’aumento di valore dell’immobile, conseguente alla realizzazione delle opere, determinato, con riferimento alla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri previsti dalla legge 27 luglio 1978, n. 392, e con riferimento all’ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato alla data di esecuzione dell’abuso, sulla base dell’indice ISTAT del costo di costruzione, con la esclusione, per i comuni non tenuti all’applicazione della legge medesima, del parametro relativo all’ubicazione e con l’equiparazione alla categoria A/1 delle categorie non comprese nell’articolo 16 della medesima legge. Per gli edifici adibiti ad uso diverso da quello di abitazione la sanzione è pari al doppio dell’aumento del valore venale dell’immobile, determinato a cura dell’agenzia del territorio”.

La fiscalizzazione dell’abuso rappresenta, quindi, una sanzione derogatoria rispetto a quella primaria della rimozione o della demolizione, ammessa eccezionalmente (nella fase esecutiva della sanzione ripristinatoria) quando emergano obiettive difficoltà tecniche di esecuzione⁽¹⁾.

Chiarisce il Consiglio di Stato che la ratio della deroga va ricercata nell’intento del legislatore di salvaguardare lo status esistente al momento della rimozione o della demolizione, ogniqualvolta il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile, per il pregiudizio che potrebbe derivarne a quanto legittimamente edificato.

Ciò, tuttavia, non si traduce nell’abdicazione del potere sanzionatorio, trasformando piuttosto la misura reale in misura pecuniaria ed assegnando a quest’ultima la stessa identica funzione risarcitoria della collettività, offesa dall’abuso edilizio.

In una tale prospettiva si inserisce la previsione contenuta nel citato comma 2 dell’art. 33 del d.P.R. n.380/2001, il quale ai fini della determinazione della sanzione pecuniaria (pari al doppio dell’aumento di valore dell’immobile conseguente alla

¹ ex multis, Cons. Stato, se. II, 27 novembre 2019, n. 8100; sez. VI, 8 gennaio 2023, n. 2423; 28 marzo 2022, n. 2273; 10 gennaio 2020, n. 254; 21 novembre 2016, n. 4856.

realizzazione delle opere) fissa due riferimenti temporali: il primo costituito dalla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri della legge 27 luglio 1978, n. 392; il secondo rappresentato dall'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso dell'indice ISTAT del costo di costruzione.

Dalla combinazione dei due menzionati riferimenti, afferma il Consiglio di Stato, si ricava la giusta quantificazione della sanzione pecuniaria sostitutiva di quella ripristinatoria, idonea a contemperare l'interesse punitivo dell'amministrazione, per il vulnus inferto con l'abuso edilizio, e quello del privato a non vedersi imporre un ripristino materialmente impossibile senza compromissione di ulteriori beni, anch'essi ugualmente da tutelare.

Ciò chiarito in ordine alla struttura, ratio e finalità della norma, ritiene il giudice di secondo grado che dubbi, tuttavia, emergono dalla sua applicazione in concreto, sia quanto alle modalità di individuazione "dell'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato dalla data di esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTA del costo di produzione", sia con riferimento al giusto significato da attribuire all'espressione "alla data di esecuzione dell'abuso".

Con riguardo alla individuazione dell'"ultimo costo di produzione" rileva, innanzitutto, il Consiglio di Stato che è intervenuta l'abrogazione ad opera dell'art. 14 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, dell'art. 22 della legge 27 luglio 1978, n. 392, con conseguente venir meno dei decreti ministeriali annuali di determinazione del costo base di produzione per la realizzazione degli immobili adibiti ad uso di abitazione: l'ultimo decreto emanato è quello del 18 dicembre 1998.

Ne consegue, secondo quanto sostenuto dall'appellante, che mancando gli ulteriori decreti ministeriali, il momento da considerare per stabilire il valore dell'immobile resterebbe fissato definitivamente alla data dell'ultimazione dell'abuso (1993) o tutt'al più alla data dell'ultimo aggiornamento (D.M. del 18 dicembre 1998).

Osserva, però, la Sezione che l'accoglimento di detta tesi determinerebbe un vulnus significativo alla ratio e alla finalità perseguite dall'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001 in quanto la sanzione pecuniaria così determinata assicurerebbe un evidente vantaggio ingiusto a chi ha commesso l'abuso edilizio, non garantendo né l'effettività della pretesa punitiva, né il giusto risarcimento alla comunità danneggiata dall'abuso.

Quanto al secondo profilo, osserva il Consiglio di Stato, che anche l'espressione "momento dell'esecuzione dell'abuso" è meno inequivoca di quanto sembri; essa sconta almeno due problematiche: quella della natura permanente dell'illecito edilizio (cui si collega il potere dell'amministrazione di perseguirlo senza alcun termine di prescrizione) e di conseguenza quella della individuazione del momento in cui si verifica l'esecuzione dell'abuso, cui è ragionevole rapportare l'aumento di valore dell'immobile, così da rendere effettiva la sanzione pecuniaria sostitutiva della sanzione reale,

Sotto tale profilo, ad avviso della Sezione, occorrerebbe aversi riguardo, proprio in ragione della natura permanente dell'illecito edilizio, quanto meno al momento della scoperta o dell'accertamento dell'illecito, da parte dei competenti uffici pubblico o dalla parte dello stesso responsabile dell'abuso nel caso di richiesta di condono ovvero ancora, secondo la tesi sostenuta nel caso di specie dall'amministrazione, al momento di irrogazione della sanzione.

Ed invero, osserva la Sezione, che le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado non risultano *prima facie* irragionevoli, in quanto improntate ad un intento di giustizia sostanziale per evitare che, attraverso la c.d. fiscalizzazione dell'illecito edilizio, il cittadino, resosi colpevole dell'illecito non sanabile, possa avvantaggiarsi per l'impossibilità della demolizione attraverso l'imposizione di una sanzione pecuniaria del tutto inadeguata e priva di effettività sotto il profilo risarcitorio nei confronti

della collettività offesa dall'abuso edilizio. A tanto si giunge, anche in mancanza del decreto ministeriale annuale di adeguamento ISTAT, attraverso l'attualizzazione del valore dell'immobile calcolato con riferimento all'anno di costruzione ovvero alla data dell'ultimo decreto ministeriale all'anno di irrogazione della sanzione.

Per altro verso, il Consiglio di Stato riconosce che, come sostenuto dall'appellante, il dato testuale dell'art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380 del 2001 appare escludere la possibilità dell'attualizzazione dell'aggiornamento ISTAT dei costi di produzione risultante dall'ultimo decreto ministeriale. Così come non può, peraltro, escludersi che, come nella fattispecie esaminata, l'anno di realizzazione delle opere (1993) possa anche coincidere con quello della materiale esecuzione dell'abuso e, cioè, della presentazione della domanda di condono.

Si tratta, tuttavia, di profili in relazione ai quali non è stato rinvenuto alcun puntuale e significativo precedente giurisprudenziale e per tale ragione la Sezione ritiene di dover rimettere l'affare alla Adunanza Plenaria, formulando i seguenti quesiti:

“- se con l'espressione “data di esecuzione dell'abuso”, di cui all'art. 33, comma 2, debba intendersi il momento di completamento dell'abuso ovvero in cui l'abuso è stato accertato dai competenti uffici pubblici ovvero sia stato denunciato dall'interessato a mezzo della richiesta di un condono o ancora quello di irrogazione della sanzione pecuniaria o demolitoria, intendendosi cioè l'espressione come momento di cessazione dell'abuso;

-se, in mancanza dei decreti ministeriali di determinazione del costo di produzione per la realizzazione degli immobili ex art. 22 della l. n. 392 del 1078), ai fini della determinazione della giusta sanzione pecuniaria ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa procedersi all'attualizzazione, secondo gli indici ISTAT, al momento di irrogazione della sanzione pecuniaria dei valori risultanti dagli ultimi decreti ministeriali (30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998) ovvero se ancora l'attualizzazione possa essere quanto meno limitata al momento della scoperta dell'abuso o della sua denuncia (istanza di condono).”

4. Considerazioni conclusive.

Come anticipato in premessa, le questioni deferite alla Plenaria dall'ordinanza in commento rivestono particolare interesse per gli enti comunali, i quali nello svolgimento dell'attività di quantificazione della sanzione pecuniaria, nel caso di fiscalizzazione dell'abuso, devono poter fare riferimento a criteri di determinazione che siano chiari ed univoci. Criteri i quali, in ogni caso, come in più occasioni evidenziato dalla giurisprudenza, non possono di certo prescindere dal dare attuazione alla esigenza di giustizia sostanziale sottesa alla normativa in questione e che devono, pertanto, condurre ad una determinazione che sia rispettosa del principio di effettività della sanzione e che tenda a far restituire dal trasgressore alla collettività offesa dall'abuso l'indebita utilità realizzata.

* * * * *

Massime:

Sono rimessi all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti: se con l'espressione “data di esecuzione dell'abuso”, di cui all'art. 33, comma 2, debba intendersi il momento di completamento dell'abuso ovvero in cui l'abuso è stato accertato dai competenti uffici pubblici ovvero sia stato denunciato dall'interessato a mezzo della richiesta di un condono o ancora quello di irrogazione della sanzione pecuniaria o demolitoria, intendendosi cioè l'espressione come momento di cessazione dell'abuso; se, in mancanza

dei decreti ministeriali di determinazione del costo di produzione per la realizzazione degli immobili ex art. 22 della l. n. 392 del 1078), ai fini della determinazione della giusta sanzione pecuniaria ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa procedersi all'attualizzazione, secondo gli indici ISTAT, al momento di irrogazione della sanzione pecuniaria dei valori risultanti dagli ultimi decreti ministeriali (30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998) ovvero se ancora l'attualizzazione possa essere quanto meno limitata al momento della scoperta dell'abuso o della sua denuncia (istanza di condono).

Publicato il 13/07/2023

N. 06865/2023 REG.PROV.COLL. N. 08762/2022 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 8762 del 2022, proposto dalla signora Maria Luisa Meroni, rappresentata e difesa dagli avvocati Tiziano Ugoccioni e Joseph Brigandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bormio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Dario Marchesi e Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, n. 44;

PER LA RIFORMA:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Seconda, n. 632/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bormio; Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2023 il Cons. Ugo De Carlo e uditi per le parti gli avvocati Gaia Stivali in delega di Tiziano Ugoccioni e Giovanni Corbyons;

I fatti di causa

Con provvedimento n. 3629/2021 del 17 marzo 2021 il Responsabile dello Sportello unico per l'edilizia del Comune di Bormio, ricordato e dato atto - in sintesi - tra l'altro che:

-la soc. Cà del Bosco s.r.l. aveva presentato in data 1° marzo 1995 istanza di condono edilizio ai sensi dell'art. 39 della l. 724/94 per opere edilizie eseguite abusivamente ai piani secondo, oltre al soprastante attico, e terzo, oltre il soprastante attico, nel fabbricato sito in via Roma, in catasto al foglio n. 14, mapp. n. 659, del Comune di Bormio;

tra gli immobili oggetto della richiesta di concessione edilizia in sanatoria vi era anche quello catastalmente individuato al foglio n. 14, mapp. n. 989, sub. n. 18;

l'istanza di condono era stata rigettata con determinazione n. 149/1995 del 3 marzo 1999, la cui legittimità era stata riscontrata dalle sentenze n. 252/2007 del T.a.r. per la Lombardia (sez. II) e n. 2826 dell'8 giugno 2017 del Consiglio di Stato (sez. IV), che avevano rispettivamente respinto il ricorso e l'appello proposti dalla predetta soc. Cà del Bosco s.r.l.;

con nota prot. 1055 del 23 gennaio 2019 era stato avviato il procedimento sanzionatorio di demolizione e rimessa in pristino delle unità immobiliari abusive oggetto del negato condono edilizio, tra cui quella catastalmente individuata al foglio n. 14, mapp. n. 989, sub. n. 18, nelle more divenuta di proprietà della sig. Maria Luisa Meroni;

a seguito dell'ordinanza di demolizione e messa in pristino n. 48 del 16 settembre 2020 la predetta signora Maria Luisa Meroni, a mezzo di un proprio tecnico, aveva dichiarato che la demolizione delle opere edilizie abusive della sua unità immobiliare avrebbero arrecato pregiudizio alle adiacenti unità immobiliari legittimamente realizzate; tutto ciò esposto e premesso, ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. n. 380/2001, disponeva la c.d. fiscalizzazione dell'illecito, determinando in €. 62.566,58 la sanzione di cui all'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001; in €. 2.000,00 la sanzione di cui all'art. 31, comma 4 bis, del D.P.R. n. 380/2001; in €. 743 i contributi per oneri di urbanizzazione e in €. 1.276,93 i costi di costruzione, per un totale complessivo di €. 66.521,95 (detratti €. 64,56, pari alla quota di anticipazione degli oneri già versata in data 15 novembre 1995), da corrispondere nei successivi novanta giorni.

La vicenda processuale

La signora Maria Luisa Meroni chiedeva al TAR per la Lombardia l'annullamento di tale provvedimento, lamentandone l'illegittimità per *“Violazione di legge dell'art. 33 del D.P.R. 380/2001; eccesso di potere per erronea applicazione della norma, travisamento dei fatti”*.

In effetti, senza contestare né la determinazione della superficie convenzionale (mq. 33,27), né quella del costo di produzione al momento dell'abuso (anno 1993, €. 550,97), la ricorrente si doleva esclusivamente dell'attualizzazione di quel costo unitario all'anno 2020 (mediante l'applicazione del coefficiente 1,7066), in palese violazione dell'art. 33 del d.P.R. n. 380/2001, il cui tenore letterale - a suo avviso - inequivocabilmente fissava il valore del costo di produzione al momento dell'abuso (nel caso di specie al 1993).

L'adito Tribunale (sez. II), con la sentenza n. 632 del 18 marzo 2022, nella resistenza dell'intimata amministrazione comunale, ha respinto il ricorso.

Ha osservato infatti che l'art. 33 del d.P.R. n. 380/2021 era meno chiaro di quanto apparisse, in quanto *“se è chiara la scelta del legislatore di rapportare l'entità della sanzione al doppio dell'aumento di valore dell'immobile determinato alla data di ultimazione dei lavori in base ai criteri della legge n. 392/78, meno chiaro è il riferimento sia all'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale sia soprattutto alla necessità dell'aggiornamento alla data dell'esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione”*.

Ha al riguardo evidenziato che *“Se, infatti, la “data di esecuzione” coincidesse puramente e semplicemente con quella di “ultimazione dei lavori” – come sembra sostenere la parte ricorrente – allora non avrebbe alcun senso il riferimento all'aggiornamento secondo l'indice ISTAT. In altri termini, una volta fissato il valore secondo la legge n. 392/1978 al momento dell'ultimazione dei lavori, non si comprenderebbe la necessità di un aggiornamento secondo gli indici ISTAT, per cui la seconda parte della norma suindicata non troverebbe mai attuazione. Al contrario, per evitare di incorrere in una interpretazione sostanzialmente abrogante di parte del comma 2 dell'art. 33, è giocoforza ritenere che la “data di esecuzione dell'abuso”, cui è riferito l'aggiornamento, non è quella della mera ultimazione dei lavori, bensì quella in cui l'abuso viene per così dire fiscalizzato, essendo l'abuso edilizio un illecito permanente, che resta in “esecuzione” finché, come nel caso di specie, non viene determinata la sanzione pecuniaria sostitutiva di quella demolitoria nei confronti del responsabile”*.

Secondo il TAR *“Una simile interpretazione, oltre a consentire l'applicazione dell'aggiornamento ISTAT preteso dalla norma di legge, appare corretta anche da un punto di vista sistematico, ponendosi in armonia con la complessiva legislazione che consente la c.d. fiscalizzazione dell'abuso, in caso di impossibilità della riduzione in pristino. Infatti, nell'ulteriore ipotesi dell'art. 34 del Testo Unico, relativo agli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, qualora la demolizione non possa avvenire senza pregiudizio*

della parte eseguita in conformità, l'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione stabilito secondo la legge n. 392/1978 e la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che la fiscalizzazione degli abusi edilizi deve tenere conto dei valori vigenti al momento di presentazione della relativa domanda, per evitare che l'autore dell'abuso possa lucrare sul tempo intercorrente fra la conclusione dei lavori – cui fa seguito il godimento dell'immobile abusivo – e la determinazione della sanzione, considerato sempre che l'illecito edilizio ha carattere permanente, per cui continua nel tempo fino al ripristino della situazione originaria oppure sino al verificarsi degli altri casi di cessazione espressamente previsti dall'ordinamento (cfr. sul punto TAR Piemonte, Sezione II, sentenza n. 44/2019 e la sentenza di questa Sezione n. 568/2018). Sempre con riguardo all'art. 34 succitato, lo stesso attiene a condotte (difformità parziale dal titolo edilizio) oggettivamente meno gravi di quelle dell'art. 33 (difformità totale o assenza di titolo) per cui sarebbe paradossale che la sanzione pecuniaria per il caso dell'art. 33 fosse più lieve di quella invece prevista per la fattispecie dell'art. 34. Sempre con riguardo all'art. 33 comma 2, per i casi di abusi su immobili ad uso diverso da quello abitativo (si veda l'ultimo periodo del comma 2) è prevista una sanzione pari al doppio dell'aumento del valore venale, determinato dall'Agenzia del territorio e non si tratta certo del valore venale al momento di completamento dei lavori bensì di quello al momento della domanda di fiscalizzazione, sempre per evitare che il responsabile tragga un vantaggio ingiustificato dal decorso del tempo, durante il quale ha comunque goduto del bene ancorché”.

Ha ancora aggiunto il Tribunale, a completamento del proprio convincimento, da un lato, che “Del resto, anche per la differente ipotesi del condono edilizio ed in particolare per quello di cui al DL n. 269/2003 convertito con legge n. 326/2003 (c.d. terzo condono), la legislazione lombarda in materia ha previsto che gli oneri di urbanizzazione ed il costo di costruzione da corrispondersi in caso di accoglimento dell'istanza di condono siano determinati non con riferimento al momento di deposito dell'istanza stessa ma a quello del rilascio del titolo in sanatoria, ancorché ciò avvenga diversi anni dopo (così l'art. 4 comma 6 della legge regionale della Lombardia n. 31/2004) e questo per attualizzare gli importi del contributo concessorio all'atto del perfezionamento del procedimento di sanatoria (cfr. sul punto la sentenza di questa Sezione

n. 7221/2010)” e dall'altra che “L'art. 33 comma 2 del vigente Testo Unico ricalca la disposizione dell'abrogato art. 9 della legge n. 47/1985, la quale però non conteneva alcun riferimento all'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale ed aggiornato sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione. L'inserimento nel testo dell'art. 33 comma 2 di tale novità si spiega con la circostanza che la legge n. 392/1978 è stata in parte abrogata dalla legge n. 431/1998, che ha espunto dall'ordinamento le norme (in particolare gli articoli 12 - 26) sulla fissazione ex lege del canone per le locazioni abitative (c.d. equo canone), fra cui quella dell'art. 22 della legge del 1978, che prevedeva l'adozione annuale di decreti ministeriali recanti il costo base di produzione al metro quadrato. Emanazione di tali decreti consentiva l'adeguamento periodico del costo di produzione, con conseguenti effetti automatici nella fissazione della sanzione secondo il citato art. 9. Per effetto dell'abrogazione dell'art. 22, però, tale adeguamento automatico è venuto meno, per cui l'aggiornamento del testo dell'art. 33 rispetto a quello dell'art. 9 vale a garantire che la misura della sanzione pecuniaria non sia ancorata al momento di conclusione dei lavori abusivi bensì sia attualizzata mediante l'applicazione dell'indice ISTAT. In caso contrario, giova ancora ricordarlo, il responsabile dell'abuso o il suo avente causa finirebbero per lucrare ingiustamente sul decorso del tempo intercorrente dalla realizzazione dell'abuso”.

L'interessata ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di un unico articolato motivo di gravame, rubricato “Erroneità della sentenza appellata per violazione del canone di stretta interpretazione della norma e per travisamento e falsa applicazione della prescrizione normativa di cui all'art. 33 del d.P.R. 380/2001”, con cui ha riproposto in sostanza il motivo di censura sollevato in primo grado, a suo

avviso malamente apprezzato, superficialmente esaminato e respinto con motivazione tutt'altro che condivisibile.

L'appellante ha contestato decisamente l'interpretazione della norma in questione offerta dal Tribunale, insistendo sul suo inequivoco e chiaro tenore letterale, incomprensibilmente disatteso, che non ammetterebbe - secondo la giurisprudenza della Cassazione e qualificate opinioni dottrinali - alcuna attualizzazione del valore immobiliare al momento della richiesta di fiscalizzazione, fissando il valore dell'immobile esclusivamente al momento dell'esecuzione dell'abuso.

Ha negato poi che una diversa (da quella da lei sostenuta) lettura della norma comporterebbe un'interpretazione sostanzialmente abrogante di parte del comma 2 dell'articolo 33 in ragione della natura permanente dell'abuso edilizio, giacché detta natura di illecito permanente rilevarebbe solo ed esclusivamente in tema di imprescrittibilità del suo accertamento e della relativa sanzione, ma non certamente sotto il diverso profilo della quantificazione della sanzione, del tutto svincolata dall'accertamento dell'abuso.

Il preteso aggiornamento ISTAT "*alla data di esecuzione dell'abuso*" introdurrebbe del resto, sempre secondo la tesi dell'appellante, la necessità di aggiornare il costo di produzione sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione per tutti gli abusi successivi alla data di abrogazione delle disposizioni contenute nella legge sull'equo canone che prevedevano proprio l'emanazione con cadenza annuale di appositi, laddove l'aggiornamento del costo di produzione sulla base dell'indice I.S.T.A.T. del costo di costruzione, introdotto dall'art. 33, comma 2, d.P.R. 380/2001, avrebbe sopperito al venire meno dei predetti decreti ministeriali (l'ultimo e del 1998); in definitiva, secondo l'appellante, se il legislatore avesse voluto ancorare l'attualizzazione dell'ammontare della sanzione al momento della richiesta di fiscalizzazione avrebbe dovuto prevederlo espressamente, così come espressamente ha fissato il momento della determinazione del valore "*alla data di esecuzione dell'abuso*" e soprattutto non avrebbe diversificato la disciplina delle fattispecie di cui agli artt. 33 e 34 d.P.R. 380/2001.

Si è costituito nel giudizio di appello il Comune di Bormio che dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello, di cui ha chiesto il rigetto.

La questione controversa

Come emerge dalla ricapitolazione dei fatti sub par. 1 e 2, nella fattispecie in esame non è contestato che l'amministrazione comunale, con il provvedimento indicato al par. 1, abbia effettivamente e correttamente esercitato il potere attribuitole dal comma 2 dell'art. 33 del d.P.R. n. 380 del 2001 di sostituire la sanzione della demolizione e della rimessione in pristina dell'abuso edilizio con quella pecuniaria, avendo accertato che il ripristino dello stato dei luoghi non sarebbe stata obiettivamente possibile.

Neppure è contestata da parte dell'appellante della determinazione della superficie convenzionale dell'abuso (pari a 33,27 mq) e del costo di unitario di produzione al momento dell'abuso (anno 1993) fissato ai sensi del D.M. 30 gennaio 1997 in €. 550,97.

Ciò che è contestato e invece l'attualizzazione operata dall'amministrazione comunale di quel costo al momento della irrogazione della sanzione pecuniaria (in luogo di quella ripristinatoria), inammissibile secondo l'appellante in mancanza di espresso fondamento normativo, giustificato da esigenze di giustizia sostanziale e da ragioni sistematiche, secondo l'amministrazione comunale e le conclusioni del giudice di primo grado.

Al riguardo si osserva quanto segue.

L'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 (rubricato "Interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità") dispone che "*Qualora, sulla base di motivato accertamento dell'ufficio tecnico comunale, il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile, il dirigente o il responsabile dell'ufficio irroga una sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento di valore dell'immobile, conseguente alla realizzazione delle opere, determinato, con riferimento alla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri previsti dalla legge 27 luglio 1978, n. 392, e con riferimento all'ultimo costo di produzione*

determinato con decreto ministeriale, aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione, con la esclusione, per i comuni non tenuti all'applicazione della legge medesima, del parametro relativo all'ubicazione e con l'equiparazione alla categoria A/1 delle categorie non comprese nell'articolo 16 della medesima legge. Per gli edifici adibiti ad uso diverso da quello di abitazione la sanzione è pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'immobile, determinato a cura dell'agenzia del territorio". E' stato più volte sottolineato che la misura reale della rimozione o della demolizione costituisce la conseguenza tipica e primaria dell'abuso edilizio rispetto alle altre che costituiscono, invece, deroghe alla prescrizioni generali, il che vale anche per la c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio che rappresenta una sanzione derogatoria rispetto a quella primaria (della rimozione o della demolizione dell'abuso), ammessa eccezionalmente (nella fase esecutiva della sanzione ripristinatoria) quando emergano obiettive difficoltà tecniche di esecuzione (*ex multis*, Cons. Stato, se. II, 27 novembre 2019, n. 8100; sez. VI, 8 gennaio 2023, n. 2423; 28 marzo 2022, n. 2273; 10 gennaio 2020, n. 254; 21 novembre 2016, n. 4856).

Con la c.d. fiscalizzazione il legislatore ha pertanto inteso salvaguardare lo *status* esistente al momento dell'esecuzione della rimozione o della demolizione quando il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile (per il pregiudizio che detto ripristino potrebbe comportare a quanto legittimamente edificato), senza che ciò costituisca un'abdicazione del potere sanzionatorio, trasformando piuttosto la misura reale in misura pecuniaria ed assegnando a quest'ultima la stessa identica sanzione risarcitoria della collettività, offesa dall'abuso edilizio.

Nella prospettiva così delineata dalla giurisprudenza la disposizione del ricordato comma 2 dell'art. 33 del d.P.R. 380 del 2001 ai fini della determinazione della sanzione pecuniaria, pari al doppio dell'aumento di valore dell'immobile, conseguente alla realizzazione delle opere, fissa due riferimenti da prendere in considerazione, il primo costituito dalla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri della legge 27 luglio 1978, n. 392 (riguardante il momento di realizzazione dell'edificio in assenza di permesso di costruire o in totale difformità da esso); il secondo rappresentato dall'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso dell'indice ISTAT del costo di costruzione.

Si tratta di due riferimenti temporali dalla cui combinazione - secondo la scelta discrezionale e non manifestamente irragionevole del legislatore - si ricava la giusta quantificazione della sanzione pecuniaria sostitutiva di quella ripristinatoria, idonea a contemperare l'interesse punitivo dell'amministrazione, per il *vulnus* inferito con l'abuso edilizio, e quello del privato a non vedersi imporre un ripristino dello status quo materialmente impossibile senza compromissione di ulteriori beni, anch'essi ugualmente da tutelare.

Se sono chiare la struttura, la *ratio* e la finalità della norma, dubbi, come si ricava proprio dalla vicenda controversa *de qua*, emergono tuttavia dalla sua applicazione in concreto, soprattutto con riferimento al secondo termine temporale, sia quanto alle modalità di individuazione "*dell'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato dalla data di esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTAT del costo di produzione*", sia con riferimento al giusto significato da attribuire all'espressione "*alla data di esecuzione dell'abuso*".

Con riferimento al primo profilo deve rilevarsi che è intervenuta l'abrogazione ad opera dell'art. 14 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, dell'art. 22 della legge 27 luglio 1978, n. 392, con conseguente venir meno dei decreti ministeriali annuali di determinazione del costo base di produzione per la realizzazione degli immobili adibiti ad uso di abitazione: l'ultimo decreto emanato è quello del 18 dicembre 1998.

L'applicazione letterale dell'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, secondo quanto sostenuto dall'appellante, mancando gli ulteriori decreti ministeriali *de qua*, fisserebbe nel caso di specie definitivamente alla data dell'ultimazione dell'abuso (1993) il momen-

to cui stabilire il valore dell'immobile o tutt'al più alla data dell'ultimo aggiornamento (D.M. del 18 dicembre 1998).

E' intuitivo che l'accoglimento di una simile tesi determinerebbe un *vulnus* significativo alla ratio e alla finalità perseguite dalla disposizione del citato art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001: la sanzione pecuniaria così determinata assicurerebbe un ulteriore evidente vantaggio ingiusto ed intollerabile a chi ha commesso l'abuso edilizio, non garantendo né l'effettività della pretesa punitiva, né il giusto risarcimento alla comunità danneggiata dall'abuso.

D'altra parte la necessità dell'elemento di riferimento, cui ancora la determinazione del valore dell'abuso, ben si apprezza se si tiene conto che l'attuale disposizione dell'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 è derivata dall'art. 9, comma 2, L. 47 del 1985, a tenore del quale “ *Qualora, sulla base di motivato accertamento dell'ufficio tecnico comunale, il ripristino dello stato dei luoghi*

non sia possibile, il sindaco irroga una sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento di valore dell'immobile, conseguente alla realizzazione delle opere, determinato, con riferimento alla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri previsti dalla legge 27 luglio 1978, n. 392,.... Per gli edifici adibiti ad uso diverso da quello di abitazione la sanzione è pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'immobile, determinato a cura dell'ufficio tecnico erariale”, che non prevedeva affatto proprio il secondo riferimento temporale dell'aggiornamento del costo di produzione alla data dell'esecuzione dell'abuso.

Quanto al secondo profilo, poi, deve osservarsi che anche l'espressione “*momento dell'esecuzione dell'abuso*” è meno inequivoca di quanto possa apparire. Se è chiara, come si cercato di delineare in precedenza, la *ratio* della norma, il significato di “*momento dell'esecuzione dell'abuso*” sconta almeno due problematiche: quella della natura permanente dell'illecito edilizio (cui si collega il potere dell'amministrazione di perseguirlo senza alcun termine di prescrizione) e di conseguenza quella della individuazione del momento in cui si verifica l'esecuzione dell'abuso, cui è ragionevole rapportare l'aumento di valore dell'immobile, così da rendere effettiva la sanzione pecuniaria sostitutiva della sanzione reale,

Sotto tale profilo ad avviso della Sezione non ha particolare rilievo la questione se il momento di realizzazione dell'immobile (primo riferimento temporale per la determinazione della sanzione pecuniaria) possa o meno coincidere con quello dell'esecuzione dell'abuso (prospettata come ipotesi peculiare dall'appellante al fine di giustificare la propria tesi, ma negata in via generale dalla difesa del Comune, secondo cui una simile prospettazione renderebbe la norma stessa priva di significato), dovendo piuttosto aversi riguardo, proprio in ragione della natura permanente dell'illecito edilizio, quanto meno al momento della scoperta o dell'accertamento dell'illecito, da parte dei competenti uffici pubblico o dalla parte dello stesso responsabile dell'abuso nel caso di richiesta di condono ovvero ancora, secondo la tesi

sostanzialmente sostenuta nel caso di specie dall'amministrazione, al momento di irrogazione della sanzione.

Sono tutti questi profili in relazione al quale non è stato rinvenuto alcun puntuale e significativo precedente giurisprudenziale.

E' vero che secondo Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5567, avendo la sanzione pecuniaria sostitutiva di quella reale la finalità di far restituire al trasgressore “*per equivalente in danaro alla collettività rappresentata dal Comune, l'intera indebita utilità realizzata*”, ciò “*avviene solo se si tiene conto del valore dell'opera al momento in cui la sanzione è applicata.... C.d.S., sez. V, 33 novembre 1998, n. 1676*”; tuttavia nel concludere tale argomentazione, si valorizza proprio il dato letterale della norma e si afferma che ciò varrebbe solo per gli immobili con destinazione diversa dalla quella abitativa, giacché “*la norma della prima parte del comma 1 citato, che per gli immobili abilitativi cristallizza il valore al momento in cui i lavori sono ultimati, va interpretata come deroga,*

non suscettibile di estensione”.

Per il resto la giurisprudenza risulta invero aver affermato in tema di art. 34, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, che il rinvio ivi contenuto alla normativa contenuta nella l. n. 392 del 1978, riferita ad una specifica metodologia di calcolo di produzione degli immobili, ha natura di rinvio materiale, al di là ed indipendentemente dalla sua attuale vigenza (Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1230; 4463/200), così escludendo la necessità dell'attualizzazione di quel valore al momento dell'esecuzione dell'abuso, a differenza di quanto stabilito espressamente dalla previsione dell'art. 33, comma 2.

Sempre in relazione alla previsione dell'art. 34, comma 2, e in ragione del rinvio operato dalla norma alla legge sull'equo canone, è stato invece ritenuto applicabile l'attualizzazione del costo calcolo sulla base del D.M. 18 dicembre 1998 alla data di irrogazione della sanzione (Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3671).

Rimessione alla Adunanza Plenaria e formulazione dei quesiti.

Ciò posto osserva la Sezione che:

per un verso le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado non risultano *prima facie* irragionevoli, sono convicentemente improntate ad un significativo intento di giustizia sostanziale per evitare che, attraverso la c.d. fiscalizzazione dell'illecito edilizio, il cittadino, già resosi colpevole dell'illecito non sanabile e per il quale era stata disposta la demolizione, possa ulteriormente avvantaggiarsi per l'impossibilità della demolizione a danno della collettività intera, attraverso l'imposizione di una sanzione pecuniaria, sostitutiva di quella reale, del tutto inadeguata, priva dei requisiti dell'effettività e quantomeno depotenziata sotto il profilo dell'effetto risarcitorio nei confronti della collettività offesa dall'abuso edilizio. A tanto si giunge, anche in mancanza del decreto ministeriale annuale di adeguamento ISTAT, attraverso l'attualizzazione del valore dell'immobile calcolato con riferimento all'anno di costruzione ovvero alla data dell'ultimo decreto ministeriale all'anno di irrogazione della sanzione o quanto meno al momento della scoperta da parte degli uffici pubblici dell'abuso o al momento di cui dell'abuso è stato chiesto dall'interessato il condono;

per altro verso non può sottacersi che, come sostenuto dall'appellante, il dato testuale della norma (art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001) appare escludere in radice la possibilità dell'attualizzazione dell'aggiornamento ISTAT dei costi di produzione risultante dall'ultimo decreto ministeriale, mancando innanzitutto in tal senso un'apposita previsione. Peraltro non può escludersi che, come nella specifica fattispecie in esame che attiene ad una richiesta di condono edilizio, l'anno di realizzazione delle opere (1993) possa anche coincidere con quello della materiale esecuzione dell'abuso (inteso come perfezionamento dell'abuso) e cioè della presentazione della domanda di condono, ferma tuttavia la necessità di precisare definitivamente il significato dell'espressione “momento di esecuzione dell'abuso). Inoltre neppure può sottacersi che, non potendosi imputare al cittadino l'abrogazione di una norma (art. 22 della l. n. 392 del 1978) che renderebbe iniqua la stessa determinazione della sanzione pecuniaria, vertendosi in tema di irrogazione di

una sanzione, sia pur solo pecuniaria (in sostituzione di quella ripristinatoria), potrebbe dubitarsi della legittimità della sua determinazione quanto alla sua attualizzazione in mancanza di una apposita espressa previsione normativa.

In mancanza di specifici precedenti giurisprudenziali al riguardo la Sezione ritiene di dover rimettere l'affare alla Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a. trattandosi di questione che può dar luogo a contrasti giurisprudenziale e che d'altra parte e di particolare rilevanza in ragione anche delle numerose questioni pendenti in tema di condono edilizio-

Ciò posto, si formulano all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

se con l'espressione “data di esecuzione dell'abuso”, di cui all'art. 33, comma 2, debba intendersi il momento di completamento dell'abuso ovvero in cui l'abuso è stato accer-

tato dai competenti uffici pubblici ovvero sia stato denunciato dall'interessato a mezzo della richiesta di un condono o ancora quello di irrogazione della sanzione pecuniaria o demolitoria, intendendosi cioè l'espressione come momento di cessazione dell'abuso; -se, in mancanza dei decreti ministeriali di determinazione del costo di produzione per la realizzazione degli immobili ex art. 22 della l. n. 392 del 1078), ai fini della determinazione della giusta sanzione pecuniaria ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa procedersi all'attualizzazione, secondo gli indici ISTAT, al momento di irrogazione della sanzione pecuniaria dei valori risultanti dagli ultimi decreti ministeriali (30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998) ovvero se ancora l'attualizzazione possa essere quanto meno limitata al momento della scoperta dell'abuso o della sua denuncia (istanza di condono). Si rimette all'Adunanza Plenaria, comunque, la decisione su tutte le questioni controverse, salve le successive determinazioni di questa sul prosieguo del giudizio anche ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Seconda, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza Plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente Francesco Frigida, Consigliere Maria Stella Boscarino, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ugo De Carlo

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 05/06/2023

N. 05469/2023REG.PROV.COLL. N. 07310/2022 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7310 del 2022, proposto dal Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Cozzi, Antonello Mandarano, Maria Lodovica Bognetti e Giuseppe Lepore, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Lepore in Roma, via Polibio 15;

contro

la società Cima Tosa S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia e Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

Per l'annullamento previa sospensione

della sentenza del T.a.r. Lombardia, sede di Milano, sez. II, 11 aprile 2022 n. 818, che ha accolto il ricorso n. 170/2015 R.G. proposto per l'annullamento:

del provvedimento 20 ottobre 2014, senza numero di protocollo, comunicato via pec il giorno 31 ottobre 2014, con il quale la Direzione centrale sviluppo del territorio, Settore pianificazione urbanistica generale,

Servizio gestione e pianificazione generale del Comune di Milano ha respinto la richiesta, presentata dalla Cima Tosa S.r.l. il giorno 5 agosto 2014 per ottenere l'annotazione dei propri diritti edificatori nel registro delle cessioni ed il rilascio del relativo certificato;

di ogni altro atto allo stesso presupposto, conseguente e comunque connesso e in particolare

dell'art. 31.1 delle norme tecniche di attuazione- NTA del Piano delle regole- PdR;

degli artt. 7 del documento di piano;

dell'all. A della delibera 10 maggio 2013 n. 890 della Giunta comunale; e per l'accertamento

del diritto della Cima Tosa s.r.l. alla relativa annotazione;

ovvero in subordine per la condanna

dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cima Tosa S.r.l.; Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2023 il Cons. Francesco

Gambato Spisani e viste le conclusioni delle parti come da verbale.

FATTO e DIRITTO

Si controverte della possibilità di far constare - e in caso affermativo si tratta di accertare entro quali limiti - sul registro delle cessioni dei diritti edificatori istituito in Comune di Milano, ai sensi dell'art. 11 comma 4 della l.r. Lombardia 11 marzo 2005 n.12, le vicende, intese in senso ampio, relative ad un terreno di proprietà della ricorrente appellata. I fatti storici di causa, non controversi come tali, si riassumono così come segue.

La ricorrente appellata, una società immobiliare, ha acquistato il terreno al quale si riferiscono i diritti edificatori in questione per atto Notaro Lébanò di Milano 9 ottobre 2008 Rep. 236614, Racc. 37310, registrato a Milano il giorno

30 ottobre 2008 al n.26932 atti pubblici e ivi trascritto il 31 ottobre 2008 ai nn. 79704 e 55478, da una società denominata Ovest Milano S.r.l. estranea a questo processo (doc. 1 in I grado ricorrente appellata, atto citato, p. 1 del file relativo).

Si tratta di un terreno di circa 6000 mq situato a Milano, in via Cusago 196, distinto al relativo catasto, partita 32018, foglio 408, mappali 50 e 54 (doc. 1 in I grado ricorrente appellante, cit. p. 7 del file), disciplinato sotto il profilo urbanistico da un piano particolareggiato, approvato con deliberazione del Consiglio comunale 21 aprile 1983 n. 217 e dalla relativa convenzione stipulata fra il Comune di Milano e il locale Istituto autonomo case popolari- IACP, atto Notaro Zaraga 8 maggio 1986, rep. n. 116352, racc. n. 30084 registrato a Milano il giorno 21 maggio 1986 al n. 12741 atti pubblici ed ivi trascritto il giorno 24 maggio 1986 ai nn.23676 e 17776 (doc. 3 in I grado ricorrente appellata, p. 27 del file e doc. 1 in I grado ricorrente appellata, cit. p. 3 del file per gli estremi di registrazione e di trascrizione).

In base al piano particolareggiato e alla convenzione citati, il terreno in questione era individuato come lotto G ed era edificabile per una superficie lorda di pavimento - slp totale di mq 16.320 ed una superficie coperta di mq 6.650 (doc. 2 in I grado ricorrente appellata, certificato urbanistico 16 aprile 2008, per l'edificabilità; la misura di essa, non contestata in causa, risulta dalla I memoria 19 ottobre 2022 della ricorrente appellante p. 2 terzo rigo).

Lo stesso terreno, in base al nuovo piano di governo del territorio - PGT del Comune di Milano, approvato successivamente - come da deliberazione del Consiglio comunale 22 maggio 2012 n.16 - e stato classificato come area disciplinata da normativa transitoria, ricadente in ambito interessato da provvedimenti in itinere, adottati ed approvati, ovvero dal piano particolareggiato e dalla convenzione citati. In concreto, come e incontroverso in causa, il terreno mantiene i diritti edificatori così come originariamente previsti dal piano attuativo più volte citato; per costruirvi e però necessario rispettare le prescrizioni di carattere idrogeologico, di salvaguardia e di sensibilità paesaggistica di cui alle norme del nuovo PGT, e in particolare le prescrizioni concernenti le "aziende a rischio di incidente rilevante" e quelle relative alla "sensibilità paesaggistica" del paesaggio urbano (doc. 4 in I grado ricorrente appellata, certificato urbanistico 4 aprile 2014, p. 77 del file).

Come e pure incontroverso, la cedente Ovest Milano aveva già legittimamente realizzato sul terreno in questione costruzioni per mq/slp 6.521,25. Con l'atto di acquisto 9 ottobre 2008 di cui si è detto, quindi, la ricorrente appellata veniva ad acquistare diritti edificatori per il residuo, ovvero per 9.798,75 di slp e mq 1.873,29 di superficie coperta, da realizzare con interventi successivi (I memoria 19 ottobre 2022 della ricorrente appellante p. 2 § 3)

Su questa premessa, la ricorrente appellata, con scrittura privata autenticata Notaro Terrenghi di Milano 27 febbraio 2014 rep. n.27463 racc. n.8660, registrata ivi al n.5429 serie 1 atti pubblici, ha ceduto ad un'altra società ancora -certa Aliseo S.r.l., sempre estranea a questo processo- una parte di quanto così acquistato, ovvero diritti edifica-

tori per 2.500 mq di slp (doc. 6 in I grado ricorrente appellata, p. 81 del file relativo). Conseguentemente, con istanza 5 agosto 2014, la stessa ricorrente appellata ha chiesto al Comune di Milano che fossero annotati nel registro delle cessioni dei diritti edificatori: a) il citato trasferimento alla Aliseo s.r.l. dei diritti edificatori di cui sopra, ovvero di mq 2.500 di slp; b) la conservazione nella propria titolarità dei residui mq 6.995,75 di slp pertinenti al terreno interessato, come risultanti dalla scrittura di cui si è detto; c) la propria intenzione di cedere questi residui mq 6.995,75 di slp a privati o alla stessa amministrazione comunale, anche frazionatamente (doc. 7 in I grado ricorrente appellata, istanza citata, p. 97 del file relativo).

Per chiarezza si ricorda che il “registro delle cessioni dei diritti edificatori” è stato istituito in conformità al citato art. 11 comma 4 della l.r. n.12/2005, secondo il quale “I diritti edificatori attribuiti a titolo di perequazione e di compensazione sono commerciabili e vengono collocati privilegiando gli ambiti di rigenerazione urbana. I

Comuni istituiscono il registro delle cessioni dei diritti edificatori, aggiornato e reso pubblico secondo modalità stabilite dagli stessi comuni”. In Comune di Milano, il registro è stato istituito con deliberazione della Giunta comunale 10 maggio 2013 n.890 e ulteriormente disciplinato con determinazione dirigenziale 18 luglio 2013 n.29.

Con il provvedimento 20 ottobre 2014 di cui in epigrafe, il Comune ha respinto la richiesta; in motivazione ha spiegato, in sintesi, che i diritti edificatori in questione derivano, come si è detto, da un piano attuativo approvato prima dell'entrata in vigore dell'attuale PGT. Questo piano attuativo, secondo l'art. 31 delle norme di attuazione - NTA al piano delle regole - PdR che è parte del nuovo PGT stesso, rimane soggetto alle previsioni urbanistiche vigenti al momento dell'approvazione stessa. Dato che fra queste previsioni non vi è il registro delle cessioni, istituito nel vigore del PGT attuale, ovvero a quello approvato con la delibera consiliare 16/2012 citata, il Comune ha negato le annotazioni richieste (doc. allegato alla relazione istruttoria del Comune in I grado depositata il 7 gennaio 2016, p. 505 del file relativo).

Con la sentenza di cui in epigrafe, il T.a.r. ha parzialmente accolto il ricorso proposto dalla società contro il provvedimento 20 ottobre 2014 in questione, nei termini che seguono.

In via preliminare, il T.a.r. ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva della società ricorrente avanzata dal Comune, sul presupposto che l'atto per cui e causa non sarebbe fra quelli iscrivibili nel registro; ha infatti osservato che a fondare la legittimazione occorre e basta la semplice affermazione per cui ciò sarebbe possibile; verificare se ciò risponda o no al vero appartiene invece al merito della causa. Quest'eccezione non è stata riproposta.

Sempre in via preliminare, il T.a.r. ha respinto l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, avanzata sempre dal Comune sul presupposto che l'atto non sarebbe iscrivibile; anche in questo

caso, il T.a.r. ha osservato che in astratto la parte ricorrente richiede una pronuncia nel senso dell'iscrizione, e che ciò basta a fondare l'interesse, restando questione di merito verificare se l'iscrizione sia in effetti possibile. Anche quest'eccezione non è stata riproposta.

Nel merito, il T.a.r. ha accolto il secondo motivo di ricorso e con esso la domanda di annullamento del provvedimento stesso per un asserito difetto di motivazione. In proposito, ha ritenuto che nel registro delle cessioni di cui si tratta ai sensi dell'art. 11 comma 4 l.r. 12/2005 astrattamente possano essere annotati tutti i trasferimenti di diritti edificatori che provengano da atti con i quali il Comune ed il privato abbiano concordato la cessione di aree pubbliche in cambio di volumetria edificabile, e non soltanto i trasferimenti di diritti edificatori attribuiti a titolo di compensazione ovvero di perequazione in base al PGT successivo (§ 4.6 della motivazione).

Sullo stesso punto, il T.a.r. ha invece escluso che il registro possa costituire “luogo di pubblicità di tutte le forme di cessione di diritti edificatori” in quanto estendere l'iscrivibilità nel registro stesso “a tutte le operazioni di cessione di cubatura finirebbe per farne una duplicazione dei registri immobiliari previsti dal Codice civile, falsando così la sua funzione pubblicistica” la quale sarebbe “strettamente legata alla necessità degli uffici comunali di avere contezza degli eventuali trasferimenti di volumetria contro i fondi cedenti ed a favore dei fondi accipienti previsti dal PGT senza dover ricorrere ai complessi sistemi di pubblicità attuati dai registri immobiliari” (§ 4.5 della motivazione)

Sempre nel merito, il T.a.r. ha invece respinto la domanda volta ad ottenere in via diretta l'annotazione nel registro degli atti di cui si è detto, in quanto in mancanza dell'atto di trasferimento dei diritti edificatori dallo IACP alla società Milano Ovest, non sussisterebbe “la prova che si tratti di quella quota di edificabilità che è stata concentrata sul lotto 17 c.d. G in conseguenza dell'avvenuta cessione al Comune di aree per la realizzazione di opere di urbanizzazione, ed il cui accertamento è di competenza del Comune a seguito dell'annullamento del diniego” (§ 5.2 della motivazione). Questa affermazione, si precisa per chiarezza, e secondo

logica coerente con la premessa, per cui sarebbero iscrivibili nel registro non tutte le cessioni di diritti edificatori, ma solo quelle - anteriori o posteriori al nuovo PGT - come si è detto provenienti “da atti con i quali il Comune ed il privato abbiano concordato la cessione di aree pubbliche in cambio di volumetria edificabile”.

Infine, e di conseguenza, il T.a.r. ha respinto la domanda di risarcimento, ritenendo non provata la spettanza del bene della vita, ovvero del titolo all'iscrizione, definita peraltro atto di semplice pubblicità notizia, non in grado di influenzare la commerciabilità dei diritti cui si riferisce (§ 6 della motivazione).

Contro questa sentenza il Comune ha proposto appello principale, con il quale, in sintesi, contesta l'interpretazione dell'art. 11 comma 4 della l.r. 12/2005 data dal T.a.r. e sostiene invece che l'annotazione sul registro sarebbe possibile solo per i diritti attribuiti a titolo di perequazione ovvero compensazione in base al nuovo PGT. In dettaglio, ha dedotto i cinque motivi che seguono.

Con il primo di essi, alle pp. 4-7 dell'atto, deduce violazione del principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato nella parte in cui ha accolto la domanda di annullamento del provvedimento impugnato per il presunto difetto di motivazione di cui si è detto. Secondo il Comune, infatti, questo motivo in realtà non sarebbe mai stato dedotto come tale. Sempre secondo il Comune, la sentenza avrebbe errato anche nella parte in cui ha ritenuto il contrasto fra il provvedimento impugnato e l'art. 11 della l.r. 12/2005, contrasto che a sua volta non sarebbe stato dedotto nel ricorso.

Con il secondo motivo, alle pp. 7-15 dell'atto, deduce violazione dell'art. 31 delle NTA al piano delle regole, che come si è detto esclude l'applicabilità del nuovo PGT ai piani attuativi già approvati, disciplinati esclusivamente dalle norme transitorie in esso previste. Il Comune osserva in particolare che di questo articolo il Giudice di I grado avrebbe dovuto tener conto, non essendone stata chiesto né l'annullamento, né la disapplicazione.

Con il terzo motivo, alle pp. 15-23 dell'atto, deduce violazione ovvero falsa applicazione dell'art. 11 della l.r. 12/2005. Ad avviso del Comune, infatti, il registro previsto dalla norma avrebbe semplicemente la funzione di favorire la commerciabilità dei diritti edificatori frutto di perequazione e compensazione, previsti dallo stesso art. 11 e non sarebbe, a differenza di quanto ritenuto dal Giudice di I grado, uno strumento generale relativo a tutti i diritti volumetrici disciplinati da piani o convenzioni urbanistiche.

Con il quarto motivo, alle pp. 23-28 dell'atto, deduce ulteriormente violazione dell'art. 7 delle NTA del Piano delle regole, e sostiene in sintesi che gli atti per cui e causa non si potrebbero iscrivere nel registro nemmeno in base alla norma in questione, e che

quindi il Giudice di I grado avrebbe errato nel ritenere il contrario, escludendo l'iscrizione, come si è detto, solo per presunta mancanza del requisito della continuità.

Con il quinto motivo, alle pp. 28-31 dell'atto, avanzato dichiaratamente a solo scopo cautelativo, deduce infine errore di fatto da parte della sentenza impugnata nella parte in cui essa eventualmente stabilisca che la volumetria insistente sul lotto per cui è causa sia *“il frutto anche del trasferimento di diritti volumetrici provenienti da aree cedute per le opere di urbanizzazione”* (p. 30 dal quarto rigo).

Con successiva istanza 4 ottobre 2022, il Comune ha poi dedotto che nel frattempo la società appellata ha promosso il giudizio di ottemperanza alla sentenza di I grado, 2078/2022 R.G. T.a.r. Lombardia Milano, ritenendo di avere senz'altro in base alla sentenza titolo per ottenere le annotazioni richieste ed ha quindi chiesto la sospensione cautelare della sentenza impugnata.

La società per parte sua con una prima memoria 19 ottobre 2022 ha chiesto che l'appello principale, e la domanda cautelare, siano respinti; con una seconda memoria sempre 19 ottobre 2022 ha riproposto i motivi dedotti in I grado e dichiarati assorbiti in quella sede e con successivo atto depositato il 20 ottobre 2022 ha proposto appello incidentale, deducendo che la prova

della continuità è quindi, dal suo punto di vista, il titolo all'immediata annotazione di quanto richiesto, vi sarebbero stati, ed ha quindi riproposto la relativa domanda, nonché la domanda risarcitoria, ritenendo la spettanza del bene della vita.

In sintesi, per i motivi riproposti, vale allora quanto segue.

Con il primo motivo riproposto, deduce violazione dell'art. 10 *bis* l. 7 agosto 1990 n.241, per omessa comunicazione del preavviso di diniego, che a suo dire le avrebbe consentito di illustrare meglio le proprie asserite ragioni.

Con il secondo motivo riproposto, deduce violazione dell'art. 31 delle NTA del Piano delle regole, che a suo dire non imporrebbe l'ultra attività della disciplina dei piani attuativi già approvati.

Con il terzo motivo riproposto, deduce ulteriore violazione dell'art. 31 delle NTA del Piano delle regole. Sostiene che l'area acquistata, alla quale ineriscono i diritti edificatori di cui si tratta, sarebbe ormai un'area satura dal punto di vista delle edificazioni in essa realizzabili, perché confinante anzitutto con la sede di un'azienda classificata a rischio di incidente rilevante e poi con l'area di alcuni impianti di trattamento rifiuti. Sostiene quindi che il Comune avrebbe dovuto, sulla base del disposto dell'art. 31 comma 7 citato, consentire la delocalizzazione dei diritti edificatori inerenti l'area.

Con il quarto ed il quinto motivo riproposti, corrispondenti al primo e al terzo dei motivi aggiunti di I grado, insiste sul punto di cui sopra.

Con l'appello incidentale, inoltre, la società ha dedotto quanto segue.

Con il primo motivo proposto, contesta il capo di sentenza che ha affermato la non iscrivibilità degli atti per cui è causa per l'asserita mancanza di prova dell'origine dei diritti trasferiti, e sostiene che tale prova sarebbe già in atti, essendo contenuta nella scrittura privata 27 febbraio 2014, nella parte in cui essa dà atto della provenienza nel ventennio dei beni oggetto del contratto (doc. 6 in I grado ricorrente appellata, cit.).

Con il secondo motivo, ripropone la domanda risarcitoria respinta in primo grado, e liquida il danno asseritamente subito in € €. 3.072.533,40 calcolati in base al valore unitario della slp complessiva di spettanza di mq 6995,75 per €. 439,20/mq, come ricavabile dalla vendita a prezzo di mercato dei mq 2500 di slp venduti con la convenzione 27 febbraio 2014 già ricordata. Sostiene in proposito che la stessa mancata annotazione costituirebbe danno, in quanto impedirebbe *“la circolazione del bene in condizioni paritarie con altri operatori del settore”* (p. 11 prime righe).

Con il terzo motivo, contesta infine la sentenza impugnata nella parte in cui essa affer-

ma che possono essere iscritti soltanto i trasferimenti di diritti provenienti, come si è detto, da atti con i quali il Comune ed il privato abbiano concordato la cessione di aree pubbliche in cambio di volumetria edificabile.

Con ordinanza 28 ottobre 2022 n.9334, la Sezione ha dato atto della rinuncia alla domanda cautelare effettuata alla camera di consiglio del giorno 27 ottobre precedente dal Comune appellante, che lo stesso 28 ottobre ha presentato istanza di prelievo congiunta con la controparte.

Con memorie 3 aprile 2023 per entrambi e con repliche 12 aprile per il Comune e 13 aprile 2023 per l'appellata, le parti hanno infine insistito sulle rispettive tesi, in particolare così come di seguito si riassume.

Con la memoria 3 aprile 2023, l'appellata ha sostenuto, in estrema sintesi, che il Comune avrebbe iscritto nel registro anche atti analoghi a quelli per cui è causa, ed ha quindi dedotto una presunta illegittima disparità di trattamento.

Con la memoria 3 aprile e la replica 12 aprile 2023, il Comune ha eccepito l'inammissibilità della domanda di iscrizione riproposta con appello incidentale, in quanto, in tesi, volta ad ottenere una sentenza di accertamento non consentita nell'ambito del giudizio amministrativo di legittimità; ha poi aggiunto che l'accertamento in questione, di segno negativo, sarebbe comunque già contenuto nel preavviso di rigetto inviato alla società a fronte della richiesta di ottemperanza alla sentenza impugnata. Ha ancora dedotto l'inammissibilità della domanda risarcitoria, in quanto formulata in modo generico già nel ricorso di I grado. Ha poi eccepito che la censura di presunta disparità di trattamento di cui sopra sarebbe comunque inammissibile, perché nuova. Alla pubblica udienza del giorno 4 maggio 2023, la Sezione ha trattenuto la causa in decisione.

Sulle eccezioni preliminari proposte dal Comune come riassunte nel § 18.2 che precede, il Collegio osserva quanto segue.

L'eccezione di inammissibilità della domanda di iscrizione nel registro per cui è causa è infondata, dal momento che si controverte in materia pacificamente sottoposta alla giurisdizione esclusiva di questo Giudice amministrativo. La domanda stessa pertanto è in astratto ammissibile, restando da decidere se essa sia o no fondata nel merito.

È infondata per analoghe ragioni l'eccezione di inammissibilità della domanda risarcitoria, in quanto essa sarebbe stata proposta in termini generici già in I grado. Dalla lettura del relativo ricorso si ricava, infatti che essa, se pure in modo molto sintetico, è stata proposta, sulla base dei fatti ben noti narrati nelle premesse, a ristoro di un presunto danno da ritardo nell'emanazione del provvedimento favorevole richiesto, e in misura pari al valore di mercato del diritto controverso. Tanto basta per rendere in astratto proponibile la domanda stessa, rimanendo anche in questo caso da decidere se essa sia o no fondata nel merito.

È invece fondata l'eccezione di inammissibilità dell'ulteriore motivo di censura dell'atto impugnato fondato su una presunta disparità di trattamento rispetto ad altre fattispecie simili. Anche in questo caso attraverso la semplice lettura degli atti, si deve infatti osservare che questo motivo non è contenuto né nell'appello, né per la verità neanche nel ricorso di I grado, e pertanto non è consentito discuterne in questa sede, a prescindere dalla sua fondatezza o infondatezza nel merito, questione sulla quale al Collegio è precluso di pronunciarsi.

Nel merito, vanno esaminati congiuntamente i motivi dal primo al quarto dell'appello principale e il secondo motivo riproposto dalla parte appellata, motivi che riguardano tutti la medesima questione (come si vedrà l'unica che è effettivamente oggetto del giudizio): la possibilità o impossibilità di dare pubblicità sul registro per cui è causa agli atti, ampiamente intesi, elencati nell'istanza 5 agosto 2014 della parte appellata. Si precisa, solo per completezza, che l'espressione "atti" è usata in senso

ampio perché nell'elenco relativo, contenuto nell'istanza, compaiono un atto giuridico vero e proprio, il contratto di trasferimento, una situazione di fatto, ovvero il mantenimento in capo alla società di una certa quota di volumetria, e un dato extragiuridico, dato che la semplice intenzione di cedere la volumetria in questione e un atteggiamento psicologico che di per sé giuridicamente non rileva.

Come si è detto, l'istituzione del registro delle cessioni dei diritti edificatori è prevista in via generale dall'art. 11 comma 4 della l.r. 12/2005, che però nulla di specifico dice sul suo possibile contenuto, limitandosi a prevedere che esso sia comunale e che esso sia *“aggiornato e reso pubblico secondo modalità stabilite dagli stessi comuni”*. Occorre poi notare che l'istituzione di questo registro, pur prevista in termini imperativi, di fatto è rimessa all'iniziativa del singolo Comune e potrebbe in questo senso anche mancare, dato che la norma non prevede limiti temporali entro i quali procedervi né meccanismi sostitutivi di un qualche tipo nel caso di inerzia dell'ente interessato.

Nel Comune di Milano, il registro è stato istituito con la delibera di Giunta 890/2013 di cui si è detto, la quale contiene una disciplina essenziale dell'istituto.

Per quanto riguarda l'origine dei diritti, la delibera, come va notato

subito, fa esclusivo riferimento al PGT approvato, di cui alla delibera consiliare 16/2012 citata, e in particolare all'art. 7 delle NTA del Piano delle regole, di cui oltre.

Fondamentalmente, la delibera prevede poi che l'iscrizione sul registro avvenga d'ufficio, se si tratta di diritti *“dell'amministrazione comunale”*, ovvero su richiesta del privato, ma sempre relativamente a diritti sorti *“per l'attuazione delle previsioni del PGT”*.

Prevede poi che il registro sia tenuto dal Responsabile del Servizio pianificazione *“che provvede all'annotazione dei diritti e al costante aggiornamento dei dati, provvedendo alle annotazioni successive”* e che a fronte dell'annotazione sia rilasciato *“un certificato”* che la attesta. Il modello tipo di questo certificato è poi stato approvato con la determinazione dirigenziale 29/2013 di cui pure si è detto.

Infine, la delibera 890/2013 ricorda che *“i diritti edificatori di ragione privata generati o riconosciuti nelle forme e secondo le modalità sopra esposte, sono commerciabili mediante contratti interprivati nel rispetto di quanto dispone l'art. 2643 n. 2 bis del codice civile”*, mentre quelli di proprietà dell'amministrazione *“sono commerciabili in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico secondo criteri definiti con separati provvedimenti dell'amministrazione comunale”*, in accordo del resto con pacifici principi dell'ordinamento generale.

Per quanto riguarda poi il contenuto dei diritti edificatori cui la delibera 890/2013 si riferisce, dispone come si è detto l'art. 7 delle NTA del Piano delle regole, rubricato *“Perequazione urbanistica”*.

Interessa anzitutto il comma 6 di questo articolo, che dispone: *“I contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori di cui ai precedenti commi 4 e 5, nonché delle aree che li generano, devono essere redatti nella forma di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizioni autenticate, trascritti nei Registri Immobiliari ai sensi dell'art. 2643 comma 2 bis, del Codice Civile, nonché annotati, all'atto della loro trascrizione, nei Registri Immobiliari, nell'apposito Registro delle Cessioni dei diritti edificatori previsto all'art. 11 della L.R. 12/2005 e s.m.i.”*

I *“diritti edificatori di cui ai precedenti commi 4 e 5”* sono poi appunto quelli attribuiti dal Comune a titolo di perequazione, contro cessione di aree.

Il successivo comma 7 prevede poi che siano annotati sul registro: *“a) le cessioni al Comune delle aree; b) i trasferimenti a terzi dei diritti edificatori o di quei diritti derivanti dagli interventi di cui agli artt. 9 e 10, nei limiti ivi indicati; c) la disciplina delle aree ove sono realizzati servizi; d) i diritti edificatori afferenti le aree di cui alla lett. a”*. Gli articoli 9 e 10 citati fanno poi riferimento a interventi particolari, di edilizia sociale e bioclimatica, evidentemente estranei all'oggetto di causa. Come e

del tutto evidente, si fa riferimento soltanto a diritti attribuiti a titolo di perequazione, nell'ambito di un ben preciso strumento urbanistico, il PGT di cui alla delibera 16/2012.

In base alle norme appena riportate, il Comune nel provvedimento impugnato 20 ottobre 2014 ha escluso la possibilità di iscrivere gli atti di interesse della società appellante, per l'assorbente ragione che essi non hanno per oggetto diritti disciplinati dal PGT di cui alla delibera 16/2012 e quindi, impregiudicata ogni altra questione, essi sono fuori dall'ambito di applicazione del registro in esame.

Ad avviso del Collegio, quest'interpretazione è corretta, in base agli argomenti letterali e sistematici che ora si illustrano.

Occorre ricordare, come premessa, che la pubblicità degli atti concernenti i diritti edificatori è prevista e disciplinata in via generale dall'art. 2643 n. 2 *bis* del codice civile, come introdotto dall'art. 5 comma 3 del d.l. 13 maggio 2011 n.70 convertito nella l. 12 luglio 2011 n.106, per cui "*Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: - 2 bis) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale -*".

È controversa la natura giuridica dei diritti edificatori. Nel corso degli anni sono state prospettate diverse ricostruzioni che vanno dalle teorie che ne affermano la natura reale - con diversificazioni interne (diritto di proprietà su un bene immateriale, diritto di servitù, nuovo diritto reale) - alle teorie che ne affermano la natura obbligatoria (da ultimo, si v. Cass. civ., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080).

La norma riportata inserisce la pubblicità di questi diritti nel sistema della trascrizione immobiliare, disciplinato come è ben noto dal codice civile, che ne fissa in via generale i presupposti, le modalità e gli effetti, in particolare per dirimere ai sensi dell'art. 2644 c.c. i conflitti fra più aventi causa dallo stesso autore, in modo uniforme per tutto il territorio nazionale, con la sola limitata eccezione del sistema tavolare delle province ex austriache.

Si tratta di una normativa che fa parte dell'"ordinamento civile" dello Stato, soggetto per quanto qui interessa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato stesso ai sensi dell'art. 117 comma 1 lettera l) della Costituzione, in quanto comprende rapporti di natura privatistica, per i quali vi sono imprescindibili esigenze di uniforme trattamento su tutto il territorio nazionale (sul principio, per tutte C. cost. 23 ottobre 2007 n.431) che escludono interventi localistici delle Regioni.

Ciò posto, in termini generali un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 11 comma 4 della l.r. 12/2005 esclude in radice che il registro da esso previsto possa avere una valenza generale e quindi possa porsi come strumento di pubblicità immobiliare parallelo e potenzialmente alternativo al sistema della trascrizione previsto dall'ordinamento generale; la norma va invece interpretata in modo restrittivo, limitandone l'applicazione ai soli casi in base ad essa espressamente disciplinati.

Diversamente, il contrasto con l'art. 117 comma 1 lettera l) sarebbe evidente, perché si andrebbe a creare uno strumento in conflitto con l'uniformità di disciplina richiesta dalla norma costituzionale, messa in discussione non solo per quanto riguarda la Regione Lombardia, cui la norma è per definizione limitata, ma anche a livello di singolo Comune di questa Regione, dato che come si è visto l'istituzione del registro è di fatto solo eventuale, e non ne è previsto un modello uniforme.

Nel caso di specie, occorre dare atto che il Comune di Milano non ha affatto inteso muoversi in senso diverso, dato che il registro così come da esso configurato si pone come semplice strumento di pubblicità notizia, che dà per presupposto il sistema delle trascrizioni e non intende certo sostituirsi ad esso. Come pure si è visto, la disciplina concreta del registro è infatti diversa da quella dei registri immobiliari nazionali, es-

sendo sufficiente rilevare che non prevede né un registro generale d'ordine per dare priorità ad una formalità rispetto all'altra, né un'efficacia delle iscrizioni in termini paragonabili a quella prevista dall'art. 2644 c.c. Il registro si limita invece a fornire un ausilio per la migliore conoscibilità di una categoria ben precisa di atti, quelli collegati all'attuazione del PGT approvato, con il ragionevole intento di facilitarne la commercializzazione. In tali termini, come correttamente ritenuto dal Comune, non può essere impiegato per dare pubblicità ad atti o situazioni di tipo diverso, come si è invece voluto sostenere nel ricorso e nella sentenza impugnata.

Da quanto si è detto, segue l'accoglimento dei motivi di appello principale dal primo al quarto, e la reiezione del secondo motivo riproposto nonché del primo e del terzo motivo dell'appello incidentale, perché il Comune nel provvedimento impugnato ha applicato correttamente l'art. 31 delle NTA del Piano delle regole, nonché l'art. 7 delle NTA stesse in relazione all'art. 11 comma 4 l.r. 12/2005, ed ha invece errato il Giudice di I grado a ritenere che di essi si dovesse fare l'applicazione più ampia descritta nella sentenza impugnata. A fronte di ciò, e evidentemente irrilevante stabilire quanto richiede il Comune nel primo motivo, ovvero se lo stesso Giudice di I grado si sia espresso correttamente o no qualificando il vizio del provvedimento impugnato come difetto di motivazione, perché come si è detto il vizio non sussiste.

Quanto sopra comporta poi il rigetto del primo motivo riproposto dalla parte appellata: l'omissione del preavviso di diniego non rileva perché il contenuto dell'atto impugnato, ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, non avrebbe potuto essere diverso. Si devono a questo punto esaminare il quinto motivo dell'appello principale e i correlati motivi riproposti terzo, quarto e quinto della parte appellata, che vanno dichiarati inammissibili, in quanto riguardano una questione estranea all'oggetto del processo.

Come è chiaro leggendo il testo del provvedimento impugnato 20 ottobre 2014, dell'istanza di parte 5 agosto 2014 che lo ha originato e del ricorso di I grado che lo ha impugnato, oggetto del contendere è soltanto, come già detto più volte, stabilire se gli atti indicati nell'istanza 5 agosto 2014 in questione potessero o no essere iscritti nel registro delle cessioni. Esula invece completamente dall'oggetto del contendere stesso la questione sottesa ai motivi in esame, che richiedono in sintesi di stabilire se, in che limiti e in quale luogo fisico i diritti edificatori indicati dall'istanza stessa si possano esercitare, ovvero, in termini diversi, se il titolare di quei diritti possa in concreto costruire qualcosa, e in caso affermativo cosa e dove. Si tratta di questione sulla quale questo Giudice non potrebbe pronunciarsi, sia perché come si è detto essa esula dall'oggetto del processo, sia perché ciò comporterebbe una non consentita pronuncia su poteri amministrativi non ancora esercitati, essendo il concreto esercizio dei diritti in questione un'eventualità futura dai contorni non ancora precisati.

In conclusione quindi, in riforma della sentenza impugnata, la domanda di annullamento proposta con il ricorso di I grado va respinta, e con essa la domanda di iscrizione degli atti di interesse nel registro, trattandosi come si è visto di atti non iscrivibili. Infine, dalla reiezione della domanda di annullamento segue la reiezione anche della domanda risarcitoria subordinata, e con essa del secondo motivo di appello incidentale, che la ripropone, per ragioni diverse da quelle indicate dal Giudice di I grado, ovvero per mancanza del requisito dell'ingiustizia del danno, dato che il provvedimento impugnato non è illegittimo.

Il ricorso di I grado va quindi respinto per intero, come in dispositivo. La particolarità e complessità della questione decisa, sulla quale non constano precedenti editi negli esatti termini, è giusto motivo per compensare per intero fra le parti le spese di tutto il giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pro-

nunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n.7310/2022 R.G.), così provvede:

accoglie in parte l'appello principale e lo dichiara inammissibile nella parte restante; respinge l'appello incidentale;

per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di I grado (T.a.r. Lombardia Milano n.170/2015 R.G.);

compensa per intero fra le parti le spese del processo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore Luca Monteferrante, Consigliere

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE

Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE

Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO

Publicato il 06/06/2023

N. 05529/2023REG.PROV.COLL. N. 08868/2018 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8868 del 2018, proposto da Vincenzo Ruotolo, Maria Teresa Cirillo, rappresentati e difesi dall'avvocato Fabio Orifice, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il di lui studio in Napoli, via Toledo 156;

contro

Comune di Casalnuovo di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Luisa Errichiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Vittoria De Gennaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

PER LA RIFORMA

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 02484/2018, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Casalnuovo di Napoli e di Regione Campania;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2023 il Cons. Roberta Ravasio e uditi per le parti gli avvocati Maria Luisa Errichiello

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Gli appellanti sono proprietari di un immobile sito in Casalnuovo di Napoli, alla via Orazio, n. 6, individuato catastalmente al foglio 4, p.la n. 860, ricadente in zona "B1" destinata a edilizia residenziale, sul quale realizzavano in sopraelevazione un terzo piano in assenza di titolo abilitativo.

Con ordinanza di demolizione n.51 del 2.8.2007 il Comune di Casalnuovo di Napoli ordinava la demolizione del terzo piano dell'immobile in quanto realizzato in assenza del permesso di costruire.

Ruotolo Vincenzo e Cirillo Maria Teresa impugnavano l'ordine di demolizione innanzi al TAR Campania.

Si costituivano in giudizio il Comune di Casalnuovo di Napoli e la Regione Campania per resistere al ricorso.

Nelle more del giudizio gli appellanti presentavano istanza di sanatoria ex art 36 D.P.R. 380/01 in relazione alle opere oggetto dell'ordine di demolizione. Con provvedimento prot. n. 50462/P del 18.12.2007 il Comune negava la sanatoria delle opere *de quo*: tale provvedimento veniva impugnato con separato ricorso, respinto con sentenza del TAR per la Campania, confermata da questo Consiglio di Stato con sentenza n. 6637/2022. Con sentenza n. 2484/2018 il TAR Campania - Sez. II respingeva il ricorso. Ruotolo Vincenzo e Cirillo Maria Teresa ricorrevano in appello avverso la suddetta pronuncia.

La Regione Campania e il Comune di Casalnuovo di Napoli si costituivano in giudizio insistendo per la reiezione dell'appello.

La causa è stata chiamata per la discussione in occasione dell'udienza pubblica del 20 aprile 2023, a seguito della quale è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo d'appello si denuncia l'omessa pronuncia e, comunque, l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver rilevato che l'ordinanza di demolizione era divenuta inefficace a seguito della presentazione di un'istanza di accertamento di conformità. Ad avviso dell'appellante, a seguito del diniego di sanatoria l'amministrazione avrebbe dovuto procedere ad una nuova valutazione della situazione mediante la riedizione del potere amministrativo, stante l'insanabile inefficacia sopravvenuta del primo provvedimento ablatorio.

Il motivo non è fondato. Al riguardo, deve trovare applicazione l'indirizzo giurisprudenziale in forza del quale "la presentazione di una istanza di sanatoria ex art. 36 D.P.R. 380/2011 non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso ma determina una mera sospensione dell'efficacia dell'ordine di demolizione con la conseguenza che, in caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia" (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3417; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 5669; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 settembre 2022, n. 8320). Infatti, per i principi di legalità e di tipicità del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti, soltanto nei casi previsti dalla legge una successiva iniziativa procedimentale del destinatario dell'atto può essere idonea a determinare ipso iure la cessazione della sua efficacia. Diversamente da quanto previsto in materia di condono, nel caso di istanza di accertamento di conformità non vi è alcuna regola che determini la cessazione dell'efficacia dell'ordine di demolizione i cui effetti sono, quindi, meramente sospesi fino alla definizione del procedimento ex art. 36 D.P.R. n.

380/2001" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 9070). In applicazione del suddetto consolidato orientamento giurisprudenziale, "la presentazione di una istanza di accertamento di conformità, infatti, ex art. 36

d.P.R. n. 380 del 2001, non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso; non vi è pertanto alcuna automatica necessità per l'amministrazione di adottare, se del caso, un nuovo provvedimento di demolizione. Essa determina soltanto un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, che opera in termini di mera sospensione dello stesso. In caso di rigetto dell'istanza, che peraltro sopravviene in caso di inerzia del Comune dopo soli 60 giorni, l'ordine di demolizione riacquista la sua piena efficacia (cfr. ancora, Consiglio di Stato, sez. VI, 28 settembre 2020, n. 5669)" (Consiglio di Stato, Sez. II, 6 maggio 2021, n. 3545).

10.2. Nel caso di specie, dunque, l'ordinanza di demolizione ha riacquisito automaticamente efficacia a seguito del rigetto dell'istanza di sanatoria. Al riguardo è irrilevante che il provvedimento di diniego sia sub iudice, se non risulta che lo stesso sia stato sospeso in sede cautelare. Nel caso di specie, peraltro, risulta che il ricorso è stato defi-

nitivamente respinto con sentenza n. 6637 del 28.7.2022.

Con il secondo motivo d'appello si deduce l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che la pendenza di un sequestro penale sull'immobile de quo non avesse conseguenze sull'ordine di demolizione.

Il TAR ha affermato che la pendenza di un sequestro penale sull'immobile non costituisce un impedimento assoluto alla demolizione e pertanto non comporta la nullità del provvedimento repressivo, anche perché il privato che voglia evitare l'effetto ablatorio connesso alla scadenza del termine per ottemperare all'ordine di demolizione, deve tenere un comportamento attivo sollecitando all'autorità giudiziaria il dissequestro. Ad avviso del giudice di primo grado, l'onere di richiedere il dissequestro dell'immobile al fine di demolirlo non viola il diritto di difesa dell'imputato in sede penale, stante la possibilità di richiedere un incidente probatorio per accertare il reale stato dei luoghi, né l'ottemperanza all'ordine di demolizione costituisce un implicito riconoscimento di colpevolezza in sede penale.

L'appellante ritiene che la pendenza del sequestro costituisca causa di nullità dell'ordine di demolizione ex art 21 septies l. 241/90 per mancanza di un elemento essenziale dell'atto costituito dalla possibilità giuridica dell'oggetto del comando. L'impossibilità dell'oggetto attiene al momento genetico dell'ordine e lo vizia insanabilmente all'atto della sua adozione, a prescindere dalla successiva presentazione di un'istanza di dissequestro; la formulazione di una simile istanza inoltre sarebbe un comportamento processuale inesigibile in quanto, oltre a non essere imposto da alcuna disposizione di legge, potrebbe porsi in contrasto con le strategie difensive dell'indagato o dell'imputato nel processo penale, ledendo il suo diritto di difesa costituzionalmente garantito. Il motivo non è fondato.

Sugli effetti del sequestro dell'immobile abusivo disposto dall'Autorità giudiziaria in sede penale sul procedimento amministrativo di repressione dell'abuso, si registrano in giurisprudenza tre distinti orientamenti. Secondo il primo di essi, sostenuto in passato, il sequestro sarebbe privo di rilievo sul procedimento amministrativo, perché in sintesi l'autore dell'abuso, destinatario dell'ordinanza di demolizione, avrebbe sempre la possibilità di conformarsi richiedendo il dissequestro all'Autorità giudiziaria competente (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 28 gennaio 2016 n. 283; Consiglio di Stato sez. IV 23 gennaio 2012 n. 282). Tale orientamento, sostenuto nel caso di specie dal TAR Campania, è stato sottoposto più di recente a critica (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 17 maggio 2017 n. 2337), posto che a) imporrebbe al responsabile dell'abuso un obbligo di presentare l'istanza di dissequestro che non è previsto dalla legge; b) pregiudicherebbe il suo diritto, costituzionalmente garantito, alla difesa nel procedimento penale, che potrebbe avere seguito, del tutto legittimamente, una strategia incompatibile con l'istanza stessa; ragione per cui l'ingiunzione di demolizione avente ad oggetto un bene sottoposto a sequestro penale sarebbe inefficace, e la relativa inottemperanza non potrebbe produrre gli effetti previsti dalla legge.

Questo Collegio condivide, invece, un diverso e più recente orientamento, che si pone quale punto di equilibrio fra l'interesse pubblico alla tutela del territorio e quello privato alla difesa penale di cui si è detto (cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 23 marzo 2022, n. 2122; Consiglio di Stato sez. VI, 8 giugno 2021, n. 4393; Consiglio di Stato sez. VI, 02 ottobre 2019, n.6592; Consiglio di Stato sez. VI, 20 luglio 2018 n. 4418). Il sequestro penale dell'immobile non influenza la legittimità dell'ordinanza di demolizione, il che appare logico se si considera che diversamente la tutela del territorio verrebbe a dipendere da circostanze che non sono nel dominio dell'amministrazione istituzionalmente preposta, che anzi potrebbe esserne all'oscuro. Il contemperamento con le esigenze della difesa si realizza infatti in altro modo, ovvero ritenendo che il termine assegnato dall'ordinanza per la demolizione o la rimessione in pristino non

decorra sin quando l'immobile rimane sotto sequestro, restando all'autonoma iniziativa della difesa ovvero della magistratura inquirente attivare gli strumenti che al dissequestro possono condurre. Deve pertanto ritenersi che in presenza di un sequestro penale di opera abusiva e nella vigenza dello stesso, il termine per l'ottemperanza all'ordine di demolizione non decorre fino a che tale misura cautelare non sia venuta meno e il bene ritornato nella disponibilità del privato, di tal che, il formale accertamento dell'inottemperanza deve fare riferimento al mancato adempimento dell'ingiunzione demolitoria decorsi novanta giorni dal dissequestro dell'immobile (Cfr. da ultimo Consiglio di Stato, Sez. VI, 12/4/2023, n. 3693).

Nel caso di specie il dissequestro è avvenuto in data 31.10.2013, giusta sentenza n. 2388/2013 del Tribunale di Nola; pertanto l'ordine di demolizione, comunque legittimo, deve considerarsi efficace sin da tale data.

Con il terzo motivo d'appello si denuncia l'erroneità della sentenza impugnata per non aver riconosciuto la conformità degli abusi con gli strumenti urbanistici.

Il TAR ha osservato al riguardo che l'immobile ricade in zona B1 ove non è consentito l'aumento di superficie utile e volumetria ai sensi dell'art.22 NTA vigenti, che consentono solo interventi di ricostruzione, ristrutturazione edilizia, trasformazione interna, manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro e risanamento conservativo a parità di volume preesistente e superficie utile.

L'appellante ritiene che l'abuso rientri nella categoria della ristrutturazione edilizia, ammessa dal PRG, e che in ogni caso possa trovare applicazione il Piano Casa della Regione Campania (art. 4 della L. R. Campania n. 19/2009) che consente, "in deroga agli strumenti urbanistici vigenti per uso abitativo, l'ampliamento fino al 20 per cento della volumetria esistente".

La censura è inammissibile in quanto relativa al provvedimento di rigetto di sanatoria, la cui legittimità è già stata accertata in separato giudizio, con sentenza passata in giudicato. Il presente giudizio ha infatti ad oggetto esclusivamente l'ordinanza di demolizione, che è motivata sulla base dell'assenza di titolo edilizio, circostanza pacifica in quanto ammessa anche da parte appellante. Al riguardo si può dunque ribadire il costante orientamento della Sezione secondo il quale la realizzazione delle opere edilizie descritte nell'ordine di demolizione in assenza del prescritto titolo edilizio costituisce elemento sufficiente a giustificare l'adozione del provvedimento impugnato; tale circostanza impone al Comune di ordinare il ripristino dello stato dei luoghi a prescindere dall'eventuale compatibilità delle opere gli con strumenti urbanistici, da valutare eventualmente in separata sede qualora venga presentata un'istanza di accertamento di conformità (ex multis Consiglio di Stato sez. VI, 20/07/2021, n.5457: "In presenza di abusi edilizi, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 e tanto si evince chiaramente dagli artt. 27 e 31, del medesimo d.P.R. n. 380 cit., che obbligano il responsabile del competente ufficio comunale a reprimere l'abuso, senza alcuna valutazione di sanabilità, nonché dallo stesso art. 36 che rimette all'esclusiva iniziativa della parte interessata l'attivazione del procedimento di accertamento di conformità urbanistica ivi").

Con il quarto motivo d'appello si deduce l'omessa pronuncia e, comunque, l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver valutato la possibilità di fiscalizzare l'abuso ai sensi dell'art 34 D.P.R. 380/01.

Parte appellante sostiene che il Comune, a fronte di un intervento la cui demolizione non poteva avvenire senza pregiudizio alla parte eseguita in conformità al titolo abilitativo (come comprovato nella perizia allegata all'istanza di sanatoria), avrebbe dovuto applicare la sanzione pecuniaria di cui all'art. 34 D.P.R. 380/01, anche in conformità ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità che devono ispirare l'azione amministrativa,

in base ai quali la p.a., nell'adottare i provvedimenti lesivi, deve ricercare forme e modalità tali da arrecare il minor sacrificio possibile ai privati.

Il motivo non è fondato in quanto l'applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, sulla base di un motivato accertamento tecnico (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 1063). La valutazione, cioè, circa la possibilità di dare corso alla applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria, costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva alla ingiunzione a demolire: con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive (cfr. Consiglio di Stato, VI, 10 gennaio 2020, n. 254; Id., VI, 13 maggio 2021, n. 3783).

In definitiva l'appello deve essere respinto per le ragioni sopra esposte.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna gli appellanti al pagamento delle spese relative al presente giudizio, che si liquidano €. 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge, a favore di ciascuna delle controparti costituite in giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente
Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere Roberto Caponigro, Consigliere
Lorenzo Cordi, Consigliere
Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO

Deliberazione n. 174/2023/PASP

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Corte dei conti

Sezione di controllo per la Regione siciliana

Nella camera di consiglio del 14 giugno 2023, composta dai seguenti Magistrati:

Salvatore	PILATO	Presidente
Adriana	LA PORTA	Consigliere
Tatiana	CALVITTO	Primo Referendario
Antonio	TEA	Referendario
Antonino	<u>CATANZARO</u>	Referendario
Massimo G.	URSO	Referendario
Giuseppe	DI PRIMA	Referendario - Relatore

VISTO il T.U. delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. n. 1214 del 12 luglio 1934, e successive modificazioni e integrazioni; visto l'art. 23 del R.D. Lgs. 15 maggio 1946, n.455 (Approvazione dello Statuto della Regione siciliana);

VISTO il D. Lgs. 6 maggio 1948, n. 655 (Istituzione di Sezioni della Corte dei conti Regione siciliana);

VISTA la L. 14 gennaio 1994, n. 20, (Disposizioni in materia di controllo e giurisdizione della Corte dei conti);

VISTO il D. Lgs. 18 giugno 1999, n. 200, (Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana, recante integrazioni e modifiche al D. Lgs. n. 655 del 1948);
VISTO l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

VISTO il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante *“Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”* (nel prosieguo, per brevità, Tuel);

VISTO il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e, in particolare, il Titolo II della Parte Terza recante disciplina del *“Servizio Idrico Integrato”* (nel prosieguo, per brevità, anche SII);

VISTA la legge regionale 11 agosto 2015, n. 19 in materia di *“Disciplina delle risorse idriche”*;

VISTO il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*” (nel prosieguo, per brevità, TUSP);

VISTA la legge 5 agosto 2022, n. 118 recante “*Delega al governo in materia di servizi pubblici locali*”;

VISTO il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, recante “*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*”;

VISTO l’atto deliberativo trasmesso dal Comune di Melilli (SR) prot. n. 13075 del 22 maggio 2023;

VISTA l’ordinanza n. 71/2023 del 2023, con la quale il Presidente di questa Sezione ha convocato l’Adunanza consultiva per l’odierna Camera di Consiglio;

Udito il relatore, referendario Giuseppe Di Prima, ha emesso la seguente
DELIBERAZIONE

Ritenuto in
FATTO

Con nota prot. 13075 del 22/05/2023, acquisita al prot. cdc n. 5151 del 9 giugno 2023, il Comune di Melilli (SR) ha trasmesso a questa Sezione, ai sensi dell’art. 5, comma 3, TUSP, la deliberazione del Consiglio comunale n. 25 del 29 aprile 2023, avente ad oggetto: “*SERVIZIO IDRICO INTEGRATO AMBITO TERRITORIALE DI SIRACUSA. APPROVAZIONE DELLO SCHEMA DI STATUTO DELLA SOCIETA’ MISTA E DEI PATTI PARASOCIALI TRA SOCIO PUBBLICO E SOCIO PRIVATO E TRA SOCI PUBBLICI PER L’ESERCIZIO COORDINATO DEI POTERI DI INDIRIZZO E CONTROLLO DELLA SOCIETA’ MISTA*”.

Oltre alla predetta deliberazione consiliare, il Comune di Melilli ha trasmesso vari allegati alla stessa, che ne costituiscono il presupposto.

Dalla documentazione versata in atti è possibile ricostruire la vicenda in esame nei termini di seguito esposti.

Il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e, in particolare, la Parte Terza disciplina in maniera organica il Servizio Idrico Integrato (SII).

Il Servizio Idrico Integrato, a norma dell’art. 141, comma 2, del d. lgs. 152/2006, consiste nell’insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie; ai sensi dell’art. 142, commi 2 e 3, del D.lgs.152/2006, le Regioni esercitano le funzioni e i compiti ad esse spettanti nel quadro delle competenze costituzionalmente determinate e nel rispetto delle attribuzioni statali di cui al comma 1, ed in particolare provvedono a disciplinare il governo del rispettivo territorio.

Gli Enti Locali, attraverso l’ente di governo dell’ambito di cui all’articolo 148, comma 1, svolgono le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all’utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo, secondo le disposizioni della parte terza del

d. lgs. 152/2006. Ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. 152/2006, comma I, "i servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle Regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36.

Il comma 2 dello stesso art. 147 prevede, inoltre, che le Regioni possono modificare le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, assicurandone comunque lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi: a) unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati; b) unicità della gestione; c) adeguatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici.

Con D.A. 29.01.2016 dell'Assessore Regionale per l'energia ed i servizi di pubblica utilità, in attuazione dell'art. 3, comma 1, della L.R. 11 agosto 2015 n. 19, sono stati individuati i confini dei nove ambiti territoriali ottimali, in coincidenza con la delimitazione già esistente ai sensi del D.P.R.S. n. 11 del 16.05.2001 e successivo D.P.R.S. n. 16 del 29.09.2002 e, pertanto, per quanto attiene all'A.T.I. di Siracusa, coincidente con i limiti territoriali del Libero Consorzio Comunale di Siracusa, ivi compreso il Comune di Melilli.

L'art. 149 bis del d. lgs. n. 152/2006 stabilisce che "l'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica".

L'art. 149 del D.Lgs. n. 152/2006 individua nel Piano d'Ambito, la cui approvazione compete all'Ente di Governo dell'Ambito, lo strumento di pianificazione infrastrutturale ed economico-finanziario della gestione del SII.

Con l'art. 14 del D.L. n. 115/2022, rubricato "Rafforzamento della governance della gestione del servizio idrico integrato", è stato previsto che "Gli enti di governo dell'ambito che non abbiano ancora proceduto all'affidamento del servizio idrico integrato in osservanza di quanto previsto dall'articolo 149 bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, adottano gli atti di competenza entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Qualora l'ente di governo dell'ambito non provveda nei termini stabiliti agli adempimenti di cui al comma I, il Presidente della Regione esercita, dandone comunicazione al Ministro della transizione ecologica e all'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, i poteri sostitutivi, ponendo le relative spese a carico dell'ente inadempiente, affidando il servizio idrico integrato entro sessanta giorni".

Nel caso di specie, inerente al Comune di Melilli, le attività di pianificazione e affidamento della gestione del Servizio Idrico Integrato vengono svolte dall'ATI Siracusa, del quale fanno parte tutti i Comuni del territorio provinciale, ad eccezione dei comuni di Buscemi e Cassaro, ai quali, è stata riconosciuta la gestione autonoma del S.I.I. ex articolo 147, comma 2 bis del D. Lgs n. 152/2006.

Non avendo l'ATI Siracusa proceduto all'affidamento del SII al gestore unico entro i termini indicati dall'art. 14 del D.L. n. 115/2022, il Presidente della Giunta Regionale Siciliana, con proprio decreto n. 503 del 4/1/23, nell'esercizio dei poteri sostitutivi previsti dalla medesima norma, ha nominato un commissario incaricato dell'espletamento di tutte le attività utili a pervenire all'affidamento del servizio in favore del gestore unico del SII per l'intera ATO. L'ATI Siracusa con deliberazione n. 3 del 15 aprile 2023, ha adottato l'aggiornamento del Piano d'Ambito di cui all'art. 149 del d.lgs. n. 152/2006.

L'articolo 4 comma 2 del D. Lgs 175 del 2016 (TUSP), prevede che: "Le amministra-

zioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento, tra le altre, dell'attività di produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;”

Con deliberazione commissariale n. 4 del 15/4/2023, assunta con i poteri dell'ATI Siracusa, il Commissario di nomina regionale ha approvato la forma di gestione del SII da attuare nell'ATO Siracusa, individuata nella gestione a mezzo di società a capitale misto ai sensi dell'art. 16 del D. Lgs. n.201/2002;

La relazione ex art. 14 del D. Lgs. n. 201/2022 ed il PEF allegato, approvati con la predetta delibera dal Commissario, illustrano diffusamente le ragioni a fondamento della scelta della forma di gestione, nonché gli elementi caratteristici e gli indicatori di sintesi della gestione che sarà affidata mediante ricorso al partenariato pubblico/privato, con particolare riguardo all'oggetto ed alla compagine sociale della costituenda società, all'efficienza gestionale ed alla sostenibilità economico-finanziaria della scelta operata. Con deliberazione commissariale n. 5 del 19 aprile 2023, assunta con i poteri dell'ATI Siracusa, il Commissario di nomina regionale ha approvato gli schemi di statuto della società di gestione del servizio, di patti parasociali per la disciplina dei rapporti soci pubblici/socio privato, di regolamento per l'esercizio del controllo pubblico congiunto sulla società mista.

Ai sensi dell'art. 149 bis, comma 1, del d. lgs. 152/2006, recante i principi in materia di affidamento del servizio, l'ente di governo dell'ambito (nella specie, come detto, il Commissario nominato per l'esercizio dei poteri sostitutivi di cui all'art. 14 del D.L. n. 115/2022), nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 del d. lgs. 152/2006 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma

di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo procedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica;

Nel delineato contesto normativo, in capo ai singoli Comuni non residua alcun potere di autodeterminarsi sull'organizzazione e sulla gestione del servizio idrico integrato, essendo ogni competenza al riguardo riservata all'ATI Siracusa, quale Ente di Governo dell'Ambito e, per essa, al Commissario nominato con DPRS n. 503 del 4/1/2023.

La scelta di ricorrere all'affidamento della gestione del S.I.I. dell'ATO Siracusa in favore di una società a capitale misto e a controllo pubblico, in particolare la “Aretusacque Spa”, rientra tra quelle previste sia dalle norme di settore in materia di servizio idrico integrato (D.lgs. n.152/2006, art. 149 bis) che, più in generale, dalla legislazione in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica (d.lgs. n. 201/2011, art. 14) e di società a partecipazione pubblica (D. Lgs. n. 175/2016).

A tal fine, il Commissario incaricato, in via sostitutiva, dell'esercizio dei poteri ordinariamente spettanti all'ATI Siracusa, ha trasmesso la bozza di statuto della Società “ARETUSACQUE SPA”, lo schema di patti parasociali e lo schema di regolamento per il controllo congiunto, per la relativa approvazione da parte di tutti i Comuni ricompresi nell'ATO Siracusa, con esclusione dei comuni di Buscemi e Cassaro, ai fini della loro adesione alla società di gestione, in vista dell'espletamento della gara a doppio oggetto per la selezione del socio privato di minoranza ed il conseguente perfezionamento della procedura di affidamento del servizio.

Il comune di Melilli ha ritenuto, pertanto, con la delibera c.c. n. 25 del 29 aprile 2023, necessario e obbligatorio aderire alla costituenda società Aretusacque spa, in conformità alle espresse previsioni legislative suindicate, nonché ai provvedimenti amministrativi adottati ed adottandi dal Commissario in sostituzione dell'ATI Siracusa, quale ente di governo dell'ambito per la pianificazione e organizzazione del Servizio Idrico

Integrato e per l'affidamento della relativa gestione.

Mediante il suddetto atto, il Consiglio comunale ha approvato la proposta di deliberazione concernente: l'acquisto di una partecipazione del Comune di Melilli alla costituenda società a partecipazione mista pubblica-privata Aretusacque spa, per la gestione del servizio idrico integrato dell'ATO Siracusa; l'approvazione dello statuto della società Aretusacque spa, per la gestione del servizio idrico integrato dell'ATO Siracusa, unitamente allo schema di patti parasociali e di regolamento per il controllo pubblico congiunto; la sottoscrizione di azioni pari al 1,68% del capitale sociale della società Aretusacque spa, del valore di € 33.512,00, versando al momento della costituzione della società il 100% della stessa quota; la presa d'atto che le risorse per provvedere alla sottoscrizione e versamento della quota associativa che compete al Comune di Melilli troveranno copertura con l'anticipazione che il Consorzio ATO in liquidazione effettuerà all'Assemblea territoriale idrica; il mandato al Sindaco, alla Giunta Comunale ed al Responsabile dell'Area Finanziaria, ciascuno per quanto di competenza, ai fini della adozione dei provvedimenti necessari a dare esecuzione alla presente deliberazione; l'autorizzazione al Sindaco di sottoscrivere, per conto del Comune, l'atto di costituzione della costituenda società; la trasmissione della suddetta delibera alla Corte dei Conti della Sicilia - Sezione di Controllo e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4 del d.lgs. n. 175/2016.

Considerato in DIRITTO

Una volta descritta compiutamente nei suddetti termini fattuali l'operazione societaria sottoposta al vaglio della magistratura contabile, occorre preliminarmente appurare se sussistano, nella fattispecie, i presupposti normativi che legittimano questa Sezione a pronunciarsi, ex art. 5, comma 3, TUSP, sull'atto deliberativo di partecipazione societaria inviato dal Comune di Melilli.

L'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 175 del 2016 (recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*", nel prosieguo, per brevità, TUSP), come recentemente modificato dall'art. 11 comma 1, lett. a), della legge n. 118 del 2022 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*) prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione, diretta o indiretta, sia trasmesso dall'Amministrazione pubblica procedente (come definita dall'art. 2, comma 1, lett. a, TUSP) 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 medesimo articolo 5, 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.

La novella normativa precisa che, qualora la Corte dei conti non si pronunci entro il termine prescritto di sessanta giorni, l'Amministrazione possa procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione.

Il comma 4 dell'articolo in esame puntualizza che, in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'Amministrazione pubblica interessata ritenga di procedere egualmente, la stessa è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere della magistratura contabile e a dare pubblicità, nel proprio sito *internet* istituzionale, a tali motivazioni.

La rivisitata funzione assegnata alla Corte dei conti è stata oggetto di recente esame da parte delle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22 e n. 19/SSRRCO/QMIG/2022), che ne hanno individuato la *ratio* nell'esigenza di sot-

toporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta amministrativa, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato. Come è noto, infatti, l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario - sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto, sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente - è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta a tradurre in attuazione la determinazione adottata in via amministrativa, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale).

La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre ad esame i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato. Ciò *“in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili”* (Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22).

La verifica della Corte dei conti *ex art. 5, comma 3, TUSP*, interviene, pertanto, su un atto deliberativo che, per conseguire gli effetti finali ai quali è preordinato, ossia la costituzione di una società o l'acquisizione di una partecipazione societaria, necessita della stipulazione, a valle, dell'atto negoziale di costituzione o di acquisto.

Prima di essere attuato con gli strumenti privatistici, tale atto deliberativo necessita del vaglio positivo della magistratura contabile ovvero del decorso infruttuoso del termine assegnato per il controllo in esame (l'art. 5, comma 3, TUSP prevede testualmente: *“qualora la Corte non si pronunci entro il termine”* di sessanta giorni dal ricevimento, *“l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo”*).

La funzione attribuita alla Corte dei conti in detta materia trova collocazione, dunque, nel momento di passaggio tra le due fasi (pubblicistica e privatistica) che scandiscono il percorso di costituzione di una nuova società o dell'acquisizione di partecipazioni in realtà societarie esistenti da parte della pubblica amministrazione.

Ciò premesso, in termini generali, in ordine alla fisionomia della nuova forma di controllo coniata dal legislatore in materia di partecipazioni pubbliche, occorre ora soffermarsi sulla sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi che legittimano, nella fattispecie, l'intervento della magistratura contabile.

Quanto all'ambito soggettivo, considerato che il TUSP, attraverso il combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, lett. a), riconduce nel proprio campo applicativo *“le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale”*, risulta di totale evidenza, alla luce di quanto precisato, che il Comune di Melilli sia assoggettato alle disposizioni del TUSP, e che, quindi, sia tenuto ad osservare, per quel che rileva in questa sede, le disposizioni di cui agli artt. 4, 5, 7 e 8 TUSP, ai fini della costituzione di una società a partecipazione

pubblica o dell'acquisto di partecipazioni in società già costituite.

Ed invero, l'atto deliberativo in esame è stato adottato dal Consiglio comunale del Comune di Melilli (art. 7, comma 1, lett. c, del TUSP).

Con riferimento, invece, al presupposto oggettivo, l'art. 5, comma 3, TUSP enuncia puntualmente le tipologie di atti che devono essere trasmessi all'esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la "costituzione di una società a partecipazione pubblica" (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e di "acquisto di partecipazioni, anche indirette" da parte di Amministrazioni pubbliche (per "partecipazione" deve intendersi "la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi", come da definizione contenuta nell'art. 2, lett. f), del medesimo TUSP).

L'art. 5, comma 3, TUSP ha limitato, letteralmente, il proprio ambito oggettivo di applicazione ai soli due momenti (la costituzione di una società e l'acquisto di partecipazioni) in cui l'Amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio.

Nella fattispecie, in base a quanto già illustrato in termini di fatto, risulta evidente come l'operazione sottoposta al vaglio della magistratura contabile consista nella partecipazione da parte del Comune di Melilli alla costituzione di una società mista pubblico-privato.

Trattasi, dunque, di operazione societaria che rientra nel campo oggettivo di applicazione dell'art. 5, comma 3, TUSP.

Ora, l'art. 5, comma 4, del TUSP, ripartisce la competenza, ai fini dell'esame degli atti di costituzione di società o acquisizione di partecipazioni societarie, tra le Sezioni riunite in sede di controllo ("per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali"), le Sezioni regionali di controllo ("per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione") e la Sezione controllo Enti ("per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge n. 259 del 1958").

Il suddetto criterio di riparto vale a radicare la competenza di questa Sezione ad effettuare la verifica ex art. 5, comma 3, TUSP, in quanto l'atto deliberativo in esame rientra tra "gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione".

Sotto altro profilo, gli articoli 3 e 4 del TUSP dispongono, rispettivamente, che "le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa" (art.

e che "le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società" (art. 4).

Ciò premesso, va evidenziato che la costituenda "Aretusacque Spa", come da narrazione in fatto, è una società per azioni che ha per oggetto lo svolgimento di un servizio che rientra nelle finalità istituzionali del Comune di Melilli, trattandosi dell'esplicitamento del servizio idrico integrato.

Per tale motivo, risultano rispettati i vincoli tipologici e finalistici di cui agli articoli 3 e 4 del TUSP.

L'art. 5, comma 3, TUSP delinea i tratti essenziali della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti, precisandone i parametri di riferimento, la procedura e gli esiti.

In ordine ai primi, il richiamo effettuato dall'art. 5, comma 3, ai precedenti commi 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'Amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a:
necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo TUSP);

ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;

compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa;

assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Inoltre, la Corte dei conti deve valutare la conformità della delibera inviata a quanto disposto dagli articoli 4, 7 e 8 del TUSP, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

L'impianto normativo evidenzia, pertanto, come gravi sull'Amministrazione precedente l'onere di inserire, nelle motivazioni della delibera di acquisto di una partecipazione e nei relativi allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi, con specifico riferimento alle valutazioni circa *“la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria”* dell'operazione di investimento, da cui conseguono anche quelle relative alle possibilità alternative della gestione diretta o esternalizzata e alla compatibilità della scelta con i principi cardine dell'azione amministrativa.

Sul punto, la già richiamata deliberazione n. 16/SSRRCO/2022/QMIG, ha precisato che la motivazione deve dare conto “sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità).

L'Amministrazione è tenuta ad effettuare i necessari approfondimenti istruttori che devono sorreggere la scelta e confluire nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo, da sottoporsi poi alla nuova forma di scrutinio riservata alla magistratura contabile (cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22).

La valutazione di conformità, da parte delle competenti sezioni della Corte dei conti, come ribadito dalle Sezioni riunite anche nelle successive deliberazioni adottate in materia, ha ad oggetto, infatti, la completezza e l'adeguatezza del contenuto motivazionale della delibera adottata dall'ente locale, desumibile, come da regola generale (art. 3 leg-

ge n. 241 del 1990), anche da atti richiamati da quest'ultima (primi fra tutti, eventuali allegati).

Le Sezioni riunite, inoltre, hanno affrontato la questione dell'estensione del sindacato della Corte dei conti, giungendo alla conclusione che, trattandosi di ambito caratterizzato da discrezionalità tecnica, la verifica della sostenibilità finanziaria dovrà "avere ad oggetto il piano finanziario sviluppato dall'amministrazione, valutandone la completezza, l'adequatezza e l'approfondimento. Il requisito della completezza implica la verifica che l'istruttoria condotta dall'amministrazione contenga tutti gli elementi informativi per la comprensione del progetto deliberato. Il parametro dell'adequatezza, invece, si riferisce alla valutazione dell'intensità degli approfondimenti istruttori richiesti, da modularsi in chiave proporzionale rispetto al grado di complessità dell'operazione societaria deliberata" (così anche Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria, n. 53/2023/PASP).

Nella pronuncia da ultimo menzionata delle Sezioni riunite di questa Corte, si è anche chiarito che, nel campo degli investimenti societari, il concetto di sostenibilità finanziaria assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'Amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato.

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce alla capacità della società di garantire, in via autonoma ed in un adeguato lasso temporale di previsione, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale.

Nel caso delle società a partecipazione pubblica, poi, la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettica dell'attività, intesa come idoneità a preservare l'equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte dall'art. 14 TUSP al socio pubblico con riguardo agli interventi di sostegno finanziario alle società partecipate in difficoltà, in virtù del principio di legalità finanziaria e del divieto di soccorso finanziario generalizzato, ampliamenti sviluppati dalla giurisprudenza contabile (*ex multis*, Corte conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 753/2010/PAR).

Secondo l'orientamento espresso dalle Sezioni riunite, la sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo dell'operazione di investimento societario deve essere attentamente valutata dall'Amministrazione procedente, nell'ambito del proprio *iter* istruttorio, facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche.

In particolare, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di acquisizione di partecipazione sia quanto meno suffragato dallo sviluppo di un approfondito *Business Plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende intraprendere o proseguire.

Quanto al relativo contenuto, il *Business Plan*, o altro documento equipollente, nella prospettiva della pianificazione aziendale, deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione societaria che si intende eseguire: nel caso di acquisto di partecipazioni, occorrerà fornire un quadro della società in cui si intende investire, che ne riassume

l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi. Tali elementi costituiscono le ipotesi di fondo sulla base delle quali devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (quindi riportando le stime dei costi e dei ricavi) sia relative ai *cash flow* complessivi, ossia ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività

operativa, attività di investimento e attività di finanziamento come definiti nel principio contabile OIC 10 "Rendiconto finanziario"). Parimenti, l'esercizio di previsione deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società che ci si accinge a costituire o partecipare, delineandone l'evoluzione delle attività (liquide, correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto).

Le previsioni del BP devono essere accompagnate da apposite note esplicative che, nel rispetto dei principi di trasparenza e chiarezza, ne esponano le ipotesi di sviluppo. In particolare, occorre esplicitare la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o ricavi da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi resi); specularmente deve essere descritta la composizione ed evoluzione dei costi, sia variabili sia fissi, con specifico riguardo a quelli strutturali, quali le esigenze di personale e gli oneri finanziari. Non va trascurata, infatti, la rilevanza dei costi di personale nella *governance* di una società partecipata, considerata la loro incidenza sul quadro economico – finanziario.

Ciò anche al fine di mettere in luce il momento di pareggio aziendale (*break even point*) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati.

Nella prospettiva della trasparenza e della semplificazione, le proiezioni economico-finanziarie del BP possono essere opportunamente accompagnate dall'elaborazione di alcuni indicatori di bilancio, i quali restituiscono, in via sintetica, valutazioni sui principali aspetti gestionali quali la redditività, la liquidità e l'indebitamento.

In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'esigenza di integrare l'analisi del BP con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate.

Per la scelta del sistema di gestione del servizio in parola (art. 14 del d. lgs. n. 201/2022), è altresì necessaria una *S.W.O.T. Analysis* (da intendersi come strumento di pianificazione strategica per il raggiungimento di un obiettivo) di ciascuna delle opzioni praticabili (affidamento in house e affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, oltre alla modalità prescelta dell'affidamento a società mista), con l'individuazione per ciascuna di esse di: *strenght* (punti di forza); *weakness* (punti di debolezza); *opportunities* (opportunità); *threat* (minacce).

In altri termini, sarebbe necessario, al fine di ottemperare all'obbligo di motivazione analitica, fornire una puntuale analisi dei punti di forza e di debolezza della scelta di tale modello gestionale rispetto alle alternative contemplate dalla legge (affidamento *in house* e affidamento a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica), soprattutto sul crinale economico-finanziario (Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, n. 113/2023/PASP).

Anche per le società miste, sebbene la scelta del partenariato pubblico privato istituzionale (PPPI) consenta una parziale apertura al mercato, mediante la selezione del socio operativo

con la gara a doppio oggetto (in termini, dunque, sia di scelta del socio privato che di affidamento dell'appalto o della concessione), essa comunque comporta la creazione di un nuovo organismo societario di cui l'Ente pubblico è socio di maggioranza. La sostenibilità e la convenienza economica di tale scelta, pertanto, dovrebbero essere analiticamente motivate rispetto all'affidamento a terzi con gara del servizio, che non comporta la creazione di alcun soggetto societario controllato dall'Ente.

I principi sopra espressi vanno però adattati al caso di specie.

Nell'atto deliberativo in questione il Comune afferma che *“ai sensi dell'art. 5, comma 1, del D. lgs. n. 175/2016, l'obbligo di motivazione che deve assistere la costituzione di una nuova società pubblica o l'acquisto di partecipazione societarie in soggetti già costituiti, non è dovuto “quando la costituzione o l'acquisto (...) avvenga in conformità a espresse previsioni legislative”, come nel caso di specie ove la costituzione della società “Aretusacque Spa” avviene in ossequio all'art. 142 D. lgs.*

n. 152/2006, all'art. 3 bis, comma 1 bis del D.L. n. 138/2011 ed alla normativa regionale di settore, nonché in esecuzione dei pertinenti provvedimenti amministrativi adottati dal Commissario ad acta in sostituzione dell'ATI Siracusa”.

In ogni caso, si legge ancora nell'atto deliberativo, *“l'onere motivazionale di cui all'art. 5 del D. lgs. n. 175/2016... può essere assolto mediante rinvio per relationem alla normativa di settore, nonché ai citati provvedimenti (qui allegati) con i quali si è proceduto all'adozione degli atti di pianificazione infrastrutturale ed economico-finanziaria della gestione del SII nell'ATO Siracusa, nonché all'approvazione della relativa forma di gestione (ossia, società a capitale misto con partecipazione maggioritaria dei Comuni dell'ATO) e della prescritta relazione ex art. 14 del D. lgs. n. 201/2022”.*

Al riguardo, ad avviso del Collegio, occorre operare una fondamentale distinzione.

Infatti, con la disposizione appena citata del comma 1 dell'art. 5 del TUSP, il legislatore ha inteso fare primariamente riferimento alle ipotesi, frequenti, in cui la società è istituita direttamente e unilateralmente dalla legge (come è avvenuto, ad esempio, con l'art. 7 del decreto-legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito con modificazioni dalla legge 15 giugno 2002,

n. 112, che ha istituito la Patrimonio dello Stato S.p.A.) e alle ipotesi di società a costituzione obbligatoria (ad esempio Infrastrutture S.p.A., prevista dall'art. 8 del suddetto decreto- legge).

Nella prima ipotesi, la legge istituisce direttamente la società e, di regola, stabilisce la denominazione, la sede, l'oggetto sociale, il capitale sociale e l'attribuzione delle azioni.

Nella seconda ipotesi, ossia quella delle società a costituzione obbligatoria, la legge non istituisce direttamente la società ma ne prevede la costituzione, stabilendo la denominazione, la sede, l'oggetto sociale e il capitale iniziale.

In questi casi si pone, tra l'altro, il delicato problema di coordinare tale disciplina con il procedimento di costituzione delineato dal Codice civile.

In disparte tale profilo, la circostanza che la società sia costituita *ex lege* giustifica l'eso-

nero dall'obbligo di motivazione analitica, in quanto la scelta di costituire la società è effettuata direttamente dal legislatore. Gli atti amministrativi che si pongono a valle di questa scelta, in quanto meramente attuativi di disposizioni legislative, non necessitano di motivazione analitica. Di qui la *ratio* dell'eccezione contemplata dall'art. 5, comma 1, del TUSP.

Fermo restando quanto sopra, ad avviso del Collegio, tuttavia, il riferimento a “*espresses previsioni legislative*” va ad abbracciare anche un significato più ampio, ricomprendendo le ipotesi, come nella specie, nelle quali, pur non configurandosi nello stretto senso sopra indicato una società costituita *ex lege*, la fattispecie rientra ugualmente nell'ambito applicativo dell'eccezione prevista dal comma 1 dell'art. 5 del TUSP, con la conseguenza che nella delibera sottoposta all'esame del Collegio non risulta violato l'obbligo di motivazione analitica prescritto dalla predetta norma.

Al riguardo, invero, risultano decisive le seguenti considerazioni.

Il Comune ha preordinato l'adesione alle finalità tassativamente “perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche” (articolo 4 T.U.S.P.), sub specie di “produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi” (comma 2, lettera a) articolo citato).

La gestione del servizio idrico è una funzione tipica dell'ente locale, in virtù dei principi ex articolo 118 Cost., oltre che sulla base di numerose norme: se già dall'epoca pre-re- pubblicana si stabiliva che “i comuni possono assumere ...l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi e segnatamente di quelli relativi agli oggetti seguenti: 1° costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile” (articolo 1 R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578), al Comune anche ora compete, in generale, la “gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali” (articolo 112, comma 1, T.U.E.L.) e, in particolare, la “organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale” (articolo 14 comma 27 decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78).

Inoltre, l'articolo 3-bis decreto-legge n. 138 del 2011, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, stabilisce, al comma 1-bis, che “le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica..., di scelta della forma di gestione,... di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente”.

Nel particolare caso del servizio idrico, come già illustrato in fatto, “gli enti locali, attraverso l'ente di governo dell'ambito di cui all'articolo 148, comma 1, svolgono le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo...gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche... L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio

di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale" (articoli 142, comma 3, 147, comma 1, e 149-bis, comma 1, decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152).

Anche a livello regionale, la legge Regione Sicilia 11 agosto 2015, n. 19, in particolare all'art. 3 commi 2 e 3, prevede analoghe disposizioni, attribuendo all'assemblea territoriale idrica il compito di scegliere la forma di gestione del servizio idrico integrato.

Non avendo l'ATI Siracusa proceduto all'affidamento del SII al gestore unico entro i termini indicati dall'art. 14 del D.L. n. 115/2022, quest'ultimo atto è stato adempiuto con deliberazione commissariale n. 4 del 15/4/2023, assunta con i poteri dell'ATI Siracusa, dal Commissario di nomina regionale, che ha approvato la forma di gestione del SII da attuare nell'ATO Siracusa, individuata nella gestione a mezzo di società a capitale misto ai sensi dell'art. 16 del D. Lgs. n. 201/2022, "Aretusacque spa".

Dal canto suo, la costituenda società "Aretusacque spa", il cui statuto (in bozza) risulta già approvato dal Commissario regionale con la deliberazione n. 5 del 19 aprile 2023, avrà per oggetto *"l'erogazione del servizio di interesse generale di gestione del servizio idrico integrato come definito dal d.lgs. n. 152/2006 quale l'insieme dei servizi pubblici di captazione, sollevamento, trattamento, trasporto, fornitura, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue"*, oltre a *"l'organizzazione e la gestione di tutte le fasi del ciclo integrato dell'acqua e quindi ogni attività costituente, connessa, conseguente, collegata o funzionale alla gestione del servizio idrico integrato nell'ambito territoriale di Siracusa"*.

A ben vedere, la costituzione della "Aretusacque spa" in esame non è semplicemente

ammessa alla luce del canone generale di finalizzazione pubblica ex articoli 4 TUSP e 1 legge

n. 241/1990, ma specificamente imposta dalla legge, la quale assegna al Comune - per la realizzazione delle finalità pubbliche del servizio idrico integrato - uno specifico obiettivo amministrativo, cui la delibera in esame risulta vincolata e preordinata.

Infatti, la stessa trama legislativa sopra indicata, di rango statale (articoli 142 e ss. decreto legislativo n. 152/2006) e regionale (legge Regione Sicilia n. 19/2015), impone ai singoli enti locali l'adesione all'Ente di governo dell'ambito, che assemblearmente delibera anche la forma di gestione del servizio idrico integrato (costituzione societaria e affidamento qui in esame), la quale, pertanto, rispetto al singolo ente partecipante è legislativamente vincolata (Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Molise, n. 17/2023/PASP), salve talune eccezionali e residuali ipotesi di "gestioni del servizio idrico in forma autonoma" motivate dalla particolare natura del contesto sociale o naturalistico, ovvero "comuni montani con popolazione inferiore a 1.000".

Tale esegesi è confermata dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui il principio di unicità del servizio idrico integrato comporta per i singoli Comuni l'obbligo di partecipare alla gestione unitaria, che si configura, dunque, come atto dovuto, con

conseguente adesione

anche alla società in house o mista individuata come gestore dall'ente d'ambito (in tal senso,

Consiglio di Stato, Sez. II, sentenza 10 novembre 2021, n. 7476).

Da tutto quanto precede, nel caso sottoposto all'esame del Collegio risulta integrata la specifica eccezione, di cui al primo comma dell'articolo 5 TUSP, per cui l'atto deliberativo, conforme ad espressa previsione di legge, non è soggetto all'obbligo di analitica motivazione in ordine a "necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, ... ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato...della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa" né, in una prospettiva ermeneutica di carattere letterale, sistematico e teleologico, alle previsioni di cui al comma 2, ovvero dare "atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese" e sottoporre lo "schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica".

L'atto deliberativo suddetto gode, peraltro, dei requisiti soggettivi, oggettivi e pubblicitari legislativamente imposti alle Pubbliche Amministrazioni per la "costituzione di società a partecipazione pubblica" o l'acquisto di "partecipazioni in società già costituite" (articoli 7 e 8 T.U.S.P.).

In particolare, la deliberazione di partecipazione del Comune di Melilli alla costituzione della "Aretusacque spa", società di gestione del servizio, il cui schema di statuto risulta, con deliberazione commissariale n. 5 del 19/4/2023 adottata con i poteri dell'ATI Siracusa, già approvato unitamente ai patti parasociali per la disciplina dei rapporti tra soci pubblici e tra socio pubblico/socio privato di regolamento per l'esercizio del controllo pubblico congiunto sulla società mista,, , tutti atti allegati alla medesima deliberazione quali parti integranti e sostanziali,,,,,, è stata assunta dal Consiglio comunale, a norma dell'articolo 7 T.U.S.P., con successiva pubblicazione nella sezione Amministrazione trasparente del proprio sito internet e in albo pretorio.

Quanto fin qui argomentato rileva ai fini del venir meno della necessità di fornire una motivazione analitica in ordine ai profili indicati dall'art. 5, comma 1, del TUSP, consentendo, comunque, al singolo ente locale di motivare *per relationem*, richiamando cioè la deliberazione dell'ente di governo, qualora quest'ultima contenga una effettiva motivazione analitica in ordine ai profili prescritti dalla norma in esame, come è avvenuto nel caso di specie (Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Molise, n. 17/2023/PASP).

L'ente di governo, attraverso il quale gli enti locali ricompresi nell'ambito territoriale esercitano le funzioni di scelta della forma di gestione, ha, invero, indicato in modo specifico le ragioni che giustificano la modalità di gestione prescelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, specificando i motivi per cui è stata preferita la gestione mediante società partecipata mista pubblico-privato del servizio, ossia con una adeguata valutazione comparativa delle opzioni praticabili, in particolare sul versante economico finanziario, dando anche conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, nonché della

sostenibilità finanziaria soggettiva dell'operazione societaria da parte degli enti locali ricompresi nell'ambito, chiamati a costituire la medesima società mista.

La presenza di tale motivazione della scelta effettuata, a monte, dall'ente di governo si riflette poi anche sugli atti deliberativi adottati, a valle, dai singoli enti locali ricompresi nell'ambito, rilevando anche ai fini del pronunciamento di questa Sezione ex art. 5, comma 3, TUSP, in quanto consente comunque di effettuare uno scrutinio in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell'operazione.

Ed invero, nella relazione ex art. 14 del d.lgs. n. 201/2022 approvata dal commissario regionale e richiamata dalla deliberazione consiliare in esame, viene valutata adeguatamente la sostenibilità soggettiva dell'operazione delineata in relazione alla situazione finanziaria degli enti ricompresi nell'ambito.

Infatti, da quanto emerge dalla suddetta relazione e dal PEF ivi allegato: il capitale sociale della costituenda società mista avrà la seguente composizione: soci pubblici con quota di partecipazione pari al 51% - socio privato con quota di partecipazione pari al 49%³;

Il capitale sociale complessivo sarà di euro 2.000.000,00 (due milioni), suddiviso in 2.000.000 di azioni del valore di € 1,00 euro cadauno;

la quota pubblica di capitale sociale è ripartita tra i Comuni dell'ATO, come indicato, in base alle rispettive quote di partecipazione all'ATI Siracusa, riparametrate in ragione dell'assenza dei comuni di Buscemi e Cassaro, nonché dalle analisi condotte attraverso l'attività istruttoria dell'ATI, ovvero del Commissario, e trasfuse nel Piano Economico Finanziario allegato alla relazione, ove risulta, relativamente alla gestione del SII da parte della costituenda società mista, che la stessa potrà essere attuata in un contesto di equilibrio economico-finanziario.

Dalla predetta relazione ex art. 14, inoltre, emerge che sui Comuni soci non graveranno, neppure a titolo di anticipazione finanziaria, oneri ulteriori rispetto a quelli occorrenti alla sottoscrizione delle quote di capitale sociale a loro riservate e ripartite tra gli stessi come sopra specificato.

La deliberazione del c.c. di Melilli n. 25 del 29 aprile 2023, pertanto, nell'approvare la partecipazione alla costituzione del capitale sociale della società Aretusacque spa, determinando le risorse occorrenti alla sottoscrizione e al versamento della quota di competenza per € 33.512,00 (€ trentatremilacinquecentododici), evidenzia che dette somme troveranno copertura con l'anticipazione che il Consorzio ATO in liquidazione effettuerà all'Assemblea territoriale idrica e si impegna a sottoscrivere azioni pari al 1,68% del capitale sociale della società Aretusacque spa, del valore appunto, di € 33.512,00, versando al momento della costituzione della società il 100% della stessa quota.

Viene in tal modo prevista e sancita la compatibilità economica dell'operazione, in quanto il Comune assicura, nel modo specificato, la copertura finanziaria per l'intero importo, nel rispetto del principio che *"l'individuazione della copertura deve essere contestuale alla previsione dell'onere, oltretché congrua e attendibile"* (cfr. sentenze Corte costituzionale n. 51 del 2023, n. 226, n. 156 e n. 106 del 2021 e n. 197 del 2019).

Le ragioni e le finalità della scelta circa la convenienza economica, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato e la compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa si profilano comunque anch'essi *per relationem* con gli atti commissariali richiamati quali parti integranti e sostanziali

della deliberazione, ivi compresa l'Analisi S.W.O.T. (Strengths, Weaknesses, Opportunities, Threats) in ordine alla modalità prescelta per l'affidamento del servizio, contenuta nella già citata relazione ex art. 14 del D.Lgs. n. 201/2022.

In ordine alla motivazione sulla compatibilità con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato, appare in *re ipsa* che la costituzione di una società mista a partecipazione pubblico-privato per la gestione di un servizio idrico strettamente locale non incida “sugli scambi tra Stati membri”, che è presupposto geo-economico per la ricorrenza del c.d. aiuto di Stato ex art. 107 T.F.U.E.

D'altra parte, nella medesima relazione ex art 14 del D.lgs 201/2022 sulla scelta della modalità del servizio idrico integrato, l'asseverazione del Piano economico finanziario, allegato al piano d'ambito approvato con deliberazione n. 3 del 1A5 aprile 2023, nonché sulla modalità di gestione del servizio idrico integrato per l'ambito ottimale di Siracusa mediante affidamento a società mista, come da articolo 16 del D.Lgs. 201/2022, si fornisce un'adeguata motivazione in ordine al controllo pubblico sulla società, ossia sul potere decisionale pubblico sulla gestione del servizio, anche mediante gli strumenti privatistici previsti dal Codice civile per le società di capitali. Il fatto che la parte pubblica detenga la maggioranza del pacchetto azionario consente alla stessa di poter svolgere un ruolo preminente nelle decisioni strategiche della società e nel controllo delle attività sia mediante l'esercizio dei poteri esercitati in Assemblea che attraverso i poteri esercitabili nel Consiglio di Sorveglianza, potendo esercitare un controllo sulla gestione del SII direttamente tramite la partecipazione al capitale sociale della società mista, con la possibilità di esercitare in concreto tutti quei controlli “interni” alla società previsti dal codice civile per le società di capitali, tramite i predisposti patti parasociali tra i soci pubblici e tra questi con il socio privato.

Anche con riguardo alla previa sottoposizione dello “schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità” autodisciplinate, vale osservare che il Comune ha preordinato l'adesione alle finalità tassativamente “perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche” (articolo 4 T.U.S.P.), sub specie di “produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi” (comma 2, lettera a) articolo citato).

Per le considerazioni sopra espresse, sussistono gli elementi che consentono al Collegio di esprimere parere favorevole all'operazione societaria descritta, con evidenza della necessità di prestare attenzione alla riscossione della somma destinata alla sottoscrizione delle quote (vedi retro pag. 16).

4. Ne deriva un giudizio di conformità del deliberato “a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo 5, nonché dagli articoli 4, 7 e 8” TUSP.

Tutto ciò premesso e considerato,
P.Q.M.

La Sezione di controllo per la Regione Siciliana esprime, ai sensi del comma 3 dell'articolo 5 TUSP, parere positivo in ordine alla deliberazione del Consiglio Comunale di Melilli (SR) del 29 aprile 2023, n. 25.

DISPONE

che, a cura della Segreteria, copia della presente deliberazione sia comunicata entro cinque giorni dal deposito al Comune di Melilli (SR), ai sensi dell'articolo 5, comma 4, TUSP.

Rammenta l'obbligo di pubblicazione della presente pronuncia, entro cinque giorni dalla ricezione, sul sito internet istituzionale, al Comune di Melilli (SR), ai sensi del suddetto comma 4.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del 14 giugno 2023.

IL RELATORE
Giuseppe Di Prima

IL PRESIDENTE
Salvatore Pilato

Depositato in Segreteria 16 giugno 2023 IL FUNZIONARIO RESPONSABILE
Boris Rasura

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 richiostro anonimato, un impegno obiettivo, rigoroso e serio, nel rispetto 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 contributore 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 Times 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 (MAIUSCOLETTO), 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 comunitario¹⁹⁸⁵, 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).



ISSN 2974-9115

9788896280058

