



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO
School of Advanced Studies

DOCTORAL COURSE IN
LEGAL AND SOCIAL SCIENCE: FUNDAMENTAL RIGHTS IN
THE GLOBAL SOCIETY

XXXIII cycle

IL RAPPORTO TRA TERZO SETTORE E PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE SECONDO IL D.LGS. N. 117/2017:
PROSPETTIVE APPLICATIVE NELL'OTTICA DELL'EVIDENZA
PUBBLICA

PhD Student
Alessandro Berrettini

Supervisors
Prof.ssa Sara Spuntarelli

«Siamo come nani sulle spalle di giganti, così che possiamo vedere più cose di loro e più lontane, non certo per l'altezza del nostro corpo, ma perché siamo sollevati e portati in alto dalla statura dei giganti»

(Giovanni di Salisbury, Metalogicon, III, 4, 1159).

INDICE

INTRODUZIONE.....	6
CAPITOLO I	13
«Premesse allo studio. Il principio di sussidiarietà orizzontale quale base per la costruzione di un rapporto paritario tra Terzo settore e pubblica amministrazione».....	13
1. - Portata applicativa del principio di sussidiarietà orizzontale al fine di individuare il terreno su cui poggia il rapporto fra terzo settore e pubblica amministrazione.....	13
2. – “Attività di interesse generale” e suo ruolo nel terzo settore.....	19
3. – La controversa nozione di “ente del terzo settore”: prime indicazioni legislative e dottrinali.....	26
4. - I soggetti esclusi dal terzo settore: pubblica amministrazione e fondazioni di origine bancaria. Le ragioni di “sistema” legate alla loro esclusione.....	40
5. - Modalità attraverso cui favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte del c.d. “privato sociale”. Modello paritario di amministrazione pubblica in attuazione della sussidiarietà orizzontale.....	58
6. - Sintesi conclusiva e transizione al capitolo successivo.....	61
CAPITOLO II	66
L’organizzazione amministrativa “orizzontale” nel rapporto con il terzo settore	66
1. <i>Premessa</i> . La rilevanza dell’organizzazione amministrativa quale antecedente logico giuridico dell’attività amministrativa.....	66
2. Il modello dell’organizzazione «oggettivamente amministrativa» delineato dal Codice del Terzo settore.....	69
3. - L’attrazione pubblicistica del modello organizzativo oggettivato: Il difficile rapporto tra ANAC e fondazioni di origine bancaria e gli elementi qualificanti del privato parte dell’organizzazione pubblicistica.....	83
4. Primi interrogativi di sussunzione del Codice del Terzo settore sotto i canoni tradizionali dell’organizzazione amministrativa.....	93
5. Il modello organizzativo oggettivato della co-progettazione e della co-programmazione al di fuori dei casi di conferimento di potestà pubbliche e di esercizio privato di pubbliche funzioni...107	
6. Il coordinamento amministrativo nel rapporto tra Amministrazione e Terzo settore.....	113
CAPITOLO III.....	122
Gli strumenti di dialogo fra terzo settore e pubblica amministrazione alla luce del codice del terzo settore ma nell’ombra del codice dei contratti pubblici.....	122
1. - <i>Premessa</i> . La comune ma differente indeterminatezza delle fattispecie della co-programmazione, della co-progettazione e delle convenzioni per l’affidamento di servizi sociali al Terzo settore. Il modello oggettivato come chiave ermeneutica utile alla definizione degli istituti di dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione.....	122
2. - Il ruolo centrale dell’autovincolo per superare l’indeterminatezza delle fattispecie in esame.....	130
3. La co-programmazione tra ambiti esclusi di partecipazione e democrazia partecipativa.....	148
3.1. L. n. 328/2000 e co-programmazione: indirizzi interpretativi, modelli consensuali e logiche di risultato per superare l’indeterminatezza della co-programmazione.....	160

3.2. Lo stretto rapporto tra co-programmazione e consultazioni preliminari di mercato in funzione della co-progettazione.	173
4. La Co-progettazione quale particolare modalità di affidamento di un contratto di partenariato pubblico-privato: simmetrie, analogie e differenze rispetto alla disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici del 2016.	176
5. Osservazioni di sintesi.....	191
CAPITOLO IV.....	199
Il controverso rapporto tra codice del terzo settore e codice dei contratti pubblici alla luce del principio di libera concorrenza.	199
1. - Premessa. Il rapporto tra terzo settore, pubblica amministrazione e mercato: stato dell'arte ed effetti prodotti.....	199
2. - L'(apparente) antinomia fra co-progettazione e libera concorrenza.....	224
3. - La posizione della dottrina sulla compatibilità tra codice del terzo settore e codice dei contratti pubblici: alternative alla co-progettazione nel rifiuto della dinamica dell'affidamento in senso tecnico.	230
4. - La co-progettazione nella prospettiva del partenariato pubblico - privato alla luce del diritto europeo e della giurisprudenza costituzionale.	234
5. - Le convenzioni per l'affidamento dei servizi sociali di interesse generale: portata e loro compatibilità con il sistema europeo.....	250
6. - Osservazioni conclusive	257
BIBLIOGRAFIA.....	264

INTRODUZIONE

Il codice del terzo settore, d.lgs. n. 117/2017, viene considerato da taluni una riforma «epocale» volta a sistematizzare la disorganicità che ha caratterizzato la legislazione in tema ¹.

Prima del 2017 il terzo settore, quale categoria generale e ricognitiva di soggetti che si pongono al di fuori del mercato (c.d. primo settore) e dello Stato (c.d. secondo settore) per realizzare fini di interesse generale senza scopo di lucro soggettivo², era infatti caratterizzato da una accentuata frammentazione normativa dovuta soprattutto al quadro variegato degli enti che ne facevano parte³ e delle connesse discipline di settore. Tale frammentarietà difficilmente poteva essere ricondotta ad unità alla luce del trattamento differenziato dei singoli enti in base al grado di solidarietà scelto nel proprio statuto.

In generale, più forte era il limite all'autonomia privata del singolo ente con riferimento allo svolgimento di attività finalizzate al lucro oggettivo⁴, come ad esempio le attività di natura commerciale, maggiori erano i vantaggi sul piano fiscale e contributivo che comprendevano anche la nascita di particolari rapporti con la pubblica amministrazione.

Basti pensare alla legge, ormai abrogata⁵, sulle associazioni di volontariato, l. n. 266/1991, che all'art. 8 prevedeva delle «agevolazioni fiscali» per organizzazioni «costituite esclusivamente per fini di solidarietà», le cui attività commerciali e

¹ A. FICI, *Profili e principi generali della riforma del Terzo settore*, in A. FICI - E. ROSSI - G. SEPIO - P. VENTURI, *Dalla parte del terzo settore*, Milano, 2020, p. 3.

² Inteso come divieto di redistribuzione degli utili ai soci.

³ Secondo S. ZAMAGNI, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011, pp. 16 - 18, i vari enti *no profit* si differenziano tra loro per il profilo soggettivo (chi sono gli attori), per il profilo oggettivo (attività svolta e settore di appartenenza) ed il profilo teleologico (il fine che l'ente vuole perseguire). Si delinea pertanto un coacervo di enti del terzo settore dovuto alla presenza di questi requisiti.

⁴ Inteso come ottenimento del solo utile.

⁵ Abrogata dall'art. 102, comma 1, d.lgs. n. 117/2017.

produttive dovevano essere dunque «marginali»⁶; mentre all'art. 7 si sanciva la possibilità di stipulare convenzioni con lo «Stato, le regioni, le province autonome, gli enti locali e gli altri enti pubblici»⁷.

Allo stesso modo, il d.lgs. n. 383/2000, in materia di associazioni di promozione sociale, anch'esso abrogato⁸, disciplinava la possibilità di ottenere agevolazioni di natura economica⁹ e la stipulazione di convenzioni «con lo Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, le province, i comuni e gli altri enti pubblici»¹⁰ per soggetti che si fossero imposti come limite statutario «l'assenza di fini di lucro e la previsione che i proventi delle attività non po[tessero], in nessun caso, essere divisi fra gli associati, anche in forme indirette»; «l'obbligo di reinvestire l'eventuale avanzo di gestione a favore di attività istituzionali statutariamente previste»¹¹ e l'utilizzo di risorse economiche «svolte in maniera ausiliaria e sussidiaria e comunque finalizzate al raggiungimento degli obiettivi istituzionali»¹².

Di contro, più deboli erano i limiti statuari indicati e minori sarebbero stati i vantaggi economici nel rapporto con l'amministrazione pubblica. Emblematiche in tal senso sono le imprese sociali caratterizzate dalla prevalenza di attività commerciale¹³.

Il primo passo in direzione del codice del terzo settore è stato compiuto dalla l. n. 328/2000, la quale ha determinato un vero e proprio cambio di paradigma rispetto alle discipline passate ora in rassegna. Il legislatore ha tentato infatti di riportare ad unità soggetti diversi ma riconducibili al terzo settore, individuando la formula di «ente del terzo settore»¹⁴ ed una disciplina comune da applicare.

La legge del 2000 appena richiamata, malgrado sia rivolta ai soli servizi sociali, ha avuto l'innegabile pregio di evidenziare il rilievo degli enti *no profit* nell'organizzazione e nell'azione amministrativa, prevedendo meccanismi di dialogo tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione volti a fornire adeguatezza (in

⁶ Art. 8 comma 4, l. n. 266/1991.

⁷ Art. 7 comma 1, l. n. 266/1991.

⁸ Abrogato dall'art. 102, comma 1, d.lgs. n. 117/2017.

⁹ La disciplina è contenuta nel capo III, sezione II, rubricato «Disciplina fiscale, diritti e altre agevolazioni» del d.lgs. n. 383/2000.

¹⁰ Art. 30, d.lgs. n. 383/2000.

¹¹ Art. 3, comma 1, lett. d) e e).

¹² Art. 4, lett. f), d.lgs. n. 383/2000.

¹³ Basti vedere il d.lgs. n. 155 del 2006 che non prevede nè la possibilità di stipulare convenzioni con l'amministrazione, né i vantaggi economici sopra riportati per le organizzazioni di volontariato e per le associazioni di promozione sociale.

¹⁴ Art. 5, l. n. 328/2000.

termini di aderenza ai bisogni) all'azione amministrativa mediante peculiari meccanismi di partecipazione alla redazione di atti amministrativi generali (Piano di zona, procedure di affidamento di servizi pubblici, ecc.).

È grazie allo svolgimento senza scopo di lucro di attività di interesse generale e alla "prossimità" dell'ente del terzo settore nei confronti dei destinatari dell'azione che si prevede un suo coinvolgimento al fine di colmare asimmetrie informative tra pubblica amministrazione e realtà socio-economica in cui opera.

Il riconoscimento formale del ruolo che il terzo settore svolge e dell'importanza che esso riveste per la società si è avuto con la riforma del titolo V parte seconda della Costituzione, attraverso l'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale all'art. 118 comma 4 Cost. che, come noto, afferma: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Il principio appena indicato, ponendosi in continuità con il modello della l. n. 328/2000, ha valorizzato l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale attraverso il ruolo della pubblica amministrazione, creando un sistema di dialogo e di reciproca interazione fra terzo settore e pubblica amministrazione.

Il principio di sussidiarietà orizzontale è però caratterizzato da genericità nella formulazione normativa, a partire dal tipo di attività che la pubblica amministrazione deve compiere per favorire gli enti del terzo settore, fino ad arrivare alla nozione di «interesse generale», tanto da mettere in discussione la sua prescrittività e far ritenere necessaria un'attuazione al livello legislativo¹⁵.

Ed è proprio sotto questo profilo che il codice del terzo settore s'inserisce, ponendosi come esplicito obiettivo quello di attuare l'art. 118, comma 4 Cost., e di provvedere «al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore»¹⁶.

¹⁵G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 1762.

¹⁶ Tale obiettivo è esplicitato dall'art. 1, d.lgs. n. 117/2017, rubricato «Finalità ed oggetto», secondo cui «Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di

Non è casuale, difatti, l'utilizzo del termine «codice» che richiama storicamente una fase in cui si cercava di dare ordine e di sistematizzare un coacervo di norme afferenti alla stessa materia¹⁷.

Ma nonostante il d.lgs. n. 117/2017 conferisca una definizione di «attività di interesse generale» e di «ente del terzo settore», superando la settorialità della l. n. 238/2000 e la genericità di parte delle locuzioni presenti nell'art. 118 comma 4 Cost., residuano margini di indeterminatezza.

Si pensi che il legislatore, nel riservare il Titolo VII del codice del terzo settore al rapporto tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione, introduce (agli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017) tre istituti innovativi, ma allo stesso tempo caratterizzati da un certo tasso di genericità nella formulazione normativa. Si tratta della co-programmazione¹⁸, della co-progettazione¹⁹ e delle convenzioni per l'affidamento di «attività o servizi sociali» a particolari enti del terzo settore²⁰, la cui indeterminatezza consiste sostanzialmente nell'individuazione dei soli obiettivi che gli istituti richiamati devono realizzare.

La difficoltà di comprendere lo spirito e la portata degli istituti appena indicati non deriva solo dalla formulazione normativa ma anche dalla scarsa presenza di dottrina e giurisprudenza in tema. Ciò a differenza di quanto disciplinato dall'art. 57, d.lgs. n. 117/2017, il quale cristallizza quanto già disposto dal considerando 28 della direttiva 2014/24/UE (e dall'orientamento costante della Corte di giustizia) in materia di affidamenti dei servizi di trasporto sanitario d'urgenza, escludendolo di conseguenza dal presente campo d'indagine.

Sebbene la frammentarietà e l'indeterminatezza del dato positivo si siano posti inevitabilmente come limite alla realizzazione degli obiettivi di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, gli enti del terzo settore hanno comunque saputo trovare nel corso degli anni un ruolo sempre più rilevante nel nostro ordinamento, rispondendo ai bisogni della cittadinanza che difficilmente, specie in una dimensione

crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il presente Codice provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore».

¹⁷ Si veda tra tutti, P. GROSSI, *L'europa del diritto*, Roma, 2016.

¹⁸ Art. 55 comma 2, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁹ Art. 55, commi 3 e 4, d.lgs. n. 117/2017.

²⁰ L'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, si rivolge alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale iscritte da almeno sei mesi al registro degli enti del terzo settore.

di crisi economica del *welfare state*²¹, possono essere soddisfatti con le sole risorse e conoscenze della pubblica amministrazione.

Del resto, come evidenziato dalla Corte costituzionale, il terzo settore non supplisce solamente alle scarse risorse economiche dell'amministrazione, ma fornisce anche efficacia all'attività amministrativa, colmando le lacune conoscitive ed organizzative della p.a., dovute alla fisiologica mancanza di prossimità con l'utenza. In effetti, gli enti del terzo settore, essendo rappresentativi della «società solidale», «spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della “società del bisogno”»²².

D'altronde, la necessità di creare un'amministrazione condivisa tra terzo settore e pubblica amministrazione attraverso gli strumenti di dialogo offerti dal codice del terzo settore è stata posta come priorità dal «Piano nazionale di ripresa e resilienza» che, in diverse parti, pone come obiettivo non solo il sostegno degli enti del terzo settore ma anche l'utilizzo della loro progettualità ed azione²³.

Il rilievo e l'attualità del tema impone al presente lavoro l'obiettivo di tentare di superare l'indeterminatezza degli istituti di co-programmazione, della co-progettazione e delle convenzioni per l'affidamento di un'attività o servizio sociale, così da comprendere la portata applicativa del d.lgs. n. 117/2017.

Dal punto di vista metodologico, lo studio che si intende condurre cercherà di analizzare la tradizione giuridica che aveva teorizzato l'inserimento del privato nell'organizzazione della pubblica amministrazione ed il suo necessario coinvolgimento nell'azione amministrativa in funzione collaborativa. A seguito di

²¹ Ciò è stato messo in luce da R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, n. 1, 2013.

²² Corte cost., sent. n. 131/2020.

²³ Con particolare riferimento all'«investimento 2.2: Piani Urbani Integrati» e all'«investimento 3: Interventi socio-educativi strutturati per combattere la povertà educativa nel Mezzogiorno a sostegno del Terzo Settore».

questa analisi si valuterà se i modelli elaborati dalla dottrina possano o meno trovare applicazione negli istituti oggetto della presente disamina.

Sebbene la tradizione giuridica risulti essenziale per comprendere l'*origine* e lo *spirito* del Titolo VII del codice del terzo settore, non si trascurerà l'interpretazione analogica di istituti consimili che prevedano parimenti forme di collaborazione tra privato sociale e pubblica amministrazione. Forti dell'insegnamento di Feliciano Benvenuti, circa l'esigenza di garantire armonia al sistema²⁴, l'interpretazione dei singoli istituti non tralascerà il contesto giuridico nel quale vengono inseriti, con particolare riferimento al principio di libera concorrenza, alla luce del contrasto tra codice del terzo settore e codice dei contratti pubblici, delineato recentemente dal Consiglio di Stato, frutto della tradizionale (e forse solo apparente) frizione di solidarietà e mercato.

Tanto premesso, sembra opportuno anticipare la struttura della ricerca e delle parti in cui essa si articolerà, al fine di indicare sinteticamente la traiettoria espositiva di questo lavoro.

Il primo capitolo affronterà il tema del legame tra principio di sussidiarietà orizzontale e codice del terzo settore. Tale analisi servirà per comprendere le origini del d.lgs. n. 117/2017 nonché fornire una possibile (per quanto limitata) definizione di pubblica amministrazione e di ente del terzo settore per comprendere la natura dei soggetti del rapporto che qui si vuole analizzare.

Il secondo capitolo è invece dedicato al tema dell'organizzazione amministrativa. Esso indagherà in che modo il codice del terzo settore abbia considerato il privato-sociale un elemento essenziale dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni.

Delineati i termini del rapporto d'indagine ed il modello organizzativo in cui esso s'innesta, il terzo capitolo si pone l'intento di superare l'indeterminatezza degli istituti di co-programmazione e di co-progettazione definendone natura giuridica e portata applicativa.

Il presente elaborato terminerà con il quarto capitolo in cui si valuterà la compatibilità degli istituti oggetto d'indagine, così come delineati nel precedente capitolo, con il principio della libera concorrenza sancito dalle direttive europee

²⁴ F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, op. cit., pp. 1576-1577

2014/23/UE e 2014/24/UE. Si cercherà in tal modo di superare le posizioni dottrinali e giurisprudenziali che rinvengono un potenziale contrasto tra codice del terzo settore e disciplina europea.

CAPITOLO I

«Premesse allo studio. Il principio di sussidiarietà orizzontale quale base per la costruzione di un rapporto paritario tra Terzo settore e pubblica amministrazione».

Sommario: 1. - Portata applicativa del principio di sussidiarietà orizzontale al fine di individuare il terreno su cui poggia il rapporto fra terzo settore e pubblica amministrazione; 2. - “Attività di interesse generale” e suo ruolo nel terzo settore; 3. - La controversa nozione di “ente del terzo settore”: prime indicazioni legislative e dottrinali; 4. - I soggetti esclusi dal terzo settore: pubblica amministrazione e fondazioni di origine bancaria. Le ragioni di “sistema” legate alla loro esclusione; 5. - Modalità attraverso cui favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte del c.d. “privato sociale”. Modello paritario di amministrazione pubblica in attuazione della sussidiarietà orizzontale; 6. - Sintesi conclusiva e transizione al capitolo successivo.

1. - Portata applicativa del principio di sussidiarietà orizzontale al fine di individuare il terreno su cui poggia il rapporto fra terzo settore e pubblica amministrazione.

«Il principio di sussidiarietà non può non essere posto a base per chiunque voglia scrutare l'amministrazione nella sua realtà, essendo «in effetti, il principio finale dell'evoluzione, nella quale noi stiamo vivendo come società civile, giuridicamente ordinata»²⁵. L'«applicazione del principio di sussidiarietà, non solo modifica il modo di essere dell'ordinamento e di comprenderlo, tematica che attiene al momento del diritto, ma influisce anche, necessariamente, sull'assetto di ogni amministrazione»²⁶.

Con queste parole, dalla vocazione antesignana, Feliciano Benvenuti coglie lo *spirito* e la portata delle grandi riforme che hanno definito il campo attraverso cui si esplica il rapporto fra terzo settore e pubblica amministrazione: l'introduzione del

²⁵ F. BENVENUTI, *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, p. 4494.

²⁶ *Ibis*, p. 4496.

principio di sussidiarietà orizzontale attraverso la modifica del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione.

Per meglio comprendere tale principio - e inquadrare così il campo di elezione del rapporto tra terzo settore e pubblica amministrazione - occorre preliminarmente precisare, seppure sinteticamente, quanto affermato dalla dottrina richiamata al fine di comprendere il *sostrato* giuridico nel quale s'inseriscono la disciplina positiva e le relative conseguenze applicative della sussidiarietà orizzontale.

A partire dal «Nuovo cittadino», uno degli aspetti più rilevanti ai fini della presente ricerca riguarda la capacità della dottrina menzionata di anticipare i tempi²⁷, ossia di interpretare le norme guardando al futuro, richiamando e valorizzando il *sistema* giuridico di riferimento, rappresentato dal precipitato normativo e valoriale che compone l'ordinamento giuridico nazionale e sovranazionale in cui il principio di sussidiarietà orizzontale si è successivamente inserito²⁸.

Sotto questo profilo il principio di sussidiarietà presuppone l'esistenza di una comunità globale, formata dal concorrere di altre comunità oltre lo Stato, e si pone in stretto contatto con il principio di solidarietà per riconoscere «i valori diversi di ogni uomo e di ogni sua formazione sociale» ed assumere così il valore di «momento qualificatore delle libertà e delle uguaglianze»²⁹.

Sebbene non specifichi i termini della sussidiarietà, la medesima dottrina sembra accogliere entrambe le sue declinazioni: *verticale* e *orizzontale*. In merito alla prima, si fa riferimento ad un principio che permette lo spostamento delle funzioni amministrative dal centro ai livelli più prossimi della collettività per meglio tutelare i bisogni, gli interessi e la vita delle società autonome. In merito alla seconda, invece, tale principio cura il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino «per concorrere al buon esercizio dei pubblici poteri»³⁰.

La base su cui poggia il principio di sussidiarietà orizzontale è caratterizzata, in accordo alla dottrina maggioritaria, dalla valorizzazione della soggettività delle

²⁷ F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, op. cit., pp. 1576-1577; F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, pp. 4023 e ss. in cui si evidenzia la centralità del sistema al fine di garantire certezza del diritto.

²⁸ La pubblicazione è del 1995.

²⁹ F. BENVENUTI, *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, p. 4496.

³⁰ *Ibis*, p. 4494.

persone e dei rapporti giuridici che essi intrattengono con la società nel suo insieme, con conseguente promozione da parte della P.A. della «capacità ed autonomia della persona stessa e dei gruppi sociali che compone, quale soggetto attivo nella soddisfazione dei propri bisogni e nel conseguimento dei propri obiettivi di comunità»³¹.

Tale contesto non si pone come novità assoluta nel panorama della dottrina moderna, ma trova le sue radici nella *tradizione* giuridico filosofica. Come è stato evidenziato, infatti, il principio di sussidiarietà orizzontale non è un «concetto nuovo³²», ma è possibile riscontrarlo sin dalla «Politica³³» di Aristotele secondo cui: essendo l'individuo il «fulcro della politica», lo Stato deve «agire in funzione del suo bene», riconoscendo un valore ontologico all'autonomia in quanto l'uomo «si definisce per il mezzo delle sue opere». In questo senso la *polis*, cioè lo Stato, deve necessariamente riconoscere questa autonomia esercitando il proprio potere per «garantire la libertà e conservare la diversità nell'armonia³⁴» del singolo individuo³⁵, che non può raggiungere la propria totale autosufficienza (*autarcheia*) senza il potere e l'ausilio di un organo perfetto come la *polis* stessa³⁶. Ne consegue che lo Stato non deve dirigere gli individui sin nei dettagli, distinguendo la politica, ossia l'azione dello Stato stesso, come «economia - gestione ed amministrazione» che «attiene alla differenza di capacità e di statuto ontologico degli individui» piuttosto che come «arte di governare uomini liberi»³⁷ (vera e propria tirannia).

Sulla scorta della lezione Aristotelica s'inserisce Tommaso d'Aquino, il quale pone al centro del suo pensiero la necessità di legittimare la «dignità dell'azione umana», considerando la persona «un mondo contenente atti e fini con desiderio e

³¹ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, pp. 69-70.

³² G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in Jus, 1994, p. 405.

³³ Come è noto, è l'opera filosofica di Aristotele che racchiude in sé diverse riflessioni sull'amministrazione della *polis*.

³⁴ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, *op. cit.*, p. 5 che richiama V. COSTANZI, *Politica. Traduzioni note e proemio*, Bari, 1935, p. 220.

³⁵ Sulla valorizzazione del singolo che non deve essere considerato come semplice unità indistinta secondo il pensiero aristotelico, G. CORSO, *Le privatizzazioni e servizi pubblici*, in F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *in Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 1997, pp. 182 e ss.

³⁶ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, *op. cit.*, p. 5.

³⁷ Così, *Ibis*, p. 13 che riprende C. MILLON - DELSOL, *L'état subsidiaire. Ingerence et non -ingérence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, PUF, 1992, pp. 16 - 18.

capacità d'indipendenza»³⁸ e l'azione autonoma un bene superiore. Per questo, il potere dell'amministrazione pubblica deve realizzare «un'unità d'ordine» che «non impone alcuna finalità nuova, ma accompagna nel loro sviluppo le finalità esistenti»³⁹ dell'individuo, riconoscendole. La perfezione della società infatti consiste «nello sviluppo delle sue diversità viventi, così come la perfezione della persona è nello sviluppo di tutte le sue facoltà espresse in atti».

Su un diverso piano s'inserisce invece la dottrina cattolica che attribuisce un significato negativo al principio di sussidiarietà in relazione al periodo storico in cui esso viene formulato⁴⁰. Vi era difatti grande preoccupazione della Chiesa per l'eccessivo interventismo dello Stato nei confronti della società che limitava il fisiologico spazio di azione del privato con conseguente distruzione della dimensione sociale che tale principio voleva tutelare. In questo contesto non poteva che valorizzarsi un'accezione negativa del principio in parola, attraverso una limitazione dell'azione statale per difendere la «propria essenza di uomo libero»⁴¹, trovandosi senza difese rispetto al potere pubblico.

Secondo la dottrina cattolica ciò che si voleva esaltare era la *solidarietà* intesa come «volontaria e quindi individuale propensione ad operare con gli altri per gli altri per il bene comune»⁴², postulandosi in tal senso una «capacità-autonomia»⁴³ dell'individuo per realizzare questo fine. La valorizzazione dell'autonomia del singolo a sua volta modellava il principio di sussidiarietà orizzontale non solo come strumento volto a valorizzare i vari raggruppamenti sociali ma anche a realizzare una «potestà partecipata»⁴⁴ degli individui alla tutela degli interessi pubblici, così da lasciare ad essi la cura degli affari di minore importanza, garantendo allo Stato maggiore libertà nell'«esercizio delle funzioni che gli spettano»⁴⁵.

³⁸T. D'AQUINO, *Summa Theologie*, II, II qu. 64, art. 2., Milano, 1999.

³⁹P.DURET, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰M. RIBAUDO, *La sussidiarietà: una divinità dai troppi volti*, in *Queste istituzioni*, n. 108, 1996, p. 130.

⁴¹*Ibidem*.

⁴²C. DE ROSE, *Il principio di sussidiarietà del «Quadragesimo anno» all'era della globalizzazione: quale mondo quale Europa, quale Italia?*, in *Cons. St.*, 1997, p. 78.

⁴³ Così, P.DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, *op. cit.*, p. 27, che riprende la Commissione Pontificia *Iustitia e Pax* il 15 maggio 1978. *Self-Reliance*: contare sulle proprie forze.

⁴⁴P.DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁵*Acta Apost. Sedis*, vol. XXIII, 193, p. 203.

In base a questa sintesi introduttiva è possibile individuare gli elementi costitutivi - il *nocciolo duro* - del principio di sussidiarietà, nel senso del riconoscimento degli individui e dei gruppi sociali che pongono a fondamento della loro azione il benessere della collettività a cui appartengono, la valorizzazione dell'autonomia di tali soggetti, infine il ruolo dello Stato sia attivo, cioè volto ad agevolare lo svolgimento di attività di interesse generale, sia passivo, ossia finalizzato a non limitare tale attività.

Occorre a questo punto individuare la portata della sussidiarietà attraverso l'analisi del dato positivo. Quest'ultimo sembra in grado di cristallizzare gli elementi appena indicati, sedimentati nel tempo e teleologicamente indirizzati a garantire il fine, come meglio si vedrà in seguito, dell'«immedesimazione dei cittadini nelle istituzioni»⁴⁶. E in effetti, fin dalla sua prima positivizzazione nella c.d. legge Bassanini, l. n. 59/1997 e nel d.lgs. n. 267/2000, il principio di sussidiarietà *orizzontale* si pone come principio volto a promuovere le capacità dei soggetti privati al fine di permettere, attraverso una loro autonoma iniziativa, lo svolgimento delle funzioni amministrative⁴⁷ e di responsabilità pubbliche⁴⁸; dapprima solo di Province, Comuni e Città metropolitane, successivamente grazie alla riforma del Titolo V, Parte seconda della Costituzione, a tutte le funzioni delle articolazioni della Repubblica italiana. Tale riforma ha infatti innalzato a rango di norma costituzionale quanto previsto dalle norme di rango inferiore appena citate, grazie all'articolo 118, comma 4, Cost., secondo cui «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

L'art. 118, comma 4, Cost. supera, senza soluzione di continuità rispetto ai precedenti interventi normativi, la dimensione tradizionalmente negativa del principio

⁴⁶G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 1757.

⁴⁷A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1, 2002, p. 75. Ciò soprattutto in forza dell'art. 3 d.lgs. n. 267/2000 il quale afferma che «I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali

⁴⁸ L'art. 4, comma 3, let. a), l. n. 59/1997 afferma che si attribuiscono «le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati»

di sussidiarietà, intesa quale «dovere di astensione del potere pubblico nei confronti degli individui e della società che siano in grado di soddisfare» i propri «bisogni autonomamente»⁴⁹, configurando una modalità di esercizio del potere pubblico⁵⁰ che consiste nel favorire⁵¹ i cittadini, singoli e associati, circa lo svolgimento di attività d'«interesse generale».

Sulla scorta del dato positivo, si è ritenuto⁵² che l'art. 118, comma 4 Cost., possieda tutte le connotazioni per considerarlo immediatamente applicabile, in quanto, non enunciando un semplice principio, prevede una fattispecie concreta ben precisa, indicando i soggetti, le modalità della sua attuazione ed infine i suoi obiettivi.

Nonostante per il principio in analisi si preveda un'applicazione immediata piuttosto che graduale⁵³, merita rilevare che da ciò «dovrebbe derivare anche l'obbligo per il legislatore di porre in essere positivamente le condizioni perché tale iniziativa trovi i necessari spazi e possibilità di esplicarsi»⁵⁴.

Nel contesto delineato s'inserisce il Codice del Terzo settore, d.lgs. n. 117/2017 (d'ora in poi Codice o CTS), che ambisce a realizzare quanto indicato dall'ultimo comma dell'art. 118 Cost., dando colore ai concetti giuridici indeterminati richiamati dalla norma, al fine di precisare i termini e le principali modalità attraverso le quali la singola P.A. si rapporta con una parte della società civile.

Per comprendere tale considerazione occorre esaminare la *ratio legis* del Codice del 2017 espressa dall'art. 1, d.lgs. n. 117/2017, in cui si definiscono, attraverso una sorta di «cappello politico»⁵⁵, gli intenti della legge delega. In questa disposizione di legge, si afferma, in particolare, che «al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la

⁴⁹A. ALBANESE, *il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, op. cit., p. 66.

⁵⁰G. U. RESCIGNO in *Principi di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1, 2002 p. 30.

⁵¹G. U. RESCIGNO, op. cit., p. 31.

⁵²G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 180.

⁵³*Ibis*, p. 181.

⁵⁴G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, op. cit., p. 1762.

⁵⁵ Così, L. GORI, *Definizione giuridica e disciplina comune del Terzo settore*, in AA.VV., *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018, p. 57.

partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il presente Codice provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore».

Benché espressioni come «cittadinanza attiva», «potenziale di crescita» e «coesione e protezione sociale» rinviino a concetti socio-politici, il pregio dell'articolo di apertura al Codice in analisi è stato quello di evidenziare il fine di attuazione dell'art. 118, comma 4 Cost. In tal senso, se tale previsione costituisce l'essenza del rapporto tra pubblica amministrazione e terzo settore, individuandone sia le parti (cioè «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni» e «cittadini singoli e associati») che svolgono «attività di interesse generale», sia l'attività che la P.A. ha l'obbligo di compiere per favorire lo svolgimento di attività di interesse generale, il Codice del Terzo settore ambisce a specificare tali elementi che saranno ora presi singolarmente in rassegna per meglio comporre i termini e le modalità del rapporto che qui interessa.

2. – “Attività di interesse generale” e suo ruolo nel terzo settore.

Come anticipato nel paragrafo precedente, dalla lettura dell'art. 1 del Codice del terzo settore si può cogliere la volontà di attuare i fini genericamente imposti dal principio di sussidiarietà orizzontale.

A livello concreto, la scelta attuativa appena indicata si può comprendere dalla preliminare definizione delle «attività di interesse generale» richiamate all'art. 118, comma 4. Profilo determinante per la selezione della disciplina giuridica e per l'inquadramento del soggetto chiamato a realizzare questa particolare attività.

A parere della dottrina⁵⁶ le attività di interesse generale svolte in questo ambito da privati consistono in operazioni ed attività materiali che assumono giuridicamente la forma di atti privatistici, frutto dell'autonomia contrattuale *ex art. 1322c.c.*⁵⁷, segnati dalla «non essenzialità del fine di lucro⁵⁸».

⁵⁶V. CERULLI-IRELLI, *Sussidiarietà (dir. Amm.)*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2003, p. 5.

⁵⁷ In merito, D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, pp. 40 e ss.

⁵⁸*Ibidem*.

Il carattere della generalità corrisponde alla presenza di un interesse generale che emerge dalla «realità storico-sociale⁵⁹». Sebbene parte della dottrina⁶⁰ sia portata a sostenere che per qualificare un'attività come d'interesse generale non sia necessaria una previsione normativa, la scelta del Legislatore delegato del 2017 è stata opposta, inserendo all'art. 5 del Codice una serie di attività tassative, con possibilità di aggiornamento da effettuarsi con d.P.C.M⁶¹. Una scelta che sembra porsi a garanzia della certezza del diritto⁶².

Analizzando la lista indicata dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, risulta immediata la correlazione fra attività di interesse generale ed attività di interesse pubblico. Basti pensare agli interessi pubblici come «patrimonio culturale e del paesaggio», «interventi e prestazioni sanitarie» e «accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti». Interessi, questi, in qualche modo speculari a quelli particolarmente qualificati richiamati dal comma 4 dell'art. 20, l. n. 241/1990⁶³.

⁵⁹*Ibidem*.

⁶⁰ V. CERULLI-IRELLI, *Sussidiarietà (dir. Amm.)*, op. cit., p. 5.

⁶¹ All'art. 5, comma 2 d.lgs. n. 50/2016, si afferma infatti che «Tenuto conto delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n. 106, nonché delle finalità e dei principi di cui agli articoli 1 e 2 del presente Codice, l'elenco delle attività di interesse generale di cui al comma 1 può essere aggiornato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti, che si esprimono entro trenta giorni dalla data di trasmissione del decreto, decorsi i quali quest'ultimo può essere comunque adottato».

⁶² Il legislatore ha effettuato una scelta di rendere tassativa la nozione, contrariamente a quanto indicato da G.U. RESCIGNO, *Principi di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, op. cit., p. 28 secondo cui l'attività di interesse generale «sembra esaustiva di ogni attività umana giuridicamente rilevante». Sulla necessità di predeterminare *ex lege* gli interessi generali, G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della costituzione*, op. cit. pp. 213-214, il quale afferma che è necessario per garantire la separazione dei poteri che la legge individui *ex ante* gli interessi generali in quanto, altrimenti, vi sarebbe una commistione tra «il potere di approvare le norme a tutela degli interessi pubblici ed il potere di realizzare la tutela di quegli interessi pubblici nel caso concreto».

⁶³ In tema: P.M. VIPIANA PERPETUA, *Osservazioni sull'attuale disciplina del silenzio inadempimento della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, p. 1719 s.s.; B.TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, sez. pubbl., XIV, 1999, p. 156 ss; M.A.SANDULLI, *La disciplina del silenzio della pubblica amministrazione: spunti di riflessione in materia di tutela giurisdizionale*, in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, Milano, 2002, p. 183 ss.; A.POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio-inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 273 ss.; S. COGLIANI, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del giudice amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 309 e ss.

Tali attività di interesse generale riprendono inoltre dall'interesse pubblico non solo l'individuazione *ex lege*⁶⁴, ma anche la relativa formulazione portando con sé le difficoltà derivanti dall'ampia determinazione delle "frontiere" per comprendere con esattezza limiti e portata della disciplina⁶⁵. Basti considerare materie come «patrimonio culturale e del paesaggio», ove al loro interno possono confluire anche indirettamente una serie di attività tra loro eterogenee e potenzialmente indeterminate.

In aggiunta al criterio finalistico, le attività di interesse generale per essere considerate tali devono rispettare anche i criteri di carattere generale che appartengono tradizionalmente ai servizi pubblici preordinati alla tutela di pubblici interessi⁶⁶. Tale affermazione non desta stupore in quanto le attività di interesse generale hanno per lo più carattere prestazionale, assimilabile alla c.d. «amministrazione di prestazione»⁶⁷ particolarmente rilevante nella tutela dei diritti sociali⁶⁸.

Il primo criterio da seguire è la piena accessibilità e universalità dei destinatari dell'attività direttamente riconducibile al principio di uguaglianza sostanziale disciplinato dall'art. 3, comma 2 Cost. Più specificatamente chi esercita attività di interesse generale non deve compiere discriminazioni nei confronti dei destinatari della stessa⁶⁹. L'interesse generale diventa, infatti, il ponte che unisce l'art. 3, comma 2 Cost. all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., grazie al (neo) nato rapporto di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati⁷⁰, che si «assumono autonomamente l'onere di contribuire al difficile compito di creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascuno»⁷¹.

⁶⁴ Come evidenzia E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, 1972, p. 6, «Bisogna qui ricordare che in un sistema di amministrazione pubblica sub lege, la definizione dell'interesse pubblico è rimessa al legislatore e si risolve, pertanto, nella definizione normativa (che per semplificare riteniamo legislativa) di distinti interessi pubblici astratti».

⁶⁵ Si veda sul punto, S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela*, Torino, 2020, p. 25.

⁶⁶ Infatti, secondo la giurisprudenza le attività di interesse generale sono improntate «a principi di universalità, solidarietà, economicità ed appropriatezza» (T.A.R. Perugia, (Umbria) sez. I, 19/09/2016, n.619;

⁶⁷ D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2018, pp. 127 e ss.

⁶⁸ Secondo R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, p. 585, infatti, per diritti sociali «s'intendono i diritti dei cittadini a ricevere determinate "prestazioni" dagli apparati pubblici». Sul punto, si veda anche P. BIANCHI (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Pisa, 2006, *passim*.

⁶⁹ V. CERULLI-IRELLI, *Sussidiarietà (dir. Amm.)*, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁰ Cfr. Cap III, per comprendere meglio in cosa consiste questo rapporto.

⁷¹ G.ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale, nell'art. 118 u.c. della costituzione*, *op. cit.* p. 184.

Il secondo criterio invece attiene alla trasparenza, sia in materia di bilanci che di organizzazione del personale, al fine di permettere⁷², come si vedrà più nello specifico, un controllo pubblicistico al fine di evitare abusi sull'utilizzo ed applicazione della normativa sul terzo settore, scoraggiando fenomeni di elusione da parte soggetti che solo "in apparenza" compiano tali attività.

Il terzo criterio, invece, attiene alla necessità che «il prezzo finale del prodotto fornito alla collettività sia non superiore a quello fornito dalla pubblica amministrazione»⁷³ in caso di gestione diretta, essendo determinante il preponderante fine di lucro che deriva da tale attività.

Sebbene ci siano evidenti punti d'incontro tra le *attività di interesse generale* e le *attività di interesse pubblico* ciò che differisce da queste ultime è il grado di autonomia dell'iniziativa privata che dà origine alle attività oggetto di analisi. Infatti, a differenza dei *munera*⁷⁴ e delle attività amministrative, in cui le norme non si limitano «a predeterminarne i poteri (o ad autorizzarne l'esercizio)» o i fini ma disciplinano anche «i modi di esercizio», per le attività di interesse generale vengono invece individuati dalle norme esclusivamente i fini di interesse generale da realizzare, rifuggendo da logiche legate al potere⁷⁵ di «comando»⁷⁶ tradizionalmente legate alla principale modalità di tutela degli interessi pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni.

Sotto il profilo della predeterminazione dell'interesse pubblico da realizzare, la dottrina qualifica le attività di interesse generale quali attività strumentali all'individuazione dell'interesse pubblico inteso non come interesse sostanziale, ma come interesse sia «formale» ed «oggettivo», cioè predeterminato al livello normativo, sia «concreto», individuato di volta in volta nel singolo procedimento dal confronto con il privato⁷⁷. Tale nozione di interesse pubblico, infatti, presuppone una situazione di parità dei soggetti che partecipano alla tutela dell'interesse pubblico, previamente

⁷² Così, V. CERULLI-IRELLI, *Sussidiarietà (dir. Amm.)*, op. cit., p. 6, che non sembra evidenziare il motivo del controllo pubblicistico nei confronti di tali enti.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Sul concetto di *munus*, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1993, pp. 175 -177.

⁷⁵ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 76.

⁷⁶ Così G.U. RESCIGNO, *Principi di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, op. cit., p. 23.

⁷⁷ C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in AA.VV., *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale: le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, 2005, pp. 159-166.

individuato dalla norma ma assunto in quanto tale perchè rilevante in una determinata situazione o momento grazie all'attività di collaborazione tra amministrazione e privato che l'ha fatto emergere⁷⁸.

Rispetto a questa impostazione - che ritiene essenziale il *contatto* tra amministrazione e privato per «il perseguimento di interessi (non semplicemente generali, ma) pubblici», quasi a voler *confondere* i due concetti - il giudice amministrativo sembra nutrire forti dubbi. Difatti, nella giurisprudenza è possibile individuare una sostanziale differenza tra attività di interesse generale e attività finalizzate alla tutela di un interesse pubblico.

Una serie di pronunce sul tema⁷⁹ ritengono il principio di sussidiarietà orizzontale un principio di natura organizzativa⁸⁰ che impone la subordinazione delle attività di interesse generale, svolte in collaborazione con la p.a., alla scelta discrezionale di quest'ultima, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 97 Cost. Di conseguenza, l'amministrazione potrà decidere di non instaurare alcun *contatto* con i privati cittadini che svolgono attività di interesse generale se queste contrastino o non rispondano a logiche di interesse pubblico, che risulta condizione e parametro di esercizio della stessa attività del privato.

⁷⁸*Ibidem*. Gli interessi generali sono da intendersi come interessi pubblici in senso proprio affidando la qualificazione dell'interesse pubblico in concreto da perseguire all'opera dello stesso cittadino che agisce per la tutela di un interesse appartenente alla comunità. Si riprende in tal senso D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002, pp. 23-24, secondo cui il privato è creatore dell'interesse pubblico in quanto l'interesse pubblico possiede sia una componente oggettivo - astratta che concreta. Secondo tale impostazione l'interesse generale richiamato dall'art. 118 comma 4 Cost. non è altro che un interesse pubblico.

⁷⁹ Ad esempio, Consiglio di Stato sez. VI - 06/07/2020, n. 4326 che parla espressamente di sussidiarietà orizzontale quale principio che «incide prioritariamente su modi organizzativi della pubblica amministrazione nell'erogazione di un servizio alla stessa spettante». Corte costituzionale, 12/10/2018, n.185 afferma invece che «Il fatto che le attività d'interesse generale possano essere svolte anche da privati, non implicherebbe, infatti, una sostituzione da parte di questi ai pubblici poteri. Invece, proprio il riconoscimento di una rilevanza pubblica dell'attività privata imporrebbe una regolamentazione, anche autoritativa, che assicuri il coordinamento degli sforzi pubblici e privati nel soddisfacimento del superiore interesse generale», che assume la funzione di *limite*. Merita comunque rilevare che dal punto di vista terminologico talvolta la giurisprudenza confonda la nozione di interesse generale con quella di interesse pubblico come segnalato da S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni di federalismo*, 2011.

⁸⁰ Questo aspetto sarà curato con particolare riferimento al capitolo II.

Tra queste, il TAR Sardegna⁸¹, secondo cui «l'art. 118, comma 4, Cost. [...] afferma la necessità di un intervento della pubblica amministrazione a sostegno e promozione dell'attività dei privati. La disposizione costituzionale si limita infatti a prevedere la necessità che i soggetti pubblici ivi contemplati favoriscano l'autonoma iniziativa dei privati, senza peraltro contenere ulteriori indicazioni ermeneutiche che consentano di ritenere sottratto ai primi il potere di intervento nell'area delle 'attività di interesse generale'. A ciascun ente pubblico, nell'ambito delle proprie attribuzioni, deve riconoscersi la potestà di valutare quali siano le modalità più consone al soddisfacimento degli interessi pubblici coinvolti nelle attività cui la norma fa riferimento"». Ancora, afferma l'utilizzo di strumenti privatistici tra privati e pubblica amministrazione nell'ottica della sussidiarietà orizzontale e «nei limiti di coincidenza con la potestà pubblica intesa all'assolvimento del primario interesse della buona amministrazione (ex art. 97 Cost.)»⁸².

Cogliendo un ulteriore profilo di interesse, la spontaneità dell'esercizio di attività di interesse generale non risulta compatibile con alcuna limitazione da parte dell'amministrazione attraverso l'esercizio di poteri inibitori e ripristinatori o autorizzatori⁸³, che determinerebbero un depotenziamento del nuovo spazio di azione attribuito al privato grazie alle modifiche del Titolo V. Ciò con riguardo evidentemente all'attività di interesse generale considerata *ex se* e non svolta nei confronti della pubblica amministrazione, la quale, come visto, può risultare un'evenienza e non la principale modalità.

L'impossibilità di limitare la riconosciuta capacità dei singoli di soddisfare autonomamente i bisogni della collettività trova la sua ragion d'essere nello stretto rapporto tra l'art. 118, comma 4 e l'art. 2 Cost., secondo cui «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». E infatti il principio di sussidiarietà orizzontale permette le condizioni necessarie «all'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», agendo «non per scopi egoistici o

⁸¹ Sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407.

⁸²T.A.R. Campobasso, (Molise) sez. I, 30/11/2017, n.481.

⁸³G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale, nell'art. 118 u.c. della costituzione*, op. cit. p. 211.

esclusivamente individualistici, ma appunto, nell'interesse anche degli altri, nell'interesse collettivo»⁸⁴. In sostanza, il principio di sussidiarietà attribuisce una *libertà* ai privati «funzionalizzata» ai valori fondamentali dell'ordinamento condensati proprio nell'art. 2 Cost.⁸⁵. La giurisprudenza evidenzia a riguardo che la sussidiarietà orizzontale non costituisce solo un limite del pubblico potere a garanzia dell'individuo e delle formazioni sociali, bensì, in positivo, un modello di integrazione tra azioni pubbliche e azioni dei privati, in chiave di valorizzazione delle seconde a sostegno delle prime, e, quindi, a beneficio dell'intera collettività. Sotto tale aspetto, peraltro, il principio di sussidiarietà si ricollega al principio personalistico, che valorizza non solo il piano dei diritti individuali e collettivi bensì, proprio nella prospettiva della piena esplicazione piena di questi, di cui è garanzia un ordinamento democratico a orientamento sociale, l'adempimento dei doveri di solidarietà *ex art. 2 Cost.*⁸⁶. Ciò è vero soprattutto se si considera che l'«ambito di organizzazione delle “libertà sociali” (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non [è] riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle “forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese “tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013)⁸⁷”.

⁸⁴V. CERULLI-IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo, op. cit.*, p. 75; P. DURET, *Sussidiarietà e protagonismo delle comunità: suggestioni straniere*, in R. REMO (a cura di), *La Sussidiarietà Orizzontale nel Titolo V della Costituzione e la Sussidiarietà Generativa*, Padova, 2018; B. DI GIACOMO RUSSO, *Il valore della sussidiarietà*, Roma, 2015, p. 117, secondo cui grazie al rapporto tra sussidiarietà orizzontale e solidarietà si creano «una molteplicità di rapporti che danno vita a relazioni autonome dallo Stato».

⁸⁵ A. POGGI, *A vent'anni dalla legge Bassanini: che ne è della sussidiarietà orizzontale?* in R. REMO (a cura di), *La Sussidiarietà Orizzontale nel Titolo V della Costituzione e la Sussidiarietà Generativa*, Padova, 2018, p. 164.

⁸⁶Consiglio di Stato sez. IV - 06/10/2014, n. 4981. Dello stesso avviso, Corte Costituzionale - 18/07/2013, n. 203; Corte Costituzionale - 26/05/2015, n. 91; Corte Costituzionale - 12/10/2018, n. 185; Consiglio di Stato comm. spec. - 14/06/2017, n. 1405.

⁸⁷Corte costituzionale, 26/06/2020, n. 131.

3. – La controversa nozione di “ente del terzo settore”: prime indicazioni legislative e dottrinali.

Dall’analisi degli elementi qualificatori concernenti le attività di interesse generale è ora possibile spingersi oltre considerando la parte dell’art. 118 Cost. relativa ai «cittadini, singoli e associati» cui la sussidiarietà orizzontale si riferisce.

Con riguardo a tale profilo è necessario che i «cittadini, singoli e associati» possiedano un alto tasso di autonomia per esercitare le attività di interesse generale. È inoltre necessario che essi rifuggano da logiche lucrative, ponendosi invece come serventi il principio solidaristico espresso dall’art. 2 Cost..

I soggetti coinvolti sono pertanto espressione di un *settore terzo* rispetto allo Stato e al mercato privato, che ricomprende «tutti quei soggetti che non hanno titolo per rientrare né nel mercato (primo settore), né nello Stato (secondo settore)»⁸⁸. Rispetto a quest’ultimo, il Terzo settore rappresenta un superamento della «dicotomia pubblico-privato»⁸⁹, non essendo rilevante lo Stato nella sua dimensione autoritativa per il compimento di attività di interesse generale. Rispetto al primo settore, costituito da soggetti mossi unicamente dal fine lucrativo, il terzo settore si pone in antitesi ad esso dal punto di vista teleologico, inserendo nella disciplina degli enti collettivi che ne fanno parte il divieto di redistribuzione degli utili dei soci. Il Terzo settore è così costituito «dal carattere privatistico delle entità che lo compongono, dal loro operare per finalità socialmente rilevanti e per la valutazione positiva dell’ordinamento nei loro confronti, che si traduce in varie agevolazioni»⁹⁰.

Nella tradizione anglosassone, la definizione di Terzo settore (rimessa per lo più all’opera definitoria di L.M. Salamon e H.K. Anheier⁹¹) è costituita essenzialmente da una serie di requisiti che le organizzazioni di privati devono possedere per rientrare nel settore in analisi. In particolare, è necessaria una organizzazione «formalmente costituita, cioè dotata di uno statuto o di un qualche atto costitutivo»; che sia

⁸⁸ S. ZAMAGNI, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2006, p. 21.

⁸⁹ Più avanti si dirà come questa dicotomia è rappresentata dalla differenza tra libertà ed autorità.

⁹⁰ L. MENGHINI, voce *Volontariato e gratuità del lavoro*, in *Enc. Giur.*, Milano, 2013.

⁹¹ In particolare, L.M. SALAMON, H.K. ANHEIER, *Defining the nonprofit sector: a cross-national analysis*, Manchester, 1997, pp. 29-51.

un'organizzazione «privata», cioè «istituzionalmente separata dal settore pubblico»; infine che sia «auto-governante» in quanto «dotata di autonomia decisionale sullo svolgimento delle proprie attività». Si ritiene inoltre che un'organizzazione del terzo settore non può distribuire profitti fra i soci, con conseguente necessità di reinvestirli nella stessa organizzazione. Non si trascura, infine, sul piano operativo, la presenza di «lavoro volontario dirigenziale e di indirizzo delle attività dell'organizzazione»⁹².

Anche B. Weisbord evidenzia che fanno parte degli enti del terzo settore tutti quei soggetti che nella loro disciplina prevedano solamente il «*non distribution constraint* (ovvero il divieto di distribuire utili e profitti) e, in secondo luogo, l'esenzione dalle imposte sui redditi delle società, nonché, il godimento di alcuni vantaggi (come, ad esempio, le detrazioni fiscali a favore di chi decida di fare una donazione ad un ente non *profit*)»⁹³. Sebbene la tradizione anglosassone rappresenti un primo approdo per definire il terzo settore valorizzando la presenza di elementi comuni dei soggetti che ne fanno parte, la dottrina sociologica italiana non risulta da meno, sottolineando una tradizione plurisecolare che ritiene l'assenza di lucro un elemento tipizzante del settore in analisi⁹⁴.

Nel nostro ordinamento giuridico, il Terzo settore, almeno fino al 2017, non ha avuto una definizione giuridica certa in quanto il dato positivo si è sempre mostrato frammentato, valorizzando unicamente un elenco di soggetti da ricondurre ad un *genus*.

In questo senso la prima disposizione di legge che riporta la locuzione “terzo settore” nel contesto di valorizzazione e di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale è la l. n. 328/2000, rubricata «Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali». Legge, questa, che all'art. 5, rubricato «Ruolo del terzo settore», afferma: «Per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei

⁹² G. CERULLI, voce *Terzo settore*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, Milano, 2007.

⁹³ E.ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE, E. STRADELA, E. VIVALDI, *Identità e rappresentanza del terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011, p. 83.

⁹⁴ G. VITTADINI (a cura di), *Il no profit dimezzato*, Milano, 1997, pp. 3 -10.

soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea⁹⁵.

Da una prima lettura della norma si può desumere esclusivamente il rilievo attuativo del terzo settore, senza però definirlo in alcun modo, rimettendo alle singole amministrazioni l'attività di «qualificazione» dei soggetti rientranti in tale campo sulla base di un atto di indirizzo del governo. Ebbene, proprio in relazione a quest'ultimo punto s'inserisce il d.P.C.M. del 30 marzo 2001, secondo cui, all'art. 2, sono soggetti del terzo settore «le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro».

Benché la genericità del dato normativo consenta, secondo la dottrina identificativa di Weisbord sopra indicata, di ricomprendere un'ampia categoria di soggetti accomunati dall'assenza dello scopo di lucro, tale nozione comporta diversi problemi applicativi poiché priva di elementi ricognitivi certi, inserendo al suo interno un *calderone* di soggetti apparentemente simili tra loro, ma aventi una disciplina diversa, rendendo ardua un'identificazione giuridica certa di Terzo settore, vista la clausola residuale «altri soggetti privati non a scopo di lucro».

Ciò risulta evidente dalla rassegna della disciplina delle organizzazioni di volontariato, delle fondazioni, delle associazioni di promozione sociale ed infine delle cooperative sociali.

Quanto alle organizzazioni di volontariato, la l. n. 266/1991 individua i loro tratti caratteristici valorizzandone solo lo scopo e l'attività. In merito al primo aspetto, le organizzazioni di volontariato esprimono la funzione e il valore sociale del

⁹⁵ Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale. Le regioni, secondo quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, e sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo, ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, da emanare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le modalità previste dall'articolo 8, comma 2, della presente legge, adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona. Le regioni disciplinano altresì, sulla base dei principi della presente legge e degli indirizzi assunti con le modalità previste al comma 3, le modalità per valorizzare l'apporto del volontariato nell'erogazione dei servizi».

volontariato che sono «espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne promuove lo sviluppo salvaguardandone l'autonomia e ne favorisce l'apporto originale per il conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale»⁹⁶.

Per attività di volontariato, invece, «deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà» che «non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario», prevedendo unicamente un rimborso per le spese effettivamente sostenute nell'esercizio di questa attività e vietando al volontario «qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonome e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte»⁹⁷.

Relativamente alla forma giuridica che può assumere l'organizzazione in analisi, si afferma *ex lege* una libertà di forme, a patto che lo statuto preveda «l'assenza di fini di lucro, la democraticità della struttura, l'elettività e la gratuità delle cariche associative nonché la gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti, i criteri di ammissione e di esclusione e di questi ultimi, i loro obblighi e diritti»⁹⁸.

⁹⁶ Per completezza, la l. n. 266/1991 art. 1 afferma che «1. la Repubblica italiana riconosce il valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne promuove lo sviluppo salvaguardandone l'autonomia e ne favorisce l'apporto originale per il conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale individuato dallo Stato, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e di Bolzano e dagli enti locali. 2. La presente legge stabilisce i principi cui le regioni e le province autonome devono attenersi nel disciplinare i rapporti fra le istituzioni pubbliche e le organizzazioni di volontariato nonché i criteri cui debbono uniformarsi le amministrazioni statali e gli enti locali nei medesimi rapporti». Per un'analisi approfondita, L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale*, in *Non profit*, 2017, fasc. 2, pp. 128-144; L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. 1, pp. 21; E. ROSSI, *La partecipazione degli enti privati all'organizzazione dei servizi socio-sanitari in Toscana*, in *Istituzioni del federalismo*, 2016, fasc. 3, pp. 805-834.

⁹⁷ Ai sensi dell'art. 2, l. n. 266/1991, infatti «Ai fini della presente legge per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà. 2. L'attività del volontariato non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Al volontario possono essere soltanto rimborsate dall'organizzazione di appartenenza le spese effettivamente sostenute per l'attività prestata, entro limiti preventivamente stabiliti dalle organizzazioni stesse. 3. La qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonome e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte».

⁹⁸ Ai sensi dell'art. 3 l. n. 266/1991, «1. È considerato organizzazione di volontariato ogni organismo liberamente costituita al fine di svolgere l'attività di cui all'articolo 2, che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti. 2. Le

In merito alle fondazioni, esse trovano la loro disciplina nel titolo II, libro I del Codice civile e dal d.lgs. n. 153/1999, così come modificato dalla l. n. 62/2001 e dalla l. n. 338/2001. Il nucleo giuridico delle fondazioni è rappresentato dalla «destinazione di un patrimonio a scopo di utilità sociale mediante una indefettibile struttura organizzativa». Le fondazioni si distinguono dalla prassi, ossia in base al campo della loro attività. Si distinguono infatti «fondazioni operative», finalizzate a realizzare «servizi di pubblica utilità», come biblioteche, musei e residenze per anziani; «fondazioni erogative», il cui scopo statutario consiste nell'erogazione di somme di danaro nei limiti del loro campo di azione, soprattutto a scopo previdenziale, come per le fondazioni di origine bancaria; infine, le «fondazioni miste⁹⁹» che operano sia sul piano erogativo di servizi pubblici che su quello più propriamente legato alla distribuzione delle somme di denaro per far fronte ai bisogni della collettività. A questa disciplina generica e residuale, si vanno poi a sommare le discipline settoriali di tali fondazioni

Le associazioni di promozione sociale, invece, sono disciplinate dalla l. n. 383/2000. Tali associazioni, differentemente da quanto previsto per le organizzazioni di volontariato, possono tutelare i più disparati interessi generali, richiedendo unicamente per la loro costituzione l'assenza di lucro «nel pieno rispetto della libertà

organizzazioni di volontariato possono assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata al perseguimento dei loro fini, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico. 3. Negli accordi degli aderenti, nell'atto costitutivo o nello statuto, oltre a quanto disposto dal codice civile per le diverse forme giuridiche che l'organizzazione assume, devono essere espressamente previsti l'assenza di fini di lucro, la democraticità della struttura, l'elettività e la gratuità delle cariche associative nonché la gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti, i criteri di ammissione e di esclusione e di questi ultimi, i loro obblighi e diritti. Devono essere altresì stabiliti l'obbligo di formazione del bilancio, dal quale devono risultare i beni, i contributi o i lasciti ricevuti, nonché le modalità di approvazione dello stesso da parte dell'assemblea degli aderenti. 4. Le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure occorrenti a qualificare o specializzare l'attività da esse svolta. 5. Le organizzazioni svolgono le attività di volontariato mediante strutture proprie o, nelle forme e nei modi previsti dalla legge, nell'ambito di strutture pubbliche o con queste convenzionate».

⁹⁹ Questa classificazione è stata individuata da E.ROSSI, P. ADDIS - F. BIONDI DAL MONTE - E. STRADELA - E. VIVALDI, *Identità e rappresentanza del terzo settore*, in S. ZAMAGNI (A CURA DI), *op. cit.* 2011, Bologna, p. 83.

e dignità degli associati»¹⁰⁰. Diverse sono le modalità di *crowdfunding*. L'art. 4¹⁰¹, l. n. 383/2000 prevede infatti modalità tassative di gestione e ottenimento delle risorse economiche necessarie al perseguimento della attività statutarie delle associazioni in esame, contrariamente a quanto previsto per la disciplina generale di fondazioni.

Emblematica, inoltre, risulta essere la disciplina delle cooperative sociali. Come è noto la legge di riferimento è l. n. 381/1991 che distingue due tipologie di società cooperative: le cooperative di tipo A, la cui costituzione è finalizzata alla gestione di servizi rivolti alla persona e la cooperativa di tipo B, finalizzata invece a garantire l'inserimento sul piano lavorativo di soggetti svantaggiati attraverso l'esercizio di attività di impresa. Come evidenziato, la cooperativa sociale è considerata un'«impresa tipica del terzo settore» proprio per le finalità solidaristiche ex art. 2 Cost. e di rimozione «degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo

¹⁰⁰ Ai sensi dell'art. 2, l. n. 383/2000 infatti «Sono considerate associazioni di promozione sociale le associazioni riconosciute e non riconosciute, i movimenti, i gruppi e i loro coordinamenti o federazioni costituiti al fine di svolgere attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati. 2. Non sono considerate associazioni di promozione sociale, ai fini e per gli effetti della presente legge, i partiti politici, le organizzazioni sindacali, le associazioni dei datori di lavoro, le associazioni professionali e di categoria e tutte le associazioni che hanno come finalità la tutela esclusiva di interessi economici degli associati.

3. Non costituiscono altresì associazioni di promozione sociale i circoli privati e le associazioni comunque denominate che dispongono limitazioni con riferimento alle condizioni economiche e discriminazioni di qualsiasi natura in relazione all'ammissione degli associati o prevedono il diritto di trasferimento, a qualsiasi titolo, della quota associativa o che, infine, collegano, in qualsiasi forma, la partecipazione sociale alla titolarità di azioni o quote di natura patrimoniale.

¹⁰¹ Art. 4, l. n. 383/2000 «1. Le associazioni di promozione sociale traggono le risorse economiche per il loro funzionamento e per lo svolgimento delle loro attività da: a) quote e contributi degli associati; b) eredità, donazioni e legati; c) contributi dello Stato, delle regioni, di enti locali, di enti o di istituzioni pubblici, anche finalizzati al sostegno di specifici e documentati programmi realizzati nell'ambito dei fini statutarie; d) contributi dell'Unione europea e di organismi internazionali; e) entrate derivanti da prestazioni di servizi convenzionati; f) proventi delle cessioni di beni e servizi agli associati e a terzi, anche attraverso lo svolgimento di attività economiche di natura commerciale, artigianale o agricola, svolte in maniera ausiliaria e sussidiaria e comunque finalizzate al raggiungimento degli obiettivi istituzionali; g) erogazioni liberali degli associati e dei terzi; h) entrate derivanti da iniziative promozionali finalizzate al proprio finanziamento, quali feste e sottoscrizioni anche a premi; i) altre entrate compatibili con le finalità sociali dell'associazionismo di promozione sociale. 2. Le associazioni di promozione sociale sono tenute per almeno tre anni alla conservazione della documentazione, con l'indicazione dei soggetti eroganti, relativa alle risorse economiche di cui al comma 1, lettere b), c), d), e), nonché, per le risorse economiche di cui alla lettera g), della documentazione relativa alle erogazioni liberali se finalizzate alle detrazioni di imposta e alle deduzioni dal reddito imponibile di cui all'articolo 22.

della persona umana», ex art. 3 comma 2 Cost. A differenza delle altre tipologie di Terzo settore, lo scopo di lucro viene ammesso ma diluito dalla rigida presenza di particolari categorie di lavoratori dipendenti¹⁰² e dallo scopo di «perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini¹⁰³». Si prevede inoltre la commistione di diversi operatori come soci volontari, soci sovventori ed infine collaboratori non soci¹⁰⁴.

L'insieme di queste discipline diversificate fra loro e la clausola residuale riferita a qualsiasi soggetto, che esercita la propria attività senza scopo di lucro, determina una triplice azione negativa sulla (possibile) nozione di Terzo settore.

La prima consiste nel ricondurre la nozione di ente del terzo settore unicamente all'assenza di scopo di lucro prevista a livello statutario, senza conferire a esso una portata più ampia e un valore altrettanto rilevante sul piano dello svolgimento di attività di interesse generale, mettendo in secondo piano tutti quei soggetti, come le organizzazioni di volontariato, che sono invece contraddistinte principalmente da questo aspetto.

La seconda azione negativa consiste nel rischio di una valorizzazione a “spot” di tale settore sul piano nazionale, in quanto la disciplina incerta prevista dal d.P.C.M. menzionato porterebbe ad escludere o ad includere soggetti in base alla *sensibilità* della singola amministrazione in merito al requisito dell'assenza di scopo di lucro, ad

¹⁰² Ai sensi dell'art. 4. l. n. 381/1991, rivolto alle cooperative di tipo B, «Nelle cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative istituita dall'articolo 18 del citato decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni.

2. Le persone svantaggiate di cui al comma 1 devono costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere socie della cooperativa stessa. La condizione di persona svantaggiata deve risultare da documentazione proveniente dalla pubblica amministrazione, fatto salvo il diritto alla riservatezza.

¹⁰³ Così, l'art. 1 l. n. 381/1991, il quale dà una definizione di cooperativa sociale.

¹⁰⁴ Per comprendere la disciplina, P. CLEMENTI, *La composizione della base associativa di OdV [Organizzazioni di volontariato] e APS [Associazioni di promozione sociale]*, in *Cooperative e enti non profit*, fasc. 5, 2020, pp. 18-20.

esempio perché l'amministrazione potrebbe ritenere insussistente tale requisito in quanto non previsto dallo statuto, ovvero perché l'assenza di scopo di lucro potrebbe non essere prevista formalmente dallo statuto ma semplicemente desumibile dalla attività in concreto esercitata dall'ente.

La terza azione negativa consiste, infine, nella difficile attività ricognitiva delle disposizioni di legge che governano il rapporto tra soggetti del terzo settore richiamati dal d.P.C.M. del 2001 e pubblica amministrazione, con la conseguenza che l'amministrazione potrebbe ritenere di difficile attuazione un coinvolgimento del terzo settore nello svolgimento di attività di interesse generale, dequoting così il principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118 comma 4 Cost.* a mera norma di principio.

Il panorama frammentato di legislazione afferente al terzo settore appena delineato rileva l'assenza di norme finalizzate all'individuazione di caratteristiche certe ed omogenee di ente del terzo settore. Basti vedere come la nozione di ente del terzo settore descritta dal dpcm del 2001 abbia messo sullo stesso piano soggetti senza alcun vincolo finalistico di esercizio di attività di interesse generale, come le associazioni di promozione sociale e le organizzazioni di volontariato, fino ad arrivare a soggetti che prevedono nella loro organizzazione scostamenti tra lo svolgimento di attività di interesse generale ed il loro scopo almeno parzialmente *profit*¹⁰⁵.

Come sopra anticipato, al fine di risolvere le problematiche appena illustrate, il Codice del Terzo settore del 2017, si pone come primo obiettivo di superare il groviglio legislativo indicato cercando di costituire un «perimetro»¹⁰⁶ legale autonomo degli enti del terzo settore, valorizzando e riconoscendo al suo interno i caratteri del cittadino in forma associata richiamati dall'ultimo comma dell'art. 118 Cost.

Merita rilevare come la tecnica legislativa utilizzata per la redazione del Codice del Terzo settore consista nel creare un sistema autonomo di norme coordinate con l'ordinamento giuridico senza però derogare ad esso. Difatti, si ravvisa nel corpo del Codice del Terzo settore il richiamo alle norme sia della l. n. 241/1990 in quanto

¹⁰⁵ Sul punto, A. FICI, *Profili e principi generali della riforma del Terzo settore*, in A. FICI - E. ROSSI - G. SEPIO - P. VENTURI, *Dalla parte del terzo settore*, Milano, 2020, pp. 20 -21.

¹⁰⁶ Così, L. GORI, *La "sagra" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti tra Terzo settore e P.A.*, in *federalismi.it*, n. 14, 2020, p. 182.

compatibili¹⁰⁷, sia del Codice civile¹⁰⁸, riguardo alla disciplina e alla struttura giuridica di base degli Enti del Terzo settore.

Il fine di riorganizzazione del Terzo settore si desume espressamente dalla lettera dell'art. 1 del d.lgs. n. 117/2017, evidenziando come il Codice sia diretto a «sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione», sottolineando poi che il Codice stesso provvede «al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore».

Come già delineato, il merito del Codice consiste soprattutto nel dare una definizione di «Ente del Terzo settore». Secondo quanto disposto dall'art. 4, d.lgs. n. 117/2017 «Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di

¹⁰⁷ Curati dal Titolo VII, d.lgs. n. 117/2017. Basti vedere come l'art. 55 raffermi che «in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.

¹⁰⁸ In particolare, ciò si ravvisa dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 secondo cui « Per quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione». Quanto appena detto è comunque ravvisabile in tutto il codice del terzo settore, a partire dai patrimoni destinati, ex art. 10, d.lgs. n. 117/2017 sino a tutto il capo III relativo all'ordinamento e della amministrazione o al Titolo XI relativo ai controlli e al coordinamento delle fondazioni del Terzo settore.

mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore».

Dalla lettura della norma appena indicata si ricavano tre elementi essenziali per costituire questo nuovo soggetto: la forma giuridica di associazione, riconosciuta o non riconosciuta come persona giuridica, o di fondazione (o altro ente privato diverso dalle società); lo svolgimento di attività di interesse generale per il perseguimento di finalità solidaristiche, civiche e di utilità sociale; l'assenza di scopo di lucro e infine l'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS).

Come anticipato, risulta evidente dalla lettura dell'art. 4 come il Codice del Terzo settore (d'ora in poi CTS) superi le problematiche della precedente nozione delineata dal combinato disposto dell'art. 5, l. n. 328/2000 e dal dpcm del 2001, soggetta ad «un'interpretazione variabile e incerta»¹⁰⁹. Il primo elemento di novità consiste nello svincolare la nozione dall'assenza dello scopo di lucro dall'indeterminatezza grazie all'art. 8, d.lgs. n. 117/2017, secondo cui l'assenza di scopo di lucro è rappresentato dal divieto di «distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo». La norma, inoltre, al comma 3 riporta il significato di distribuzione indiretta degli utili¹¹⁰ al fine di scongiurare possibili elusioni della normativa in analisi. Ponendo

¹⁰⁹ Così, L. GORI, *Definizione giuridica e disciplina comune del Terzo settore*, op. cit., p. 65.

¹¹⁰ Ossia, «a) la corresponsione ad amministratori, sindaci e a chiunque rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni;

b) la corresponsione a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'articolo 5, comma 1, lettere b), g) o h);

c) l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al loro valore normale;

d) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a soci, associati o partecipanti, ai fondatori, ai componenti gli organi amministrativi e di controllo, a coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte, ai soggetti che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, ai loro parenti entro il terzo grado ed ai loro affini entro il secondo grado, nonché alle società da questi direttamente o indirettamente controllate o collegate, esclusivamente in ragione della loro qualità, salvo che tali cessioni o prestazioni non costituiscano

ancora l'attenzione sul requisito dell'assenza dello scopo di lucro, esso non sembra più rappresentare, a differenza della precedente nozione del 2001, l'elemento centrale della nozione di ETS. Ora vengono infatti messi al centro anche le attività di interesse generale, il fine solidaristico, civico, di utilità sociale, valorizzando l'autonomia privata. In questo modo si è creata una corrispondenza tra il profilo soggettivo di Terzo settore (definizione ETS) e quello più propriamente teleologico caratterizzato dalle attività di interesse generale.

Il legislatore, secondo parte della dottrina, sembra aver confuso le attività di interesse generale con le finalità dell'ente (solidarietà, finalità civiche e di utilità sociale) senza distinguere dunque «la strumentalità istituzionale (il fine perseguito da un ente)»¹¹¹, rispetto alla «strumentalità oggettiva (l'obiettivo delle singole attività svolte)», comportando incertezza applicativa dell'art. 4, d.lgs. n. 117/2017.

Sebbene la problematica indicata possa riguardare enti pubblici che non abbiano una forma privatistica nell'esercizio di attività di interesse pubblico, caratterizzate dalla pregnanza del principio di legalità in termini di *an*, di *quid* e di *quomodo* al cui interno si deve tener distinta l'attività rispetto al fine di interesse pubblico, in campo privatistico resta difficile distinguere il fine dell'ente dalla sua attività. Si ricorda infatti che le attività di interesse generale, scelte tra quelle individuate dall'art. 5 del CTS, devono essere espressamente richiamate all'interno dello Statuto autovincolando l'azione dell'ente al loro rispetto. Basti vedere come l'art. 21, d.lgs. n. 117/2017 richieda per l'istituzione di un ETS che «L'atto costitutivo [indichi] la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale». Ciò difficilmente genera incertezza applicativa, senza considerare il fatto che, proprio per ragioni di certezza del diritto, è stato istituito un Registro unico nazionale del Terzo settore la cui iscrizione, oltre a risultare necessaria

l'oggetto dell'attività di interesse generale di cui all'articolo 5; e) la corresponsione a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, di interessi passivi, in dipendenza di prestiti di ogni specie, superiori di quattro punti al tasso annuo di riferimento. Il predetto limite può essere aggiornato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze».

¹¹¹ Così, L. GORI, *Definizione giuridica e disciplina comune del Terzo settore*, op. cit., pp. 66-68.

per la qualifica di ente del terzo settore¹¹², è subordinata dalla presenza di parametri oggettivi di qualificazione dell'ente che la richiede.

Passando al piano dell'autonomia privata, la scelta del legislatore è stata quella di valorizzare tale aspetto. Quanto indicato è ravvisabile dall'art. 2 della legge delega del d.lgs. n. 117/2017, l. n. 106/2016, che afferma come principio e criterio direttivo la necessità di «assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti». Su questo punto il Legislatore delegato all'art. 4 CTS ricomprende nell'alea degli enti del terzo settore una serie di organizzazioni che, come visto, possiedono una disciplina giuridica diversa.

Il perimetro da tracciare per l'istituzione di tali enti si configura a “cerchi concentrici” dove il cerchio più esterno è dettato dal CTS mentre i cerchi più interni, come ad esempio la forma ed il regime giuridico dell'ente, sono dettati da una scelta spontanea ed autonoma dei cittadini che scelgono - appunto - autonomamente sia il tipo di attività di interesse generale da svolgere all'interno del calderone dell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, sia il modello privatistico attraverso cui realizzare tali fini di interesse generale (associazioni, fondazioni ecc..).

Il cerchio più esterno appena menzionato è rappresentato dalla previsione degli elementi essenziali che gli statuti degli enti del terzo settore, una volta scelto il modello privatistico, devono possedere ai sensi dell'art. 22, CTS, secondo cui «L'atto costitutivo deve indicare la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale; la sede legale; il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica; le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti; i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta; la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di

¹¹² Secondo le modalità previste dall'art. 46, d.lgs. n. 117/2017 e dal recente Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali n. 106/2020,

estinzione; la durata dell'ente, se prevista». Ulteriore limite riguarda l'acquisizione della personalità giuridica che può essere assunta dall'ETS solamente in particolari casi che il più delle volte derivano dal patrimonio minimo¹¹³.

Dalla scelta autonoma del privato relativa alla costituzione dell'ETS derivano diverse conseguenze, sia sul regime della responsabilità che il privato può assumere, in cui si estende la disciplina civilistica in materia societaria¹¹⁴, sia sul piano dei controlli a cui il Codice del terzo settore dedica grande attenzione nominando il Titolo XI «dei controlli e del coordinamento», nel quale gli artt. 92 e 93 conferiscono rispettivamente al Ministero del Lavoro e all'ufficio del Registro Unico del Terzo settore il ruolo di controllore, sottolineando che i controlli esercitati da quest'ultimo sono «finalizzati a *a*) la sussistenza e la permanenza dei requisiti necessari all'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore; *b*) il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale; *c*) l'adempimento degli obblighi derivanti dall'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore; *d*) il diritto di avvalersi dei benefici anche fiscali e del 5 per mille derivanti dall'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore; *e*) il corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali, ad essi attribuite»¹¹⁵.

Restando sul piano delle conseguenze che derivano dalla spontanea costituzione degli enti del Terzo settore, considerevole attenzione va riportata al regime di pubblicità che, secondo un principio di «gradualità», trova maggiore o minore applicazione in relazione alla grandezza dell'ente corrispondente alla capacità

¹¹³ Ad esempio ai sensi del comma 4, art. 22, d.lgs. n. 117/2017, «Si considera patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica una somma liquida e disponibile non inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni. Se tale patrimonio è costituito da beni diversi dal denaro, il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro».

¹¹⁴ Ad esempio, ai sensi dell'art. 26 comma 3, d.lgs. n. 117/2017 «L'atto costitutivo o lo statuto possono subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di rappresentanza o reti associative del Terzo settore. Si applica in tal caso l'articolo 2382 del codice civile». Così anche ai sensi dell'art. 30 comma 5, d.lgs. n. 117/017, per cui «Ai componenti dell'organo di controllo si applica l'articolo 2399 del codice civile. I componenti dell'organo di controllo devono essere scelti tra le categorie di soggetti di cui all'articolo 2397, comma secondo, del codice civile. Nel caso di organo di controllo collegiale, i predetti requisiti devono essere posseduti da almeno uno dei componenti». Sul punto, S. AGOSTINI, *Adeguamenti statutari degli ETS: le indicazioni ministeriali*, in *Cooperative e enti non profit*, fasc. 3, 2019, pp. 7-15.

¹¹⁵ Art. 93, comma 1, d.lgs. 117/2017.

patrimoniale. Il regime di pubblicità del Codice del Terzo settore assolve una funzione di garanzia e di salvaguardia dell'immagine dell'ETS nei confronti della collettività, quale destinataria dell'esercizio dell'attività dell'ETS, e nei confronti della pubblica amministrazione che devono permettere un diretto coinvolgimento dei soggetti del terzo settore nell'esercizio delle attività di pubblico interesse. Il regime di pubblicità evita inoltre possibili fenomeni di abuso, consentendo di esercitare un controllo più incisivo da parte della collettività e dei soggetti controllori - visti in precedenza - circa l'omogeneità delle attività poste in essere dall'ETS rispetto ai fini statutari di interesse generale. Entrando nel merito della scelta legislativa, il regime di pubblicità consiste nell'obbligo di iscrizione delle imprese sociali nel registro delle imprese oltre al RUNTS, ai sensi dell'art. 11 comma 2, d.lgs. n. 117/2017 e nell'obbligo degli Enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori a centomila euro annui di «pubblicare annualmente e tenere aggiornati nel proprio sito internet, o nel sito internet della rete associativa di cui all'articolo 41 cui aderiscano, gli eventuali emolumenti, compensi o corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati»¹¹⁶. Così anche l'art. 13 comma 1, d.lgs. n. 117/2017, secondo cui «Gli enti del Terzo settore devono redigere il bilancio di esercizio formato dallo stato patrimoniale, dal rendiconto finanziario, con l'indicazione, dei proventi e degli oneri, dell'ente, e dalla relazione di missione che illustra le poste di bilancio, l'andamento economico e finanziario dell'ente e le modalità di perseguimento delle finalità statutarie». Le norme appena indicate evidenziano un regime di pubblicità finalizzato a far emergere il rapporto tra costi sostenuti, le cui risorse sono ottenute il più volte da donazioni di privati, e le attività di interesse generale così da garantire il rispetto del vincolo di spesa stabilito a livello statutario e legislativo¹¹⁷.

¹¹⁶ Art. 14 comma 2, d.lgs. n. 117/2017.

¹¹⁷ Per un'analisi più approfondita del regime civilistico di pubblicità, C. IBBA, *La pubblicità degli enti del terzo settore*, Relazione al Convegno *La nuova disciplina dell'impresa del terzo settore*, Bari, 23-24 novembre 2018 in *Rivista di diritto civile*, 2019, fasc. 3, pp. 622-645; M. GELMETTI, *Bilancio, controllo e contabilità nella riforma*, *Commento a d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117*, in *Cooperative e enti non profit*, 2017, fasc. 11-12, pp. 7-20; G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2018, fasc. 3, pp. 671-702.

4. - I soggetti esclusi dal terzo settore: pubblica amministrazione e fondazioni di origine bancaria. Le ragioni di “sistema” legate alla loro esclusione.

Il Codice del Terzo settore, oltre a fornire una nozione di Ente del Terzo settore individuando i caratteri che i soggetti privati devono possedere per essere qualificati come tali, si occupa anche di escludere i soggetti che possono rientrare in questa nozione, tra cui le pubbliche amministrazioni, a mente dell'art. 4 comma 2¹¹⁸ e le fondazioni di origine bancaria, ai sensi dell'art. 3 comma 3¹¹⁹.

Occorre indagare le ragioni che hanno spinto il Legislatore a prevedere simili esclusioni.

Quanto al primo soggetto escluso (ossia la pubblica amministrazione) sulla base degli elementi costitutivi già indicati è possibile ravvisare un confine apparentemente sottile tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione¹²⁰. Sin da

¹¹⁸ Il primo alinea dell'art. 4 comma 2, d.lgs. n. 117/2017 afferma che «Non sono enti del Terzo settore le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

¹¹⁹ Secondo cui «Salvo quanto previsto dal Capo II del Titolo VIII, le disposizioni del presente Codice non si applicano agli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153».

¹²⁰ Tra le tante, la definizione di G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica (nozione e caratteri generali)*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano, 1958, p.1, risulta a parere di chi scrive la più efficace. Secondo l'autorevole Maestro, «le parole «pubblica amministrazione» indicano quel complesso di autorità, di agenti, di organi da cui l'attività anzidetta è dispiegata. L'autorità di polizia, l'autorità sanitaria, l'autorità scolastica, ecc., sono note alla generalità delle persone come altrettanti soggetti che svolgono le rispettive funzioni, i rispettivi servizi e, in genere, le varie attività amministrative. In una parola tutte le autorità, gli agenti, gli organi che esercitano l'attività amministrativa, costituiscono la pubblica amministrazione come soggetto complesso e unificato dall'ordinamento giuridico. I singoli organi sopra ricordati vengono riuniti da tale ordinamento, secondo l'affinità della materia cui provvedono, in organismi via via superiori ciascuno dei quali mette capo ad un dicastero amministrativo; tutti i dicasteri sono riuniti da un organo supremo che è il Consiglio dei ministri, che agisce d'accordo col Capo dello Stato.

Questo complesso di organi costituisce la «pubblica amministrazione in senso soggettivo». L'art. 4 comma 2, richiamando la nozione d.lgs. n. 165/2001 sembra proprio far riferimento a quanto riportato dall'autore, senza conferire una definizione di pubblica amministrazione in relazione alla «funzione esercitata» che riguarda più propriamente la nozione di pubblica amministrazione in senso oggettivo. Secondo R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblica e l'avvento dell'intelligenza artificiale*, in AA. VV., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei pubblici poteri*, Torino, 2021, p. 9, quest'ultima «si va ad identificare quell'attività che la Costituzione sottopone ad una disciplina particolare, il cui carattere più noto è la sua soggezione al principio di legalità (art. 13 s. Cost.), la funzionalizzazione della medesima all'interesse pubblico, con rilevanza verso i terzi degli effetti degli atti amministrativi e conseguente loro legittimazione a promuovere il sindacato giurisdizionale contro di essi (art. 113 Cost.)»

una delle sue prime formulazioni¹²¹, la nozione di ente pubblico ha subito diverse modificazioni. Si è ritenuto in dottrina che per qualificare una figura giuridica soggettiva come ente pubblico siano rilevanti due elementi: il regime giuridico dei soggetti, nonché «elementi sintomatici dell'inserimento del singolo soggetto all'interno delle pubbliche amministrazioni»¹²².

Quanto al primo è necessario che l'ente pubblico sia costituito da un'«iniziativa pubblica», ossia da una «previsione legale di un regime giuridico "di spessore pubblicistico"»¹²³ e di carattere speciale o derogatorio¹²⁴ rispetto alla disciplina appartenente al diritto comune.

Per ciò che concerne il secondo elemento, si è rilevato che «La pubblicità sarebbe riconoscibile grazie alla presenza di determinati sintomi, quali, principalmente, il perseguimento di interessi generali, il finanziamento, la nomina di amministratori e il controllo e la costituzione da parte dello Stato o altro ente pubblico territoriale e l'attribuzione di pubbliche potestà»¹²⁵. A questi si sommano i profili funzionali dell'ente pubblico come autarchia, autotutela, autogoverno, autonomia¹²⁶ e autodichia¹²⁷.

Tale nozione, in seguito alle note privatizzazioni avvenute nei primi anni '90 degli enti pubblici economici, ha portato a ritenere la possibilità di avere enti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici, rendendo possibile lo svolgimento di attività di interesse pubblico attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici come le

¹²¹Una prima nozione basata sulla distinzione tra ente pubblico ed ente privato in cui si valorizzava la strumentalità dell'ente ai fini dello Stato: G. MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private*, in *Atti del IV convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1959, 169; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, p. 86.

¹²²Così L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017 p. 125.

¹²³T.A.R. Catanzaro, (Calabria) sez. II, 12/06/2013, n.655 che riprende Cons. St., sez. V, 28/06/2012, n. 3820.

¹²⁴V. OTTAVIANO, voce *Ente pubblico*, Enc. Giur. Treccani, vol. XIV, 1965, p. 1 (vedi pagina cartacea e non pdf); G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, p. 621; V. CERULLI IRELLI, "Ente pubblico": *problemi di identificazione e di disciplina applicabile*, in V. CERULLI-IRELLI- G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed Enti pubblici*, Torino, 1994, p. 84.

¹²⁵F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, VII, 2014, p. 412; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, p. 94 il quale parla di «indici esteriori»; L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa, op. cit.*, pp. 125- 126.

¹²⁶*Ibidem*.

¹²⁷E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.*, p. 103.

società di capitali delle quali detengono il controllo e la titolarità delle azioni con diritto di voto. In questo modo si è resa irrilevante ai fini della nozione di ente pubblico la forma privatistica dell'ente¹²⁸.

A ciò si va a sommare una particolare connotazione che nel tempo ha assunto la pubblica amministrazione definita a geometrie variabili, «funzionale» o «cangiante». Dall'analisi della legislazione europea si desume infatti come le pubbliche amministrazioni abbiano assunto tante definizioni «quante sono le discipline ad esse applicabili»¹²⁹. Un *leading case* in tema è quello rappresentato dalla causa C-393/05¹³⁰ decisa dalla Corte di Giustizia, sez. 1 novembre 2007. Nel caso in esame, il giudice eurounitario ha sancito l'illegittimità di una prassi nazionale che subordinava l'esercizio di un'attività di controllo e di certificazione di prodotti biologici all'obbligo di disporre di uno stabilimento presente nello Stato membro nel quale veniva esercitata questa attività di controllo¹³¹.

Secondo la Corte di Giustizia tale prassi si poneva in contrasto con l'art. 49 del Trattato CEE che esprime la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi in tutta l'Unione Europea, a meno che non si fosse provato che il soggetto privato che svolgeva

¹²⁸ In merito, S. DE GOTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, p. 355, il quale ricorda che autori come S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, p. 231, aveva teorizzato la formula «amministrazioni private per l'esercizio di pubbliche funzioni», mentre G. ROSSI, *Gli Enti pubblici*, Bologna, 1991, p. 181 motiva la natura pubblica le società che per legge devono essere costituite dalle pubbliche amministrazioni le quali detengono la necessaria proprietà pubblica di una quota maggioritaria ed il relativo controllo. Dello stesso avviso M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso della s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, pp. 213 e ss.

¹²⁹ W. GIULIETTI - M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale*, in R. CAVALLO PERIN - A. POLICE - F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol.1, Firenze, 2016, p. 195. In tema di amministrazione cangiante o funzionale secondo il diritto dell'unione europea, si veda tra tutti M. P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2017, pp. 197-202; S. CASSESE, *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, 10, pp. 915 -923. Per una visione domestica di amministrazione funzionale, cfr. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 180 ss. e S. COGLIANI, *La nozione di pubblica amministrazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, pp. 10, 975-982.

¹³⁰ In merito, si segnala il commento approfondito di D. BEVILACQUA, *L'esercizio privato di funzioni amministrative comunitarie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7, 2008, pp. 732-740.

¹³¹ Il regolamento Ce n. 2092/91 dispone agli artt. 6 e 7 i requisiti e le procedure necessarie perchè un operatore possa produrre e commerciare beni recanti l'indicazione che attesti l'utilizzo di un metodo di produzione biologico.

l'attività di certificazione fosse parte della pubblica amministrazione e che dunque potesse esercitare poteri pubblici.

Le libertà fondamentali indicate nell'art. 49 del Trattato, infatti, trovano delle eccezioni negli artt. 45 e 55 del medesimo Trattato che prevedono l'inapplicabilità delle disposizioni concernenti la libertà di stabilimento a quelle attività che nell'ordinamento di uno Stato membro «partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri¹³²».

Nella sentenza in esame, i giudici comunitari ritengono che un soggetto privato possa ritenersi parte della P.A. ai sensi degli artt. 45 e 55 del Trattato solo se svolgono attività «che costituiscono di per sé una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri», in quanto «i meri compiti ausiliari e preparatori nei confronti di un ente il quale, dal canto suo, effettivamente esercita pubblici poteri adottando la decisione finale non possono, dunque, essere considerati una partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi di tale deroga¹³³.

Sebbene i soggetti privati certificatori esercitassero attività di interesse generale, questo elemento non è stato ritenuto sufficiente per qualificarli come “pubblica amministrazione” ai fini dell'applicazione della deroga prevista dagli artt. 45 e 55 Trattato CEE in quanto le modalità di erogazione dell'attività di certificazione scelte dallo Stato membro soccombente non consentivano di esercitare direttamente pubblici poteri ma solo svolgere attività di istruttoria per l'ente pubblico competente ad irrogare eventuali sanzioni¹³⁴.

¹³² Art. 55, comma 1, Trattato Ce.

¹³³ Punto 36, Sentenza Ce, sez. I, 29 novembre 2007, causa C-393/05 - Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria.

¹³⁴ Punto 45, Sentenza Ce, sez. I, 29 novembre 2007, causa C-393/05 - Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria, secondo cui «la propria attività sotto la sorveglianza attiva dell'autorità pubblica competente che è, in ultimo luogo, responsabile dei loro controlli e delle loro decisioni, come dimostrano gli obblighi ad essa incombenti menzionati al punto precedente della presente sentenza. Questa conclusione è corroborata peraltro dall'art. 3, n. 1, dell'ÖLG là dove esso dispone che l'assunzione dei compiti di controllo previsti dal regolamento n. 2092/91 da parte degli organismi privati non può essere legata all'apertura di un procedimento amministrativo. Ne discende che il ruolo ausiliario e preparatorio riconosciuto agli organismi privati da tale regolamento nei confronti dell'autorità di sorveglianza non può essere considerato una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 55 CE in combinato disposto con l'art. 45, primo comma, CE.

Un'altra pronuncia che ha introdotto la nozione funzionale di ente pubblico è la nota sentenza Teckal¹³⁵, nella quale il giudice eurounitario ha sancito l'illegittimità di un provvedimento di affidamento senza gara posto in essere da un ente locale per la fornitura di combustibile e del servizio di condotta e di manutenzione di impianti di riscaldamento ad un consorzio in cui partecipava. In concreto, l'ente locale riteneva legittimo il provvedimento di aggiudicazione diretta del servizio al consorzio appena indicato, affermando che il provvedimento di aggiudicazione stesso non rientrasse nel campo di applicazione della direttiva 93/36CEE, che impone di seguire una procedura comparativa per esternalizzazione di un servizio, lavoro o fornitura ad un soggetto terzo. Per l'ente locale, infatti, il Consorzio non poteva ritenersi un soggetto terzo ed esterno all'amministrazione, ma semplicemente una sua articolazione.

Secondo la Corte di Giustizia tale provvedimento risultava invece illegittimo poiché dallo Statuto del Consorzio si evinceva che esso era un soggetto autonomo e terzo rispetto alla pubblica amministrazione aggiudicatrice, senza che l'ente locale esercitasse sulla persona di cui trattasi «un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

La lettura delle pronunce in esame delinea una nozione mutevole di pubblica amministrazione. Del resto, entrambe le pronunce non riportano alcuna definizione generale di pubblica amministrazione: nella prima la nozione di pubblica amministrazione è rilevante solo per gli artt. 45 e 55 del TCEE, mentre, nella seconda pronuncia, la nozione di pubblica amministrazione è rilevante solo ai fini dell'applicazione della direttiva 93/36/CEE.

Sulla scorta della giurisprudenza eurounitaria, il Consiglio di Stato ha ribadito il concetto di ente pubblico come soggetto «cangiante» e «funzionale». Secondo il giudice amministrativo «La nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può [...] ritenersi fissa ed immutabile. Non può ritenersi, in altri termini, che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente e in maniera automatica la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione. Al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione "funzionale" e "cangiante" di ente

¹³⁵ Corte giustizia UE sez. V, 18/11/1999, n. 107

pubblico. Si ammette senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica».

Con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici, in relazione alla figura dell'organismo di diritto pubblico, si afferma poi che «Nel settore degli appalti pubblici, ad esempio, ciò che fa dell'organismo di diritto pubblico (ad onta della veste formale che può essere privatistica) un soggetto equiparato alla pubblica amministrazione (e, quindi, sostanzialmente e funzionalmente un ente pubblico) è proprio la disciplina legislativa che espressamente lo sottopone al regime dell'evidenza pubblica. Con la conseguenza che l'organismo di diritto pubblico diviene pubblica amministrazione non sempre e comunque (in maniera fissa e immutabile), ma solo nello svolgimento di quel tratto di attività esplicitamente sottoposto ad una disciplina di diritto amministrativo [...] l'equiparabilità dell'organismo di diritto pubblico alla pubblica amministrazione rappresenta ormai un risultato interpretativo assodato, eppure non vi è alcuna norma legislativa che espressamente istituisca (ove si aderisse a un'interpretazione formalistica dell'art. 4 legge n. 70 del 1975) l'organismo di diritto pubblico come ente pubblico. Al fine di predicare l'equiparazione si ritiene sufficiente l'esistenza di una norma che (in questo caso espressamente) lo rende destinatario di obblighi di diritto amministrativo. Parimenti, è altrettanto pacifico che la sottoposizione dell'organismo di diritto pubblico alla disciplina dell'ente pubblico non valga sempre e comunque, qualsiasi attività da esso svolta. Si tratta al contrario, di una equiparazione settoriale, funzionale e dinamica, perchè strettamente legata all'affidamento dei contratti. Quando svolge altre attività, l'organismo di diritto pubblico dismette la sua veste pubblicistica e soggiace di regola al diritto privato. Esso è, quindi, un ente pubblico dinamico, funzionale e cangiante».

Al termine di questa analisi si comprende come l'ente pubblico, in forza della sua natura ampia e per certi versi indeterminata possa abbracciare anche la nozione di ente del terzo settore. Si delineano in questo senso «figure di confine»¹³⁶ che, come nel caso degli enti del terzo settore, hanno una libertà condizionata nella scelta delle

¹³⁶ Espressione utilizzata in relazione a figure giuridiche soggettive private simili alle amministrazioni da G. PAGLIARI, *Libertà, Autonomia e utilità sociale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, 2018, p. 145

attività da svolgere, predeterminate e finalizzate al soddisfacimento di un interesse generale (art. 5, d.lgs. n. 117/2017).

Occorre tener presente in tal senso anche la sussistenza di controlli pubblici, esercitati dal RUNTS e dal Ministero del Lavoro, relativi alla corrispondenza tra attività svolta e finalità di interesse generale da realizzare, così come l'eventuale finanziamento, in senso atecnico¹³⁷, da parte dell'ente pubblico.

Tali caratteristiche sembrano richiamare quegli *indici esteriori*¹³⁸ che determinano la natura di ente pubblico; assimilazione qui esclusa dal Legislatore che ha scelto *per tabulas* di non includere le pubbliche amministrazioni nel novero degli ETS, ai sensi dell'art. 4 comma 2, CTS, ponendoli così al riparo da potenziali mutamenti giurisprudenziali che possano ricondurli sotto l'elastica nozione di ente pubblico.

Il rischio indicato riguarda anche le fondazioni istituite da pubbliche amministrazioni che abbiano i caratteri degli organismi di diritto pubblico¹³⁹ e che allo stesso tempo rispettino i criteri necessari per iscriversi al RUNTS ed essere così qualificate Ente del Terzo settore. Basti pensare a come la nozione di organismo di diritto pubblico, ora positivizzata dall'art. 3, lett. d), d.lgs. n. 50/2016¹⁴⁰, desti ancora

¹³⁷ Come si vedrà nel Cap. III, gli ETS possono giovare nell'esercizio delle loro attività di rimborsi spesa che il più delle volte scongiurano, come di vedrà, lo scioglimento dei piccoli ETS. Senza contare il fatto che sono presenti particolari sgravi fiscali che permettono

¹³⁸ Ciò si deve in particolar modo agli studi di A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989 p. 195, secondo cui «Il momento di individuazione della categoria degli enti pubblici va cercato in elementi estrinseci e formali».

¹³⁹ Basti pensare a quanto affermato dalla giurisprudenza della suprema Corte circa la Fondazione «Carnevale di Viareggio», secondo cui «L'ente in questione, infatti, possiede tutti e tre i requisiti richiesti dall'art. 3, comma 26, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, al fine di considerare integrata la figura dell'organismo di diritto pubblico, ovvero: a) il requisito personalistico, trattandosi di soggetto dotato di personalità giuridica di diritto privato; b) il requisito dell'influenza dominante del soggetto pubblico, trattandosi di ente finanziato dal Comune di Viareggio, oltre che dotato di organo direzionale a designazione totalitaria di provenienza pubblica; c) il requisito teleologico, trattandosi di ente destinato a realizzare funzioni di carattere generale proprie del Comune stesso, quali quelle dirette a perseguire il rafforzamento e la promozione dell'identità socio culturale della comunità locale attraverso la perpetuazione di un evento iscritto nella storia e nella tradizione della comunità viareggina» (Cassazione civile sez. un., 07/07/2011, n.14958).

¹⁴⁰ Di derivazione eurounitaria, sulla base di quanto indicato dall'art. 2 par. 1, n. 4, direttiva 2014/24UE. La prima nozione positivizzata di organismo di diritto pubblico è cristallizzata nella direttiva 92/50/CEE, art. 1. In materia, M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000 passim; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 2000, 13 ss.; D. MARAMMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»*, in *Diritto amministrativo*, 2000, pp. 585 ss.; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, pp. 33- 45; V. PEDACI,

notevole incertezza applicativa vista l'ampiezza e la genericità della formulazione normativa. Sono infatti «organismi di diritto pubblico, qualsiasi organismo, anche in forma societaria il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

Un esempio di quanto detto riguarda gli ordini professionali, i quali non sono stati (tutti) riconosciuti come organismi di diritto pubblico dalla Corte di Giustizia¹⁴¹ a differenza di quanto affermato dall'ANAC¹⁴².

La facilità di ricomprendere un soggetto privato che assolve funzioni di interesse generale sotto (l'ampio) ombrello previsionale dell'art. 3, lett. d, d.lgs. n. 50/2016 riguarda inoltre maniera emblematica il recente rinvio pregiudiziale posto in

Sostanzializzazione della funzione amministrativa e organismo di diritto pubblico, Empoli, 2006, *passim*. Da ultimo, D. PALAZZO, *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2019, pp. 155 e ss.

¹⁴¹Corte di Giustizia, Quinta Sezione, 12 settembre 2013, CAUSA C-526/1, secondo cui «Non è organismo di diritto pubblico per difetto del requisito richiesto ai sensi dell'art. 1, § 9, secondo comma, della Direttiva 2004/18, l'Ordine professionale finanziato in modo maggioritario dai contributi versati dai suoi membri, il cui importo è fissato e riscosso in base alla legge dallo stesso organismo. Irrilevante a tal fine che la decisione con cui l'Ordine fissa l'importo degli stessi contributi debba essere oggetto di approvazione da parte dell'autorità di controllo, quando l'attività di quest'ultima si traduca in un mero controllo di legittimità tale da non consentire all'autorità pubblica di influenzare le decisioni dell'organismo in questione in materia di appalti pubblici». In tema, G. VICICONTE, *Gli ordini professionali esclusi dalla categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 2014, 659 ss., e di B. MAMELI, *Non tutti gli ordini professionali sono organismi di diritto pubblico*, in *Urb. e App.*, 2014, 16 ss.

¹⁴²Consiglio di Stato sez. VI, 27/07/2011, n.4496. Secondo la deliberazione n. 687 del 28.06.2017 «gli Ordini Professionali hanno natura giuridica di enti pubblici non economici e in quanto tali sono anche in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla disciplina di settore per la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico; - tale loro natura giuridica permette di ricondurre gli stessi nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016 ai fini dell'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture"».

essere dal TAR Lazio alla Corte di Giustizia per comprendere se Poste Italiane s.p.a possa essere qualificato o meno come organismo di diritto pubblico¹⁴³.

Si comprende dunque il motivo per cui l'art. 4, d.lgs. n. 117/2017, richiami espressamente gli «enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati» dalle pubbliche amministrazioni individuate dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/200, al fine di escludere dall'ambito di applicazione del codice del terzo settore anche gli organismi di diritto pubblico.

Merita rilevare però che, contrariamente a quanto avviene per le pubbliche amministrazioni, tra cui gli organismi di diritto pubblico, gli elementi caratterizzanti la nozione di ente del terzo settore risiedono nella *spontaneità* della sua istituzione e nell'ampio margine di autonomia circa l'esercizio delle attività di interesse generale. Se si considera l'autonomia privata, ai sensi dell'art. 1322 c.c., come esercizio libero di funzione o di attività amministrativa, purché siano realizzati interessi meritevoli di tutela¹⁴⁴, questa non può certo essere riconosciuta alle pubbliche amministrazioni poiché, come è noto, il principio di legalità dell'azione amministrativa sancito dall'art. 97 Cost. e ribadito dall'art. 1, l. n. 241/1990, sottopone l'attività della pubblica amministrazione a «regole e modalità stabilite dalla legge»¹⁴⁵ che ne definiscono l'*an*, il *quid* ed il *quomodo*, rendendola doverosa¹⁴⁶.

¹⁴³ Su rinvio pregiudiziale del TAR Lazio con ordinanza del 12 luglio 2018, n. 7778, la Corte di Giustizia, Quinta sezione, 28 ottobre 2020, C. 521-18, afferma che si tratta di impresa pubblica e non di organismo di diritto pubblico.

¹⁴⁴ F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, op.cit. p. 173, si preoccupa infatti di distinguere l'autonomia privata intesa come espressione dell'art. 1322 c.c., incompatibile con lo «statuto» dell'amministrazione pubblica rispetto ad una nozione di autonomia privata come possibilità per l'amministrazione stessa di utilizzare strumenti privatistici. Sulla compatibilità tra autonomia privata e esercizio dell'attività amministrativa M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *enc. dir.*, vol III, Milano 1958 pp. 988 e ss. Contrariamente a quanto indicato da F.G.COCA, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1982, pp. 142 -143, «l'attività di diritto privato presenta un carattere omogeneo all'attività di diritto pubblico e dunque anch'essa entra nella sfera di applicazione del principio di legalità», valorizzando non il rapporto tra potere autoritativo e attività privatistica ma tra vincolo di scopo e la stessa attività. Infatti, «l'attività dell'amministrazione è attività funzionale solo perché rivolta al perseguimento di un interesse (non dell'amministrazione ma) del pubblico ed a prescindere dall'esistenza, in ordine all'attività, di qualsiasi profilo di autorità»

¹⁴⁵ Così S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, p. 245.

¹⁴⁶ Secondo S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, p. 322, «la discrezionalità dell'*an*, intesa come potere di scelta tra il provvedere e il restare inerte, è esclusa quando l'amministrazione sia per qualunque ragione obbligata ad agire [...] sul versante opposto essa è egualmente esclusa ove si ponga l'obbligo a non agire per la cura ottimale dell'interesse pubblico. In entrambe le ipotesi, ma per opposti motivi, l'attività amministrativa è doverosa: in positivo come obbligo a provvedere; in negativo come obbligo all'inerzia».

Secondo la dottrina, infatti, principio di legalità e riserva di legge «sono propri solo dell'attività di diritto amministrativo, in quanto questa è attività autoritativa, che usa potestà e diritti potestativi, e quindi può comportare unilateralmente incidenza in situazioni soggettive altrui, garantite o non garantite che esse siano»¹⁴⁷.

Quanto appena riferito stride con la stessa nozione di enti del terzo settore, essendo forme di associazione nate spontaneamente per svolgere - altrettanto spontaneamente - attività di interesse generale in attuazione dell'art. 118 comma 4 Cost., senza vincoli nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo*.

Orbene, in relazione al potere autoritativo della P.A. attraverso cui l'amministrazione stessa tutela l'interesse pubblico affidatogli dalla legge, si palesa un altro elemento distintivo rispetto agli enti del terzo settore, vale a dire l'assenza della capacità per quest'ultimo di eterodeterminare gli interessi del privato senza il suo consenso. L'attività di interesse generale di tali enti, seppur imbrigliata quanto al suo esercizio e tipologia dallo Statuto, è espressione di *piena* autonomia privata ai sensi dell'art. 1322 c.c.¹⁴⁸, ove lo strumento privatistico, basato sul consenso e indirizzato a fini di interesse generale, è il solo possibile secondo legge.

Come ricordato, poi, le l'attività degli enti del terzo settore rientrano tra le «attività del privato sociale [...] orientate verso la valorizzazione della dignità umana, non solo perché gli uomini sono i “destinatari” delle medesime attività, ma anche perché esso nasce su iniziativa di uomini, che non cercano il loro profitto, bensì la loro realizzazione, costituendo la persona umana il fondamento del *non profit*»¹⁴⁹.

Del resto, come sopra accennato, l'attività svolta dagli enti del terzo settore consiste prevalentemente in un'attività di servizio nei confronti della collettività che è notoriamente contrapposta a quella di funzione quale «attività del potere amministrativo¹⁵⁰», ponendo in una posizione di parità utenti ed erogatori del servizio. Invero, l'autonomia organizzativa e la natura privatistica di queste forme di associazioni di cittadini, nate per tutelare interessi pubblici emergenti che lo Stato non

¹⁴⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol II, Milano, 1993, p. 349.

¹⁴⁸ Come evidenziato da G. PAGLIARI, *Libertà, Autonomia e utilità sociale*, *op. cit.*, p. 142 il principio di autonomia privata è espressione di libertà nel rispetto però della cornice legale. Nessuna autonomia infatti è totalmente libera.

¹⁴⁹ S. LA PORTA, *art. 5 – ruolo del terzo settore*, in E. BALBONI - B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, p. 171.

¹⁵⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 17.

era capace di tutelare¹⁵¹, risultano necessarie per porsi in una «proficua concorrenza»¹⁵² con i soggetti pubblici nella tutela di interessi generali, attraverso una «maggiore libertà e agilità organizzativa»¹⁵³.

Il carattere necessario dell'autonomia dei soggetti privati che spontaneamente decidono di svolgere attività di interesse generale è stata riconosciuta anche dalla Corte costituzionale con le note sentenze 300 e 301 del 2003, riferite alle fondazioni di origine bancaria; soggetto escluso dall'applicazione del Codice del Terzo settore.

Al fine di comprendere quanto affermato dalla Corte costituzionale e le ragioni di esclusione dal novero degli enti del terzo settore delle fondazioni di origine bancaria, occorre preliminarmente passare in rassegna l'evoluzione giuridica che ha caratterizzato questi ultimi enti.

Le fondazioni di origine bancaria sono state oggetto di molteplici riforme e di (connessa) attenzione da parte della dottrina circa la loro natura e conseguente

¹⁵¹ M. SPASIANO, *Tutela della persona, rimedi giustiziali e "cittadinanza" degli organismi privati*, in F. MANGANARO A.R. TASSONE (A CURA DI), *Persona ed amministrazione, Privato cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, p. 143

¹⁵² *Ibis*, p. 144.

¹⁵³ *Ibis*, richiama P. RIDOLA, *La promozione delle libertà di associazione*, in *Le associazioni tra pubblico e privato: una rieditazione sul tema. Atti del seminario internazionale*, Napoli 30 maggio 1994, Bari, 1996, pp. 17 e ss. Tale aspetto di concorrenza si rafforza se si considera che grazie al principio di sussidiarietà orizzontale è avvenuto ciò che auspicava lo stesso Giannini, il quale aveva teorizzato l'istituzione degli «enti privati di interesse nazionale» al fine di valorizzare la natura collettiva e dunque privata delle associazioni costituite per la tutela di interessi diffusi riconosciute però come enti pubblici, così da «pulire» il settore enti eliminando alcune «stridenti incongruenze attuali, principale delle quali considerare pubblico ciò che è solo collettivo, e viceversa» (M. S. GIANNINI, *Ministro per la funzione pubblica - Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato (trasmesso alle camere il 16 novembre 1979)*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, fascicolo 3, pp.753-754). Merita evidenziare come la c.d. Commissione Merusi si fece carico di realizzare gli obiettivi di politica legislativa indicati da Giannini, redigendo un disegno di legge per l'istituzione di «enti privati di interesse pubblico», al fine esaltare la natura privata delle associazioni e garantire la creazione di un ente privato nel quale far rientrare - attraverso un determinato procedimento legislativo - tutte le associazioni e fondazioni volte alla tutela di interessi collettivi che possiedano determinati requisiti stabiliti dalla legge (si veda ad esempio l'assenza di scopo di lucro). Disegno di legge, questo, che per le sue finalità e struttura sembra un antesignano del Codice del Terzo settore. Si ravvisa infatti che nell'art. 2 del d.d.l. in analisi i requisiti che l'ente deve possedere e che devono essere contenuti nello Statuto, come l'assenza dello scopo di lucro, l'individuazione nello statuto dell'interesse collettivo scelto da tutelare, il numero degli associati. L'art. 3, invece, evidenzia un regime di pubblicità del bilancio con particolare riferimento alle sovvenzioni pubbliche ricevute, mentre l'art. 6 prevede la revoca della qualifica in caso di inadempimento degli obblighi previsti dalla legge. Da ultimo merita evidenziare che il procedimento amministrativo per attribuire la qualifica di ente privato di interesse pubblico preveda al pari del CTS lo svolgimento di un'attività vincolata esercitata da un organo terzo per attribuire la qualifica (nel caso del d.d.l. è il Consiglio di Stato). In tema, si veda M.S. GIANNINI, *Commissione di studio per la revisione strutturale e organizzativa degli enti pubblici di studio e di ricerca e degli enti pubblici dello Stato. - Relazione e schema di disegno di legge concernente "disciplina degli enti privati di interesse pubblico" (marzo 1981)*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, fascicolo 3, pp. 820- 835.

regime giuridico. Partendo dal primo aspetto, le fondazioni di origine bancaria nascono da un processo di mutamento e riorganizzazione del sistema bancario attraverso la trasformazione delle banche pubbliche in società per azioni avvenuto con legge 30 luglio 1990, n. 218 (Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico), e il successivo decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356 (Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio).

Tali enti originano dalle casse di risparmio che alla fine del XIX secolo avevano lo scopo di sostenere lo sviluppo dei ceti sociali meno abbienti, assumendo «il ruolo di intermediari tra Stato e cittadini, indirizzando la propria attività verso scopi di natura previdenziale»¹⁵⁴. All'interno di questo fenomeno si distinguevano le *casse di risparmio a struttura fondazionale*, emanazione diretta di entità pubbliche o di altre istituzioni «che conferivano un fondo di dotazione e nominavano un consiglio o un comitato d'amministrazione», e le «*casse a struttura associativa*», «istituite da privati che, mossi da spirito solidaristico, versavano la propria quota e partecipavano attivamente nella veste di soci riuniti in assemblea». La legge n. 5546 del 15 luglio 1888 introdusse poi una riforma organica delle casse di risparmio, qualificandole come «istituti che si propongono di raccogliere i depositi a titolo di risparmio e di trovare ad essi conveniente collocamento», distinguendoli così dalle opere pie¹⁵⁵ mediante una valorizzazione dell'attività eminentemente bancaria rispetto alle loro origini.

La *ratio* del regime autonomo del 1888 delle casse di risparmio aveva come scopo di rendere solido il ruolo creditizio delle future fondazioni mettendole al riparo sia da ingerenze eccessive dei privati fondatori, valorizzandone lo scopo pubblicistico, sia dal conseguente rischio derivante dall'attività creditizia attraverso l'attribuzione di funzioni di vigilanza al Ministero dell'Agricoltura, Industria e Commercio, caratterizzati dall'esercizio di poteri ispettivi e di controllo circa il rispetto dei fini statutari e delle ragioni dei depositanti¹⁵⁶. Con il Regio Decreto Legge n. 375 del 12 marzo del 1936, convertito in legge n. 141 del 7 marzo 1938, viene definitivamente fatta luce sulla natura giuridica delle Casse di risparmio qualificando le attività di

¹⁵⁴F. FIMMANÒ - M. COPPOLA, *Sulla natura giuspubblicistica delle fondazioni bancarie*, in *Rivista del Notariato*, fasc.4, 2017, pp. 649 e ss.

¹⁵⁵ V. SANASI D'ARPE, *La natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria*, Bari, 2013, p. 44.

¹⁵⁶ Successivamente con il D.L. n. 269 del 10 febbraio 1927, tali poteri dopo una riorganizzazione delle casse di risparmio venne attribuito al Ministero dell'Economia Nazionale

raccolta del risparmio e di esercizio del credito come «funzioni di interesse pubblico» così da farle rientrare nella categoria delle aziende di credito, equiparandole «formalmente alle banche ordinarie»¹⁵⁷, quali «soggetti pubblici sottoposti ad un penetrante controllo statale» mediante lo svolgimento da parte dello Stato di funzioni di indirizzo e nomina del Presidente e del Vice Presidente delle Casse di risparmio¹⁵⁸. Lo scopo mutualistico non era stato comunque abbandonato, obbligando le Casse di risparmio a devolvere almeno tre decimi degli utili ad opere di beneficenza¹⁵⁹.

A seguito di quanto illustrato si sono avute due privatizzazioni del sistema creditizio una calda ed una fredda. La “fredda” si è avuta con la c.d. legge Amato (che ha generato il d.lgs. n. 356/1990) attraverso cui è avvenuta la trasformazione degli istituti di credito in società per azioni con lo scorporo degli stessi *nei c.d. enti (pubblici) conferenti* e relative società per azioni conferitarie. Agli enti conferenti «competeva la gestione del pacchetto azionario di controllo della S.p.A. e le ulteriori attività di promozione dello sviluppo sociale, culturale ed economico, alle seconde era affidata la gestione dell'azienda bancaria»¹⁶⁰. Come ricordato dalla Corte costituzionale gli enti conferenti per la caratterizzazione ricevuta con l'art. 12 del decreto legislativo n. 356 del 1990 dovevano «concentrare le proprie risorse nel perseguimento dei fini di interesse pubblico e utilità sociale stabiliti nei loro statuti, e non potessero esercitare direttamente l'impresa bancaria, essi erano principalmente i titolari del capitale della società per azioni conferitaria, potendo mantenere la partecipazione di controllo», con conseguente dubbio sulla loro natura essendo stati qualificati come enti aventi «capacità di diritto pubblico e di diritto privato, si continuavano ad applicare le disposizioni di legge relative alle procedure di nomina degli organi amministrativi e di controllo (in particolare, la nomina governativa del presidente e del vicepresidente)»¹⁶¹. Senza contare il fatto che il Titolo III del d.lgs. n. 356 del 1990

¹⁵⁷ Così, F. FIMMANÒ - M. COPPOLA, *Sulla natura giuspubblicistica delle fondazioni bancarie*, in *Rivista del Notariato*, fasc.4, 2017, p. 653.

¹⁵⁸ Regio Decreto Legge n. 294 del 24 febbraio 1938.

¹⁵⁹ In merito, V. Sanasi D'Arpe, *La natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria*, *op. cit.* p. 47, ricorda quanto detto da G. Pagliari, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*. Milano, 2004, pp. 80-90. Sul ruolo *no profit* delle Casse di risparmio, M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, Il Mulino, 2001 pp. 11 e ss. e M. COSULICH, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato*, Milano, 2002, pp. 30 e ss.

¹⁶⁰ F. FIMMANÒ - M. COPPOLA, *Sulla natura giuspubblicistica delle fondazioni bancarie*, *op. cit.*, p. 654.

¹⁶¹ Corte Costituzionale - 29/09/2003, n. 300.

riportava «enti pubblici conferenti», aumentando il dubbio sulla loro reale natura di ente privato.

La vera privatizzazione, quella “calda”, si è avuta con il d.lgs. n. 153/1999 in cui cessano di esistere gli enti conferenti trasformandosi in «fondazioni», «persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale» che «perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti»¹⁶². A ciò si aggiunge il divieto di detenere partecipazioni di controllo nei confronti degli enti conferitari¹⁶³ e un regime di incompatibilità tra cariche, rispettivamente, nella fondazione e nella società bancaria conferitaria¹⁶⁴, spezzando del tutto il «vincolo genetico e funzionale»¹⁶⁵ tra ente conferente e società conferitaria.

La privatizzazione degli enti conferenti, delineata nei suoi tratti essenziali, in cui si prevede l'utilizzo di un modello privatistico flessibile, come quello della fondazione, introduce un limite fisiologico di natura statutaria, vincolandone la scelta dello scopo all'interno di «settori rilevanti»¹⁶⁶. Si parla in questo caso di una fondazione a regime speciale¹⁶⁷ rispetto alla disciplina appartenente al diritto comune¹⁶⁸. Contrariamente a quanto affermato da parte della dottrina¹⁶⁹, tale aspetto

¹⁶² Art. 2, d. lgs. n. 153/1999.

¹⁶³ Art. 6 comma 1, d.lgs. n. 153/1999.

¹⁶⁴ art. 4, comma 1, lettera g), d.lgs. n. 153/1999, in cui lo Statuto deve definire l'assetto organizzativo delle fondazioni in «ipotesi di incompatibilità, riferite anche alla carica di direttore generale della Società bancaria conferitaria ovvero ad incarichi esterni o cariche pubbliche, e cause che comportano la sospensione temporanea dalla carica o la decadenza, in modo da evitare conflitti di interesse e di assicurare l'indipendenza nello svolgimento dei rispettivi compiti e la trasparenza delle decisioni», mentre il comma 3 prevede che «I membri dell'organo di amministrazione non possono assumere funzioni di consigliere di amministrazione nella Società bancaria conferitaria».

¹⁶⁵ Espressione utilizzata da Corte Costituzionale, sent. n. 341 e n. 342 del 2001.

¹⁶⁶ Art. 1, comma 1, lett. c-bis), ossia «famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione, incluso l'acquisto di prodotti editoriali per la scuola; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili; 2) prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica; sicurezza alimentare e agricoltura di qualità; sviluppo locale ed edilizia popolare locale; protezione dei consumatori; protezione civile; salute pubblica, medicina preventiva e riabilitativa; attività sportiva; prevenzione e recupero delle tossicodipendenze; patologia e disturbi psichici e mentali; 3) ricerca scientifica e tecnologica; protezione e qualità ambientale; 4) arte, attività e beni culturali. [I settori indicati possono essere modificati con regolamento dell'Autorità di vigilanza da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400] 4».

¹⁶⁷ L. TORCHIA, *Fondazioni bancarie e diritto pubblico*, in www.astrid-online.it, 2003, p. 2.

¹⁶⁸ Artt. 12 e ss. c.c.. In tema, F. Galgano, *Le associazioni, le fondazioni e i comitati*, Padova, 1987, p. 35 ss.; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, pp. 176 ss.

¹⁶⁹ R. COSTI, *L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, 2012, p. 598 e F. PALLANTE, *Introduzione. Il posto delle fondazioni di origine bancaria*, in

non qualifica le fondazioni di origine bancaria come un istituto ibrido tra pubblico privato o ambiguo, ma definisce un modello formalmente e sostanzialmente privato finalizzato a realizzare interessi generali, predeterminati dal legislatore e attinti direttamente dalla prassi privatistica delle società, al pari degli interessi richiamati dall'art. 5 CTS. Merita infatti rilevare come il modello anzidetto ricalchi coerentemente quello dell'autonomia privata sancita dall'art. 1322 c.c.¹⁷⁰, il quale pone anch'esso dei limiti in relazione agli interessi che il nostro ordinamento giuridico decide di tutelare, attribuendo e riconoscendo effetti giuridici ai contratti atipici stipulati dai privati solo se al loro interno siano regolati interessi «meritevoli di tutela».

Al pari del modello di autonomia privata descritto dal Codice civile anche le fondazioni potranno scegliere liberamente quali interessi generali tutelare purchè rientrino nei settori di rilievo individuati dal d.lgs. n. 153/1999. La Corte costituzionale, difatti, ha affermato che «le singole previsioni legislative dei settori ammessi sono, sostanzialmente, riprodottrici, per la loro ampiezza e varietà, di tutte le possibili attività proprie e caratteristiche delle fondazioni e non possono, quindi, sotto tale aspetto, ritenersi lesive della autonomia, gestionale e statutaria, di tali enti, i quali, come del resto ogni persona giuridica di diritto privato, devono essere caratterizzati da «uno scopo» che ne impronta l'attività (v. artt. 16 e 27 del codice civile)»¹⁷¹. Del resto, «La loro definizione quali persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale; il riconoscimento del carattere dell'utilità sociale agli scopi da esse perseguiti; la precisazione, contenuta nell'art. 2, comma 1, lettera a), della legge n. 461 del 1998, che, quali che siano le attività effettivamente svolte dalle fondazioni, “restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni”, innanzitutto agli enti pubblici, collocano - anche in considerazione di quanto dispone ora l'art. 118, quarto comma, della Costituzione - le fondazioni di origine bancaria tra i soggetti dell'organizzazione delle «libertà sociali» (sentenza n. 50 del 1998), non delle funzioni pubbliche, ancorché entro limiti e controlli compatibili con tale loro carattere»¹⁷².

G. PASTORI - G. ZAGREBELSKY (a cura di) , *Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, Bologna 2011, p. 7 secondo cui parlano di un'ambigua posizione a cavallo tra pubblico e privato, espressione del Terzo settore.

¹⁷⁰F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, pp. 818 - 824.

¹⁷¹Corte costituzionale, 29/09/2003, n. 301.

¹⁷²Corte costituzionale, 29/09/2003, n. 300.

Di conseguenza, per il Giudice delle leggi deve essere effettuata «una interpretazione adeguatrice delle locuzioni descrittive di determinati settori quali, ad esempio, quello della «prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica» o quello della «sicurezza alimentare e agricoltura di qualità»; locuzioni, tutte, che possono e devono essere interpretate in un senso logicamente compatibile con il carattere non pubblicitario della attività delle fondazioni e, quindi, come riferentisi solo a quelle attività, socialmente rilevanti, diverse, pur se complementari e integrative, da quelle demandate ai pubblici poteri»¹⁷³.

Secondo il ragionamento proposto dalla Corte costituzionale, in coerenza con quanto disposto dal principio di sussidiarietà orizzontale, tali interessi sarebbero pertanto qualificabili come interessi generali, ex art. 118 comma 4 Cost.

Anche i poteri di direttiva e di indirizzo del Ministero dell'Economia definiti dall'art. 10, d.lgs. n. 153/1999 sono stati considerati costituzionalmente legittimi dal Giudice delle leggi e non un elemento sintomatico che determina la pubblicità dell'ente. Secondo la Consulta i poteri di direttiva e di indirizzo non sono frutto di esercizio del «potere conformativo dell'attività delle fondazioni», ma rappresentano un potere a carattere interpretativo delle norme che regolano le fondazioni di origine bancaria¹⁷⁴, consistendo nella «verifica della corrispondenza [delle] attività [svolte] a determinati parametri preventivamente fissati»¹⁷⁵,.

Quanto ai limiti statuari, con particolare riferimento alla composizione dell'organo di indirizzo, la Corte costituzionale ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 4, primo periodo, della legge n. 448 del 2001, nella parte in cui prevede nella composizione dell'organo di indirizzo «una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'articolo 114 della Costituzione, idonea a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione», in quanto altrimenti si determinerebbe un controllo effettivo dell'attività dell'ente per mano pubblica, rinunciando all'autonomia voluta dal legislatore. Sembra evidente come il giudice costituzionale abbia voluto escludere la dominante influenza pubblica per evitare di qualificare le fondazioni di origine

¹⁷³Corte Costituzionale, 29/09/2003, n. 300.

¹⁷⁴ In merito, G. NAPOLITANO, *I controlli amministrativi sulle fondazioni bancarie*, in G. PONZANELLI, *Le fondazioni bancarie*, Torino, 2005, p. 125 e ss.

¹⁷⁵Corte costituzionale, 29/09/2003, n. 301.

bancaria come un organismo di diritto pubblico, negando così la natura di ente privato¹⁷⁶.

In sintesi, a prescindere dalle ragioni che abbiano portato la Corte costituzionale a determinare l'incostituzionalità o meno delle leggi in analisi, il Giudice delle leggi sembra enucleare una regola generale per determinare il *discrimen* tra natura pubblicistica degli enti espressione delle «libertà sociali», come gli enti del terzo settore. A tale riguardo, si è ritenuto che i poteri pubblicistici esercitati per verificare la coerenza delle attività svolte dalla fondazione rispetto ai fini statutari, non determinano la natura di ente pubblico delle fondazioni, così come non è rilevante, ai fini della qualifica pubblicistica dell'ente, la predeterminazione normativa delle attività di interesse generale che gli enti privati possono svolgere.

Sotto questo profilo è necessario che la legge garantisca la possibilità alla fondazione di scegliere liberamente il proprio scopo all'interno di un *genus* stabilito dal Legislatore, senza alcuna ingerenza da parte di pubbliche amministrazioni. Un esempio di quanto detto è l'affermata illegittimità costituzionale dell'11, comma 1, ultimo periodo della legge n. 448 del 2001 - secondo cui i «settori ammessi» possono essere modificati dall'Autorità di vigilanza con regolamento da emanare ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, in quanto tale regolamento circoscrive la discrezionalità di scelta imposta dal legislatore alle fondazioni di origine bancaria, espressione di autonomia privata, sostituendosi al legislatore nella definizione degli scopi statutari¹⁷⁷.

Si evidenzia pertanto un «contenuto essenziale dell'autonomia delle formazioni sociali»¹⁷⁸, riconosciuto anche dal Consiglio di Stato¹⁷⁹.

Un ulteriore profilo di legittimità costituzionale riguarda tutte le discipline, come le incompatibilità, che vanno a limitare l'autonomia statutaria delle fondazioni

¹⁷⁶ Si ricorda infatti che l'organismo di diritto pubblico è ad oggi considerato nel novero delle pubbliche amministrazioni

¹⁷⁷ Corte costituzionale, 29/09/2003, n. 301.

¹⁷⁸ G. MORBIDELLI, *Sulla natura degli enti conferenti a struttura associativa e sul grado di autonomia costituzionalmente garantita agli stessi*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le Fondazioni Casse di risparmio*, Rimini, 1998, pp. 120 e ss.

¹⁷⁹ A. MALTONI, *Le Fondazioni di origine bancaria al vaglio del giudice delle leggi: enti privati a "statuto speciale"*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, pp. 1415-1416, riprendendo le parole di Cons. Stato, 1° luglio 2002, parere, afferma che la compressione dell'autonomia privata non «deve tradursi in uno stravolgimento della stessa nozione di autonomia privata e del suo nucleo essenziale che la Costituzione ha inteso preservare».

e degli enti al fine di verificare che la scelta del modello attraverso il quale esercitare attività di interesse generale sia coerente con la *ratio legis* che l'ha istituito. Basti pensare, ad esempio, a come il regime di incompatibilità sopra richiamato previsto per gli organi di indirizzo delle fondazioni di origine bancaria, sia finalizzato ad evitare che si ritorni a una situazione di controllo tra ente conferente e conferitario, con conseguente violazione del d.lgs. n. 153/1999 e della sua *ratio*.

Stesso discorso sul piano della legittimità costituzionale vale per i controlli esercitati da una pubblica amministrazione nei confronti di fondazioni ed enti del terzo settore, se i controlli sono strumentali a garantire coerenza tra lo svolgimento di attività in concreto svolte dai soggetti del terzo settore e le autonome scelte statutarie che individuano lo scopo della loro azione, allora non può configurarsi alcuna influenza dominante della sfera pubblica che vada a modificare la natura dell'ente¹⁸⁰.

Del resto, è la stessa disciplina civilistica, come quella delle fondazioni, che prevede all'art. 25 c.c. un controllo pubblicistico sull'amministrazione delle fondazioni¹⁸¹. Non meno rilevante sul piano del riconoscimento dell'autonomia privata - e della conseguente natura privatistica dell'ente - la scelta discrezionale di *governance* delle fondazioni di origine bancaria che, come si vedrà¹⁸², ha scelto spontaneamente, attraverso lo strumento dell'accordo tra pubbliche amministrazioni e privati, di sottoporsi ad un controllo stringente del Ministero dell'Economia e di dotarsi di un'organizzazione pubblicistica¹⁸³.

Da queste indicazioni emerge inoltre come fondazioni di origine bancaria ed Enti del Terzo settore siano strettamente collegati sia sul piano teleologico sia nel settore di appartenenza. Risulta pertanto scontato porsi la domanda in merito alle ragioni in base a cui le fondazioni di origine bancaria non siano state annoverate tra i possibili soggetti privati senza scopo di lucro legittimati ad iscriversi al RUNTS e così ottenere la qualifica di Ente del Terzo settore. Ciò sembra ravvisarsi dal conflitto tra

¹⁸⁰ Secondo L. TORCHIA, *I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata*, in L. TORCHIA, (a cura di), *Fondazioni bancarie tra autonomia privata e guida pubblica*, Firenze, 2001, «non vi è alcun elemento di funzionalizzazione dell'attività privata a interessi o politiche pubbliche, ma solo la verifica della corrispondenza fra il comportamento posto in essere e i limiti posti dall'ordinamento».

¹⁸¹ Sul punto, S. CAPOZZI, *I controlli amministrativi delle persone giuridiche private*, Napoli, 1991, pp. 128 e ss.. In merito alle «deviazioni degli amministratori» M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2003, p. 284 e ss.

¹⁸² Cfr. Cap. II.

¹⁸³ Ci si riferisce al Protocollo Acri-Mef, stipulato in data 22 aprile 2015.

le disposizioni del d.lgs. n. 117/2017 e del d.lgs. n. 153/1999 che trovano solo apparentemente una convergenza sul modello organizzativo scelto dal Legislatore e sul settore di appartenenza. Sono entrambe discipline speciali che hanno una *ratio legis* diametralmente opposta, a partire dal tasso di autonomia statutaria, maggiore per gli ETS, inferiore per le fondazioni di origine bancaria, fino ad arrivare alla tipologia delle attività di interesse generale previste dall'art. 5 CTS, rispetto ai «settori rilevanti» richiamati dall'art. 1, d.lgs. n. 153/1999.

5. - Modalità attraverso cui favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte del c.d. “privato sociale”. Modello paritario di amministrazione pubblica in attuazione della sussidiarietà orizzontale.

A questo punto della riflessione è necessario analizzare le modalità attraverso cui la pubblica amministrazione, in forza del principio di sussidiarietà orizzontale possa favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale».

Sotto questo profilo la dottrina è concorde nel ritenere che il principio di sussidiarietà orizzontale comporti per l'amministrazione un obbligo di intervento nei confronti dei cittadini richiamati dall'art. 118, comma 4 Cost., che, come visto, sono rappresentati anche dal Terzo settore, attribuendo una valenza «essenzialmente positiva»¹⁸⁴ al principio in esame, con conseguente rifiuto di una dimensione meramente passiva dello Stato nei confronti di chi esercita attività di interesse generale¹⁸⁵.

Quanto indicato trova conferma nel dato positivo. Si pensi ad esempio all'art. 3, comma 5 t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali n. 267 del 2000, per cui, al secondo periodo, «I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei

¹⁸⁴G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale, nell'art. 118 u.c. della costituzione, op. cit.*, p. 199.

¹⁸⁵ Ricorda A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici, op cit.*, p.67 che sono le dottrine liberali ad aver teorizzato il ruolo dello «Stato minimo», enfatizzandone il contenuto negativo.

cittadini e delle loro formazioni sociali»; al d.lgs. n. 460/1997 riguardo la disciplina delle Onlus ed il riconoscimento di sgravi fiscali e rimborsi per lo svolgimento delle attività statutarie; all'art. 5, l. n. 328/2000 che prevede l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale mediante «azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito e ai fondi dell'Unione europea», valorizzando l'aspetto di *favor* nel rispetto del principio della libera concorrenza per l'affidamento di servizi sociali¹⁸⁶; agli artt. 112 e 143, d.lgs. n. 50/2016¹⁸⁷ che prevedono parimenti una facoltà per l'amministrazione di riservare procedure ad evidenza pubblica agli enti del terzo settore. Si pensi, infine, al Codice del Terzo settore in cui si prevedono, sempre in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, istituti di co-programmazione e di co-progettazione, introdotti al fine di coinvolgere gli enti del terzo settore nello svolgimento di attività di interesse pubblico¹⁸⁸, modalità *sui generis* di affidamento di servizi sociali, a mente dell'art. 56 del Codice, e un particolare regime fiscale volto ad agevolare l'attività degli enti, oggetto del presente studio, sotto il profilo economico.

La giurisprudenza più recente conferma la valenza precettiva dell'art. 118, comma 4 Cost., ritenendo che il principio di sussidiarietà orizzontale incida «prioritariamente su modi organizzativi della pubblica amministrazione nell'erogazione di un servizio alla stessa spettante»¹⁸⁹ e che la «rilevanza pubblica dell'attività privata imporrebbe una regolamentazione, anche autoritativa, che assicuri

¹⁸⁶ Secondo i commi 2, 3 e 4 dell'art. 5, l. n. 328/2000: «2. Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale. 3. Le regioni, secondo quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, e sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo, ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, da emanare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le modalità previste dall'articolo 8, comma 2, della presente legge, adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona».

¹⁸⁷ Come si vedrà nel III capitolo, l'art. 112, d.lgs. n. 50/2016 prevede una procedura riservata per le cooperative sociali di Tipo B mentre l'art. 143, d.lgs. n. 50/2016, di recente modifica da parte della l. n. 120/2020, prevede per particolari servizi l'affidamento riservato ad ETS.

¹⁸⁸ Art. 55, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁸⁹ Consiglio di Stato sez. VI - 06/07/2020, n. 4326.

il coordinamento degli sforzi pubblici e privati nel soddisfacimento del superiore interesse generale»¹⁹⁰.

Dall'analisi del dato positivo si desume la presenza di diverse modalità di *favor* da parte della pubblica amministrazione per agevolare e promuovere le attività di interesse generale svolte dai cittadini, dando così colore all'ultimo comma dell'art. 118 Cost. Risulta pertanto criticabile l'affermazione in base cui «i poteri pubblici debbono aiutare i cittadini a svolgere attività di interesse pubblico fino a che il costo che i poteri pubblici sopportano in termini di aiuto ai privati, a parità di risultati giudicati necessari, non eguaglia il costo che essi dovrebbero sopportare svolgendo direttamente quella attività. In altre parole, il principio di sussidiarietà imporrebbe sì di favorire i privati, ma se e solo se la loro attività si dimostra per i poteri pubblici più economica di quella esercitata direttamente da essi»¹⁹¹. Ciò, infatti, presuppone che l'attività di ausilio per lo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini si riduca ad una mera dazione di una somma denaro a titolo di rimborso per le attività svolte, di minore imposizione fiscale oppure a titolo di prezzo per il servizio erogato e affidato dalla pubblica amministrazione secondo le modalità stabilite dal codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016 e dal CTS, con particolare riferimento all'art. 56. Così facendo si limiterebbe la portata della sussidiarietà orizzontale, relegandola alla sola modalità di esternalizzazione di un servizio pubblico da riservare ai cittadini delle «libertà sociali», qualificandoli unicamente in funzione sostitutiva della pubblica amministrazione.

La portata del principio in analisi in realtà è molto più ampia, rappresentando una forma di collaborazione tra cittadino e pubblica amministrazione che, limitatamente alla tutela degli interessi generali, coincidenti, come visto, con gli interessi pubblici quanto al bene giuridico da tutelare, li pone in una posizione di parità sebbene utilizzino strumenti diversi: potere autoritativo per la pubblica amministrazione e strumenti di diritto privato per i cittadini.

¹⁹⁰Corte Costituzionale, 12/10/2018, n.185. Inoltre, il TAR Liguria, sez. III, 18 novembre 2003, n. 1479 ha ritenuto illegittimo un atto di indirizzo della giunta regionale che precludeva la possibilità di affiancare le guardie zoofile da volontari nell'esercizio di attività di vigilanza in quanto contraria ad una legge regionale che favoriva tale modalità di cooperazione secondo una lettura costituzionalmente orientata all'art. 118 comma 4 Cost.

¹⁹¹G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 31.

I cittadini diventano così «co-amministratori»¹⁹², soggetti essenziali alla tutela di interessi generali, rompendo così il monopolio della tutela degli interessi pubblici da parte delle amministrazioni¹⁹³.

Il principio di sussidiarietà orizzontale apre dunque ad un nuovo modello di amministrazione pubblica che supera la dicotomia pubblico-privato in termini di autorità-libertà¹⁹⁴. Tale modello non determina, contrariamente a quanto è stato detto, un arretramento dell'amministrazione per la presenza di un *privato sociale* al quale si affida la tutela di interessi generali¹⁹⁵, spettando sempre ad essa la titolarità delle funzioni, «un ruolo di regolazione, di programmazione, di controllo anche quando non abbia la gestione»¹⁹⁶ e la responsabilità che ha verso la collettività. Al privato sociale, invece, spetta un ruolo di partecipazione all'esercizio dell'attività amministrativa in linea con le modalità di collaborazione disciplinate dal dato normativo.

Quanto detto trova conferma nel Codice del Terzo settore che, come più volte riportato, attua il principio di sussidiarietà orizzontale. Ad esempio, l'art. 55 del Codice stesso consente l'apporto collaborativo del privato sia per la redazione di atti amministrativi programmatici, sia per la redazione di progetti da realizzare con l'amministrazione stessa, nel rispetto dei canoni previsti dalla l. n. 241/1990.

6. - Sintesi conclusiva e transizione al capitolo successivo.

Come anticipato in apertura al presente studio, fra le opere di Feliciano Benvenuti spicca in questo ambito «Il nuovo cittadino», in cui si delinea un nuovo assetto dei rapporti fra pubblico e privato definito «demarchia», ove si riconosce un

¹⁹²G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale, nell'art. 118 u.c. della costituzione*, op. cit., p. 214.

¹⁹³*Ibidem*.

¹⁹⁴G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, op. cit., p. 1753; G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale tra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 20, secondo cui «il principio di sussidiarietà orizzontale libera la relazione giuridica tra i cittadini ed il pubblico potere dal paradigma autorità - libertà». In senso più diffuso, B. SORDI, *Verso la grande dicotomia*, in *Quaderni fiorentini*, n. 45, 2016.

¹⁹⁵G. U. RESCIGNO, op. cit., p. 31; CERULLI-IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op. cit. p. 77, paventa una sostituzione del presupposto di una inefficienza

¹⁹⁶G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, op. cit., p. 1762

maggiore «potere di intervento dei cittadini nell'ambito dell'esercizio delle funzioni»¹⁹⁷.

La demarchia è finalizzata al superamento della crisi dei partiti e di conseguenza delle istituzioni amministrative che non avevano più un organo di vertice che delineasse «orientamenti sugli obiettivi e sul modo di operare». Da ciò si riconosce il ruolo e l'esigenza di coinvolgere nell'esercizio delle funzioni amministrative, in termini di cogestione, le c.d. «istituzioni spontanee», cioè le forme di associazionismo finalizzate alla tutela di interessi collettivi a carattere generale, le quali possiedono «momenti del privato e momenti del pubblico»¹⁹⁸.

Si mostra pertanto la necessità di riconoscere una «libertà attiva» che permetta la partecipazione del cittadino alla funzione, non agendo nel proprio interesse ma guardando alla ricaduta della sua azione «nella collettività»¹⁹⁹. Di conseguenza, per la stessa dottrina menzionata, il cittadino va posto in una posizione di parità con l'amministrazione, soprattutto alla luce della nuova funzione «neutrale»²⁰⁰ dell'amministrazione che assolve nell'esercizio dell'attività di gestione, dando spazio ad attività di carattere economico.

In merito al profilo se riconoscere o meno poteri pubblicistici al *nuovo cittadino* per l'esercizio delle funzioni pubbliche, la dottrina indicata ritiene pur sempre necessario riconoscere all'amministrazione «una funzione amministrativa esercitata in base a un potere unilaterale, temperata però dall'incontro con poteri di più ampia e diversamente orientata autonomia dei privati»²⁰¹.

Si delinea così un'amministrazione «che deve assumere un valore globale: essere un insieme di cittadini e autorità», in cui il «cittadino tende ad essere un interlocutore, anzi l'unico interlocutore capace di interpretare i bisogni e soddisfarli»²⁰².

La forza evocativa del «nuovo cittadino» si sostanzia nella successiva introduzione positiva del principio di sussidiarietà orizzontale, in cui la partecipazione

¹⁹⁷ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, p. 883.

¹⁹⁸ *Ibis*, p. 892.

¹⁹⁹ *Ibis*, p. 913.

²⁰⁰ *Ibis*, pp. 914-915.

²⁰¹ *Ibis*, p. 924.

²⁰² *Ibis*, p. 931.

attiva dei privati appartenenti al Terzo settore nella tutela di interessi generali appare emblematica.

Una nuova prerogativa a favore del privato che si traduce nella possibilità di affiancare (e non certo sostituire) l'amministrazione pubblica nell'esercizio della sua attività. Non si ravvisa pertanto alcuna disparità di trattamento tra chi rimane ancora nella "vecchia" concezione di cittadino, come ad esempio il privato che partecipa al procedimento amministrativo mantenendo la sua posizione di amministrato, e chi invece, limitatamente all'esercizio combinato di funzioni, si trova in una posizione di parità con l'amministrazione²⁰³.

Se il principio di sussidiarietà orizzontale ha realizzato il terreno sul quale innestare i germogli del *nuovo cittadino* come categoria dottrinale, altrettanto grande è stato il pregio del Codice del Terzo settore che ha assolto, come visto, una funzione definitoria del principio in analisi in tutti i suoi aspetti. È proprio grazie al Codice del Terzo settore che si delinea un nuovo modello di amministrazione per un *nuovo cittadino*, permettendo un esercizio congiunto di funzioni amministrative tra pubblico e privato sociale, senza apportare alcuna modifica alla natura dei soggetti in questione (delineata in questa prima parte del lavoro).

Le *premesse* contenute nel presente capitolo consentiranno così di analizzare le modalità specifiche attraverso cui il Codice del Terzo settore disciplina gli istituti di co-programmazione, co-progettazione e convenzioni in materia di servizi sociali²⁰⁴, realizzando un modello peculiare ed innovativo di collaborazione tra P.A. e Terzo settore.

²⁰³Secondo il T.A.R. Bari, (Puglia) sez. III, 12/11/2009, (ud. 11/11/2009, dep. 12/11/2009), n. 2713 si può «ritenere costituzionalmente legittima la previsione normativa regionale (i.e. art. 18 legge Regione Puglia n. 11/2003 e successive modificazioni) in forza della quale maggiori e più ampie sono le deroghe al divieto di chiusura domenicale, maggiore e più intenso è il coinvolgimento delle associazioni esponenziali rappresentative degli interessi della categoria professionale ed imprenditoriale interessata, in quanto espressione della autonoma iniziativa dei cittadini associati per lo svolgimento di attività di interesse generale. Peraltro, se della legittimità costituzionale e della razionalità alla stregua dell'art. 3 Cost. di una ipotetica norma regionale che avesse attribuito alle associazioni rappresentative un potere di "veto" nella fattispecie di cui al comma 5 (rectius individuazione del numero "minimo" dei giorni di apertura domenicale, vale a dire essenzialmente le domeniche del mese di dicembre), dubbi di tal fatta non vi possono essere con riferimento alla disposizione di cui al comma 8 octies che fa riferimento ad ulteriori aperture festive o dominicali in aggiunta alle ulteriori aperture di cui al 3° periodo del comma 5 definite di "concerto" con le associazioni rappresentative».

²⁰⁴ Disciplinati rispettivamente agli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017.

Ciò evidenziato, nel prossimo capitolo si preciserà in che modo tali disposizioni di legge influenzino l'*organizzazione amministrativa* che, come ricorda la dottrina tradizionale, costituisce «un momento che contiene in sé stesso, potenzialmente o effettivamente, tutta la vicenda amministrativa»²⁰⁵, nonché come l'*organizzazione del Terzo settore* debba talvolta attingere dalle regole dell'organizzazione pubblica per entrare in contatto con la P.A.

Sotto il primo profilo, si valuterà se possano instaurarsi relazioni organizzative fra P.A. ed Enti del Terzo settore riconducibili alla nozione classica del *coordinamento amministrativo*, il quale, come noto, presuppone l'equiordinazione dei soggetti interessati²⁰⁶, venendo in rilievo allorché «ci si trova di fronte a una pluralità di attività e di soggetti (o di figure soggettive) di cui l'ordinamento riconosce una qualche autonoma individualità, pur disponendone la armonizzazione ed eventualmente la cospirazione a fini determinati»²⁰⁷.

Si mostrerà poi, sotto il profilo legato all'organizzazione pubblicistica dei soggetti appartenenti al Terzo settore, come gli enti del terzo settore siano portati ad inserire nella loro organizzazione elementi pubblicistici, ulteriori rispetto a quelli imposti dal d.lgs. n. 117/2017, per garantire affidabilità della loro azione ed essere così selezionati dalle amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività di interesse generale attraverso le forme di co-programmazione, co-progettazione e convenzioni per l'affidamento di servizi sociali.

Definito il quadro organizzativo derivante dal nuovo Codice del Terzo Settore, sarà necessario esaminare - come anticipato - gli istituti delle co-progettazione, co-programmazione e delle convenzioni, delineati rispettivamente dagli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017. Occorre fin da subito avvertire che 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»; mentre, la co-progettazione è «finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare

²⁰⁵G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, Padova, p. 529.

²⁰⁶M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 203; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960, p. 224.

²⁰⁷V. BACHELET, voce *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, vol X, Milano, 1962, p. 3.

bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2». Tali due fattispecie sono caratterizzate da un amplissimo tasso di indeterminazione.

Sembra infatti che il legislatore abbia voluto rimettere alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni la definizione di un procedimento volto all'individuazione degli enti del terzo settore con cui co-programmare e co-progettare pur nel rispetto dei principi di imparzialità e libera concorrenza.

Al fine di comprendere la portata degli istituti appena richiamati, nel terzo capitolo si analizzerà il rapporto fra Terzo Settore e l. n. 241/1990, l. n. 328/2000 nonché d.lgs. n. 50/2016; ciò alla luce dei richiami nella norma in esame alla legge sul procedimento amministrativo, alle forme di partenariato e ai principi del Codice dei contratti pubblici, tentando di fornire una possibile interpretazione (in chiave attuativa) dell'art. 55 del Codice del Terzo Settore, così da orientare e imbrigliare per questa via la discrezionalità amministrativa.

In merito alle convenzioni tra particolari enti del Terzo settore²⁰⁸ e pubblica amministrazione per l'affidamento dei servizi sociali, disciplinate dall'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, la norma introduce una procedura di affidamento di servizi sociali di interesse generale - anche di rilievo economico - alternativa e maggiormente discrezionale rispetto a quella disciplinata dagli artt. 112, 142 e 143²⁰⁹, d.lgs. n. 50/2016, al punto che il Consiglio di Stato, nell'esercizio delle sue funzioni consultive, ha paventato la disapplicazione di questa disciplina perché in contrasto con le direttive europee che tutelano la libera concorrenza.

A tale riguardo, nel capitolo IV del presente studio si verificherà se il Codice del Terzo Settore sia in grado di delineare un modello di amministrazione compatibile con i principi fissati dal Codice dei contratti pubblici, nonché dalle direttive comunitarie in materia²¹⁰. In particolare, si esaminerà se il principio di sussidiarietà orizzontale e gli interessi tutelati attraverso i servizi sociali consentano una deroga al principio di libera concorrenza così come stabilito dal d.lgs. n. 50/2016.

²⁰⁸ Associazione di promozione sociale e Organizzazioni di volontariato.

²⁰⁹ L'art. 112, d.lgs. n. 50/2016 prevede una procedura di affidamento riservato alle cooperative sociali di tipo B, mentre gli artt. 142 e 143, d.lgs. n. 50/2016, una procedura riservata solamente per i servizi indicati dall'allegato IX agli ETS che seguono un regime alleggerito in parziale deroga alle procedure ordinarie.

²¹⁰ Direttive 2014/23UE; 2014/24UE; 2014/25UE.

II CAPITOLO

L'organizzazione amministrativa "orizzontale" nel rapporto con il terzo settore

Sommario: 1. *Premessa*. La rilevanza dell'organizzazione amministrativa quale antecedente logico giuridico dell'attività amministrativa. 2. Il modello dell'organizzazione «oggettivamente amministrativa» delineato dal Codice del Terzo settore. 3. L'attrazione pubblicistica del modello organizzativo oggettivato: Il difficile rapporto tra ANAC e fondazioni di origine bancaria e gli elementi qualificanti del privato parte dell'organizzazione pubblicistica. 4. Primi interrogativi di sussunzione del Codice del Terzo settore sotto i canoni tradizionali dell'organizzazione amministrativa. 5. Il modello organizzativo oggettivato della co-progettazione e della co-programmazione al di fuori dei casi di conferimento di potestà pubbliche e di esercizio privato di pubbliche funzioni. 6. Il coordinamento amministrativo nel rapporto tra Amministrazione e Terzo settore.

1. *Premessa*. Rilevanza dell'organizzazione amministrativa quale antecedente logico giuridico dell'attività amministrativa.

Tradizionalmente l'organizzazione amministrativa è stata ritenuta «un momento che contiene in sé stesso, potenzialmente o effettivamente, tutta la vicenda amministrativa»²¹¹. Lo stretto legame tra attività amministrativa ed organizzazione, quali momenti essenziali della nozione di amministrazione pubblica²¹², è stato oggetto

²¹¹ G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, Padova, 1968, p. 529.

²¹² Si delineano due idee di amministrazione: la nozione di amministrazione oggettiva individua l'amministrazione pubblica sulla base del carattere pubblicistico della sua attività, mentre la nozione di amministrazione in senso soggettivo individua l'amministrazione pubblica sulla base delle strutture costituite per lo svolgimento di funzioni amministrative. Si veda, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1958, pp. 20-23.

degli studi di Mario Nigro il quale evidenziò come l'organizzazione non fosse «mera preparazione e possibilizzazione dell'attività sostanziale ma un modo di essere di tale attività, il suo momento iniziale, un congegno e complesso di congegni di orientamento e di direzione di essa»²¹³.

Si tratteggiava pertanto una nozione dinamica di organizzazione: «l'organizzazione come organizzare», che coglie la sua funzione di indirizzo all'attività sostanziale nella sua «attuazione consapevole e creativa»²¹⁴.

In tal senso, tutti i fatti dell'organizzazione, come ad esempio «l'adozione di un regime organizzatorio [...] la scelta del tipo di organo, la determinazione delle competenze dell'organo» sono fatti che «agiscono sull'attività e ne condizionano lo sviluppo», istituzionalizzando così la scelta sostanziale²¹⁵ e «la misura dell'attività risulta solo dalla scelta organizzativa»²¹⁶.

Dall'analisi della dottrina in tema, si delinea una strumentalità dell'organizzazione rispetto all'attività amministrativa, che viene alimentata progressivamente e «continuamente la trasforma per adattarla ai mutevoli bisogni della collettività»²¹⁷ dove la struttura prodotta è «l'aspetto effettuale del fatto»²¹⁸, ossia del farsi dell'organizzazione.

In questo modo l'organizzazione amministrativa si manifesta come un complesso di mezzi per la cura degli interessi generali che non si pone al di fuori del territorio, delle relazioni e delle ragioni del gruppo sociale²¹⁹ bensì consiste nello «sviluppo logico di esse e si pone nei loro confronti quale elemento integratore e potenziatore»²²⁰, rafforzandone il tessuto sociale. Si ricorda che l'organizzazione è modellata sugli interessi che deve curare e allo stesso tempo deve essere considerata come un mezzo per realizzare i pubblici interessi, senza assolvere una funzione di «mera preparazione»

²¹³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 130.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 131.

²¹⁵ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 132 che riprende G. Guarino, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1962, p. 59.

²¹⁶ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 264.

²¹⁷ M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 109.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*, l'organizzazione rappresenta il «modo d'essere di un gruppo organizzato»

²²⁰ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 117.

o di «possibilizzazione dell'attività sostanziale»²²¹. Essa, infatti, è una «presa di coscienza dei fini»²²², una prefigurazione dell'attività e modo di essere di questa.

Da ciò si desume come l'organizzazione amministrativa rappresenti un antecedente logico giuridico dell'attività, rendendo necessaria una sua preliminare disamina rispetto all'attività stessa.

Occorre pertanto analizzare che tipo di organizzazione amministrativa il codice del Terzo settore esprima, avendo introdotto particolari modalità organizzative dei pubblici poteri attraverso il ricorso a specifici «ausiliari dei poteri statali»²²³.

Ma il concetto di organizzazione amministrativa non ha un significato univoco, potendosi ricavare dall'analisi della dottrina una vera e propria polisemia²²⁴.

Perciò, merita sin d'ora evidenziare quale tra i vari significati bisogna tenere in considerazione per l'indagine che in questo capitolo si intende svolgere.

L'organizzazione amministrativa può essere intesa come «attività di creazione o modificazione dei centri di riferimento delle situazioni giuridiche di diritto amministrativo»²²⁵, come «organizzazione di attività per scopi collettivi determinati»²²⁶, come «realizzazione dei fini stabiliti dagli atti che incorporano scelte di indirizzo politico concernenti la collettività»²²⁷ o come «esercizio della funzione amministrativa dei pubblici poteri»²²⁸.

Tra i vari significati indicati di organizzazione amministrativa è proprio quest'ultimo che si utilizzerà per il presente studio. Riprendendo una nota espressione di Massimo Severo Giannini, ciò che si intende porre al centro dell'attenzione in questa parte del lavoro è la «formula organizzatoria»²²⁹ dei pubblici poteri, rappresentata dalla norma

²²¹ M. NIGRO, *Ibis.*, p. 118.

²²² *Ibidem.*

²²³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 176, nell'ambito delle imputazioni formali e di risultato dell'agire amministrativo, ossia del «Munus», indaga sulle modalità attraverso le quali la pubblica amministrazione per la tutela degli interessi pubblici si rapporta ai privati che mantengono dal punto di vista organizzativo un'autonomia rispetto alla pubblica amministrazione, individuando la figura degli «ausiliari dei poteri statali».

²²⁴ Ciò è posto in evidenza da G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 2013, pp. 2 e ss.

²²⁵ G. PALEOLOGO, voce *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 138.

²²⁶ G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO - A. BARBERA, Bologna, 1984, pp. 578 -579.

²²⁷ *Ibidem.*

²²⁸ C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, p. 73.

²²⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 107. Secondo l'autore, la formula organizzatoria è un'«espressione con cui si enuncia un insieme di precetti che regolano rapporti organizzativi»,

organizzativa di «conformazione»²³⁰ attraverso cui non solo si attribuisce la «qualità di funzionario pubblico» o di «titolare di funzione pubblica»²³¹, ma si definiscono anche «certi rapporti giuridici come rilevanti a fini pubblici»²³².

2. Il modello dell'organizzazione «oggettivamente amministrativa» delineato dal Codice del Terzo settore.

Poste queste premesse²³³, la formula organizzatoria o il modello organizzativo²³⁴ che sembra meglio esprimere quanto indicato nel Titolo VII²³⁵ del d.lgs. n. 117/2017 è quello dell'«organizzazione oggettivamente amministrativa»²³⁶, secondo cui le formule organizzatorie o i modelli organizzativi non vengono identificati «con gli apparati burocratici strutturalmente preposti dall'ordinamento al servizio delle pp.aa. in senso soggettivo», isolandoli sia dal resto dei soggetti pubblici che esercitano funzioni giurisdizionali e legislative sia dal resto dei soggetti privati²³⁷.

escludendo che essa possa definirsi un principio, essendo un «gruppo di precetti collegati ad un precetto centrale o da questi derivati».

²³⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 108. L'autore distingue due norme organizzative: relazionali e conformative. Le prime attribuiscono situazioni giuridiche regolando, le norme conformative, invece, definiscono i «modi con cui la cura degli interessi pubblici è distribuita tra gli uffici dell'apparato».

²³¹ *Ibidem*.

²³² *Ibidem*.

²³³ Si riporta una tipica espressione di G. D. ROMAGNOSI in A. DE GIORGI, *Opere di G.D. Romagnosi*, Vol. III.P.II., Milano, 1845, p. 431.

²³⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., pp. 107-109 utilizza la locuzione «formula organizzatoria» piuttosto che «modello organizzativo». Quest'ultimo termine invece è utilizzato da F.G. COCA, *Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 53.; il significato è equipollente.

²³⁵ Si ricorda, il Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017 riporta «Dei rapporti con gli enti pubblici» in cui sono inseriti gli istituti di co-programmazione e co-progettazione, ai sensi dell'art. 55 e l'istituto delle convenzioni ex art. 56.

²³⁶ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2, 2020, p. 550.

²³⁷ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, op. cit., p. 549, con dovizia ricorda i principali sostenitori dell'idea di organizzazione amministrativa soggettivata: F.G. COCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, p. 441: «l'organizzazione amministrativa, come complesso degli uffici (elementari strutture organizzative) che svolgono la funzione di amministrazione, è ciò che si denomina Amministrazione in senso soggettivo»; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 3): «amministrazione in senso soggettivo, dunque, equivale a dire organizzazione amministrativa».

Per «organizzazione oggettivamente amministrativa» s'intende dunque «il complesso dei numerosi apparati (ossia delle diverse specifiche organizzazioni) che svolgono funzioni (cioè insieme di compiti) definibili “amministrative”»²³⁸.

Tale idea di organizzazione amministrativa è stata elaborata prendendo come riferimento quella dottrina secondo cui è opportuno parlare di organizzazione amministrativa muovendo «oggettivamente dalle funzioni», considerando in questo modo «gli apparati organizzativi deputati a – e modellati su – quella specifica categoria di funzioni»²³⁹, senza premettere la descrizione dell'organizzazione alle funzioni amministrative.

Del resto, la valorizzazione della funzione amministrativa quale *prius* logico della definizione di organizzazione è considerata anche da un'altra parte della dottrina secondo cui «i disegni organizzativi si compongono di tre tipi di proposizioni prescrittive: la definizione della funzione, la definizione dell'elemento di articolazione della funzione, la determinazione de rapporti tra gli elementi medesimi»²⁴⁰.

Il dibattito tra la concezione di un'organizzazione amministrativa in senso soggettivo o in senso oggettivo sembra oggi risolversi attraverso l'analisi del dato positivo, influenzato dalla *vis* argomentativa e dalla «forza delle idee»²⁴¹ della dottrina ricordata, espressione della tradizione giuridica.

Ebbene, come anticipato, il Codice del Terzo settore sembra esprimere al meglio l'idea di un'organizzazione amministrativa in senso oggettivo.

²³⁸ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9a ed., Bologna, 2019, p. 257.

²³⁹ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, op. cit., p. 550 rielabora magistralmente il pensiero di D. Sorace, evidenziando che per «funzione amministrativa» s'intendono quelle funzioni esercitate dalle Amministrazioni di regolazione, dalle Amministrazioni delle prestazioni, dalle amministrazioni delle funzioni strumentali e dalle Amministrazioni delle funzioni ausiliarie, individuando, di conseguenza, «modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni di regolazione»; «modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni di prestazione»; «modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni strumentali» e i «modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni ausiliarie».

²⁴⁰ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, pp. 26-27.

²⁴¹ «La forza delle idee vince quella delle armi». Nota espressione di D. SASSI, *Il conte Camillo Benso di Cavour*, Torino, 1873, p. 13, il quale, ripercorrendo i fatti storici più importanti dell'epoca, come la guerra di indipendenza americana e la rivoluzione francese in cui la forza ideologica battè la forza bruta per la sua superiorità, attribuisce a Cavour il pregio di aver infuso «quei lumi ch'egli recava oltremare» al servizio della pubblica amministrazione con forza d'animo e argomentativa, dopo il suo ritorno a Torino dall'Inghilterra, «affinchè si destasse sulle rive del Po quel movimento e quella vita che aveva ammirato su quelle del Tamigi».

Il d.lgs. n. 117/2017, infatti, valorizzando il ruolo degli Enti del Terzo settore nello svolgimento delle attività di interesse pubblico da parte della pubblica amministrazione, introduce attraverso gli istituti della co-programmazione, della co-progettazione e delle convenzioni un modello organizzativo dei pubblici poteri in cui interviene il soggetto privato che si pone in una posizione sostanzialmente paritaria con la pubblica amministrazione, limitatamente alle attività richiamate dagli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017²⁴². Ed in effetti, dalla lettura dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017 si desume come il legislatore abbia voluto coinvolgere non solo sul piano dell'attività, ma su tutto l'assetto dei poteri della pubblica amministrazione, compresa la sua organizzazione, un soggetto che ha forma e natura privatistica, escludendolo dal novero, come già visto, delle pubbliche amministrazioni quale presupposto per il ricorso all'amministrazione in senso soggettivo.

Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, gli istituti della co-programmazione, della co-progettazione e delle convenzioni per l'affidamento dei servizi sociali rappresentano formule organizzative della pubblica amministrazione che attribuiscono agli enti del Terzo settore il dovere, sempre su scelta di autonomia privata, di svolgere attività di *ausilio* alle funzioni amministrative senza utilizzo del potere. Basti pensare a come attraverso la co-programmazione l'Ente del Terzo settore partecipi alla redazione di un atto amministrativo generale²⁴³ volto ad individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi necessari, le modalità di realizzazione degli stessi e le risorse disponibili²⁴⁴; o, ancora, a come nella co-progettazione l'ente del terzo settore sia chiamato a definire o a realizzare «specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione»²⁴⁵ o, infine, a come attraverso le convenzioni, disciplinate dall'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, lo stesso ente del terzo settore sia chiamato a sostituire le pubbliche amministrazioni nell'esercizio di un'attività di servizio²⁴⁶.

²⁴² Cfr. cap. 1 e cap. 3.

²⁴³ Atto che, al pari del regolamento, è esercizio del «potere di organizzare», rientrando l'organizzazione tra le competenze dei regolamenti, ad esempio degli enti locali (art. 117 comma 6, Cost.). Sul punto vedi M.S GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., pp. 335-357; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 381-382 e D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni. Una introduzione*, op. cit., pp. 267-270

²⁴⁴ Art. 55 comma 2, d.lgs. n. 117/2017.

²⁴⁵ Art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017.

²⁴⁶ Tale profilo sarà analizzato più nello specifico nel cap. 3.

Invero, come è stato evidenziato da parte della dottrina²⁴⁷, mediante l'analisi del dato positivo si assiste ad un vero e proprio superamento della centralità dell'ente pubblico sul piano dell'organizzazione amministrativa, verificandosi sul piano materiale e giuridico un'organizzazione esterna all'autorità²⁴⁸. Ciò grazie a quanto stabilito dalla riforma del titolo V, parte seconda della Costituzione, con particolare riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale, disciplinato come visto più volte dall'art. 118 comma 4 Cost. ed attuato dal d.lgs. n. 117/2017. L'obiettivo di favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»²⁴⁹ permette di collocare l'organizzazione pubblica, funzionale alla tutela dei pubblici interessi, «nell'ambito della società»²⁵⁰. Del resto, già prima dell'avvento della modifica del Titolo V menzionata, la dottrina aveva già teorizzato l'idea di un'amministrazione oggettivata, tenendo in considerazione la necessità di una partecipazione attiva del privato all'esercizio della funzione amministrativa²⁵¹. La stessa dottrina evidenziava che nella società della fine degli anni Settanta del secolo scorso, si cominciava a concepire diversamente il rapporto tra individuo e gruppo in termini di maggiore libertà rispetto a determinati «valori sociali» come «l'autoritarismo»²⁵², evidenziando una insofferenza derivante dal rapporto gerarchico tra amministrazione ed individuo. La

²⁴⁷ L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Diritto dell'economia*, n. 98, 2019, pp. 59 e ss.

²⁴⁸ Il rapporto tra autorità e libertà è stato più volte al centro del dibattito dottrinale classico e moderno. Come è noto, l'autorità è rappresentata dalla pubblica amministrazione che esercita un potere finalisticamente vincolato all'esercizio dell'attività regolata dal diritto amministrativo per tutelare interessi pubblici. Il potere è definito autoritativo in quanto, se esercitato, modifica la situazione giuridica soggettiva dei destinatari a prescindere dal loro consenso. Ciò a differenza delle libertà che caratterizzano i soggetti privati nello svolgimento delle proprie attività. Attività che per modificare la situazione giuridica soggettiva altrui necessita, invece, di un consenso (cosa diversa per le potestà). In merito al rapporto autorità/libertà, F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, op. cit., pp. 27-33; AA.VV., *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione Atti di convegno. Salerno, 14-15 novembre 2014*, (a cura di) S. PERONGINI, Torino, 2014. B. Sordi, *Rappresentanza, Organo, Organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, xxxvii 2008; S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983; A ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, Messina, 1981; F. Benvenuti, *L'organizzazione impropria della P.A.*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949. Per un'indagine storiografica tra i tanti: G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980.

²⁴⁹ Art. 118, comma 4, Cost.

²⁵⁰ L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Diritto dell'economia*, n. 98, 2019, p. 60.

²⁵¹ F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, p. 3476.

²⁵² *Ibis*, p. 3467.

posizione gerarchica dell'amministrazione rischiava allora di canonizzare il rapporto con il privato «sotto un profilo soggettivo anziché come un rapporto di coordinazione di atti e comportamenti aventi valori diversi»²⁵³ secondo modalità stabilite dalla legge. In questa realtà organizzativa eccessivamente gerarchizzata si valorizzava, dunque, il potere del soggetto, piuttosto che il potere dell'atto, comportando che le costrizioni della libertà fossero concepite come «un rapporto di soggezione di un individuo ad un altro anziché come un rapporto di soggezione di entrambi gli individui rispetto ad una necessità che li trascende»²⁵⁴ come la legge stessa. Di conseguenza, l'attività della pubblica amministrazione risultava appannaggio della volontà del detentore del potere, attribuendo la legge, quale volontà generale obiettivata, «poteri liberi»²⁵⁵, così da rendere molto più complesso un controllo di legalità del privato sia sulla scelta degli obiettivi che sul contenuto degli atti amministrativi, non essendo presenti canoni certi. Ciò ha determinato l'estraniamento del singolo dall'attività della pubblica amministrazione, facente parte oramai di «una casta di mandarini soggettivante il potere dalle sue più generali alle sue più minute forme di potere»²⁵⁶.

L'amministrazione per superare la dimensione soggettiva appena indicata avrebbe dovuto recuperare, come poi è accaduto, una dimensione orizzontale, in cui valorizzare il momento oggettivo dell'azione, attraverso l'esercizio di funzioni compartecipate dal cittadino per co-definire lo spazio di azione della stessa amministrazione e concorrere alla definizione dei compiti di ogni ente pubblico (nel rispetto della legge)²⁵⁷. Nel modello organizzativo appena delineato assume un ruolo centrale la partecipazione del cittadino all'esercizio delle funzioni, superando la qualifica di destinatario dell'azione amministrativa e acquisendo conseguentemente un ruolo attivo. L'atto (espressione di questo nuovo modello organizzativo della pubblica amministrazione) è rappresentato dalla programmazione in cui privato e

²⁵³ *Ibis*, p. 3468.

²⁵⁴ *Ibis*, p. 3469.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ibis*, p. 3474. Occorre evidenziare che Benvenuti in questo modello oggettivo mette in relazione l'amministrazione e la legge. La legge, infatti, deve essere oggettivizzata quanto l'amministrazione mediante - anche in questo caso - la partecipazione dei cittadini per definire il suo contenuto. La legge, per superare il modello soggettivo sopra delineato - e criticato dall'autore - non deve solamente attribuire un potere all'amministrazione ma ha il dovere di attribuire i compiti e predeterminare i risultati. Di conseguenza, l'azione amministrativa, intesa «come esecuzione» del dettato normativo, si baserà sull'esercizio di funzioni non essendo più espressione di poteri nell'ambito di materie.

pubblica amministrazione devono individuare gli obiettivi e gli interventi necessari per realizzare i pubblici interessi attribuiti *ex lege* all'ente pubblico²⁵⁸.

La teoria richiamata da ultimo, sebbene elaborata in assenza di una legge sul procedimento amministrativo²⁵⁹, è di grande attualità in relazione alle lacune tuttora esistenti sulla partecipazione del cittadino agli atti amministrativi generali. Lacune rappresentate da una disciplina settoriale (l. n. 328/2000 o l. n. 1150/1942) o rimessa alla decisione della singola amministrazione²⁶⁰ in forza dell'esclusione dell'art. 13, l. n. 241/1990 agli istituti del capo III della partecipazione procedimentale.

Il modello oggettivo di organizzazione amministrativa teorizzato sembra essere fatto proprio dal legislatore nel d.lgs. n. 117/2017, il quale generalizza per la prima volta una disciplina della co-programmazione per lo svolgimento delle attività di interesse generale indicate nell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, coinvolgendo gli enti del terzo settore, soggetti privati, nell'individuazione degli obiettivi e nella distribuzione dei compiti all'interno dell'amministrazione che ha emanato l'atto generale. La dottrina più tradizionale aveva già ritenuto «indilazionabile provvedere ad una definizione legislativa del modo con cui i cittadini, in quanto singoli o in quanto *associati*, possono concorrere all'attività amministrativa [...] nel momento di definizione degli obiettivi, ciò che avviene nel procedimento di programmazione»²⁶¹,

Si auspicava pertanto che venisse introdotto un modello di associazione di rappresentanti dei cittadini negli organi dell'amministrazione²⁶², valorizzando in tal modo il Terzo settore inteso, come più volte ricordato, quale interprete e rappresentante dei bisogni sociali, visto lo spiccato carattere solidaristico²⁶³. Ma c'è di più. La medesima dottrina già rilevava che «la obiettivazione dell'amministrazione non sarebbe tuttavia raggiunta se, oltre la partecipazione sul piano della definizione dello spazio della sua azione e, quindi, sul piano di un concorrere dei cittadini alla

²⁵⁸ In tema, F. G. COCA, *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, pp. 10 - 19, in cui si afferma che l'interesse pubblico è così qualificato quando è cristallizzato in una disposizione di legge.

²⁵⁹ Tale assenza era espressione di un'amministrazione che si poneva in una posizione gerarchica nei confronti del cittadino non tanto sul lato del carattere autoritativo del potere, necessario per l'esercizio della sua funzione, ma piuttosto sul piano della libertà ed insindacabilità della sua azione. In tema, tra tutti, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, pp. 221 e ss.

²⁶⁰ In tema, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, *passim*; M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, *passim*.

²⁶¹ F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, *op. cit.*, p. 3475.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ V. TONDI DELLA Mura, *Riforma del Terzo Settore e principio di sussidiarietà*, in *Non profit paper*, n. 3, 2017, p. 48 e ss.; Dello stesso avviso, C. Cost., sent. n. 75/1992.

definizione dei compiti, non vi fosse anche una immediata partecipazione loro nel momento della realizzazione di quei compiti»²⁶⁴. Immediato e diretto appare dunque il richiamo all'istituto della co-progettazione, previsto anche in questo caso dall'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, nel quale si evidenzia, appunto, l'apporto collaborativo dell'ente del Terzo settore nella realizzazione sul piano progettuale o esecutivo degli obiettivi individuati mediante co-programmazione.

Attraverso il Codice del Terzo settore si delinea così un modello organizzativo in cui può dirsi che l'«intero assetto dei poteri è funzionalizzato alla persona»²⁶⁵, rappresentando il privato cittadino (sociale) l'elemento cardine. Di conseguenza, tale modello si allontana da una concezione soggettivistica di organizzazione, incentrata sull'elemento autoritario della pubblica amministrazione, accogliendo un modello organizzativo «funzionale non allo Stato (o all'autorità in genere) ma al popolo in generale ed all'attuazione dell'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che costituiscono la funzione stessa dell'ordinamento e dell'autorità»²⁶⁶. Il collegamento ai doveri solidaristici circoscrive la qualifica del privato cittadino, collocandolo nell'alea del Terzo settore, espressione, come più volte evidenziato, del luogo in cui si adempie il dovere solidaristico enunciato dall'art. 2 Cost²⁶⁷.

Dall'analisi del dato positivo si deduce un rapporto organizzatorio di equiordinazione che descrive una posizione di *tendenziale parità* tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione limitatamente al profilo teleologico della loro attività, finalizzata allo svolgimento di attività di interesse generale. Tale equiordinazione tra soggetto pubblico e privato si manifesta nella realtà giuridica attraverso l'introduzione di un rapporto procedimentale di strumentalità della figura soggettiva privata nei confronti di quella pubblica, ammettendo, come si vedrà in

²⁶⁴ F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, op. cit., p. 3475.

²⁶⁵ L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, op.cit., p. 57

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ Cfr. Cap. I. Per F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella "formazione sociale" "organizzazione pubblica*, in F. MANGANARO, A. R. TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004, pp. 155 e ss., il privato sociale è elemento essenziale dell'organizzazione amministrativa, a partire dall'art. 2 Cost., essendo nato per assolvere funzioni solidaristiche di interesse generale. In merito al rapporto tra art. 2 Cost. e organizzazione amministrativa si veda M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e Amministrazione*, n. 1, 2020, pp. 28-46.

seguito, anche un elemento di sovraordinazione tra le due figure, nel rispetto della loro (diversa) natura e dei mezzi mediante i quali raggiungere fini di interesse generale²⁶⁸. Dal testo dell'art. 55 comma 2, d.lgs. n. 117/2017, quanto alla co-programmazione, si evince che il ruolo del terzo settore consiste nel conferire un apporto conoscitivo alla pubblica amministrazione per l'individuazione «dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili», mentre per la co-progettazione il terzo settore potrà definire ed eventualmente realizzare «specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione», ai sensi del comma 3, art. 55, d.lgs. n. 117/2017. Il rapporto tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione, rappresentato dal CTS, evidenzia pertanto il ruolo *ausiliare* del terzo settore nell'esercizio delle funzioni di quest'ultima, senza che vi sia uno spostamento d'asse di *ruolo e competenza* dell'amministrazione stessa.

La disposizione di legge appena analizzata prevede che gli atti di co-programmazione e di co-progettazione siano svolti dalle pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5», precisando poi al comma 2 dell'art. 55 che la co-programmazione è finalizzata all'individuazione, *da parte* della pubblica amministrazione procedente». Ciò conferma quanto sopra evidenziato, ossia che l'ente del terzo settore nella dinamica organizzativa e di attività dettata dal principio di sussidiarietà orizzontale non prevede alcuna sostituzione dell'amministrazione, che mantiene la competenza e le sue prerogative.

Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, l'ente del terzo settore potrà eventualmente sostituire la pubblica amministrazione nel caso in cui essa decida di esternalizzare un proprio servizio o parte della sua funzione istruttoria, ma tale evenienza sarà frutto di una scelta libera o necessitata della pubblica amministrazione

²⁶⁸ Come visto nel Cap. I, si parla di parità solo ed unicamente rispetto al fine di interesse pubblico che devono realizzare. All'Amministrazione però spetterà sempre il compito di realizzare i fini di interesse pubblico mediante l'utilizzo del potere, precluso al privato. Infatti, riprendendo la teoria S. VALENTINI, *Figure, Rapporti, modelli organizzatori*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. IV, Padova, 1996, pp. 100 e ss., tale rapporto organizzatorio può essere sussunto in quello di ausiliarità, contemplando assenza di gerarchia ma presenza di coordinamento dove i soggetti di questo rapporto sono considerati in una posizione di parità e finalizzati al raggiungimento di un unico obiettivo di interesse pubblico.

nell'esercizio delle sue funzioni, senza appunto che la legge sposti alcun asse di attribuzione e competenza. Espressione plastica di tutto ciò si ritrova nell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, che prevede la possibilità per le PA di sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e con le associazioni di promozione sociale «convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato»²⁶⁹.

Come anticipato, sebbene il modello organizzativo oggettivato, di cui il codice del terzo settore è espressione, consideri come elemento essenziale l'equiordinazione tra pubblica amministrazione e privato sociale, limitatamente all'apporto dato alla pubblica amministrazione nello svolgimento delle attività di interesse generale nelle forme indicate dagli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017, occorre evidenziare che tale modello non stravolge il rapporto tra autorità-libertà²⁷⁰ che caratterizza il rapporto tra cittadino e amministrazione sia sul lato dell'attività che su quello dell'organizzazione.

Come si evince dal dato normativo appena esaminato, l'organizzazione oggettivata non muta né il titolare dell'«attribuzione» pubblica, con la quale la norma assegna la cura dell'interesse pubblico ad un centro²⁷¹, né il titolare della competenza, ossia del «frazionamento»²⁷² di attribuzioni, che si esprime attraverso la ripartizione di potere amministrativo tra gli uffici del centro che ha ottenuto *ex lege* la cura dell'interesse pubblico.

²⁶⁹ Tale profilo sarà meglio precisato nel nel Cap. IV.

²⁷⁰ Sul punto, come si vedrà nel Cap. III, secondo A. POLICE, *Autorità e libertà: riflessioni marine su un conflitto antico*, in in F. MANGANARO, A. R. TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004, pp. 216 -220, il rapporto autorità libertà è espresso in termini di capacità da parte della p.a. di esercitare il proprio potere autoritativo nella tutela dei pubblici interessi è un punto fermo ed ineliminabile. Dello stesso avviso, M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in F. MANGANARO, A. R. TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004, p. 79.

²⁷¹ B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, p. 88.

²⁷² *Ibis*, p. 91. In tema, tra i tanti, A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001; A. ORSI BATTAGLINI, *Recensione a A. Pioggia, La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, in *Dir. pubbl.*, 2002.

La discrezionalità organizzativa e il relativo potere resteranno sempre in capo all'ente pubblico²⁷³, secondo gli spazi offerti dalla legge²⁷⁴, delineando solamente una diversa struttura dell'organizzazione amministrativa²⁷⁵ che si esprime attraverso una diversa *governance* partecipativa. La qualifica del privato sociale come elemento - essenziale - attivo dell'organizzazione amministrativa supera la tradizionale dicotomia tra pubblico e privato in termini di non ingerenza del secondo nell'esercizio del potere del primo.

Il modello organizzativo oggettivato espresso dal più volte menzionato codice del terzo settore conferma quanto già indicato in precedenza. Si è evidenziato infatti come il principio di sussidiarietà orizzontale ed il d.lgs. n. 117/2017, sua espressione, abbiano allentato le maglie del rapporto autorità - libertà²⁷⁶, liberando il cittadino da un ruolo meramente passivo circa la tutela dei beni giuridici richiamati dai pubblici interessi e dagli interessi generali quali fini della loro azione²⁷⁷. Il codice sembra dunque delineare sul piano organizzativo una posizione certamente più forte del privato nei confronti della pubblica amministrazione limitatamente all'esercizio condiviso di un'attività finalisticamente vincolata alla realizzazione di interessi generali, stemperando le dinamiche antagoniste presenti fisiologicamente nel procedimento amministrativo²⁷⁸. È noto che, nelle dinamiche partecipative presenti nella l. n. 241/1990, il privato si pone anche in funzione contraddittoria²⁷⁹ rispetto alla

²⁷³ In tal merito, M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in F. MANGANARO, A. R. TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004, p. 79, che, analizzando il rapporto tra privato e pubblica amministrazione nel procedimento amministrativo riporta una celebre frase di V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1982, p. 301, secondo cui «il potere amministrativo non muta né può mutare in ragione del suo *imperium* sol perché il popolo partecipa al procedimento amministrativo».

²⁷⁴ Si parla infatti di discrezionalità organizzativa. Sul punto, R. VILLATA- M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 94, in cui gli autori evidenziano la differenza tra la mera discrezionalità tecnica e quella di organizzazione. C'è chi parla invece in termini di «potere di organizzazione», A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, voce in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, pp. 4027 - 4028.

²⁷⁵ In questi termini S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali*, in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2003, pp. 155 e ss.; M. CONTICELLI, *Il ruolo amministrativo dei privati*, in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2003, pp. 247 e ss.

²⁷⁶ In tema, G. PRETEROSSO, *La metamorfosi del nesso autorità-libertà*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità libertà*, Torino, 2017, pp. 191 - 1999; AA.VV. *Autorità e libertà nel divenire della storia*, Bologna, 1971.

²⁷⁷ Nel Cap. I si è evidenziato che interesse pubblico ed interesse generale non divergono circa il bene giuridico da tutelare ma solamente nelle modalità di esercizio di questa tutela.

²⁷⁸ Ciò sarà analizzato nel Cap. III.

²⁷⁹ Secondo A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, F. G. Scoca, *Diritto amministrativo, op. cit.*, p. 220, la funzione contraddittoria del privato assolve una funzione di garanzia, «tutelando il partecipante

p.a. propendendo per la tutela di un interesse «egoistico»²⁸⁰, «per nulla preoccupandosi delle ricadute che ciò possa avere sul piano generale»²⁸¹. Si è sottolineato, infatti, che «il rapporto amministrativo è il luogo fisiologico della tensione alimentata dal confronto tra tutti i soggetti portatori di interessi diversi»²⁸².

Nel *farsi* del rapporto tra terzo settore e pubblica amministrazione, invece, si ribadisce che entrambi questi soggetti propendono unicamente per la tutela di un

e l'interesse di cui è titolare». Tale funzione è solo una faccia della partecipazione, assolvendo essa anche una funzione di «collaborazione», «arricchendo con le proprie prospettazioni la quantità e la qualità delle informazioni a disposizione della pubblica amministrazione».

²⁸⁰ S. COGNETTI, “Quantità” e “qualità” della partecipazione, Milano, 2000, pp. 120 e ss., evidenziando il doppio volto della partecipazione finalizzata ad assolvere una funzione di tutela e di collaborazione, afferma che sebbene il privato partecipi «con l'intento di tutelare il proprio interesse», tale partecipazione sarà più incisiva svolgendo un *ruolo costruttivo* per permettere la «razionale e sistematica raccolta e organizzazione del materiale di ponderazione», qualificando la funzione collaborativa necessaria per tutelare in maniera appropriata la loro situazione giuridica soggettiva. Secondo l'Autore infatti «la questione di fondo non riguarda prioritariamente la *funzione di tutela* o la *funzione di collaborazione*» della partecipazione ma l'esigenza di un «rigoroso accertamento delle premesse di fatto all'esercizio del potere». Merita evidenziare che per G. CORSO, *Conclusioni, in L'attuazione della legge 241/90. Risultati e prospettive, atti del Convegno dell'Università di Macerata, 21-22 giugno 1996*, Milano, 1997, p. 58, lo scopo della partecipazione è «quello di tutelare chi vi partecipa» e non di «migliorare il prodotto». Tale orientamento è criticato da S. COGNETTI, *ult. op. cit.* Anche E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Perugia, 1984, p. 65 valorizza la «componente di fatto» necessaria per la decisione amministrativa. Secondo Cardì, «è in definitiva alla *componente di fatto* della manifestazione che occorre guardare per identificare la fissazione di valore che riceve tanto l'interesse del soggetto della rappresentazione, quanto ogni altro interesse a questo ricollegato su un piano *relazionale*». Il procedimento è infatti «un *campo di rappresentazioni*».

²⁸¹ V. MOLASCHI, *Persona ed amministrazione: “prove di solidarietà”*, in F. MANGANARO, A. R. TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004, p. 299, la quale riprende le parole di R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2014, pp. 135e ss. S. Cognetti, “Quantità” e “qualità” della partecipazione, Milano, 2000, p. 131, auspica che si superi questa condizione. Secondo l'Autore, «coloro che - del tutto legittimamente - non sono dotati di alcun intento civico di “migliorare il prodotto”, farebbero bene, nel loro interesse, a fare di necessità virtù, assumendo anche la veste di cittadini (e, contestualmente, non perdendo di vista gli obiettivi dell'amministrazione)». Sul comportamento imparziale e secondo i canoni del buon andamento del privato che riscopre la dimensione di cittadino all'interno del procedimento amministrativo, F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee e prospettive*, Padova, 1996, *passim*.

²⁸² G. COMPORTE, *Amministrazione e cittadino*, in F. MANGANARO, A. R. TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004, p. 24., riferendosi alla tensione tra interessi privati e pubblici.

interesse di ordine generale, non potendo essere la loro attività finalizzata diversamente; per legge²⁸³ o da Statuto²⁸⁴.

Il (nuovo) modello organizzativo introdotto nel 2017, dalla lettura dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, tende a superare le criticità che caratterizzano la l. n. 241/1990 nel rapporto tra forze sociali, «istituzionale e stabile forma di rappresentazione di interessi emergenti»²⁸⁵, e pubblica amministrazione che, valorizzando la funzione contraddittoria della partecipazione, limitano la facoltà di partecipazione. Basti pensare che l'art. 9, l. n. 241/1990 consente la partecipazione al procedimento amministrativo di «enti esponenziali di interessi collettivi, previamente individuati attraverso un sistema di qualificazione in via amministrativa»²⁸⁶ unicamente se derivi

²⁸³ Così si pone l'attività della pubblica amministrazione in forza del principio di legalità (come si è avuto modo di precisare la Cap. I). In particolare, «ogni autorità del potere pubblico è addetta alla cura di un interesse pubblico, che per essa è un interesse primario» secondo quanto stabilito dalla legge. Così M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1966, pp. 14 e ss. In tema, S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, pag. 234. F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), Torino, 2004; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007; M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2013; F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi.it*, 2015.

²⁸⁴ Dal punto di vista civilistico lo statuto delle associazioni, art. 16 c.c., secondo cui «L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione. Devono anche determinare, quando trattasi di associazioni, i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione; e, quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite. L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro trasformazione», determina lo scopo dell'ente. Tale previsione è rafforzata per la costituzione degli ETS in quanto il loro Statuto deve contenere gli interessi generali che intende tutelare, vincolando secondo norme di diritto civile la loro azione. Secondo l'art. 21 comma 1, d.lgs. n. 117/2017, infatti « L'atto costitutivo deve indicare la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale; la sede legale il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica; le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti; i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta; la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di estinzione; la durata dell'ente, se prevista».

²⁸⁵ G. COMPORTELLI, *Amministrazione e cittadino*, op. cit., 26

²⁸⁶ *Ibis*, p. 25. In particolare, come evidenziato da V. CERULLI - IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op. cit., p. 348, sebbene la norma erroneamente faccia riferimento ad interessi diffusi, in quanto «interessi privi di titolare» (Cons. St., VI, 1 luglio 2008, n. 3507), si rivolge ai titolari di interesse collettivo, costituito come «istituzione», ossia come «centro di riferimento organizzativo» deputato alla cura di un interesse che abbia «la più varia natura giuridica» come le associazioni o le associazioni non riconosciute. Immediata sembra la correlazione con gli enti del terzo settore essendo la loro attività finalizzata alla tutela di interessi generali indicati nell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017 mediante il ricorso a diverse figure giuridiche soggettive, secondo le previsioni dell'art. 4, d.lgs. n. 117/2017

ad essi «un pregiudizio dal provvedimento»²⁸⁷, evidenziando la *tensione* tra interessi pubblici e privati nella partecipazione²⁸⁸ e la sua funzione difensiva, contrariamente alla filosofia collaborativa del codice del terzo settore in termini di partecipazione attiva e massima degli enti del terzo settore alla tutela dei (*sol*i) pubblici interessi o interessi generali²⁸⁹. Ciò consente di ottenere tutti gli elementi necessari all'«esercizio di fatto del potere»²⁹⁰, senza limitare tale acquisizione relegando la partecipazione del privato sociale alla titolarità di un interesse legittimo oppositivo²⁹¹ nei confronti dell'amministrazione.

Il modello oggettivo introdotto dal principio di sussidiarietà sembra ricalcare il modello organizzativo di sussidiarietà dinamica da lui stesso enunciato²⁹². Tale modello prende forma dalla capacità della sussidiarietà orizzontale di ricevere i propri contenuti dalla «prassi» e dunque dall'esperienza, «a seconda delle circostanze di fatto o storiche nelle quali il problema si pone o dalle quali esso trae contenuti o punti di riferimento»²⁹³. La sussidiarietà orizzontale è, infatti, un principio che guida la ricerca dei bisogni che l'amministrazione deve soddisfare, di volta in volta diversi rispetto al momento storico in cui ha l'obbligo di realizzarli²⁹⁴. Il dinamismo del

(«organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni»).

²⁸⁷ Art. 9, l. n. 241/1990. In dottrina (M. RAMAJOLI, *L'intervento nel procedimento - art. 9*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 600 che richiama C.E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 82 e ss.) ritiene che la legge prevede in questo caso «una partecipazione di tipo difensivo, finalizzata ad opporsi all'emanazione di un determinato provvedimento amministrativo». Per pregiudizio infatti si intende «danno», «lesione alla posizione soggettiva» e «minor vantaggio possibile».

²⁸⁸ In merito alla funzione di tutela e funzione collaborativa della partecipazione, S. COGNETTI, *“Quantità” e “qualità” della partecipazione*, Milano, 2000, pp. 110 - 120.

²⁸⁹ Quanto al bene giuridico tutelato possono essere considerati allo stesso modo. Cfr. Cap. I.

²⁹⁰ Secondo S. COGNETTI, *Quantità” e “qualità” della partecipazione*, *op. cit.* p. 128, ritiene necessario che l'amministrazione abbia tutti gli elementi necessari per l'adozione di un atto amministrativo, quale elemento essenziale della partecipazione. L'autore, difatti, afferma che «la questione di fondo non riguarda prioritariamente la *funzione di tutela* o la *funzione di collaborazione*» della partecipazione ma l'esigenza di un «rigoroso accertamento delle premesse di fatto all'esercizio del potere».

²⁹¹ Come è noto, questa è un'espressione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, ed. a cura di E. CARDI - A. NIGRO, 2002, Bologna, p. 102, secondo cui l'interesse legittimo si divide in interesse legittimo pretensivo ed oppositivo. Il primo è costituito dall'«interesse alla conservazione del bene» mentre il secondo all'«interesse all'acquisizione di un bene». Per un'indagine più approfondita sul punto, F. G. SCOCA, *Interesse legittimo*, Torino, 2017, pp. 309-328.

²⁹² G. BERTI, *Sussidiarietà ed organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, pp. 172- 178.

²⁹³ *Ibis*, p. 172. Diversamente dal principio di legalità, quale principio «formale» che potremmo qualificare come “statico”.

²⁹⁴ *Ibis*, p. 174.

modello organizzativo sussidiario si basa su questa capacità di «eccitare»²⁹⁵ la ricerca di contenuti da parte dell'amministrazione. Di conseguenza, il principio di sussidiarietà orizzontale valorizza l'attività amministrativa e la sua autenticità democratica declinata come capacità di vivere i bisogni, mettendo in evidenza «gli interessi reali da soddisfare»²⁹⁶. Si desume dunque l'esaltazione di una dimensione procedimentale di confronto in cui valutare «correttamente la consistenza ed il peso di tutti gli interessi coinvolti»²⁹⁷, negando un ordine precostituito degli stessi.

Il dinamismo organizzativo appena indicato sembra permeare il Titolo VII del codice del terzo settore in quanto sia la co-programmazione che la co-progettazione sono finalizzati all'emersione dei bisogni che l'amministrazione pubblica deve realizzare attraverso la previsione di un procedimento amministrativo «atipicamente composto», di volta in volta individuato dall'amministrazione mediante autovincolo²⁹⁸, in cui l'apporto del privato sociale viene considerato elemento essenziale²⁹⁹ per la tutela degli interessi generali richiamati dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017.

²⁹⁵ *Ibis*, p. 175.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017 p. 217. In tema, rapportato alla funzione amministrativa F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, p. 3476. Sebbene gli autori indicati facciano esplicito riferimento alla l. n. 241/1990, tale discorso può estendersi a tutte quelle vicende organizzative proceduralizzate che permettono un confronto tra amministrazione e privato. Un esempio è proprio il Codice del Terzo settore.

²⁹⁸ Come si vedrà nel Cap. III, par. 1 e par. 2, le fattispecie della co-programmazione e della co-progettazione necessitano di essere specificate mediante autovincolo da parte dell'amministrazione che determina di volta in volta un procedimento amministrativo atipico (pur nel rispetto dei principi della l. n. 241/1990).

²⁹⁹ Anche in questo caso basti leggere il dettato normativo che evidenzia il ruolo tendenzialmente paritario di amministrazione e terzo settore nell'emersione e nel soddisfacimento dei bisogni di interesse generale. L'art. 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017, afferma, infatti, che «in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona». L'atipicità del procedimento, come si vedrà nel Cap. III, par.

3. - L'attrazione pubblicistica del modello organizzativo oggettivo: Il difficile rapporto tra ANAC e fondazioni di origine bancaria e gli elementi qualificanti del privato parte dell'organizzazione pubblicistica.

Occorre evidenziare che il modello organizzativo oggettivo, in cui il privato viene ricompreso come elemento centrale dell'organizzazione amministrativa, talvolta porta con sé un effetto pubblicistico attrattivo che rischia di contraddire la struttura stessa del modello, quale modello misto pubblico - privato, pregiudicando la natura privata del soggetto che ad esso partecipa. Si è spesso sottolineato in dottrina³⁰⁰ che attraverso la normazione di secondo grado una serie di soggetti privati sono stati considerati come veri e propri soggetti pubblici pur non avendo al loro interno alcun elemento pubblicistico, «per il solo fatto di esercitare attività materialmente di pubblico interesse»³⁰¹. Immediato sembra il riferimento alle fondazioni di origine bancaria che, pur essendo state qualificate in seguito al d.lgs. n. 153/1999 e dal diritto vivente³⁰² come enti di natura privata³⁰³, hanno subito una diversa valutazione da parte dell'ANAC. Come visto in altra parte del lavoro (Cfr. Cap. I), sebbene le fondazioni di origine bancaria siano escluse dal novero degli enti del terzo settore, esse sono sempre parte del Terzo settore per il fine di interesse generale che caratterizza la loro attività. Per questo motivo, le fondazioni di origine bancaria potrebbero far parte del modello organizzativo oggettivo sin qui delineato, utilizzando, però, strumenti regolatori del rapporto con l'amministrazione diversi dal d.lgs. n. 117/2017.

Ebbene, l'ANAC ha ritenuto di estendere l'applicazione della disciplina di prevenzione degli abusi amministrativi, con particolare riferimento agli obblighi di trasparenza previsti dal d.lgs. n. 33/2013, alle fondazioni di origine bancaria nelle «Linee guida» appositamente dedicate³⁰⁴. Nell'indicazione dei soggetti tenuti ad

³⁰⁰ L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, op. cit., p. 60; L. TORCHIA, *I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata*, op. cit., p. 60, riguardo le fondazioni di origine bancaria la cui parabola evolutiva ha determinato un continuo cambio di natura da pubblica a privata.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Corte Costituzionale, 29/09/2003, nn. 300 e 301.

³⁰³ Cfr. Cap. I par. 4.

³⁰⁴ Recanti «per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici», approvate con determinazione n. 8 giugno 2015.

applicare gli adempimenti previsti dal d.lgs. n. 33/2013³⁰⁵ sono richiamati infatti gli «enti di diritto privato in controllo pubblico». Secondo l'ANAC, «nella categoria degli enti di diritto privato solo partecipati da pubbliche amministrazioni rientrano, anche sulla base della giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, le fondazioni bancarie, le casse di previdenza dei liberi professionisti, le associazioni e le fondazioni derivanti dalla trasformazione per legge di istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, *nonostante l'indubbio rilievo di interesse generale delle funzioni ad esse attribuite*»³⁰⁶. Tale ricomprensione delle Fondazioni di origine bancaria è stata poi esplicitata nella relazione che illustra le ragioni che hanno portato all'adozione delle linee guida appena indicate, affermando che per le fondazioni di origine bancaria «si ponga, analogamente a quanto avviene per le società partecipate, il problema dell'esposizione al rischio di corruzione che il legislatore ha inteso prevenire con la normativa anticorruzione in relazione alle pubbliche amministrazioni. Gli enti di diritto privato in controllo pubblico e in particolare le Fondazioni in via generale sono, pertanto, tenute ad applicare la normativa sulla prevenzione della corruzione. Per quanto attiene alla trasparenza anche per questi enti, così come per le società in controllo pubblico, la stessa deve essere assicurata sia sull'attività, limitatamente a quella di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e dell'Unione europea, sia sull'organizzazione. Per quanto concerne le fondazioni bancarie, le casse di previdenza dei liberi professionisti, le associazioni e le fondazioni derivanti dalla trasformazione per legge di istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, nonostante l'indubbio rilievo di interesse generale delle funzioni a esse attribuite, sono state fatte rientrare, anche sulla base della giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, nella categoria degli enti di diritto privato solo partecipati da pubbliche

³⁰⁵ Come evidenziato dall'ANAC l'art. 11, d.lgs. n. 33/2013 «ha esteso l'intera disciplina del decreto agli enti di diritto privato in controllo pubblico e cioè alle «società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi, sia pure «limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea».

³⁰⁶ «Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici», p. 7.

amministrazioni. Per esse si applica, dunque, la disciplina prevista per le società partecipate».

Tale affermazione porta con sé diverse contraddizioni a partire dal contenuto della giurisprudenza richiamata dalla stessa ANAC, fino ad arrivare alla nozione di *controllo* da parte di una pubblica amministrazione dell'agire della fondazione di origine bancaria. Come è stato più volte evidenziato nel Cap I, la giurisprudenza della Corte Costituzionale con le sentenze n. 300 e 301 del 2003 ha ribadito la natura formalmente e sostanzialmente privatistica delle fondazioni di origine bancaria, mancando il presupposto del *controllo* esercitato dalla pubblica amministrazione e richiamato dall'ANAC. La Consulta, si ricorda, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 4, primo periodo, della legge n. 448 del 2001, nella parte in cui prevede nella composizione dell'organo di indirizzo «una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'articolo 114 della Costituzione, idonea a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione», in quanto altrimenti si sarebbe determinato un controllo effettivo dell'attività dell'ente per mano pubblica.

A voler riflettere sulle ragioni che possono aver portato l'ANAC a tale decisione, oltre a basarsi sulle finalità *lato sensu* pubblicistiche perseguite dalle fondazioni di origine bancaria per applicare la disciplina pubblicistica, essa potrebbe essersi focalizzata anche sul ruolo e sui poteri³⁰⁷ che l'autorità di vigilanza pubblica del Ministero dell'economia e finanza può esercitare nei confronti delle stesse fondazioni per verificare «il rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti»³⁰⁸. Tuttavia, tale controllo di matrice pubblicistica sembra solo rievocare l'istituto del controllo nelle società a controllo pubblico, richiamato dal d.lgs. n. 33/2013, che si pone in maniera totalmente differente da quanto previsto dal d.lgs. n. 175/2016³⁰⁹, fuggendo così ogni dubbio circa la sua parificazione al controllo esercitato sulle fondazioni di origine bancaria dal MEF.

³⁰⁷ Artt. 10 e 11, d.lgs. n. 153/2011.

³⁰⁸ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 153/1999.

³⁰⁹ Come previsto infatti dall'art. 2 comma 1, d.lgs. n. 175/2016, « b) «controllo»: la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo; c)

A prescindere dagli interventi normativi successivi all'emanazione delle linee guida che hanno conferito la nozione di controllo del soggetto pubblico su quello formalmente privato³¹⁰, la giurisprudenza in tema aveva affermato più volte che il controllo stesso consiste in «un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano»³¹¹. Nella disciplina delle fondazioni di origine bancaria il controllo descritto dagli artt. 10 e 11, d.lgs. n. 152/1999, non si avvicina ai poteri di controllo che l'ente pubblico può esercitare, ad esempio, nelle società *in house*, riducendo drasticamente l'autonomia privata della società stessa grazie alla forza dirigitica della parte pubblicistica.

«controllo analogo»: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante; d) «controllo analogo congiunto»: la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

³¹⁰ Il riferimento attiene al d.lgs. n. 175/2016, secondo cui è necessario che nella la società a partecipazione pubblica sia esercitato dalla pubblica amministrazione che l'ha costituita un controllo, a mente dell'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 117/2016, cioè «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo». Inoltre, per le società *in house*, ai sensi della lett. c) del comma 2, d.lgs n. 175/2016, si parla di «controllo analogo» che consiste «la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante. In tema, M. ANTONIOLI, *L'In House Providing tra Funzione e Struttura: Controllo Analogo Congiunto, Partecipazione «Pulviscolare» ed Eterodirezione della Società*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2020, pag. 599; A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Rivista delle Società*, fasc.4, 2020, p. 1027; G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.3, 2020, p. 457; F. DI LASCIO E F. SPANICCIATI, *Le società a partecipazione pubblica tra vincoli amministrativi e regole comuni*, in *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, 2019, pp. 1-3; F. MORETTI, *Gli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico nell'art. 11 del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Appalti & contratti*, 1, 2017, pp. 56-86. Tra tutti M. CAMMELLI, *Legislatore, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, incerti strumenti, modesti risultati*, Nota a C. Cost. 8 maggio 2009, n. 148i, in *Le Regioni*, fasc. 5, 2009, pp. 1071-1087.

³¹¹ Tra tutte, Corte giustizia UE sez. V, 18/11/1999, n. 107 e Corte di Giustizia UE, 13 ottobre 2005 C-458/03 che afferma come il controllo debba verificare se la società a partecipazione pubblica persegua o meno interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

Ai sensi dell'art. 5 comma 5, d.lgs. n. 50/2016³¹², infatti, si ha un controllo analogo quanto «gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti». Il potere di vigilanza esercitato dal MEF nei confronti delle fondazioni di origine bancaria non costituisce alcuna ingerenza sull'autonomia privata di quest'ultima, che potrà perseguire i propri fini di interesse generale liberamente, se non nei limiti del rispetto della legge, atteggiandosi di conseguenza come una autorità amministrativa indipendente³¹³.

Alla luce delle diverse critiche che l'Associazione di fondazioni e di Casse di risparmio spa aveva mosso nei confronti dell'ANAC³¹⁴, ella è tornata sui suoi passi affermando l'inapplicabilità del c.d. decreto trasparenza (d.lgs. n. 33/2013) alle Fondazioni di origine bancaria nelle « Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici», approvate con delibera n. 1134 del 2017. Ciò in quanto «La natura pubblica degli interessi non può essere riferita genericamente a tutte le attività che assumano un rilievo sociale di interesse generale in base all'orientamento di scelte rimesse alla discrezionalità privata, come avviene nel caso delle scelte operate dalle fondazioni bancarie».

³¹² L'art. 2, lett. c), d.lgs. n. 175/2016 richiama espressamente la nozione di controllo analogo fornita dall'art. 5 comma 5, d.lgs. n. 50/2016.

³¹³ Si ricordi infatti che le autorità amministrative indipendenti possono incidere sull'autonomia privata, modificando ad esempio il prezzo *contra legem* del contratto di utenza, riportandolo a norma di legge. In tema si veda G. CIAN, *Gli interventi dell'Autorità regolatoria sul contratto*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1997, p. 342 e da ultima emblematicamente Consiglio di Stato sez. VI, 23/09/2020, n.5555.

³¹⁴ E' la stessa ANAC che nella relazione illustrativa del 2015, p. 13 ha affermato: «E' stato osservato (Direttore generale di ACRI) come sia necessario evitare che si possa ingenerare il dubbio che l'attività delle Fondazioni di origine bancaria abbia rilevanza pubblicistica».

Merita evidenziare che l'ANAC giunse a queste conclusioni riprendendo una pronuncia del giudice amministrativo³¹⁵ che aveva negato l'applicazione della disciplina relativa al diritto di accesso ai documenti amministrativi a una Fondazione di origine bancaria non essendo un organismo di diritto pubblico³¹⁶. Il giudice amministrativo, infatti, affermava che tale fondazione non fruisce né «di alcun finanziamento pubblico», né che «lo Stato, né altri enti di diritto pubblico, esercitano, sulla stessa, alcun controllo sulla gestione [...] né risulta che gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza debbano essere costituiti da soggetti designati dalla mano pubblica in misura pari ad almeno metà dei componenti». Infine, riprendendo quanto detto dalla Consulta, la Fondazione di origine bancaria «rientra tra i soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali e non svolge funzioni pubbliche (C. Cost., n. 300 del 29 settembre 2003; n. 301/2003); va riconosciuto carattere di utilità sociale agli scopi dalle stesse perseguiti, ma tale carattere non può essere confuso con la "attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario" espletata da "soggetti di diritto privato", di cui all'art. 2, comma 1, del d.p.r. n. 184/2006, solo queste ultime afferendo all'espletamento di funzioni pubbliche».

Tornando al tema che qui rileva, l'attrazione pubblicistica che esercita il modello oggettivo di organizzazione amministrativa rischia di determinare non soltanto una diversa natura dei soggetti che costituiscono il rapporto tra pubblica amministrazione e privato sociale, ma anche una particolare qualificazione della parte privata del rapporto per partecipare attivamente all'esercizio delle funzioni amministrative, adattando la sua organizzazione a canoni pubblicistici³¹⁷. Basti

³¹⁵ Cons. St. sez.VI, 3 marzo 2010, n. 1255. Tale pronuncia viene richiamata direttamente nelle linee guida dall'ANAC.

³¹⁶ Tale nozione come visto (Cfr. Cap I) richiede infatti che l'ente pubblico controlli il soggetto privato che può assumere la qualifica di persona giuridica o di fondazione.

³¹⁷ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, op. cit., p. 554, considera che il modello dell'ausiliarità potrebbe declinarsi «rispetto alle posizioni organizzative di relazione tra enti pubblici ed enti privati del terzo settore, nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale». L'autore inoltre tratteggia i limiti imposti dal CTS all'autonomia negoziale degli ETS riprendendo l'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, evidenziandone la peculiarità del modello organizzativo che ha delineato. A parere di chi scrive, tale elemento organizzativo richiamato dall'art. 56, d.lgs. n. 117/2017 non sembra essere un elemento peculiare del modello organizzativo che riguarda terzo settore e pubblica amministrazione. L'art. 56 sembra richiamare i requisiti professionali e tecnico - finanziari degli operatori economici che la stazione potrebbe individuare per garantire l'affidabilità nell'adempimento previsto dal contratto di appalto o di concessione, a mente dell'art. 83, d.lgs. n. 50/2016.

pensare a come la qualifica di ente del terzo settore richieda un vincolo all'autonomia privata organizzativa inserendo al suo interno elementi pubblicitici. S'impone infatti trasparenza e pubblicità delle loro azioni³¹⁸, uno statuto "tipo" che garantisca un vincolo di fine all'attività per la tutela di interessi generali³¹⁹, così come l'assenza di scopo di lucro³²⁰ la cui presenza potrebbe confliggere con il principio solidaristico che muove l'azione del privato sociale.

Tali requisiti sono stati considerati dal legislatore per garantire l'affidabilità del privato che entra in contatto con l'amministrazione al fine di garantire attraverso gli istituti di co-progettazione e di co-programmazione un esercizio congiunto delle funzioni amministrative nel rispetto dei principi che regolano l'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 1, l. n. 241/1990, cui si somma anche quello dell'immagine della pubblica amministrazione³²¹, onde evitare che essa sia pregiudicata dalla presenza di un privato sociale che miri al soddisfacimento di interessi diversi da quelli generali.

³¹⁸ In particolare, trasparenza e pubblicità vengono richiamate nella parte relativa al c.d. *crowdfunding*, imponendo anche un vincolo di scopo per l'utilizzo delle risorse ottenute. Ad esempio, ai sensi dell'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, «Gli enti del Terzo settore, possono realizzare attività di raccolta fondi anche in forma organizzata e continuativa, anche mediante sollecitazione al pubblico o attraverso la cessione o erogazione di beni o servizi di modico valore, impiegando risorse proprie e di terzi, inclusi volontari e dipendenti, nel rispetto dei principi di verità, trasparenza e correttezza nei rapporti con i sostenitori e il pubblico, in conformità a linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti la Cabina di regia di cui all'articolo 97 e il Consiglio nazionale del Terzo settore». Per le attività delle associazioni di promozioni sociali si evidenzia che le risorse ottenute devono essere finalizzate «all'incremento della trasparenza e della rendicontazione al pubblico delle attività svolte o a far fronte a particolari emergenze sociali» (art. 75, d.lgs. n. 117/2017). Quanto alla pubblicità, s'impone ad esempio di pubblicare nel sito internet dell'associazione il bilancio sociale (art. 14, d.lgs. n. 117/2017), oppure si prevede che «I rendiconti e i bilanci di cui agli articoli 13 e 14 e i rendiconti delle raccolte fondi svolte nell'esercizio precedente devono essere depositati entro il 30 giugno di ogni anno. Entro trenta giorni decorrenti da ciascuna modifica, devono essere pubblicate le informazioni aggiornate e depositati gli atti di cui ai commi 1 e 2, incluso l'eventuale riconoscimento della personalità giuridica» (art. 48, comma 3, d.lgs. n. 117/2017).

³¹⁹ Ai sensi dell'art. 21, d.lgs. n. 117/2017, l'ETS deve indicare nel proprio statuto «l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale» prevedendo inoltre che «i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta».

³²⁰ A mente dell'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, «Il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate è utilizzato per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini dell'esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale». Al comma successivo poi si afferma che «Ai fini di cui al comma 1, è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo».

³²¹ L'immagine della pubblica amministrazione viene oramai annoverata dalla giurisprudenza e dalla dottrina quale principio dell'azione amministrativa, sebbene non sia richiamata dall'art. 1 l. n. 41/1990. Basti pensare alla disciplina del conflitto di interessi, ex art. 6bis l. n. 241/1990 che come è noto impone un obbligo di segnalazione e di (eventuale) astensione di particolari funzionari pubblici nel caso in cui

Allo stesso modo, è possibile riscontrare nel modello organizzativo dell'attività di vigilanza del Ministero dell'Economia e delle finanze, esercitato nei confronti delle Fondazioni di origine bancaria, la stessa attrazione pubblicistica che caratterizza i modelli di organizzazione interna degli enti del terzo settore. Occorre però rilevare che, a differenza di quanto avviene nel codice del terzo settore, il sistema di vigilanza del MEF non è il frutto di una scelta legislativa bensì di una scelta negoziale³²² con cui parte pubblica e privata si sono vincolati per determinare consensualmente l'organizzazione delle Fondazioni di origine bancaria al fine di esercitare in maniera più efficace ed efficiente i controlli da parte del MEF.

L'accordo richiamato è il Protocollo di Intesa MEF/ACRI³²³, stipulato dal Ministero dell'Economia e Finanza e dall'Associazione di fondazioni e di casse di risparmio s.p.a. Dall'analisi di tale accordo si desume come la trasparenza venga considerata un elemento fondamentale dell'organizzazione delle fondazioni di origine bancaria. All'art. 11 si prevede infatti l'obbligo di adozione di tradizionali strumenti pubblicistici come il Bando pubblico quale «modalità operativa privilegiata per selezionare le erogazioni da deliberare».

L'accordo MEF/ACRI prevede inoltre un onere di pubblicità sul sito internet delle fondazioni di «statuto, regolamenti, bilanci, documenti previsionali programmatici, informazioni concernenti appalti superiori ai 50.000 euro, bandi per le erogazioni e *curricula* dei componenti degli organi». Si precisa poi che le informazioni pubblicate dovranno essere facilmente accessibili e non equivoche e che riguardino anche «i

versino in un conflitto di interessi. In tema e sul punto, S. A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge 190/2012*, in *Dir. amm.*, n. 4., 2013 p. 672-713; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo*, Torino, 2016, p. 140; S. VILLAMENA, *Osservazioni su "conflitto di interessi" e procedimento amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, pp. 287 e ss.; A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 688; E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, 2019, pp. 9-24; F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, 2019, p. 11; G. D'Angelo, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020, p. 19. Rispetto a questi autori con A maiuscola, si consenta di rinviare a A. BERRETTINI, *Osservazioni su «conflitto di interessi» nel procedimento amministrativo alla luce di una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Nuove autonomie*, n. 2, 2017, pp. 357-373; A. BERRETTINI, *Conflitto di interessi e contratti pubblici: un difficile equilibrio tra (in)certezza del diritto e tassatività delle situazioni conflittuali*, *Federalismi*, 3, 2020.

³²² G. CAIA, *Conclusioni*, in *La riforma del terzo settore. Attività di interesse generale e autonomia privata*, Bologna 9-10 e 16-17 febbraio 2018, ritiene che siamo di fronte ad un accordo tra pubblica amministrazione e privato ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/1990. Tale profilo sarà meglio analizzato nel Cap. III.

³²³ Acri è un acronimo che sta per «Associazione di fondazioni e di casse di risparmio s.p.a.».

risultati della valutazione effettuata dalle Fondazioni *ex post* in merito all'esito delle varie iniziative finanziate, ai relativi costi e agli obiettivi sociali raggiunti ove misurabili, tenuto anche conto per quanto possibile degli eventuali indicatori di efficacia preventivamente determinati sulla base di una attenta valutazione del rapporto costi/risultati».

Il regime di trasparenza appena riportato sembra porsi in un rapporto di strumentalità con i poteri di vigilanza che il MEF può esercitare nei confronti delle fondazioni di origine bancaria. Dalla rassegna di tali poteri³²⁴, indirizzati al «rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti», pare evidente come essi siano facilmente esercitabili in un regime di trasparenza della loro azione, «ingenerando un legittimo affidamento» nelle fondazioni controllate³²⁵ sulla prevedibilità dei controlli esercitati dal MEF.

Il protocollo d'intesa MEF/ACRI - che dovrà trovare adeguata declinazione nei singoli statuti delle fondazioni - risulta pertanto configurare una *governance* basata sulla *self regulation* che rispetta autonomia e autodeterminazione dei destinatari attraverso il ricorso al negozio giuridico³²⁶. In dottrina si è evidenziato che il protocollo oggetto di analisi piuttosto che un accordo tra pubblica amministrazione³²⁷ e privati è

³²⁴ Ad esempio, a mente dell'art. 10, d.lgs. n. 153/2020, tra i vari poteri implementati dal regime di trasparenza troviamo il caso in cui il MEF «d) può chiedere alle fondazioni la comunicazione di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti con le modalità e nei termini dalla stessa stabiliti. L'organo di controllo informa senza indugio l'Autorità di vigilanza di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire un'irregolarità nella gestione ovvero una violazione delle norme che disciplinano l'attività delle fondazioni; e) emana, sentite le organizzazioni rappresentative delle fondazioni, atti di indirizzo di carattere generale aventi ad oggetto, tra l'altro, la diversificazione degli investimenti, le procedure relative alle operazioni aventi ad oggetto le partecipazioni nella Società bancaria conferitaria detenute dalla fondazione, i requisiti di professionalità e onorabilità, le ipotesi di incompatibilità e le cause che determinano la sospensione temporanea dalla carica dei soggetti che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione e controllo presso le fondazioni e la disciplina del conflitto di interessi, nonché i parametri di adeguatezza delle spese di funzionamento tenuto conto di criteri di efficienza e di sana e prudente gestione; i poteri di indirizzo sono esercitati in conformità e nei limiti delle disposizioni del presente decreto; f) può effettuare ispezioni presso le fondazioni e richiedere alle stesse l'esibizione dei documenti e il compimento degli atti ritenuti necessari per il rispetto di quanto previsto al comma 2».

³²⁵ M. CLARICH, *Il protocollo d'intesa tra MEF e ACRI, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 3.

³²⁶ F. VELLA, *Il Protocollo di Intesa MEF/ACRI e la nuova governance delle Fondazioni bancarie*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2016, p. 10.

³²⁷ Diversamente da G. CAIA, *Conclusioni, op. cit.*, G. GITTI nella tavola rotonda conclusiva al convegno «La riforma del terzo settore. Attività di interesse generale e autonomia privata, Bologna 9-10 e 16-17 febbraio 2018» ha affermato che il Protocollo è un accordo transattivo volto a dirimere future

un atto normativo atipico, al pari di una circolare, ma negoziata e condivisa. Saremmo dunque di fronte ad un «atto unilaterale d'obbligo»³²⁸ che le fondazioni liberamente assumono e che le obbliga a modificare lo statuto sulla base di quanto riportato al suo interno. Il MEF, secondo questa interpretazione, si limiterebbe solamente a verificare «il rispetto delle disposizioni statutarie che saranno introdotte»³²⁹, inserendo così un ulteriore controllo rispetto a quelli tassativamente previsti dal d.lgs. n. 153/1999³³⁰.

Come sottolineato, tale soluzione condivisa si pone inoltre in accordo con le sentenze della Corte costituzionale nn. 300 e 301 del 2003, essendo il patto ACRI - MEF una scelta negoziale espressione dell'autonomia privata delle Fondazioni di origine bancaria e della loro natura privatistica che, si ricorda, non può subire, nemmeno indirettamente, una modificazione *ex lege*.

Proprio in attuazione del Protocollo ACRI - MEF le Fondazioni di origine bancaria hanno talvolta procedimentalizzato la loro attività, traslando alcuni istituti della disciplina sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/1990 nel loro ambito peculiare, creando fenomeni di ibridazione.

Emblematico il caso della Fondazione Carisap di Ascoli Piceno nella scelta delle modalità attraverso le quali il privato cittadino può richiedere contributi economici per svolgere attività di interesse generale nel rispetto dello Statuto. Dall'analisi della disciplina in tema di richiesta dei contributi si ravvisa che tale Fondazione ha esteso la disciplina sul conflitto di interessi, *ex art. 6-bis*, l. n. 241/1990 ai soggetti privati richiedenti, obbligando la comunicazione degli interessi rilevanti, ai sensi art. 7, d.P.R. n. 62/2013, al responsabile progettuale della Fondazione per valutare la presenza di una situazione conflittuale³³¹, così da evitare l'ipotesi di

controversi, paragonandolo all'attività dell'Antitrust che parimenti prevede la possibilità di stipulare tali contratti.

³²⁸ M. CLARICH, *Il protocollo d'intesa tra MEF e ACRI, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale*, *op. cit.*, p. 3.

³²⁹ Ciò è riportato nelle premesse del Protocollo d'Intesa ACRI-MEF, 2015.

³³⁰ Secondo M. CLARICH, *Il protocollo d'intesa tra MEF e ACRI, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale*, *op. cit.*, p. 3, «il protocollo e gli atti unilaterali di obbligo assunti dalle fondazioni bancarie consentono al Ministero di conseguire, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza, risultati altrimenti non conseguibili sul piano pubblicistico, data l'assenza di un potere di regolazione secondaria e di indirizzo».

³³¹ Più correttamente il modulo fa riferimento a situazioni di conflitto di interessi riguardanti «l'Organo di indirizzo, il Consiglio di Amministrazione, il Collegio dei Revisori ed il Segretario Generale della Fondazione Carisap» in www.fondazionecarisap.it.

favoritismi e di conseguenti comportamenti discriminatori nei confronti della collettività di appartenenza della Carisap.

Evidente è pertanto l'ibridazione tra disciplina privatistica e pubblicistica ove, al fine di attuare le previsioni del Protocollo d'Intesa più volte richiamato, si è scelto di adottare un *tradizionale* istituto pubblicistico adeguandolo a un soggetto privato. Anche in questo caso il modello oggettivo, qui limitato all'attività di vigilanza del MEF, contribuisce a modulare l'organizzazione del privato, parte essenziale del modello organizzativo in analisi, su base pubblicistica.

4. Primi interrogativi di sussunzione del Codice del Terzo sotto i canoni tradizionali dell'organizzazione amministrativa.

Definito il modello organizzativo alla base del codice del terzo settore nelle parti che qui rilevano, occorre ora verificare se tale modello possa essere ricompreso nei modelli organizzativi tradizionali della pubblica amministrazione che contemplano l'attribuzione al soggetto privato di un ruolo attivo nell'esercizio delle funzioni pubbliche. Si prenderanno in considerazione quelle formule organizzatorie che attengono al tema dell'esercizio di funzioni pubbliche del privato, con particolare riferimento al *munus* e al «conferimento di potestà pubbliche». La scelta di analizzare le formule organizzatorie appena indicate deriva dal fatto che esse sono espressione diretta di un coinvolgimento attivo dei privati nell'esercizio delle funzioni pubbliche, pur mantenendo la loro natura e autonomia privata, così come accade per gli enti del terzo settore che entrano in contatto con la pubblica amministrazione secondo gli strumenti offerti dal d.lgs. n. 117/2017.

Il *munus* rappresenta una formula organizzatoria che s'inserisce nell'ambito delle «imputazioni giuridiche». Essa rientra nel *genus* degli strumenti «che servono a disciplinare l'agire di operatori giuridici»³³² per poter curare in modo «giuridicamente utile» gli interessi di cui è portatrice la pubblica amministrazione. In questo senso il *munus*, quale *species* di imputazione giuridica, abbandona il modello statico dell'ufficio in senso oggettivo, che richiama «l'amministrazione burocratica», per accogliere l'ufficio in senso soggettivo che esalta gli aspetti più dinamici

³³² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 126.

dell'organizzazione, concentrandosi sulla funzione svolta dal soggetto inserito nell'organizzazione amministrativa. E in effetti il *munus* rappresenta la norma che attribuisce ad un soggetto privato il «compito di curare un interesse altrui»³³³: l'interesse «alieno» di cui è titolare il privato, secondo quanto stabilito dalla norma attributiva del *munus*, conferisce al medesimo una situazione di «potestà», concedendo poteri, diritti e doveri.

Un esempio tipico di quanto affermato è rappresentato dall'attività del notaio, che esercita un'attività di pubblico interesse per garantire la certezza dei traffici giuridici³³⁴.

Il problema della imputazione dei risultati conseguiti dall'attività dei soggetti privati titolari di un *munus* impone di distinguere l'imputazione dei risultati da attribuire alla collettività e l'imputazione dei risultati da attribuire, invece, allo stesso soggetto privato e alla collettività.

Confermando un approccio sostanzialmente positivisticò si è ritenuto che l'imputazione dei risultati dei *munus* si attribuiscono alla collettività di appartenenza³³⁵ quando non sia presente una norma che configuri gli atti posti in essere dal privato come atti giuridici, mentre in caso contrario l'imputazione dei risultati non potrà che ricadere sia sul soggetto privato che sulla collettività intera³³⁶.

Nel proseguire l'analisi occorre anche tener conto della classica distinzione fra *munus* ed *officium*, poiché quest'ultimo rappresenta, a differenza del primo, l'ufficio in senso oggettivo della pubblica amministrazione, in quanto «non dà origine né ad organi né a rappresentanti»³³⁷. Sebbene l'*officium* - al pari del *munus* - sia titolare di una potestà e la sua attività sia qualificata come funzione, ciò che differisce da esso è l'assenza di un interesse alieno in quanto è «titolare dell'interesse dell'ente di appartenenza». Inoltre, anche se il titolare dell'*officium* è una persona fisica, quando agisce «nella qualità di titolare dell'*officium*, è direttamente l'*officium*»³³⁸. Pertanto, a

³³³ *Ibis*, p. 128.

³³⁴ In merito, F.G. COCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, p. 537, che riporta la figura del notaio, evidenziando come tale incarico di tipo professionale, pur rappresentando un *munus* pubblico sia da ricondurre all'esercizio privato di pubbliche funzioni, essendo un soggetto al di fuori dell'organizzazione della pubblica amministrazione.

³³⁵ Per M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 132, in quanto le potestà del *munus* sono sempre pubbliche, essendo volte a curare interessi delle collettività.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ *Ibis*, p. 132.

³³⁸ *Ibidem*.

differenza del *munus*, non si pongono particolari problemi circa l'imputazione giuridica dei risultati della sua attività, essendo sempre formalizzata da una norma di legge che raccorda «l'agire dell'*officium* ai membri della collettività»³³⁹.

Quanto appena descritto in merito alla concezione di *munus* si pone al termine di un processo evolutivo che ha caratterizzato il pensiero e la scienza di Giannini in tal merito.

Come è stato rilevato, l'Autore dapprima aveva ricondotto la figura del *munus* all'esercizio dei pubblici servizi, «riservando la concezione di *munus* alle sole concessioni di pubbliche funzioni»³⁴⁰.

E infatti nelle “Lezioni” del 1950, l'Illustre Autore considerava i concessionari quali «*munera* pubblici ad assunzione convenzionale»³⁴¹, ritenendo che, erogando servizi pubblici, si svolgessero comunque funzioni pubbliche. Successivamente, nel “Corso” del 1965, si ritenne che i concessionari essendo legati da un rapporto di natura contrattuale con la pubblica amministrazione, essendo trattati come «qualunque altro titolare di un ufficio a contratto»³⁴² della pubblica amministrazione, non rientrassero nel *munus*. Tale concezione è stata poi superata dallo stesso Giannini ritenendo che ciò che avveniva nelle concessioni non era il mero esercizio del servizio ma un vero e proprio trasferimento di titolarità, conferendo, appunto un *munus* piuttosto che un *officium*.

Il rapporto, dunque, che si va a delineare tra ente pubblico conferente il *munus* e soggetto privato, titolare del *munus*, è di *sostituzione* rispetto l'azione amministrativa, declinando lo stesso *munus* come «esercizio per sostituzione di pubbliche attività»³⁴³. Miele, come rilevato³⁴⁴, ritenne conseguentemente che il concessionario di un pubblico servizio, quando esercita attività di «immediata estrinsecazione della

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p. 83.

³⁴¹ M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, p. 183, così come riportato da F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, *op. cit.*, p. 83.

³⁴² M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, *Dispense anno accademico 1964/1965*, Milano, 1965, confermato poi dallo stesso A. in *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 259.

³⁴³ Come evidenziato da F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, *op. cit.*, p. 86 che riprende M. S. GIANNINI, *Lezioni del 1950*, pp. 176-177.

³⁴⁴ Come ricordato da F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, *op. cit.*, p. 90, tali affermazioni sono da attribuire a G. MIELE, *La manifestazione della volontà del privato*, Roma, 1931, p. 26. Anche G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1958, p. 245 affermava che ha «carattere di atto pubblico l'ordine, emesso dallo stesso concessionario, di pagare un tributo o la contestazione di una contravvenzione», evidenziando che «non tutta l'attività che queste persone

pubblicità del servizio» è «inquadrate nell'azione amministrativa come autonomia funzionale [...] potendo egli emanare atti con tutte le caratteristiche e le conseguenze degli atti amministrativi».

Tale impostazione dottrinale sembra oggi trovare conferma nella giurisprudenza in relazione al ruolo e alla funzione del commissario *ad acta* nel giudizio di ottemperanza e nel giudizio avverso il silenzio della pubblica amministrazione ed in generale riguardo alla nozione di funzione amministrativa.

Quanto al primo giudizio la giurisprudenza, con orientamento costante, afferma che il *commissario ad acta* nominato dal giudice amministrativo assume una funzione «sostitutiva»³⁴⁵ limitatamente all'esecuzione del pagamento di un'*astreinte* con corrispondente «trasferimento del *munus*»³⁴⁶ dell'amministrazione condannata. Così anche riguardo la funzione sostitutiva³⁴⁷ del *commissario ad acta* nel giudizio avverso

svolgono per il pubblico servizio dà luogo alla formazione di atti amministrativi, ma solo quella rivolta ai fini pubblici in modo immediato e diretto».

³⁴⁵ Si evidenzia poi, con un orientamento minoritario, che si parla di *munus*, in generico riferimento alle funzioni del commissario *ad acta* nel giudizio di ottemperanza, che in relazione alla sua funzione è stato interpretato da sempre come ausiliario del giudice e non come sostituto dello stesso escludendo che la titolarità di un *munus* determini una posizione *sostitutiva* nei confronti della p.a. T.A.R. Napoli, (Campania) sez. VII, 27 aprile 2020, n.1509, per cui «appare opportuno precisare che il *munus* di ausiliario del giudice deve ritenersi intrinsecamente obbligatorio, sicché non può essere né rifiutato, né inciso da disposizioni interne all'Amministrazione di appartenenza (cfr. C.G.A.R.S., sent. n. 138/2015; ord. della Sezione n. 2039/2019); e che, per i dirigenti, tale compenso rientra nell'omnicomprensività della retribuzione ai sensi e per gli effetti dell'art. 24, co. 3, del d.lgs. n. 165/2001»; così anche T.A.R. Napoli, (Campania) sez. VII, 07/02/2020, n.613.

³⁴⁶ *Ex multiis*, T.A.R. Napoli, (Campania) sez. III, 11 settembre 2020, n. 3769 ritiene di «accordare ai ricorrenti una penality di mora, che va individuata, in presenza di una specifica disposizione sul punto da parte del codice del processo amministrativo, nella misura degli interessi legali (v. art. 114 co. 4 secondo periodo, lett. e, cit.), da corrispondere per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza, a decorrere dalla scadenza del termine di sessanta giorni assegnato al Comune per l'adempimento degli obblighi suindicati e fino al pagamento di quanto dovuto, ovvero all'insediamento del Commissario *ad acta* incaricato di provvedere in via sostitutiva, posto che tale circostanza determina il trasferimento del *munus*, con conseguente preclusione per il Comune di ulteriori margini di intervento (cfr. Cons. St., sez. III, 30/5/2013, n. 2933)»;

³⁴⁷ L'attività del commissario *ad acta* nominato nel giudizio sul silenzio inadempimento non si limita al completamento e all'attuazione del *dictum* giudiziale recante direttive conformative dell'attività amministrativa, ma si traduce in un'attività di pura sostituzione nell'esercizio del potere proprio dell'Amministrazione soccombente ed è collegata alla pronuncia giudiziale solo per quanto attiene al presupposto della prolungata inerzia dell'amministrazione medesima. L'attività del commissario *ad acta* è dunque qualificabile come sostitutiva rispetto a quella dell'Amministrazione, piuttosto che di stretto ausilio al potere esecutivo del giudice, in quale potrà esclusivamente vagliare l'effettivo adempimento finale da parte del commissario in relazione all'ordine contenuto nella pronuncia giudiziale», così T.A.R. Bari, (Puglia) sez. III, 18 settembre 2020, n.1180. Dello stesso avviso, Consiglio di Stato sez. IV, 11 aprile 2019, n.2370: «Mentre il commissario *ad acta* nominato in sede di giudizio di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato, di cui agli artt. 112 ss. c.p.a. è un organo ausiliario del giudice, diversa è la figura del commissario nominato per porre rimedio alla persistente inerzia dell'amministrazione, atteso che in tale ipotesi, l'attività del commissario *ad acta*, posta in essere in esecuzione della sentenza che rimuova la situazione di inerzia imputabile alla pubblica

il silenzio della pubblica amministrazione *ex* artt. 31 e 117, c.p.a., la giurisprudenza la qualifica come *munus*³⁴⁸.

Quanto al secondo giudizio, il *munus* si conferma come funzione amministrativa, in quanto la giurisprudenza nel risolvere una controversia inerente il subentro di un ente pubblico rispetto a un altro ha affermato che nel caso specifico si avesse una successione a titolo particolare di *munus* considerato alla stregua delle «attribuzioni» delle pubbliche amministrazioni³⁴⁹. Parimenti, nel ricordare i limiti di pronuncia del giudice ai sensi dell'art. 34 comma 2, c.p.a., si parla di *munus* come esercizio del potere e dunque della funzione della p.a.³⁵⁰

Alla luce di quanto evidenziato, il codice del terzo settore non sembra stravolgere né l'impostazione data dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa la nozione di *munus* né le modalità attraverso le quali viene conferito un certo *munus* nei confronti di un soggetto diverso rispetto a quello pubblico.

Dall'analisi degli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017, non si ravvisano infatti istituti che differiscono rispetto a quanto detto circa il conferimento di *munus* da parte

amministrazione, non si limita — come nel vero e proprio giudizio di ottemperanza — al completamento e all'attuazione del dictum giudiziale recante direttive conformative dell'attività amministrativa, ma si atteggia come attività di pura sostituzione nell'esercizio del potere proprio dell'amministrazione soccombente ed è collegata alla pronuncia giudiziale solo per quanto attiene al presupposto della prolungata inerzia dell'amministrazione medesima; l'attività del commissario ad acta, munito di piena autonomia decisoria, appare dunque qualificabile come sostitutiva rispetto a quella dell'amministrazione piuttosto che di stretto ausilio al potere esecutivo del giudice, il quale potrà esclusivamente vagliare l'effettivo adempimento finale da parte del commissario in relazione all'ordine contenuto nella pronuncia giudiziale»

³⁴⁸ Consiglio di Stato sez. IV, 03 agosto 2020, n.4896; Consiglio di Stato sez. IV, 24 agosto 2018, n.5043.

³⁴⁹ Consiglio di Stato sez. V - 30 giugno 2017, n. 3188, per cui « Nel giudizio amministrativo il subentro di un ente pubblico ad un altro ente pubblico non costituisce, in linea di principio, causa d'interruzione del processo, dando luogo piuttosto ad un fenomeno di successione nel rapporto processuale atteso che, in situazioni corrispondenti a riassetti di apparati organizzativi necessari della Pubblica amministrazione, quale è l'apparato che vede coinvolta in via diretta l'attuazione dei principi del buon andamento e dell'imparzialità della stessa di cui all'art. 97, Cost., viene in rilievo non una successione a titolo universale nel senso proprio del termine, ma una successione nel *munus*; in altri termini, in tali ipotesi si realizza un fenomeno di natura pubblicistica che si sostanzia nel passaggio di attribuzioni fra Amministrazioni pubbliche, con trasferimento della titolarità sia delle strutture burocratiche sia dei rapporti amministrativi pendenti, ma senza una vera soluzione di continuità e senza, quindi, maturazione dei presupposti per aversi l'evento interruttivo alla stregua delle disposizioni codicistiche».

³⁵⁰ Più nello specifico, Consiglio di Stato sez. VI - 30/06/2017, n. 3207 affermava che «L'art. 34, comma 2, c.p.a., è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, ha giustificato e consolidato il sistema della giustizia amministrativa. Pertanto, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio o valutazione tecnica si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*».

della pubblica amministrazione o, come avviene nella maggior parte dei casi, dalla legge.

Quanto al primo istituto richiamato, l'art. 55, comma 1 prevede a livello generale che le pubbliche amministrazioni assicurino «il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento», «nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5». Da ciò si desume che il legislatore, come sopra ricordato, non preveda in alcun modo che gli enti del terzo settore si pongano in funzione *sostitutiva* alle pubbliche amministrazioni, richiamate dall'art. 1 comma 2, d.lgs. n. 165/2001, strutturandosi invece con esse un rapporto di *ausilio* circa l'esercizio di attività di pubblico interesse menzionate nell'art. 5, d.lgs. 117/2017. Ciò a differenza di quanto avviene nel conferimento di un *munus*.

Se si analizzano le ipotesi indicate dalla legge che prevedono il *munus*, si ravvisa sempre una chiara sostituzione del soggetto privato nell'esercizio delle funzioni amministrative, con conseguente esercizio di *potere*. Un esempio riguarda i poteri riconosciuti ai capitani delle navi mercantili di ufficiale di stato civile, per cui secondo l'art. 203, c.nav., «Durante la navigazione, il comandante della nave marittima esercita le funzioni di ufficiale dello stato civile, secondo le disposizioni sull'ordinamento dello stato civile. Le stesse funzioni il comandante esercita anche quando la nave trovasi ancorata in un porto, se sia impossibile promuovere l'intervento della competente autorità nel Regno, o di quella consolare all'estero».

Allo stesso modo vi era la possibilità di ricorrere ad un particolare procedimento esecutivo, proprio delle p.a., per chi fosse titolare - per atto concessorio - della funzione di riscossione dell'imposta comunale di pubblicità, subentrando nei diritti del Comune³⁵¹. Ai sensi dell'art. 38, d.P.R. n. 639/1972, ormai abrogato, «Il concessionario subentra al comune in tutti i diritti e gli obblighi previsti dal presente decreto ed è tenuto a provvedere indistintamente a tutte le spese, comprese quelle per il personale, che deve essere munito di tessera di riconoscimento rilasciata dal comune. Il concessionario può avvalersi anche del procedimento esecutivo previsto

³⁵¹ Questi indicati finora sono esempi tratti da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, *op. cit.*, pp. 566 - 667, il quale ribadisce che la funzione appartiene alla p.a. ed il privato viene «designato come sostituto dell'Amministrazione».

dal precedente art. 25, emettendo i relativi atti ingiuntivi». Ulteriore esempio di quanto detto riguarda la funzione delle Società organismi di attestazione³⁵² che, all'art. 84, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, «nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici, svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

Infine, come ricordato, è *munus* il ruolo ed i poteri del commissario *ad acta* ai sensi degli artt. 21³⁵³, 34, comma 1, lett. e)³⁵⁴, 114, comma 4, lett. d)³⁵⁵, comma 6 e comma 7³⁵⁶, 117 comma 3³⁵⁷.

La funzione *ausiliare* degli ETS rispetto all'esercizio di attività amministrativa si ravvisa anche dall'art. 55 comma 2 in cui si conferma nella co-programmazione che è la pubblica amministrazione ad individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi a tal fine necessari, le modalità di realizzazione degli stessi e le risorse disponibili, ammettendo di conseguenza che la titolarità del *munus* inteso come titolarità della funzione amministrativa non appartenga agli ETS, i quali non possono sostituirsi alla stessa p.a.

Anche la co-progettazione, a mente dell'art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017, e le convenzioni tra p.a. e ETS confermano dal punto di vista organizzativo tale ruolo

³⁵² Le società organismi di attestazioni sono i c.d. Organismi di diritto privato richiamati dall'art. 84, d.lgs. n. 50/2016 e individuati dall'Anac. L'accertamento del possesso, da parte delle SOA, dei requisiti richiesti dal d.P.R. n. 207/2010 rientra nei compiti di ordinaria vigilanza che giornalmente l'ANAC effettua sul sistema di qualificazione dell'impresa che realizzano lavori pubblici fondato sulle SOA.

³⁵³ «Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20, comma 2».

³⁵⁴ Il giudice, nei limiti della domanda, «dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza». Per un'analisi approfondita del rapporto tra p.a. e S.o.a. dal punto di vista organizzativo, si veda I. Piazza, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in R. CAVALLO PERIN - A. POLICE - F. SAITTA (a cura di) *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Vol. I, 2016, pp. 159 - 174.

³⁵⁵ Il giudice in caso di accoglimento del ricorso «nomina, ove occorra, un commissario ad acta»

³⁵⁶ Comma 6, «Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni. Gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario»; comma 7 «Nel caso di ricorso ai sensi del comma 5 dell'articolo 112, il giudice fornisce chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario».

³⁵⁷ Il giudice nomina, ove occorra, un *commissario ad acta* con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata.

ausiliario dell'ETS nei confronti della p.a., sebbene prevedano lo svolgimento di servizi per conto della pubblica amministrazione che rimane titolare del servizio da erogare.

Entrambi gli istituti previsti dal codice del terzo settore ed indicati negli artt. 55 e 56 prevedono la possibilità per le pubbliche amministrazioni di collaborare con gli enti del terzo settore nell'esercizio delle funzioni a esse affidate dalla legge. Più correttamente, l'oggetto della co-progettazione e delle convenzioni non riguarda direttamente la realizzazione di finalità di interesse propria delle p.a., ma la prestazione dell'ente del terzo settore «strumentale al suo raggiungimento»³⁵⁸. La co-progettazione, infatti, consiste, ai sensi dell'art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017, nel definire ed eventualmente realizzare «specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2», cioè che l'amministrazione definisce con proprio atto, mentre le convenzioni, a mente dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017 sono «finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato», così anche l'art. 57, d.lgs. n. 117/2017, prevedendo sempre attraverso convenzione l'esercizio di «I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza»

In dottrina³⁵⁹, ci si è interrogati se le procedure volte ad affidare servizi alle pubbliche amministrazioni - nel caso che qui interessa servizi relativi alla progettazione e servizi sociali³⁶⁰ - siano da considerare esercizio privato di pubbliche funzioni.

L'esercizio privato di pubbliche funzioni, al pari del *munus*, è tradizionalmente espressione di un'organizzazione amministrativa, «intesa in senso ampio, comprensivo di qualsiasi persona, attraverso la cui attività gli enti pubblici possono conseguire i loro fini»³⁶¹, che ricomprende all'esercizio attivo da parte del privato di funzioni amministrative in funzione *sostitutiva* e non di mero ausiliare.

³⁵⁸ In tal senso, M. BOMBARDELLI, *Considerazioni finali*, in S. PELLIZZARI - A. MAGLIARI, *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019, p. 228.

³⁵⁹

³⁶⁰ Cfr. Cap. 4.

³⁶¹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1958, p. 378.

Per la dottrina più tradizionale l'esercizio privato di pubbliche funzioni³⁶² consiste in «qualunque forma di attività, dalla quale derivi l'attuazione di fini pubblici, esercitata da privati, ossia da persone fisiche che non abbiano la qualità di organi di enti pubblici, o da società commerciali, o altre persone giuridiche private»³⁶³.

Nello specificare quanto affermato si evidenziava che per attività di pubblico interesse si dovessero intendere «tutte quelle attività che rappresentassero l'esplicazione di una potestà propria dello Stato o di altro ente pubblico»³⁶⁴. Se invece l'attività della pubblica amministrazione da far esercitare al privato rientra in un pubblico servizio allora questo deve essere stato assunto «come esclusivamente proprio, cioè in forma di monopolio, dallo Stato, dal comune o da altro ente amministrativo»³⁶⁵, escludendo nell'alea della formula organizzatoria appena delineata le mere attività di pubblico interesse. Non secondario era inoltre il tema dell'efficacia giuridica dell'atto, ritenendo che essa dovesse essere pubblica, ricomprendendo a titolo esemplificativo la «formazione di certificati e atti in genere facenti pubblica fede»³⁶⁶.

³⁶² Più correttamente, tra le tante, è l'unica autorevole voce della tradizione giuridica che con chiarezza enuclea i tratti salienti dell'esercizio privato di pubbliche funzioni. Ovviamente è possibile riscontrare anche in altri autori, altrettanto autorevoli come Zanobini, un modello organizzativo dei pubblici poteri imperniato sulla presenza del privato. S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, p. 189 e ss., aveva parlato espressamente di persone fisiche o giuridiche che, come «semplici privati», svolgevano attività pubblica «in nome proprio» senza essere considerati «pubblica amministrazione». O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni, in *Riv. It. Sc. Giur.*XXI, 1986, fasc. III, pp. 239 e ss., in cui si affermava che il concessionario ottenesse con un atto amministrativo speciale «diritti privati subiettivi» e «diritti di sovranità dello Stato» con possibile «delegazione di poteri». Anche F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo, III, Atti giuridici dell'amministrazione. Atti giuridici del Cittadino. Ricorsi*, Padova, 1992, pp. 1243 e ss., trattava il tema dell'esercizio privato di pubbliche funzioni in tema di concessioni pubbliche, affermando che il concessionario di un pubblico servizio era titolare e doveva esercitare un «diritto pubblico di supremazia», mantenendo la sua natura di soggetto formalmente e sostanzialmente privato. V.E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 2 ed., Roma, 1917, p. 436, riteneva invece che il concessionario di un pubblico servizio costituisse «un'amministrazione indiretta dello Stato, anzi una pubblica amministrazione», non potendo essere qualificato come un vero e proprio organo, esercitando di conseguenza atti amministrativi. G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. Dir. Comm.* 1942, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, intese il concessionario come sostituto, evidenziando un «rapporto di identità» tra l'attività di cui è titolare il soggetto pubblico e l'attività di cui è titolare il soggetto che la esercita e che lo sostituisce. Infine, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, op. cit.*, parlò, come visto, di *munus* ma, come visto, in un'accezione diversa rispetto agli autori indicati. Si evidenziava, al pari di Miele, il ruolo di sostituto del titolare del *munus* rispetto alla pubblica amministrazione ma nella sua teoria ha trattato tutti gli aspetti peculiari dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, scindendoli. Espressione plastica di quanto appena detto è rappresentata dall'*organo indiretto* che sarà successivamente analizzato in questo capitolo.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, op. ult. cit.*, p. 380.

³⁶⁶ *Ibidem*.

Esclusa l'eccezionalità della formula organizzativa per far fronte alle necessità delle pubbliche amministrazioni come la carenza di organico, nella dottrina tradizionale si mettevano in risalto le conseguenze pubblicistiche delle funzioni e dei servizi esercitati dal privato.

Quanto alle funzioni, ad esempio, vi era la necessità che il privato possedesse requisiti simili a quelli richiesti per ricoprire un pubblico ufficio come la cittadinanza italiana e titoli di studio specifici; la possibilità per l'ente pubblico titolare della funzione di esercitare dei controlli nei confronti del privato che esercita funzioni pubbliche e infine l'applicazione della responsabilità contabile, di quella civile e di quella penale, cristallizzate nell'art. 28 Cost.³⁶⁷

Quanto ai servizi, invece, i requisiti richiesti sono di altro ordine (economici, tecnico professionali ed i requisiti c.d morali)³⁶⁸, finalizzati a valorizzare l'affidabilità dell'operatore economico per sostituire l'amministrazione nell'erogazione del servizio pubblico. Anche nell'esercizio privato di pubblici servizi l'ente pubblico titolare del servizio può avviare un procedimento disciplinare volto a emanare sanzioni di natura pecuniaria, estendendo inoltre l'applicazione del Titolo II capo I del c.p. al privato esercente.

Tipica espressione di esercizio privato di pubblici servizi consisteva nelle c.d. concessioni di servizi pubblici che, a differenza di oggi, trovavano la loro disciplina in varie leggi³⁶⁹. Dalla frammentarietà della disciplina si evidenziava come le concessioni comportassero l'investimento da parte della pubblica amministrazione del concessionario «dei suoi poteri e dei suoi attributi»³⁷⁰, sostituendo il «privato alla pubblica amministrazione nel perseguimento di un fine amministrativo»³⁷¹.

³⁶⁷ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, op. ult. cit.*, pp. 382-383, in particolare, sul piano disciplinare riporta i casi di responsabilità disciplinare dei notai e dei professionisti sanitari, evidenziando in termine di protezione e di imputabilità l'estensione dei reati contro la pubblica amministrazione, compresi dunque gli artt. 357 e 358 c.p. tutt'ora vigenti.

³⁶⁸ Quanto affermato da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, op. ult. cit.*, p. 382, oggi trova conferma nel d.lgs. n. 50/2016 agli artt. 80 e 83, secondo cui si richiedono determinati requisiti in possesso dell'operatore economico.

³⁶⁹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, op. ult. cit.*, p. 385 teneva ad evidenziare la frammentazione normativa. Al tempo le leggi che regolavano le concessioni pubbliche erano (T.U. 3 maggio 1903, n. 196; T.U. 9 maggio 1921, n. 1447; T.U. 17 ottobre 1922, n. 1401). Ad oggi la disciplina è contenuta nel d.lgs. n. 50/2016.

³⁷⁰ Ibis, p. 386.

³⁷¹ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1935, p. 430.

A tal riguardo, si rilevò che le concessioni di servizi pubblici si devono distinguere dall'appalto pubblico in quanto l'appaltatore viene considerato in tale disciplina come un mero locatore d'opera piuttosto che come organo della pubblica amministrazione. Il contratto di appalto, infatti, ha per oggetto la produzione di un'opera da fornirsi all'ente pubblico, che di tale opera si serve nel conseguimento di un suo fine qualunque»³⁷².

Altra parte della dottrina, ritenne di estendere il ragionamento formulato da Zanobini per i contratti di appalto all'intera disciplina delle concessioni di pubblici servizi, ritenendo che la potestà o il diritto nuovo che il concessionario riceve dalla pubblica amministrazione non attiene alla titolarità del servizio ma solo al suo esercizio, distinguendo il trasferimento della funzione amministrativa, che rientra nella nozione di esercizio privato di pubbliche funzioni, dal servizio pubblico, non essendoci nella gestione del servizio stesso alcun potere³⁷³.

Sebbene al tempo vi fossero differenti posizioni dottrinali in merito alla ricomprensione della concessione dei servizi pubblici rispetto all'esercizio privato di pubbliche funzioni, il legislatore del 2016, con l'emanazione del codice dei contratti pubblici, sembra ricomprendere le concessioni di servizi pubblici nell'area degli appalti, distinguendosi da essi solamente per il rischio operativo derivante dalla gestione del servizio stesso in capo all'appaltatore³⁷⁴. Di conseguenza, utilizzando le

³⁷²Ibidem. Evidenziando inoltre come fosse complesso distinguere le concessioni dall'appalto pubblico come la concessione della costruzione delle vie ferroviarie, l. n. 444/1908.

³⁷³ Così, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, pp. 435 - 436. Circa la distinzione tra funzione e servizio pubblico l'autore riprende quanto già evidenziato in altra parte del lavoro da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1993, pp. 84 e ss., affermando che per funzione amministrativa si deve intendere quell'attività autoritativa caratterizzata dal potere, mentre per servizio pubblico quell'attività in assenza di autoritatività.

³⁷⁴ Ai sensi dell'art. 3, lett. vv, d.lgs. n. 50/2016, per concessione di servizi s'intende «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi»; mentre per rischio operativo, a mente della lett. zz dello stesso articolo, s'intende « il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180. Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile». In tema, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, 1981, p. 334; D. SORACE, C. MARZUOLI, *Voce concessioni amministrative*

parole di A.M. Sandulli, «L'appaltatore» come oggi il concessionario, «si obbliga verso l'Amministrazione ma non si sostituisce a questa nei rapporti con i terzi e gestisce il servizio in nome (oltreché per conto) dell'Amministrazione: l'appaltatore instaura con l'Amministrazione un'obbligazione di attività e non si surroga ad essa»³⁷⁵.

Altra parte della dottrina³⁷⁶, invece, considera la nozione di esercizio privato di pubbliche funzioni una locuzione generica e confondente, parlando più propriamente di conferimento di potestà pubbliche ai privati. Tale teoria si basa su una nozione di potestà³⁷⁷ declinata da Santi Romano, intesa come «una specie di poteri» di cui il titolare è «investito di una autorità, sia essa di diritto pubblico sia di diritto privato»³⁷⁸. Di conseguenza, l'autore estendeva la nozione di «autorità» anche ai privati³⁷⁹ quando essi, nei casi previsti dalla legge, esercitano potestà pubbliche mediante l'esercizio di attività finalizzate alla tutela dei pubblici interessi, come avviene, ad esempio, nella gestione dei pubblici servizi³⁸⁰.

Nella ricostruzione operata dalla dottrina più recente il conferimento di potestà pubbliche dal punto di vista organizzativo prevede l'esercizio in via sostitutiva di un potere pubblico che deve individuarsi attraverso una «predeterminazione legislativa del contenuto o dell'oggetto dell'attività», nell'«alienità e nella pubblicità degli interessi perseguiti», nella procedimentalizzazione dell'attività ed infine nella sussistenza di una «situazione di potestà»³⁸¹, senza che il conferitario sia preposto a un organo-ufficio dell'amministrazione pubblica.

del digesto (discipl. pubbl.), Vol. III, Torino, 1989, p. 298; A. Romano Tassone, La concessione a terzi dei servizi pubblici locali, in *reg. e gov. locale*, 1992, p. 87; A. TRAVI, *In tema di concessioni demaniali marittime*, in *Foro It.*, n. 2, 2020.; Trib. Sup. Acque 13 dicembre 2018 n. 201, n Il Foro italiano, 2020, fasc. 2, pt. 3, pp. 82-89; V. CAPPELLI, *Il progressivo riconoscimento della natura contrattuale dell'istituto concessorio. Prospettive di indagine alla luce dell'evoluzione storica della concessione tra tentazioni privatizzanti e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 2, 2020, pp. 547-570;

³⁷⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 569. Come evidenziato

³⁷⁶ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, p. 3.

³⁷⁷ Così A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, *op. cit.*, p. 4.

³⁷⁸ V. SANTI ROMANO, *Poteri, Potestà, in Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 194.

³⁷⁹ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, *op. cit.*, p. 4.

³⁸⁰ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, *op. cit.*, pp. 87-95, riportando principalmente quanto affermato dalla C. Cost. nella sentenza n. 204/2004 che ritiene il gestore di un pubblico servizio un esercente potestà pubblica valorizzando il profilo funzionale.

³⁸¹ Così A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, *op. cit.*, p. 161.

Il conferimento di potestà pubbliche può avvenire con diversi atti, la delega, la legge e la concessione che ricomprende accordi tra privato e pubblica amministrazione. Per ogni atto si evidenzia un particolare esempio di conferimento di potestà pubblica. Quanto alla delega, si prende ad esempio il T.U. sull'espropriazione in cui la pubblica amministrazione può delegare funzioni espropriative ai privati attraverso un trasferimento di competenze amministrative con relativo impatto sul piano organizzatorio³⁸². Un'espressione tipica della delega attraverso la quale si esplica il conferimento di potestà pubbliche ai privati consiste (anche) nell'esternalizzazione di attività procedimentali. Tra tutti merita rilevare i casi delle guardie ecologiche, zoologiche volontarie³⁸³, ai consorzi volontari a tutela delle DOP e agli ausiliari del traffico. In merito ai consorzi volontari a tutela delle DOCG, DOC e delle IGT, secondo lo schema della delega che richiede un'espressa previsione della legge per poterla attribuire³⁸⁴, si prevede ai sensi dell'art. 19, comma 1 l. n. 164/1992, poteri di controllo, consultivi e di verifica³⁸⁵.

³⁸²A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, op. cit., pp. 167 e ss., riporta come esempio il T.U. sull'espropriazione. In particolare si evidenzia l'art. 3, comma 2, lett. b) per cui «per "autorità" espropriante», si intende, l'autorità amministrativa titolare del potere di espropriare e che cura il relativo procedimento, ovvero il soggetto privato, al quale sia stato attribuito tale potere, in base ad una norma» e l'art. 15 «1. Per le operazioni planimetriche e le altre operazioni preparatorie necessarie per la redazione dello strumento urbanistico generale, di una sua variante o di un atto avente efficacia equivalente nonché per l'attuazione delle previsioni urbanistiche e per la progettazione di opere pubbliche e di pubblica utilità, i tecnici incaricati, anche privati, possono essere autorizzati ad introdursi nell'area interessata».

³⁸³ Sebbene A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, pp. 173 e ss. sembra contraddirsi inserendo le attività delle guardie ecologiche, zoologiche volontarie tra i casi di conferimento delle potestà pubbliche *ex lege*, subito dopo le inserisce a p. 423 tra i casi di delega, che rientra nell'esternalizzazione ed affidamento delle attività procedimentali.

³⁸⁴ Così, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, p. 267; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, op. cit. pp. 129-130; B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 129- 130.

³⁸⁵ ³⁸⁵ «Per ciascuna denominazione di origine o indicazione geografica tipica possono essere costituiti consorzi volontari di tutela con l'incarico della tutela, valorizzazione e cura generale degli interessi relativi alle DOCG, DOC e IGT. Essi hanno inoltre compiti di proposta per la disciplina regolamentare delle rispettive DOCG, DOC e IGT nonché compiti consultivi nei riguardi della regione e della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, in materia di gestione degli albi dei vigneti e degli elenchi delle vigne, di denunce di produzione delle uve e dei vini, di distribuzione dei contrassegni di cui all'art. 23 e di quant'altro di competenza delle regioni e dei predetti enti camerali in materia di vini a denominazione d'origine e ad indicazione geografica tipica. Il Ministro dell'agricoltura e delle foreste, sentito il Comitato nazionale di cui all'art. 17, può, con proprio decreto, affidare l'incarico di collaborare, secondo modalità stabilite dallo stesso decreto, alla vigilanza sull'applicazione della presente legge nei confronti dei propri affiliati, ai consorzi volontari». La legge prevede il trasferimento la legittimazione con atto proprio per l'esercizio di una funzione per un singolo «affare»³⁸⁵ conferendo un potere di revoca e di controllo della delega all'amministrazione delegante. Ed infatti, a mente dell'art. 21, comma 7, l. n. 164/1992 «Con decreto del Ministro dell'agricoltura e delle foreste sono stabilite le condizioni per consentire ai consorzi volontari di ottenere l'incarico di collaborare nella vigilanza di cui all'art. 19, comma 1, nonché le condizioni per consentire ai consorzi volontari ed ai consigli interprofessionali di

Alla stessa stregua dei consorzi volontari, le guardie ecologiche, zoologiche volontarie ai sensi dell'art. 27, l. n. 257/1992, svolgono attività di vigilanza venatoria, esercitando poteri indicati dal successivo art. 28, l. n. 157/1992, di notevole impatto autoritativo³⁸⁶, con delega prevista *ex lege* anche attraverso la mediazione delle regioni che possono prevedere determinate modalità per l'esercizio di questi poteri.

Anche le attività degli ausiliari del traffico rientrano in un caso di delega di funzioni amministrative, conferite in questo caso da enti locali. Secondo quanto disposto dall'art. 17, comma 132, l. n. 117/1997, «I comuni possono, con provvedimento del sindaco, conferire funzioni di prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di sosta a dipendenti comunali o delle società di gestione dei parcheggi, limitatamente alle aree oggetto di concessione. La procedura sanzionatoria amministrativa e l'organizzazione del relativo servizio sono di competenza degli uffici o dei comandi a ciò preposti. I gestori possono comunque esercitare tutte le azioni necessarie al recupero delle evasioni tariffarie e dei mancati pagamenti, ivi compresi il rimborso delle spese e le penali».

svolgere le attività indicate nel presente articolo». Attraverso la delega, dunque, non si ha un effetto privativo della competenza della pubblica amministrazione ma solo la legittimazione (B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 374.).

³⁸⁶ «I soggetti preposti alla vigilanza venatoria ai sensi dell'articolo 27 possono chiedere a qualsiasi persona trovata in possesso di armi o arnesi atti alla caccia, in esercizio o in attitudine di caccia, la esibizione della licenza di porto di fucile per uso di caccia, del tesserino di cui all'articolo 12, comma 12, del contrassegno della polizza di assicurazione nonché della fauna selvatica abbattuta o catturata. Nei casi previsti dall'articolo 30, gli ufficiali ed agenti che esercitano funzioni di polizia giudiziaria procedono al sequestro delle armi, della fauna selvatica e dei mezzi di caccia, con esclusione del cane e dei richiami vivi autorizzati. In caso di condanna per le ipotesi di cui al medesimo articolo 30, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), le armi e i suddetti mezzi sono in ogni caso confiscati. Quando è sequestrata fauna selvatica, viva o morta, gli ufficiali o agenti la consegnano all'ente pubblico localmente preposto alla disciplina dell'attività venatoria il quale, nel caso di fauna viva, provvede a liberarla in località adatta ovvero, qualora non risulti liberabile, a consegnarla ad un organismo in grado di provvedere alla sua riabilitazione e cura ed alla successiva reintroduzione nel suo ambiente naturale; in caso di fauna viva sequestrata in campagna, e che risulti liberabile, la liberazione è effettuata sul posto dagli agenti accertatori. Nel caso di fauna morta, l'ente pubblico provvede alla sua vendita tenendo la somma ricavata a disposizione della persona cui è contestata l'infrazione ove si accerti successivamente che l'illecito non sussiste; se, al contrario, l'illecito sussiste, l'importo relativo deve essere versato su un conto corrente intestato alla regione. Della consegna o della liberazione di cui al comma 3, gli ufficiali o agenti danno atto in apposito verbale nel quale sono descritte le specie e le condizioni degli esemplari sequestrati, e quant'altro possa avere rilievo ai fini penali. Gli organi di vigilanza che non esercitano funzioni di polizia giudiziaria, i quali accertino, anche a seguito di denuncia, violazioni delle disposizioni sull'attività venatoria, redigono verbali, conformi alla legislazione vigente, nei quali devono essere specificate tutte le circostanze del fatto e le eventuali osservazioni del contravventore, e li trasmettono all'ente da cui dipendono ed all'autorità competente ai sensi delle disposizioni vigenti. Gli agenti venatori dipendenti degli enti locali che abbiano prestato servizio sostitutivo ai sensi della legge 15 dicembre 1972, n. 772, e successive modifiche e integrazioni, non sono ammessi all'esercizio di funzioni di pubblica sicurezza, fatto salvo il divieto di cui all'articolo 9 della medesima legge».

Quanto al conferimento di potestà pubbliche *ex lege*, si riporta l'esempio dell'abilitazione come avviene per i notai e per i comandanti di nave³⁸⁷. In merito alle concessioni, invece, Maltoni riporta come esempio le c.d. concessioni traslative in cui la pubblica amministrazione trasferisce proprie potestà pubbliche al destinatario che assume l'obbligo di esercitarle per soddisfare un interesse pubblico³⁸⁸. In questo senso sarebbero direttamente riconducibili a quest'alea le convenzioni che l'Amministrazione stipula con il privato, a mente dell'art. 11 l. n. 241/1990, considerate, però, come «tutti quegli atti negoziali conclusi tra p.a. e privati aventi ad oggetto l'esercizio di potere amministrativo»³⁸⁹.

5. Il modello organizzativo oggettivo della co-progettazione e della co-programmazione al di fuori dei casi di conferimento di potestà pubbliche e di esercizio privato di pubbliche funzioni.

A questo punto occorre rilevare che, anche in relazione alle formule organizzative appena analizzate, gli istituti della co-progettazione e delle convenzioni presenti nel CTS non sembrano esprimere le tradizionali formule organizzatorie dell'esercizio privato di pubbliche funzioni e di conferimento di potestà pubbliche ai privati.

Analizzando la lettera degli artt. 55 comma 3 e 4, 56 d.lgs. n. 117/2017, si desume la facoltà per le pubbliche amministrazioni di affidare agli ETS un servizio, con procedure diverse rispetto a quelle individuate dal d.lgs. n. 50/2016³⁹⁰. Infatti,

³⁸⁷ Cfr. par. 4.1.

³⁸⁸ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, *op. cit.*, p. 423.

³⁸⁹ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, *op. cit.*, p. 455.

³⁹⁰ Come si vedrà nel Cap IV, la co-progettazione, come tutti gli altri istituti del Titolo VII del CTS, si pongono nell'ombra di codice dei contratti pubblici, prendendo le mosse dalle modalità procedurali dettate dal d.lgs. n. 50/2016 attraverso le quali collaborare con l'ETS per la redazione di progetti o svolgere in funzione sostitutiva servizi sociali di interesse generale. *Contra* L. GORI, *La saga della sussidiarietà orizzontale*, *op. cit.*, p. 194; S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali* in *op. cit.*, pp. 112 e ss., secondo cui «Non vi è, quindi, l'affidamento di un servizio pubblico a fronte di un corrispettivo, bensì una aggregazione di risorse pubbliche e private per la progettazione, in comune, di servizi ed interventi». Nel Cap. IV si evidenzieranno le ragioni di questo differente inquadramento.

l'art. 55 comma 4 ritiene la co - progettazione un «partenariato»³⁹¹ che prevede nella sua esecuzione, ai sensi dell'art. 3, lett. eee)³⁹², la «fornitura di un servizio» del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Stesso discorso vale per le convenzioni disciplinate dall'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, che prevede, in maniera espressa, l'affidamento di un servizio sociale.

Alla luce di quanto indicato sarebbe difficile ricomprendere la co-progettazione e le convenzioni tra p.a. e terzo settore nel modello organizzativo dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, in quanto trattandosi nel primo caso di un particolare contratto di partenariato pubblico - privato e nel secondo di una concessione di servizi non vi è alcuna sostituzione dell'ente del terzo settore nei confronti della pubblica amministrazione con conseguente spendita di *potere*. Ed infatti riprendendo le parole della dottrina «l'appaltatore instaura con l'Amministrazione un'obbligazione di attività e non si surroga ad essa»³⁹³, coerentemente con il ruolo di *ausiliare* all'attività amministrativa degli enti del terzo settore delineato dal codice del 2017 nonché dal principio di sussidiarietà *ex art. 118* comma 4 Cost.

In modo analogo all'esercizio privato di pubbliche funzioni, il modello organizzativo del conferimento di potestà pubbliche risulta incompatibile con quello espresso dal Codice del terzo settore. Ciò in quanto nella dinamica del conferimento di potestà pubbliche si prevede sempre una sostituzione del soggetto privato in luogo della pubblica amministrazione. Sebbene la dottrina più recente ricomprenda in questa formula organizzatoria l'attività del privato svolta in funzione collaborativa o

³⁹¹ Ciò si vedrà più nello specifico nel Cap. IV.

³⁹² «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat;

³⁹³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 569. Come evidenziato nel par. 4, p. 39 del presente lavoro, l'appalto e le concessioni differiscono solo nel rischio operativo che assume il concessionario rispetto all'appaltatore.

concorrente con l'amministrazione³⁹⁴, a parere di chi scrive, ammette indirettamente che il privato conferitario si sostituisca sempre in *parte qua* alla pubblica amministrazione, esercitando una funzione amministrativa con conseguente spendita di potere autoritativo³⁹⁵.

Ebbene, non essendo ravvisabili dalla lettera delle norme più volte richiamate potestà da attribuire agli enti del terzo settore, le attività svolte nella co-progettazione e nelle convenzioni escludono un conferimento di potestà pubbliche. Tali attività, si ribadisce, sono di servizio e non di funzione con conseguente assenza di un potere autoritativo in capo al privato sociale.

Quanto appena detto vale anche per la co-programmazione. Come è stato già indicato, la co-programmazione consiste nel coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore per far sì che l'amministrazione procedente individui i bisogni da soddisfare, gli interventi a tal fine necessari e le modalità di realizzazione degli stessi e le risorse disponibili³⁹⁶.

In base al dettato normativo tale istituto sembrerebbe rientrare in quelle formule organizzative, espressione del modello oggettivo, che prevedono lo svolgimento di attività procedurali, prevalentemente istruttorie, da affidare ai soggetti privati di cui la legge fa espressa previsione. In questa formula organizzativa l'attività procedimentale viene a determinare un «effetto equivalente» tra l'attività amministrativa e quella privata «sottolineando così l'interesse pubblico che permea oggettivamente quest'ultima»³⁹⁷. L'apparato amministrativo assolve dunque la funzione di regolare l'attività del privato in modo analogo all'attività di pubblico interesse che svolge e che è affidata secondo legge, al pari della co-programmazione.

³⁹⁴ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, *op. cit.*, pp. 160 e ss, che nel delineare la nozione di conferimento di potestà pubbliche oltre all'esercizio di funzioni sostitutive parla espressamente di funzioni collaborative che nel prosieguo della trattazione sembrano rientrare nell'esercizio di funzioni sostitutive.

³⁹⁵ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, *op. cit.*, p. 160 afferma che «l'esercizio di potestà pubbliche [...] presuppone sempre che sia affidato in cura un interesse pubblico al privato e che quest'ultimo non sia mai preposto ad un organo-ufficio dell'amministrazione pubblica». Nella trattazione successiva, in ogni ipotesi di conferimento di potestà pubblica si prevede la spendita di potere autoritativo.

³⁹⁶ Alla luce del combinato disposto tra comma 1 e comma 2, art. 55, d.lgs. n. 117/2017.

³⁹⁷ S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali*, *op. cit.* p. 174.

In dottrina³⁹⁸ si è evidenziato che il fenomeno di natura organizzativa oggetto di analisi si realizza il più delle volte facendo ricorso a strumenti privatistici come il conferimento di incarichi esterni, ai sensi dell'art. 7 commi 6 e 6-*bis*, d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 110, d.lgs. n. 267/2000.

Ciò che ricorre è il coinvolgimento del privato nello svolgimento di singoli adempimenti istruttori e decisorio. La logica dietro all'esternalizzazione di funzioni procedurali consiste nello sfruttare la conoscenza tecnica del privato per realizzare intere parti del procedimento, come ad esempio l'esercizio di vigilanza venatoria svolta da consorzi volontari, guardie ecologiche e zoologiche volontarie e l'attività di controllo e verifica consorzi volontari a tutela delle DOCG, DOC e delle IGT.

La facoltà dell'Amministrazione di porre in essere tale tipo di esternalizzazione può essere prevista dalla legge - che «determina una sorta di equivalenza tra l'attività privata e l'attività amministrativa di carattere istruttorio e decisorio»³⁹⁹ - o altrimenti sarà la stessa amministrazione a decidere discrezionalmente l'*an* della stessa esternalizzazione senza che vi sia un'espressa previsione normativa sul punto.

Questa facoltà generalizzata dell'amministrazione di esternalizzare funzioni istruttorie ai privati è stata riconosciuta condivisibilmente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 234/2010, secondo cui non sussiste «nel nostro ordinamento un non superabile divieto ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative». Anche l'Unione europea riconosce implicitamente questa facoltà alle pubbliche amministrazioni interessandosi al fenomeno, come visto nella C-393/05 decisa dalla Corte di Giustizia, sez. 1 novembre 2007, solamente per distinguere soggetti privati esercenti poteri autoritativi, assimilabili alle pubbliche amministrazioni, e soggetti privati senza la titolarità di un potere autoritativo, non assimilabili dunque nel novero degli enti pubblici, al fine dell'applicazione di deroghe alla disciplina eurounitaria⁴⁰⁰.

³⁹⁸ *Ibis*, p. 175. Allo stesso modo, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 182 e ss.

³⁹⁹ S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali*, *op. cit.* p. 178.

⁴⁰⁰ Nel Cap. I si è visto come la nozione di Pubblica amministrazione, a geometria variabile, sia rilevante per il diritto Eurounitario al fine di derogare alle norme che disciplinano e regolano le libertà fondamentali sancite dai Trattati dell'Unione europea (TUE e TFUE).

La formula organizzatoria analizzata sembra talvolta ricomprendere il conferimento di potestà pubbliche al privato e l'esercizio privato di pubbliche funzioni, quando l'esternalizzazione dell'attività istruttoria preveda il conferimento di una potestà decisoria attraverso l'esercizio del potere autoritativo, talaltra invece sembra escludere tali formule organizzatorie quando l'esternalizzazione delle funzioni istruttorie non preveda l'esercizio di un potere autoritativo.

Sebbene vi siano punti di contatto tra l'esternalizzazione di funzioni istruttorie e la co-programmazione, a parere di chi scrive, quest'ultima si pone diversamente dalla formula organizzatoria sinora analizzata. Dall'analisi dell'art. 55 comma 2, d.lgs. n. 117/2017, si ravvisa come all'ente del terzo settore non venga conferito alcun potere autoritativo. È all'Amministrazione, infatti, che spetta il compito di adozione dell'atto (nella fattispecie di programmazione) mentre l'ente del terzo settore è semplicemente chiamato, sulla scorta della propria esperienza⁴⁰¹, a far emergere i bisogni e gli interessi generali da cristallizzare nell'atto di co-programmazione. Diversamente dall'esternalizzazione di funzioni istruttorie, la co-programmazione⁴⁰², come si vedrà nel prosieguo del lavoro⁴⁰³, si pone come una particolare modalità di partecipazione al procedimento amministrativo per la redazione di un atto amministrativo generale, esaltandone la funzione collaborativa.

Benché sia stato evidenziato che i modelli organizzativi indicati abbiano solo valore descrittivo⁴⁰⁴, tali modelli risultano essenziali per comprendere se gli atti emanati dai privati, considerati parte dell'organizzazione pubblica, siano considerati atti amministrativi sottoposti al relativo regime d'impugnazione oppure se gli stessi privati debbano essere considerati veri e propri soggetti pubblici ai fini dell'applicazione di specifiche discipline.

Grazie ai modelli organizzativi è possibile stabilire se l'attività del privato possa ritenersi «oggettivamente pubblica», cioè dedotta dalla «sua originaria pertinenza all'amministrazione che la trasferisce con atti singolari o in via generale, spogliandosi

⁴⁰¹ È proprio questo aspetto che mette in contatto la co-programmazione con gli istituti analizzati volti ad esternalizzare funzioni istruttorie.

⁴⁰² Per S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali*, op. cit. p. 178, infatti, l'esternalizzazione di funzioni istruttorie si pone diversamente dalla partecipazione procedimentale.

⁴⁰³ Cfr. Cap. III, par. 3.

⁴⁰⁴ M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano 1966, p. 686; F. SATTA, voce *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma 1989, *passim*.

dei compiti di organizzazione e gestione diretta e assumendo quelli di vigilanza»⁴⁰⁵. Il carattere oggettivamente pubblico dell'attività determinerà, infatti, l'applicazione o meno della disciplina pubblicistica con conseguente regime di impugnazione.

Arrivati a questo punto della ricerca, è possibile affermare che il codice del terzo settore non sembra esprimere i modelli organizzativi sin qui analizzati, comportando solamente una valorizzazione del modello oggettivo di organizzazione amministrativa che comprende e pone in posizione di rilievo il privato, in direzione del comune obiettivo di interesse generale da realizzare.

Gli enti del terzo settore assolvono, infatti, una funzione di *ausilio* nei confronti dell'Amministrazione attraverso la previsione di formule organizzatorie che contemplano, quanto alla co-progettazione e alle convenzioni, l'esternalizzazione di attività di servizio, quanto invece alla co-programmazione, l'introduzione di atipiche modalità di partecipazione procedimentale.

Per far sì che gli istituti di dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione siano ricompresi nelle formule organizzatorie del conferimento di potestà pubbliche, dell'esercizio privato di pubbliche funzioni e del *munus*, è necessario che l'attività svolta dal privato sociale «sia di tale intensità da meritare una sua qualificazione come pubblica» da parte del legislatore, prevedendo esercizio di potere autoritativo⁴⁰⁶. Differentemente da ciò, il legislatore nell'art. 118 comma 4 Cost. e nel d.lgs. n. 117/2017 ha scelto di qualificare l'attività del privato sociale come «attività di interesse generale» che, come visto in altra parte del lavoro, differisce dall'attività di pubblico interesse per non considerare quale mezzo di realizzazione dei comuni interessi il potere.

Ebbene, occorre ora valutare se il rapporto di equiordinazione, *tendenzialmente paritario*, tra amministrazione e privato sociale, finora delineato, determini l'applicazione di relazioni organizzative proprie degli enti pubblici.

⁴⁰⁵ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 184. i

⁴⁰⁶ Così, F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in Studi in onore di Feliciano Benvenuti, Modena, 1996, p. 243 e ss., il quale prevede, però, riprendendo Benvenuti, che per realizzare tale interesse pubblico, ossia il bene giuridico tutelato dall'interesse, è possibile uscire dal rapporto libertà - autorità creando un nuovo paradigma.

6. Il coordinamento amministrativo nel rapporto tra Amministrazione e Terzo settore.

Il coordinamento amministrativo rappresenta una relazione organizzativa che tradizionalmente attiene al rapporto tra enti pubblici (o tra uffici e organi all'interno di essi)⁴⁰⁷ finalizzato a ordinare attività diverse «secondo un disegno unitario in vista di risultati di interesse comune»⁴⁰⁸. Superando la tradizionale applicazione ai rapporti tra enti pubblici della relazione organizzativa in analisi si è evidenziato come «il “coordinamento” viene in rilievo quando ci si trova di fronte a una pluralità di attività e di soggetti (o di figure soggettive) di cui l'ordinamento riconosce una qualche autonoma individualità, pur disponendone la armonizzazione ed eventualmente la cospirazione a fini determinati»⁴⁰⁹. Il coordinamento, infatti, è stato ritenuto uno strumento per gestire la complessità della società che si specializza, si differenzia e si pluralizza in «diverse aggregazioni private, collettive, politiche, su dimensioni varie»⁴¹⁰, ponendosi come fine quello di far «conseguire alla società i propri obiettivi attraverso strumenti e forme nuove rispetto a quelle adatte ad un'organizzazione sociale e ad un'organizzazione di governo diverse»⁴¹¹. Per questo motivo il coordinamento si sostanzia in uno strumento «gestionale ed operativo» attraverso l'introduzione di meccanismi che garantiscano l'autonomia dei soggetti che

⁴⁰⁷ V. BACHELET, *voce Coordinamento*, in Enc. Dir., vol X, Milano, 1962, p. 2, che parla espressamente di uno strumento che mette in rapporto le «strutture organizzative» delle amministrazioni. Inoltre, afferma che il coordinamento è «ormai una figura generale che si applica anche all'attività e agli organi amministrativi e va quindi ricostruita appunto come un istituto di teoria generale del diritto pubblico; F. BENVENUTI, *Coordinamento concetto o coordinamento schema?*, G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, p.p. 114-115; A. M., SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.*, p. 238; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa, op. cit.*, p. 131. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.* p. 159. Anche oggi la giurisprudenza parla di coordinamento amministrativo tra più amministrazioni o uffici della stessa amministrazione Consiglio di Stato sez. VI, 25 gennaio 2021, n.768.

⁴⁰⁸ Così, A.M., SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.*, p. 238. Proprio per il carattere di questa particolare relazione organizzativa, parte della dottrina (M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo, op. cit.*, vol I, p. 319, ha ritenuto che il coordinamento consista più che in un rapporto istituzionalizzato in un vero rapporto procedimentale in cui si dà luogo «ad un rapporto tra istanze equordinate, in cui ad un apposito ufficio si attribuisce la potestà di adottare un atto [...] il quale vincola tutte le parti del rapporto a comportamenti conseguenti».

⁴⁰⁹ V. BACHELET, *voce Coordinamento, op. cit.*, p. 2.

⁴¹⁰ G. PASTORI, *Coordinamento e governo di una società complessa*, in G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, p. 127.

⁴¹¹ *Ibidem*.

compongono la società permettendo loro una «partecipazione sociale alla gestione dell'amministrazione pubblica»⁴¹².

Il fine è quello di «mettere insieme uomini e portarli verso mete comuni, rispettando e valorizzando le possibilità e le vocazioni di ciascuno»⁴¹³. Per raggiungere questo risultato il coordinamento si pone sul piano giuridico come un principio a valenza procedimentale che prevede il formarsi di «una decisione comune» con «codeterminazione dei fini»⁴¹⁴. Per questa via, tali procedimenti presuppongono che tra i soggetti coordinati vi sia una commistione di equiordinazione e di sovraordinazione, «tra esigenze di autorità direttiva ed esigenze di libertà e autonomia»⁴¹⁵. Sulla scorta di queste affermazioni, si è rilevato che da una parte il coordinamento presuppone che vi sia un indirizzo e dall'altra che il coordinamento sia effettuato somministrando un indirizzo⁴¹⁶. Per coordinare la molteplicità delle figure giuridiche soggettive all'interno dell'organizzazione amministrativa, tutte considerate in posizione equiordinata limitatamente al fine dell'interesse pubblico da tutelare, il meccanismo organizzativo che introduce il coordinamento impone che vi sia un soggetto dirigente che deve imprimere un indirizzo. Ciò comporta una commistione tra sovraordinazione e equiordinazione, ove il soggetto dirigente ha la facoltà - forse talvolta il dovere - di esercitare un potere di direttiva a cui il coordinato deve attenersi in vista della realizzazione dell'obiettivo di interesse pubblico comune⁴¹⁷. All'interno di questa particolare relazione organizzativa l'indirizzo non viene mai considerato come una imposizione a cui il soggetto coordinato deve attenersi passivamente, trattandosi di un «indirizzo partecipato», così da assicurare «all'indirizzo la partecipazione dell'indirizzato»⁴¹⁸.

Il coordinamento attiene dunque al tema della partecipazione in cui deve essere garantita l'autonomia dei soggetti⁴¹⁹ che ne fanno parte, in quanto solamente

⁴¹² G. PASTORI, *Coordinamento e governo di una società complessa*, op. cit., p. 131.

⁴¹³ G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, p. 142.

⁴¹⁴ *Ibis*, p. 145.

⁴¹⁵ *Ibis*, p. 144.

⁴¹⁶ M. NIGRO, *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, in G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, pp. 25 e ss.

⁴¹⁷ *Ibis*, pp. 28 - 29; V. BACHELET, voce *Coordinamento*, op. cit., p. 6.

⁴¹⁸ M. NIGRO, *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, op. cit., p. 29.

⁴¹⁹ In merito, S. BARTOLE, *Il coordinamento tra garanzia delle autonomie e principio collaborativo*, in G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, pp. 65 e ss.

l'integrazione tra le varie competenze dei coordinati potrà valorizzare, in termini di adeguatezza, il risultato di interesse pubblico⁴²⁰. Il coordinamento sinora descritto a parere di chi scrive, sembra trovare la massima espressione negli istituti che regolano il rapporto tra Pubblica Amministrazione e Terzo settore, oltre che nell'istituto ampiamente indagato della conferenza di servizi⁴²¹.

Prendendo in analisi l'istituto della co-programmazione si ravvisa come, all'interno dell'organizzazione amministrativa oggettivata, Terzo settore e Amministrazione si trovino in una posizione di equiordinazione⁴²², limitatamente all'individuazione dei bisogni da soddisfare attraverso l'ausilio istruttorio del privato sociale. Quest'ultimo, infatti, porterà all'interno del procedimento di adozione dell'atto di programmazione la propria esperienza di esercizio delle attività di interesse generale, svolta, lo si ribadisce, a stretto contatto con la realtà socio-economica in cui l'amministrazione si trova ad operare.

In questo modello organizzativo procedimentale dettato dall'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, sebbene Terzo settore e Amministrazione siano in una posizione paritaria, nel senso più volte precisato, si ravvisa al suo interno un rapporto di sovraordinazione dettato dalla funzione di indirizzo dell'ente pubblico che ricorrerà alla co-programmazione. Tale funzione d'indirizzo sarà necessaria per stabilire, visto il

⁴²⁰ Il coordinamento amministrativo viene infatti descritto dalla giurisprudenza come un istituto finalizzato a «individuare, mediante il contestuale confronto fra i soggetti che li rappresentano, l'interesse pubblico al quale dare prevalenza» (T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 28/06/2011, n.960; più recentemente T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 07/01/2015, n.86).

⁴²¹ La conferenza di servizi è stata da sempre considerata espressione di coordinamento in quanto valutazione contestuale di più interessi pubblici da parte di pubbliche amministrazioni equiordinate, sebbene in certe forme, come la Conferenza di servizi preliminare il privato «rimane spettatore» (T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, 05/11/2019, n.5236). In tema di coordinamento amministrativo si veda: M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, 1980; P. BERTINI, *La conferenza di servizi*, in *Dir. Amm.* 1997, pp. 271 e ss.. Per un'analisi attuale dell'istituto, R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in A. RALLO-A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2016, p. 227 ss.; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016 n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 12 ss.; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in sito *web Federalismi.it* e D. D'ORSOGNA, *Semplificazione e conferenza di servizi*, in sito *web AIPDA*; D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi*, in F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, 2017, pp. 240 - 269.

⁴²² V. BACHELET, voce *Coordinamento*, *op. cit.*, p. 5, il quale si poneva tale interrogativo, riprendendo M.S., GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 203; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960, 224 s.; G. VIGNOCCHI, *I rapporti con gli enti locali non territoriali*, in AA.VV. *Coordinamento e collaborazione* (Atti del V convegno di Scienza dell'amministrazione), Milano, 1961, pp. 137 e ss., *analizzando gli atti frutto del coordinamento interministeriale come i decreti interministeriali in cui non vi era alcuna gerarchia*.

silenzio della norma, le modalità del coinvolgimento⁴²³ del privato per la formazione dell'atto amministrativo generale adottato dall'organo pubblico, escludendo una co-decisione.

L'art. 55, comma 1, del codice del 2017 valorizza l'autonomia dei soggetti protagonisti della co-programmazione, rispettando il ruolo autoritativo dell'Amministrazione e quello collaborativo del privato, che entrerà in contatto con la stessa Amministrazione mediante una scelta di autonomia privata, partecipando, ad esempio, alla co-programmazione mediante candidatura in risposta a un avviso pubblico di manifestazione di interesse⁴²⁴. La sovraordinazione, finalizzata all'effettivo coordinamento, è dunque interna alla condizione paritaria dei soggetti del coordinamento che entrano in contatto con l'amministrazione attraverso moduli consensuali, rispettando in tal modo la natura dei soggetti coinvolti⁴²⁵.

La modalità dettata dal codice di coinvolgimento coordinato degli enti del terzo settore nella redazione degli atti amministrativi generali di programmazione dell'Amministrazione risponde a un'esigenza di adeguatezza circa l'individuazione dei bisogni da soddisfare attraverso l'azione pubblica⁴²⁶. Come visto nel capitolo precedente, tali enti sono espressione diretta della società e grazie al loro apporto esperienziale, ottenuto grazie all'attività prestazionale che li contraddistingue, possono colmare quel *gap* che caratterizza talvolta i pubblici poteri tra realtà sociale e realtà amministrativa, facendo emergere interessi ed obiettivi di interesse generale. Per questo motivo la co-programmazione, visto il suo ampio utilizzo per la tutela dei molteplici interessi generali richiamati dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, può essere considerata un modo di operare⁴²⁷ del coordinamento, in quanto si delinea come uno strumento volto ad affrontare la complessità della società, facendo emergere le diverse istanze della società mediante il coinvolgimento del privato sociale. Si è infatti

⁴²³ Come si vedrà nel Cap. III dalla prassi si evincono diverse modalità attraverso le quali pubblica amministrazione e privato sociale collaborino per la redazione di un atto amministrativo generale.

⁴²⁴ È questa la principale modalità attraverso cui l'Amministrazione coinvolge gli ETS, dichiarando attraverso avviso pubblico (Cfr. Cap. III)

⁴²⁵ Tale immagine del coordinamento è evocata da M. D'ALBERTI, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, p. 64.

⁴²⁶ Su questa caratteristica del coordinamento, si veda A. AZZENA, *Per la definizione del coordinamento e della sua realtà giuridica*, in G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, p. 42.

⁴²⁷ F. BENVENUTI, *Coordinamento concetto o coordinamento schema?*, *op. cit.*, p. 114, secondo cui il coordinamento non esiste se non si precisano «i modi di operare di esso».

evidenziata in dottrina la necessità di costituire attraverso il coordinamento organizzazioni amministrative «il più possibile obiettivate» costituite «da più soggetti, sia pubblici che privati dagli stessi cittadini sia individualmente che nelle formazioni sociali»⁴²⁸.

A conferma di quanto finora detto, la programmazione risulta essere «l'espressione più concreta» del modello organizzativo imposto dal coordinamento quale criterio relazionale, in quanto «i possibili *indirizzi*, se fondati sulle *cose*, non possono che derivare dall'*interpretazione coordinata* degli elementi disponibili»⁴²⁹ forniti dall'Amministrazione e dal privato sociale.

Occorre inoltre sottolineare che un buon coordinamento impone di non trascurare la fase successiva alla (co) programmazione, passando «dall'iniziativa all'attuazione», senza limitarsi meramente a raccogliere le istanze «che ispirino scelte e criteri guida»⁴³⁰. Si deve pertanto dare adeguata attenzione «all'andamento della fase operativa»⁴³¹ circa gli obiettivi definiti nell'atto di programmazione.

A tali osservazioni della dottrina tradizionale sembra rispondere ancora una volta il codice del terzo settore prevedendo la co-progettazione, che si ricorda essere «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*».

Una dottrina recente in tema di coordinamento⁴³² - ma sempre preliminare all'adozione del codice del terzo settore- conferma che tale relazione organizzativa deve essere letta in chiave di collaborazione tra privato e pubblica amministrazione, delineando un nuovo *modus operandi* dell'azione e dell'organizzazione amministrativa⁴³³. All'interno di un'organizzazione amministrativa che si espande rispetto a quella tradizionale, grazie anche all'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale, ricomprendendo «tutti coloro che partecipano ai medesimi

⁴²⁸ G. PASTORI, *Coordinamento e governo di una società complessa*, in G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, p. 131.

⁴²⁹ G. ABBAMONTE, *Coordinamento, Programmazione e settore organico*, in G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982, p. 92.

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 93.

⁴³² Che si confronta con un dato normativo più evoluto sul piano del rapporto pubblico-privato nell'organizzazione amministrativa.

⁴³³ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, Milano, 2012, p. 83.

obiettivi», la medesima dottrina individua un modello di coordinamento (anche) di tipo tecnico regolativo per far fronte a una esigenza di ristrutturazione organizzativa⁴³⁴.

Due sviluppi scandiscono questa ricostruzione. Il primo consiste nella volontà del legislatore, nel passaggio da Stato imprenditore a Stato regolatore⁴³⁵, di dettare una cornice di «indirizzo / direzione / programmazione»⁴³⁶ in cui le autorità amministrative indipendenti svolgono il ruolo di coordinatori e i privati di coordinati. Il secondo sviluppo determina invece un coordinamento amministrativo basato sulle formule - già analizzate - del conferimento di potestà pubbliche ai privati⁴³⁷, ossia sulle «forme organizzative di diritto comune»⁴³⁸, sui «processi di *esternalizzazione di interi segmenti procedurali*» dell'azione amministrativa, sulla «proliferazione di *metodi differenziati di aggregazione stabile di interessi pubblici e privati*», espressione queste di «poteri autoritari e paritari che operano non in zone separate ma in modo commisto». In questo quadro, che riprende il modello organizzativo di amministrazione oggettivata, la stessa dottrina parla della necessità di creare un «coordinamento *ibrido*» che tenga in considerazione la commistione pubblico-privato nell'esercizio dell'attività di funzione e di servizio dell'Amministrazione, finalizzata al raggiungimento della massima obiettivizzazione della sua azione, coniugando «imparzialità ed efficienza con responsabilità e risultato»⁴³⁹.

Si giunge così alla c.d. amministrativa «disaggregata»⁴⁴⁰, utile a coordinare l'azione del pubblico e del privato, in una fisionomia istituzionale volta ad affrontare la diversità degli interessi di cui sono portatori gli stessi privati in forma singola o associata, conservando una cornice «dalla chiara natura pubblicistica»⁴⁴¹.

⁴³⁴ Ibis, p. 84.

⁴³⁵ In tema, si veda E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.*, p. 120, in cui si evidenzia che la Costituzione economica oscilla tra due poli: uno Stato imprenditore che interviene direttamente, in maniera massiccia, nell'economia e uno Stato regolatore in cui l'attività pubblica è al servizio del mercato e al suo corretto funzionamento. Il passaggio tra Stato imprenditore a stato regolatore è avvenuto nel periodo delle privatizzazioni di grandi imprese pubbliche come Enel ed Eni, attraverso una graduale dismissione di quote di partecipazione pubblica di queste aziende al mercato.

⁴³⁶ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, p. 87.

⁴³⁷ *Ibidem*, l'Autore fa esplicito riferimento all'opera di MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati, op. cit.*

⁴³⁸ Come, ad esempio, in materia di Società organismi di attestazione (c.d. S.o.a.).

⁴³⁹ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo, op. cit.*, p. 87

⁴⁴⁰ Così delineate in termini di pluralismo dei soggetti che compongono l'organizzazione stessa, F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo, op. cit.*, p. 94.

⁴⁴¹ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo, op. cit.*, p. 93.

Sulla base dell'indagine sin qui condotta sembra evidente come gli apporti dottrinali da ultimi richiamati trovino forma e applicazione diretta nel Codice del Terzo settore, il quale introduce diversi meccanismi di coordinamento amministrativo tra pubblico e privato fondato sull'equiordinazione, senza abbandonare però il rapporto di sovraordinazione che caratterizza la diversa natura di questi soggetti, confermato dall'adozione da parte dell'ente pubblico dell'atto di co-programmazione⁴⁴² e dal suo potere di *direttiva*, esercitato anche in relazione agli istituti di co-progettazione e delle convenzioni⁴⁴³.

L'atto di programmazione, come è noto⁴⁴⁴, individua infatti gli obiettivi e le modalità attraverso le quali l'amministrazione soddisferà gli interessi pubblicistici della collettività di appartenenza sia attraverso la redazione e l'esecuzione di progetti sia mediante l'affidamento di servizi di interesse generale. Per questo motivo, alla luce della natura e al fine degli atti appena richiamati, si delinea un coordinamento amministrativo che prevede di servirsi e di coinvolgere privati, espressione della «società civile»⁴⁴⁵, al fine di sfruttare la loro «*expertise*» - e la loro autonomia privata funzionalizzata alla tutela degli interessi generali - per garantire adeguatezza (anche sul piano esecutivo) delle scelte di natura governativa⁴⁴⁶, fissate nell'atto di programmazione.

Senza mezzi termini, infatti, il principio di sussidiarietà orizzontale, come più volte ricordato *ratio* del Codice del terzo settore, viene presentato come un principio avente «vocazione intrinsecamente performativa» nel permettere ai privati «di farsi occasionalmente “parte” dell'organizzazione amministrativa» per realizzare i fini comuni di interesse generale, condizionando - senza sostituire - l'azione amministrativa⁴⁴⁷.

⁴⁴² Ciò in quanto la legge prevede espressamente che l'amministrazione adotti l'atto di co-programmazione. Come si vedrà poi anche l'atto di co-progettazione e delle convenzioni sarà adottato direttamente dalla pubblica amministrazione.

⁴⁴³ Come si vedrà più nello specifico nel prosieguo del lavoro, la procedura finalizzata a co-progettare e ad individuare gli enti del terzo settore con cui stipulare convenzioni volte all'affidamento di attività e servizi sociali è interamente diretta dall'ente pubblico.

⁴⁴⁴ Tale profilo si specificherà nel Cap. III.

⁴⁴⁵ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, op. cit., p. 101, richiamando F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, op. cit.

⁴⁴⁶ Si richiama D. DONATI, *Partecipazione come categoria, come identità, e rappresentanza. Ruolo e contraddizioni delle nuove forme associative*, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010, pp. 141 e ss.

⁴⁴⁷ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, op. cit., p. 99.

Sebbene tale modello di coordinamento sembri cristallizzato negli istituti di co-programmazione, di co-progettazione e nelle convenzioni *ex art. 56*, d.lgs. n. 117/2017, resta il dubbio circa la loro natura e portata giuridica, poiché gli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017 si presentano vaghi, individuando talvolta solamente l'essenza del procedimento che l'Amministrazione dovrebbe seguire per selezionare gli enti del terzo settore con cui co-progettare o affidare un servizio sociale⁴⁴⁸, talaltra invece individuano solamente gli obiettivi dell'istituto come per la co-programmazione⁴⁴⁹.

L'indagine ha fatto finora emergere che il Codice del terzo settore esprime un modello organizzativo oggettivo della pubblica amministrazione, che considera i relativi enti coinvolti del terzo settore parte di esso. L'analisi effettuata conferma altresì come pubblico e privato sociale sul piano organizzativo mantengano la loro autonomia all'interno dell'organizzazione amministrativa, rapportandosi tra loro attraverso strumenti di coordinamento in cui vige equiordinazione, sul piano della reciproca tutela degli interessi generali, nonché sovraordinazione sul piano della *forza e cogenza* degli atti esercitati.

Orbene, affermata la centralità del coordinamento in relazione alla co-programmazione e alla co-progettazione è possibile desumere il campo d'indagine necessario per definire natura e portata degli istituti appena richiamati. Il peculiare rapporto tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore impone l'utilizzo di strumenti tendenzialmente paritari⁴⁵⁰ come il «negozio» e l'«accordo» per stabilire «forme, tempi, modi e contenuto del coordinamento», considerando che lo stesso codice del 2017, in relazione alla co-progettazione richiama strumenti come il «partenariato»⁴⁵¹ e le «convenzioni»⁴⁵². Inoltre, il principio di sussidiarietà orizzontale

⁴⁴⁸ Ad esempio l'art. 55 comma 4, d.lgs. n. 117/2017, stabilisce che «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»;

⁴⁴⁹ Quanto detto risulta evidente per la co-programmazione affermando solamente l'art. 55 comma 2 che «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».

⁴⁵⁰ M. D'ALBERTI, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, *op. cit.*, p. 64, il quale richiama strumenti consensuali come principale forma di coordinamento tra soggetti posti in posizione paritaria. In merito, si veda F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁵¹ Art. 55, comma 4, d.lgs. n. 117/2017.

⁴⁵² Art. 56, d.lgs. n. 117/2017.

valorizza la creazione di modalità sinergiche di partecipazione del privato attraverso l'introduzione di un «metodo procedurale della partecipazione»⁴⁵³ che consenta agli enti del terzo settore di svolgere attività di interesse generale mediante moduli decisionali frutto di condivisione.

Il Codice indicato, evidenziando il ruolo *ausiliario* degli enti del terzo settore nella co-programmazione, sembra infatti consentire spazi più ampi di partecipazione rispetto a quelli tradizionali dettati dalla l. n. 241/1990.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, per comprendere la natura e la portata degli istituti richiamati, il prosieguo del lavoro si incentrerà sull'analisi delle forme di partecipazione alla redazione degli atti amministrativi generali con riferimento alla co-programmazione, mentre, con riferimento alla co-progettazione, l'analisi si incentrerà sugli strumenti privatistici in capo all'Amministrazione.

⁴⁵³ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, *op. cit.*, p. 102, secondo cui attraverso un «metodo procedurale della partecipazione, l'azione della società civile può essere un valido compendio per il perseguimento di interessi generali» che l'ente pubblico ha il dovere di testare circa il suo potenziale.

CAPITOLO III

Gli strumenti di dialogo fra terzo settore e pubblica amministrazione alla luce del codice del terzo settore ma nell'ombra del codice dei contratti pubblici

Sommario: 1. *Premessa*. La comune ma differente indeterminatezza delle fattispecie della co-programmazione, della co-progettazione e delle convenzioni per l'affidamento di servizi sociali al Terzo settore. Il modello oggettivato come chiave ermeneutica utile alla definizione degli istituti di dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione. 2.- Il ruolo centrale dell'autovincolo per superare l'indeterminatezza delle fattispecie in esame - 3. La co-programmazione tra ambiti esclusi di partecipazione e democrazia partecipativa. - 3.1. L. n. 328/2000 e co-programmazione: indirizzi interpretativi, modelli consensuali e logiche di risultato per superare l'indeterminatezza della co-programmazione - 3.2. Lo stretto rapporto tra co-programmazione e consultazioni preliminari di mercato in funzione della co-progettazione - 4. La co-progettazione quale particolare modalità di affidamento di un contratto di partenariato pubblico-privato: simmetrie, analogie e differenze rispetto alla disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici del 2016. - 5. Osservazioni di sintesi.

1. - *Premessa*. La comune ma differente indeterminatezza delle fattispecie della co-programmazione, della co-progettazione e delle convenzioni per l'affidamento di servizi sociali al Terzo settore. Il modello oggettivato come chiave ermeneutica utile alla definizione degli istituti di dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione.

Come anticipato in precedenza⁴⁵⁴, gli istituti di co-programmazione, di co-progettazione e delle convenzioni disciplinati rispettivamente dagli artt. 55 e 56, d.lgs.

⁴⁵⁴ Cfr. Cap. II, par. 6.

n. 117/2017, presentano nella loro formulazione indeterminatezza. Partendo dalla co-programmazione l'art. 55, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, afferma che «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». La co-progettazione, invece, secondo l'art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017, «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», indicando al comma 4 sotto il profilo procedurale che «l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner».

L'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, diversamente dai precedenti istituti, assume una specificità maggiore nella definizione sia del contenuto sia del procedimento da seguire per l'individuazione della parte privata della convenzione. Dapprima, la norma indica che «Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, 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», successivamente che «Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate» ed infine che «L'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime. Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da

valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari».

Dalla lettura degli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017, l'indeterminatezza si declina in maniera differente assumendo un grado diverso.

Nella co-programmazione l'indeterminatezza risulta massima individuando la norma solamente i fini dell'istituto, senza fare menzione del procedimento necessario per la redazione dell'atto di co-programmazione. Nella co-progettazione il grado di indeterminatezza si riduce, indicando la norma sia la forma giuridica che deve assumere la co-progettazione stessa, sia i criteri attraverso i quali individuare gli enti del terzo settore *partner*. Nelle convenzioni finalizzate all'affidamento di servizi sociali, invece, la norma prevede un grado minimo di indeterminatezza, dettato dalla presenza di termini come «attività o servizi sociali di interesse generale» e della locuzione «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato».

Vista l'incertezza applicativa in materia, al fine di coadiuvare l'azione delle pubbliche amministrazioni nell'applicazione degli istituti presenti nel Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017, recentemente sono state adottate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali delle linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni e terzo settore con D.M. n. 72 del 31 marzo 2021.

Dal punto di vista metodologico, tali linee guida tentano di definire gli elementi essenziali e procedurali della co-programmazione, della co-progettazione e delle convenzioni⁴⁵⁵, evitando possibili antinomie. Esse si pongono infatti il problema di tracciare il confine tra codice del Terzo settore e codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016, visto il potenziale contrasto tra i due Codici ravvisato dal Consiglio di Stato nell'esercizio delle sue funzioni consultive⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Più precisamente le Linee guida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali in materia di terzo settore e pubblica amministrazione analizzano anche le modalità attraverso le quali affidare i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza ma, come precisato nell'introduzione e come si preciserà nel prosieguo del lavoro, non saranno oggetto d'analisi.

⁴⁵⁶ Il parere del Consiglio di Stato a cui si fa riferimento è il numero 2052 del 20 agosto 2018. Il profilo della compatibilità o meno del codice del terzo settore con il codice dei contratti pubblici sarà esaminato nello specifico nel Cap. IV.

Sebbene il D.M. n. 72 del 31 marzo 2021 abbia cercato di superare l'indeterminatezza più volte accennata delle norme in esame, nella formulazione delle linee guida sussistono diversi profili contraddittori che il presente lavoro intende (dapprima) esaminare e (successivamente) superare per comprendere la portata applicativa degli artt. 55 e 56⁴⁵⁷, d.lgs. n. 117/2017, attraverso la ricostruzione della loro natura giuridica effettuata in coerenza al sistema giuridico in cui s'inseriscono.

Dall'analisi del modello oggettivo di pubblica amministrazione introdotto dal Codice del Terzo settore, è possibile desumere la chiave di volta ermeneutica necessaria per definire tale natura attraverso l'analisi della relazione organizzativa che s'instaura tra terzo settore e pubblica amministrazione ossia il coordinamento.

Il coordinamento, come visto⁴⁵⁸, anche nell'organizzazione amministrativa oggettiva⁴⁵⁹, espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, presuppone una commistione tra equiordinazione e sovraordinazione nel rapporto tra pubblica amministrazione e privato per realizzare fini di interesse generale⁴⁶⁰. L'equiordinazione è caratterizzata dal comune fine di interesse generale che amministrazione e privato intendono e hanno l'obbligo di realizzare⁴⁶¹, mentre la sovraordinazione si manifesta attraverso il potere di direttiva esercitato dall'amministrazione nei confronti del soggetto privato per *indirizzare* la sua attività all'interno di un procedimento amministrativo⁴⁶².

Il coordinamento, infatti, consiste in un'attività «che assicura all'indirizzo la partecipazione dell'indirizzato»⁴⁶³. Il soggetto coordinato non è dunque relegato dal

⁴⁵⁷ Come si vedrà in seguito, tale profilo sarà analizzato nel Cap. IV.

⁴⁵⁸ Cfr. par. 4, Cap. II.

⁴⁵⁹ Si ricorda infatti che il coordinamento non è una relazione organizzativa che s'instaura solamente tra soggetti pubblici

⁴⁶⁰ Cfr. par 4, Cap. II.

⁴⁶¹ Come si è già avuto modo di evidenziare nel Cap. II, par. 2, l'amministrazione ha quest'obbligo per legge mentre gli enti del terzo settore si pongono questo obiettivo attraverso una scelta di autonomia negoziale.

⁴⁶² Il coordinamento ha, come visto, valenza procedimentale in cui il coordinamento consiste più che in un rapporto istituzionalizzato in un vero rapporto procedimentale in cui si dà luogo «ad un rapporto tra istanze equiordinate, in cui ad un apposito ufficio si attribuisce la potestà di adottare un atto [...] il quale vincola tutte le parti del rapporto a comportamenti conseguenti» (M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo, op. cit.*, vol I, p. 319). Il potere di direttiva invece è connotato nella pubblica amministrazione attraverso l'esercizio di un potere di direttiva (G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale, op. cit.* p. 142).

⁴⁶³ M. NIGRO, *Il coordinamento come mistificazione e come partecipazione*, in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, Milano, 1996, p.1469.

coordinatore ad assumere una posizione passiva nella dinamica procedimentale in cui è coinvolto ma è indirizzato nello svolgimento di una funzione partecipativa.

In questo modo il coordinamento valorizza l'autonomia dei soggetti coordinati in cui elemento essenziale per instaurare tale relazione organizzativa consiste nel «consenso del soggetto indirizzato»⁴⁶⁴, soprattutto se la natura dei soggetti coordinati risulta privatistica.

Il fine della relazione organizzativa in analisi consiste nel creare «una relazione costruttiva fra forze attive di realtà distinte»⁴⁶⁵, traducendosi sul piano giuridico «in forme di partecipazione in cui i soggetti che partecipano sono pari»⁴⁶⁶ nel fine di interesse generale da tutelare.

Immediata risulta la coincidenza tra i fini del coordinamento ed i fini del d.lgs. n. 117/2017.

Il codice del terzo settore all'art. 1 si pone infatti come obiettivo sia il sostegno all'«autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione», sia il riconoscimento del «valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo»⁴⁶⁷. Il d.lgs. n. 117/2017, inoltre, intende salvaguardare la «spontaneità ed autonomia» degli enti del terzo settore, favorendo il loro «apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali»⁴⁶⁸.

Sia il riconoscimento dell'autonomia degli enti del terzo settore e del ruolo della pubblica amministrazione, che mantiene le proprie funzioni di indirizzo e competenza nell'adozione degli atti di co-programmazione, di co-progettazione e delle convenzioni, sia la partecipazione del privato sociale nell'esercizio dell'azione

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

⁴⁶⁵ Relazione A. POLICE, *La nozione di coordinamento nell'amministrazione dell'Unione Europea e dei suoi Stati Membri: una nuova declinazione della lezione di Vittorio Bachelet*, in *Il coordinamento amministrativo alla luce dell'insegnamento di Vittorio Bachelet*, webinar, Roma, 10 dicembre 2020.

⁴⁶⁶ Relazione A. PAJNO, *Conclusioni*, in *Il coordinamento amministrativo alla luce dell'insegnamento di Vittorio Bachelet*, webinar, Roma, 10 dicembre 2020.

⁴⁶⁷ Art. 3, d.lgs. n. 117/2017.

⁴⁶⁸ Secondo alinea art. 3, d.lgs. n. 117/2017.

amministrativa, quale forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e terzo settore, sembrano infatti esprimere al meglio la relazione organizzativa del coordinamento tra questi due soggetti. Inoltre, attraverso l'utilizzo di termini come «partenariato», «accreditamento», «avviso pubblico» e «convenzioni» negli artt. 55 e 56 del codice del terzo, il legislatore valorizza il consenso quale principale modalità relazionale tra privato sociale e pubblica amministrazione al fine di salvaguardare l'autonomia dei soggetti coordinati e la loro tendenziale parità, circa i fini della loro azione, con la sfera pubblica.

«L'interpretazione non può che prendere avvio dal dato normativo»⁴⁶⁹ e dunque, vista la valorizzazione del consenso nella dinamica del Terzo settore sarà necessario analizzare in che modo l'attività consensuale dell'azione amministrativa possa superare l'indeterminatezza degli istituti, oggetto di analisi, attraverso il ricorso agli accordi di programma e al negozio giuridico, con particolare riferimento alla disciplina dei contratti pubblici, ai sensi del d.lgs. n. 50/2016.

In merito a quest'ultima disciplina, la co-programmazione, la co-progettazione e le convenzioni sembrano prendere le mosse da diversi istituti contenuti nel d.lgs. n. 50/2016. La co-programmazione, che si ricorda essere «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», rievoca l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato in cui l'amministrazione dialoga con il privato operatore economico con «lo scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e realizzare economie di mezzi e risorse, anche in relazione all'assetto del mercato, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati»⁴⁷⁰.

La co-progettazione, invece, riferendosi all'art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017, al «partenariato» ricorda il partenariato pubblico-privato la cui definizione è contenuta nell'art. 3, lett. eee)⁴⁷¹, d.lgs. n. 50/2016 e la sua disciplina negli artt. 179

⁴⁶⁹ D. FONDAROLI, *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico*, in D. FONDAROLI (A CURA DI), *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico*, Bari, 2019, p. 4.

⁴⁷⁰ Linee Guida n. 14 ANAC recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato", par. 1.2.

⁴⁷¹ Secondo l'art. 3, lett. eee), d.lgs. n. 50/2016, il «contratto di partenariato pubblico privato», è «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua

e ss., d.lgs n. 50/2016. Il partenariato pubblico privato, al pari della co-progettazione, consiste in una procedura di affidamento di un contratto di concessione di servizi in cui il privato insieme all'amministrazione ne definisce il contenuto.

Allo stesso modo, la procedura prevista per la stipulazione delle convenzioni richiamate dall'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, ricorda le procedure riservate ai sensi degli artt. 142 e 143, d.lgs. n. 50/2016, essendo difficile trovare un confine tra la definizione di contratto di appalto di servizi e convenzione attraverso la quale affidare un servizio sociale di interesse generale⁴⁷². Pertanto, merita fin d'ora rilevare un errore di metodo nelle linee guida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sopra indicate che, per distinguere il campo applicativo della disciplina dei contratti pubblici rispetto al codice del terzo settore, descrivono una differenza sostanziale tra contratto di appalto e convenzione sotto il profilo della onerosità⁴⁷³, trattandosi semplicemente di una modalità di affidamento di servizi economici di interesse generale alternativa e derogatoria del principio di libera concorrenza espresso nelle direttive 2014/23 UE; 2014/24 UE; 2014/25 UE.

Ebbene, proprio da queste considerazioni occorre partire per superare l'indeterminatezza delle formule normative della co-programmazione, della co-progettazione e della convenzione.

Si cercherà dunque di valorizzare l'interpretazione analogica delle disposizioni di legge che, oltre a coincidere nel fine con gli istituti in analisi, prevedono l'esercizio consensuale dell'azione amministrativa per garantire il coinvolgimento attivo degli

disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat».

⁴⁷² Tale profilo sarà analizzato in maniera più approfondita nel prosieguo del lavoro.

⁴⁷³ Secondo il par. 1.1 delle Linee Guida n. 14 ANAC recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato", infatti, «Al fine di chiarire l'ambito di applicazione e gli eventuali limiti all'applicazione degli strumenti previsti dal Titolo VII del CTS, occorre muovere dalla vigente disciplina, europea ed interna di recepimento in materia di affidamento di contratti pubblici. Come è noto, sono tali fonti normative a fornire, fra l'altro, la definizione di appalto; ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. ii) del CCP per «appalti pubblici» si intendono «i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi».

enti del terzo settore nello svolgimento di attività di interesse generale attraverso forme di partecipazione⁴⁷⁴ che valorizzino l'apporto collaborativo del privato sociale.

Fermo restando quanto detto, per ragioni prima logiche che giuridiche, la presente indagine consisterà dapprima nell'individuazione degli strumenti giuridici attraverso i quali cristallizzare le regole che l'amministrazione di volta in volta intende adottare per superare l'indeterminatezza procedimentale degli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017. Risulterà centrale dunque indagare il contesto della predeterminazione delle decisioni amministrative mediante il quale l'amministrazione limita il proprio potere, individuando i parametri e le regole dell'agire, consentendo al privato di prevedere gli esiti della propria azione⁴⁷⁵. Come si vedrà più nello specifico, ciò permetterà di garantire il rispetto dei principi indicati dall'art. 1, l. n. 241/1990, che l'art. 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017, richiama nello svolgimento delle diverse forme di collaborazione tra amministrazione ed enti del terzo settore⁴⁷⁶. Da ultimo, occorre evidenziare come la disamina degli istituti di co-progettazione, di co-programmazione e delle convenzioni sia sempre guidata dalle direttrici offerte dal principio di sussidiarietà orizzontale, approfondito in altra parte del lavoro⁴⁷⁷ che mostrerà in maniera plastica come il legislatore stia favorendo con il codice del terzo settore una «gestione degli interessi mediante modelli non autoritativi tratti dal diritto comune»⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Secondo, G. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996, pp. 333-336, il coordinamento rappresenta il modo di essere dinamico delle amministrazioni in cui il privato è soggetto attivo attraverso le forme di partecipazione procedimentale.

⁴⁷⁵ Così A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, pp. 60-61.

⁴⁷⁶ Infatti, l'art. 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017, «n attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona».

⁴⁷⁷ Cfr. Cap.I.

⁴⁷⁸ B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, op. cit. p. 486, teorizzava solamente questo potenziale «trend» che ancora non aveva fornito alcun riscontro sul dato positivo.

2. - Il ruolo centrale dell'autovincolo per superare l'indeterminatezza delle fattispecie in esame.

L'art. 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017, richiama nella sua formulazione l'"«autonomia organizzativa e regolamentare» delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2, d.lgs. n. 165/2001 che nell'«nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della *legge 7 agosto 1990, n. 241*, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona».

Tale richiamo letto alla luce dell'indeterminatezza che caratterizza gli istituti disciplinati dai commi successivi del medesimo art. 55 del codice del terzo settore sembra stimolare l'amministrazione pubblica al ricorso a forme di predeterminazione delle decisioni amministrative per dare colore alle formule generali della co-programmazione e della co-progettazione nel rispetto dei principi che regolano l'azione amministrativa ai sensi dell'art. 1 l. n. 241/1990.

Pertanto, come anticipato, per comprendere quanto affermato occorre preliminarmente trattare del tema della predeterminazione delle decisioni amministrative⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ E. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987 pp. 93 e ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, p. 62, il quale evidenzia che i vocaboli «autolimitate»; «autovincolo» [...] sono di derivazione germanica e «attribuiscono all'istituto una connotazione di "limite alla discrezionalità" piuttosto che quella di funzione propulsiva della futura azione negoziale» come affermato da P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, p. 112 e ss. e P. STELLA RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, vol. I, Milano, 1983, p. 402 in materia di direttiva. Riprende tale nozione la dottrina in tema di predeterminazione dei criteri per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici (F. Giglioni, *Art. 12*, in M.A SANDULLI (A CURA DI), *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 669- 681; A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla Legge n. 241 del 7 agosto 1990*, Torino, 1993 pp. 44 e ss., M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, p. 318).

Il tema appena enunciato è stato oggetto di interesse di parte della dottrina che hanno qualificato l'istituto anche come «autolimitate»⁴⁸⁰ o «autovincolo»⁴⁸¹. A prescindere dalla terminologia utilizzata, il fenomeno giuridico indicato consiste nella «prefissione da parte dell'autorità amministrativa di un indirizzo per una scelta successiva (almeno logicamente), in modo che ne risulti limitato il suo potere (di solito, discrezionale)»⁴⁸². Difatti, la predeterminazione delle decisioni amministrative si colloca per lo più nell'area dell'attività discrezionale in quanto, all'interno dell'atto di predeterminazione, l'amministrazione anticipa l'esercizio del potere discrezionale individuando i parametri «sulla base dei quali verrà effettuata la ponderazione dei vari interessi»⁴⁸³.

Del resto, sarebbe difficile ravvisare un autolimitate, che l'amministrazione si dà con proprio atto, in caso di attività vincolata dell'azione amministrativa. L'attività vincolata è caratterizzata dalla compressione della valutazione in capo all'amministrazione degli interessi da ponderare, «il cui assetto è stato già cristallizzato in una norma»⁴⁸⁴ che l'amministrazione deve solo applicare⁴⁸⁵. Come anticipato, sin dalla descrizione della sua funzione, la predeterminazione della

⁴⁸⁰ Così, P.M. VIPIANA, *L'autolimitate delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1990; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 52.

⁴⁸¹ F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 110 ss.; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.4, 2013, pp. 749 e ss.; S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, fasc.1-2, 2013, pp. 149 e ss. parlando; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 2017, pp. 381 e ss.; G. IUDICA, *Circolazione dei diritti edificatori e procedure competitive*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.1, 2018, pp. 63 e ss. Tale termine viene utilizzato spesso dalla giurisprudenza, come si vedrà nel prosieguo, come ricorda T. GIUSEPPE, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2016, p. 107 e ss.

⁴⁸² P.M. VIPIANA, *L'autolimitate delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 55.

⁴⁸³ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, op. cit., p. 62.

⁴⁸⁴ *Ibis*, p. 61.

Merita ricordare come non sempre sia semplice individuare una netta separazione tra attività amministrativa discrezionale e vincolata, sussistendo delle zone grigie di attività intermedia (F. M. NICOSIA, *Potere ed Eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, p. 23). Infatti, in ossequio al principio di proporzionalità, che "regge" l'attività amministrativa, "non si potrà concludere che in caso di attività vincolata nel *quid* ma discrezionale nell'*an*", non residuino margini di apprezzamento relativamente alla fissazione degli standards del processo decisionale, ma anche perché l'Amministrazione potrebbe far ricorso a strumenti alternativi rispetto all'adozione del provvedimento⁴⁸⁵. Flessibilità presente anche se l'attività dovesse essere vincolata sia nell'*an* che nel *quid*, riguardo alla scelta dei diversi destinatari del provvedimento (D.U. GALLETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003 pp.123-124).

condotta delle pubbliche amministrazioni rappresenta uno strumento utile ad assolvere il compito di salvaguardia e rispetto dei principi che regolano l'azione amministrativa, a mente dell'art. 1, l. n. 241/1990. Tra questi risultano particolarmente evidenti i principi di imparzialità dell'azione amministrativa e di legittimo affidamento. La dottrina tedesca aveva già individuato una correlazione tra imparzialità e autovincolo dell'azione amministrativa facendo coincidere la capacità di predeterminare la propria azione nel rispetto del principio di uguaglianza e di conseguente divieto di «differenziazioni arbitrarie»⁴⁸⁶. Più precisamente, l'autolimita realizza la doppia capacità di evitare disparità di trattamento nello svolgimento dell'azione amministrativa e l'obbligo di tenere in considerazione tutti gli interessi rilevanti nella decisione *lato sensu* considerata. Il rispetto del principio di imparzialità, infatti, non comporta solamente un mero divieto di disparità di trattamento, ossia il «potere-dovere dell'ufficio pubblico di non privilegiare pregiudizialmente, nell'iter della sua scelta, nessun interesse (neppure il proprio interesse primario)» ma anche «di identificare e valutare tutti gli interessi coinvolti, sicché la scelta risulti il frutto di una esatta e completa rappresentazione di tali interessi»⁴⁸⁷.

Tale doppia capacità dell'autovincolo di valutazione degli interessi in gioco e di non causare disparità di trattamento è particolarmente evidente se l'atto di predeterminazione consiste in un atto generale⁴⁸⁸. Basti pensare alla capacità di un atto di programma di acquisire, selezionare, ponderare e cristallizzare in via generale ed astratta gli interessi da tutelare e le misure necessarie al loro soddisfacimento⁴⁸⁹. Tali

⁴⁸⁶ Come evidenzia P.M. VIPIANA, *L'autolimita delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 136, l'autolimita è in grado di garantire il rispetto del principio di imparzialità inteso come divieto di realizzare condotte che determinano «differenziazioni arbitrarie» nel rispetto principio di uguaglianza (così, H TRIEPEL, *Goldbilanzenver - ordnung und Vorzugsaktien. Ein Rechtsgutachten*, Berlin - Leipzig, 1924, pp. 26 e ss.; G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München - Berlin, 1959, 2 edizione, p.879. Il principio di imparzialità impone un divieto di disparità di trattamento secondo la manualistica tradizionale. Si veda in merito C. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 172 e ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017 pp. 95-96; F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016, pp. 47-50. In giurisprudenza, Corte Costituzionale, 29/03/2018, n.65; T.A.R. Napoli, (Campania) sez. VI, 29 giugno 2018, n.4324; .A.R. Bologna, (Emilia-Romagna) sez. I, 19/06/2015, n.597; Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3117.

⁴⁸⁷ M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, op. cit., p. 1619.

⁴⁸⁸ In merito, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 300.

⁴⁸⁹ In tal senso, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, p. 144, che parla di atti amministrativi generali capaci di ledere situazioni giuridiche soggettive in forza della loro prescrittività, soprattutto laddove fissi una misura obbligatoria. Merita rilevare che per A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere*

atti di programma, avendo capacità prescrittiva, vincolano gli uffici di amministrazioni subordinate ed equiordinate al loro rispetto. Un esempio tra tutti riguarda il piano di zona che, predeterminando gli interventi di servizi sociali sulla base degli interessi acquisiti e successivamente ponderati, vincolano tutti gli uffici dell'ente locale che lo ha emanato a rispettare quanto in esso indicato⁴⁹⁰.

In questo modo il margine di valutazione dell'organo decisorio degli interventi in concreto da realizzare in materia di servizi sociali sarà condizionato dal rispetto di quanto previamente ponderato dalla pubblica amministrazione di

discrezionale, op.cit., p. 218, gli atti di programma coincidono solo funzionalmente alla realizzazione dell'autovincolo, non rilevando direttamente, perché operano su un piano diverso rispetto a quello attribuito per la cura ordinaria degli interessi pubblici. Infatti, «quanto più è distante il momento della predeterminazione rispetto a quello in cui l'azione verrà esplicata, tanto più generale ed astratto sarà l'atto di predeterminazione». Secondo l'autore il massimo grado dell'autovincolo in termini di effettività è il vincolo che s'impone il responsabile del procedimento nello svolgimento di scelte parziali a cui dovrà attenersi. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale, op.cit.*, pp. 248-256, sembra pertanto contraddirsi rispetto a quanto prima evidenziato che sembra escludere dal novero della predeterminazione degli atti amministrativi gli atti amministrativi generali.

⁴⁹⁰ Ai sensi dall'art. 19, l. n. 328/2000 si afferma che «I comuni associati, negli ambiti territoriali di cui all'articolo 8, comma 3, lettera a), a tutela dei diritti della popolazione, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, provvedono, nell'ambito delle risorse disponibili, ai sensi dell'articolo 4, per gli interventi sociali e socio-sanitari, secondo le indicazioni del piano regionale di cui all'articolo 18, comma 6, a definire il piano di zona, che individua: a) gli obiettivi strategici e le priorità di intervento nonché gli strumenti e i mezzi per la relativa realizzazione; b) le modalità organizzative dei servizi, le risorse finanziarie, strutturali e professionali, i requisiti di qualità in relazione alle disposizioni regionali adottate ai sensi dell'articolo 8, comma 3, lettera h); c) le forme di rilevazione dei dati nell'ambito del sistema informativo di cui all'articolo 21; d) le modalità per garantire l'integrazione tra servizi e prestazioni; e) le modalità per realizzare il coordinamento con gli organi periferici delle amministrazioni statali, con particolare riferimento all'amministrazione penitenziaria e della giustizia; f) le modalità per la collaborazione dei servizi territoriali con i soggetti operanti nell'ambito della solidarietà sociale a livello locale e con le altre risorse della comunità; g) le forme di concertazione con l'azienda unità sanitaria locale e con i soggetti di cui all'articolo 1, comma 4. 2. Il piano di zona, di norma adottato attraverso accordo di programma, ai sensi dell'articolo 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, è volto a: a) favorire la formazione di sistemi locali di intervento fondati su servizi e prestazioni complementari e flessibili, stimolando in particolare le risorse locali di solidarietà e di auto-aiuto, nonché a responsabilizzare i cittadini nella programmazione e nella verifica dei servizi; b) qualificare la spesa, attivando risorse, anche finanziarie, derivate dalle forme di concertazione di cui al comma 1, lettera g); c) definire criteri di ripartizione della spesa a carico di ciascun comune, delle aziende unità sanitarie locali e degli altri soggetti firmatari dell'accordo, prevedendo anche risorse vincolate per il raggiungimento di particolari obiettivi; d) prevedere iniziative di formazione e di aggiornamento degli operatori finalizzate a realizzare progetti di sviluppo dei servizi. 3. All'accordo di programma di cui al comma 2, per assicurare l'adeguato coordinamento delle risorse umane e finanziarie, partecipano i soggetti pubblici di cui al comma 1 nonché i soggetti di cui all'articolo 1, comma 4, e all'articolo 10, che attraverso l'accreditamento o specifiche forme di concertazione concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsto nel piano».

appartenenza attraverso l'indicazione di parametri che determinano la globalità dell'azione amministrativa⁴⁹¹.

La giurisprudenza conferma sia la qualificazione degli atti amministrativi generali nell'ambito degli autovincoli, che la loro capacità di realizzarne il principio di imparzialità *ex art. 97 Cost.*, con particolare riferimento alle *lex specialis* in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici e di concorsi pubblici⁴⁹². Merita evidenziare come l'autovincolo trovi fondamento non solo nel principio di imparzialità dell'azione amministrativa, ma anche nel principio del legittimo affidamento del privato e del correlato principio di certezza del diritto in termini di prevedibilità delle conseguenze delle azioni. La predeterminazione amministrativa, infatti, permette di «evitare decisioni improvvisate», «differenziazioni arbitrarie» ed infine evidenzia tutti gli interessi rilevanti in gioco da ponderare⁴⁹³, costituendo il «presupposto ineliminabile per una visibilità della decisione nel suo farsi, efficace garanzia di prevedibilità dell'azione amministrativa e di certezza dei rapporti giuridici»⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁹² Si afferma infatti che in materia di tassatività dei casi di esclusione degli operatori economici ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, «Tenendo conto del formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara e che risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità (ovvero ad esigenze di utilità procedimentale) e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, la p.a. non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 cost., e nella specie tale sanzione era correlata alla mancata indicazione delle parti del servizio da eseguirsi dalle singole imprese raggruppate, fattispecie che non può ritenersi integrata dal rinvio "per relationem" ad altra parte dell'offerta nella quale tale indicazione è esaustivamente fornita» (T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 03/12/2010, n.35337). In materia di concorsi pubblici invece, sul rapporto tra procedimento di concorso e autovincolo» si è detto che «è vero che il parametro dell'attitudine in sé è idoneo a concretarsi in valutazioni attinenti all'intrinseco convincimento relativo alla migliore capacità di taluno o talaltro dei candidati a meglio svolgere gli alti compiti d'istituto in futuro al medesimo affidati, ciò non può essere disgiunto dalla preventiva definizione dei parametri cui ancorare tale convincimento, dalla necessità che si dia atto analiticamente delle ragioni supportanti il convincimento espresso, dalla doverosa correlazione di tale motivazione ai parametri previamente indicati e costituenti per l'Amministrazione autovincolo e, infine, dalla — anche sintetica, purché non criptica — esposizione dell'iter motivazionale che ha condotto alla formazione del convincimento. Tale attività è vieppiù necessaria allorché si tratti di delibare comparativamente tra una pluralità di candidati aventi un percorso professionale in qualche misura assimilabile, esperienze simili e profili professionali di alto livello. Ciò costituisce unico presidio per scongiurare il rischio — a monte — che la valutazione dell'Amministrazione possa all'esterno fondarsi su imperscrutabili valutazioni, in quanto tali sospettabili di imparzialità, e — a valle — per consentire il controllo giurisdizionale su tale operato, prescritto dalla Carta Fondamentale» (Consiglio di Stato sez. VI, 08/10/2010, n.7369).

⁴⁹³ Celebre definizione di M.S. GIANNINI, *Il Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 74, circa il dovere dell'amministrazione di ponderare gli interessi primari con gli interessi secondari nella dinamica del procedimento amministrativo.

⁴⁹⁴ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, *op. cit.*, p. 68.

Per comprendere quanto detto, è necessario passare rapidamente in rassegna l'evoluzione del principio del legittimo affidamento. Come è noto, il principio del legittimo affidamento entra grazie al diritto eurounitario nel nostro ordinamento giuridico manifestandosi, per mano del diritto vivente, come la traslazione in campo pubblicistico degli artt. 1337 e 1338 c.c. che impongono il principio di buona fede nella formazione progressiva della volontà contrattuale⁴⁹⁵. Tale principio ha subito diverse interpretazioni in base all'evoluzione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. In un primo momento, il principio del legittimo affidamento ha assunto una portata inferiore rispetto a quella odierna, imponendo all'amministrazione di non violare la propria prassi⁴⁹⁶ nell'esercizio della sua azione. Ciò legittimava il privato a ritenere coerenza nella sequela degli atti amministrativi, applicandosi all'amministrazione una sorta di regola del precedente. In un secondo momento, invece, attraverso l'introduzione delle garanzie di partecipazione procedimentale secondo i canoni della l. n. 241/1990, il legittimo affidamento assume una dimensione maggiore, imponendo coerenza nei comportamenti e negli atti dell'amministrazione

⁴⁹⁵ In tema, fra tutti, S. VILLAMENA, *La pubblica amministrazione e i suoi principi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 52 - 53. In merito all'analisi del principio del legittimo affidamento e al suo rapporto con il principio di buona fede si veda inoltre, F. MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; F. MERUSI, *La certezza dell'azione*, in AA. VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003, p. 17 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (A CURA DI), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; F. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 93 ss. Sui limiti al riconoscimento della lesione del legittimo affidamento si veda Consiglio di Stato ad. plen., 04/05/2018, n.5, secondo cui « Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione».

⁴⁹⁶ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, pp. 142 e ss. analizza tale declinazione del principio del legittimo affidamento, riconoscendosi nel precetto "*non venire contra factum proprium*".

all'interno del singolo procedimento amministrativo⁴⁹⁷, essendosi moltiplicate le occasioni di contatto con l'amministrazione⁴⁹⁸ rispetto al passato.

Ebbene, in dottrina e in giurisprudenza il principio indicato è stato correlato al principio della certezza del diritto proprio per la sua capacità di rendere prevedibili al privato le conseguenze dell'azione, evitando, in questo modo, sorprese dell'agire pubblico. La dottrina tradizionale aveva infatti inteso il principio di certezza del diritto come «preordinamento normativo»⁴⁹⁹, costituendo una «certezza conferita all'individuo»⁵⁰⁰. In maniera più netta la giurisprudenza ha affermato che «Il principio del legittimo affidamento costituisce il corollario del principio della certezza del diritto, che esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici»⁵⁰¹

⁴⁹⁷ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, op. cit., p. 70, che riprende quanto affermato da F. MERUSI, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, pp. 14 e ss.

⁴⁹⁸ Per queste maggiori possibilità di contatto con la pubblica amministrazione è stata profilata una responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione da contatto sociale qualificato. In tema, A. DI MAJO, *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2020, fasc. 4, pt. 2, pp. 291-304; F. MAISTO, *La responsabilità precontrattuale della p.a. al tempo della globalizzazione*, in *Rassegna di diritto civile*, fasc. 2, 2019, pp. 620-631; A. D. COSCIA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, con particolare riferimento alla responsabilità da esercizio legittimo del potere di autotutela e alla responsabilità da annullamento del provvedimento favorevole di aggiudicazione*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2018, fasc. 1, pp. 33-65; G. VARANESE, "Sonderverbindung" e responsabilità precontrattuale da contatto sociale, in *Rivista di diritto civile*, 2018, fasc. 1, pp. 116-143; C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere giuridico*, fasc. 12, 2016, pp. 1510-1516; G. P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo (The jurisdiction of action for damages resulting in the positive measure's cancellation)*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 5, 2016, pp. 483-503; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato" (Pre-contractual liability and "sufficient relation of proximity")*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, fasc. 6, pp. 1950-1961.

⁴⁹⁹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, p. 111.

⁵⁰⁰ F. LOPEZ DE OÑATE, op. cit., pag. 111. In tema, N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito*, in *Riv. internaz. filosofia del diritto*, XXVIII, 1951; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, n. 4, 2014. Anche la Corte Costituzionale si è occupata del tema, evidenziando come l'esigenza di certezza del diritto non è fine a se stessa «ma è strumentale alla prevedibilità della norma da parte del singolo, anzi della persona», che altrimenti viene «fatta retrocedere alla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala di valori costituzionalmente tutelati» (Corte cost. sent. n. 364/1988).

⁵⁰¹ Consiglio di Stato sez. V, 10/06/2015, n.2847. Allo stesso modo è stato evidenziato che «il principio della certezza del diritto implica che i soggetti siano garantiti circa il quadro giuridico della loro azione e dei rapporti con le istituzioni e gli organismi comunitari (tra i quali sono incluse anche le amministrazioni regionali che utilizzano fondi comunitari in regime di esecuzione indiretta del diritto comunitario) ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici che rientrano nella sfera del diritto comunitario; nel campo della revoca degli atti amministrativi, il precipitato di tale principio è dato dai corollari di legittimità cui è soggetta l'autotutela, dati dal termine ragionevole, l'assenza di situazioni giuridiche soggettive costituite da atto individuale valido e dalla tutela

Dall'analisi appena effettuata è evidente, dunque, come l'autolimita trovi il suo fondamento proprio nel principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto, fissando il comportamento futuro dell'amministrazione nell'atto di autovincolo.

In merito alla forma che l'autovincolo può assumere, la giurisprudenza sembra valorizzare particolarmente il bando attraverso cui le amministrazioni predeterminano lo svolgimento della loro azione, a prescindere dal loro utilizzo nelle procedure ad evidenza pubblica o concorsuali. Ed è proprio nelle regole della *lex specialis*, in cui l'amministrazione anticipa e cristallizza la propria discrezionalità⁵⁰², che l'autovincolo trova la massima espressione nel garantire imparzialità, legittimo affidamento e certezza del diritto nei confronti del privato. Alla luce di ciò, proprio nel campo dei contratti pubblici, in cui il principio della certezza del diritto e della *par condicio* giocano un ruolo fondamentale influenzando l'intera disciplina eurounitaria e nazionale⁵⁰³, la giurisprudenza ha potuto fornire una definizione compiuta di autovincolo. Secondo il giudice amministrativo l'autovincolo «costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice

del legittimo affidamento, essendo la irrevocabilità degli atti amministrativi parte del più generale ambito della certezza del diritto» (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 08/04/2013, n.392).

⁵⁰² Consiglio di Stato sez. VI, 02/03/2021, n.1788.

⁵⁰³ Il considerando n. 121, dir. 2014/24/UE che, come è noto, ha dato origine al d.lgs. n. 50/2016, richiama la certezza del diritto affinché i «migliori orientamenti e informazioni e un migliore sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori economici contribuiscano ampiamente ad accrescere l'efficienza degli appalti pubblici, migliorando le conoscenze, la certezza del diritto e la professionalizzazione delle prassi sugli appalti pubblici. Tali orientamenti dovrebbero essere messi a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici qualora risultino necessari al fine di migliorare la corretta applicazione delle norme». Inoltre, il considerando n. 2 della direttiva appena indicata afferma la necessità di garantire «coerenza sistematica e allineamento normativo delle nozioni giuridiche e dei concetti base comuni a garanzia della certezza del diritto» - ma anche nelle parole del Legislatore delegante che ha ritenuto di fondamentale importanza assicurare nella disciplina dei contratti pubblici «il più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti» (art. 1, lett. d), l. n. 11/2016). Più in particolare, secondo la giurisprudenza europea e nazionale il principio in analisi esige che la normativa «consenta agli interessati di conoscere esattamente la portata degli obblighi che essa impone loro», rendendo così prevedibili le conseguenze delle loro azioni (R. ADAM - A.TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, pag. 169. Dello stesso avviso, Consiglio di Stato sez. IV, 14/09/2018, n. 5394; Consiglio di Stato, sez. V, 10/06/2015, n. 2848; T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, 10/04/2013, n.3623; Corte di Giustizia, sentenza 12 febbraio 2012, "Costa-Cifone", cause riunite C-72/10 e C-77/10, punto n. 74; sentenza del 7 giugno 2005, VEMW e a., C-17/03, Racc. pag. I-4983, punto 80).

l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in *executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti»⁵⁰⁴. Di conseguenza, «la *lex specialis* deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima»⁵⁰⁵.

Sebbene il bando o l'avviso pubblico, quale *lex specialis*, rappresentino l'archetipo di autovincolo, non solo per la capacità delle amministrazioni di predeterminare la propria azione senza potersene discostare, ma anche per la capacità di garantire il principio del legittimo affidamento attraverso l'accettazione delle condizioni del bando da parte del privato che decide di partecipare, nella dottrina e nella giurisprudenza si ravvisano altre forme di autolimita come la direttiva o la circolare. Come è stato evidenziato, infatti, vige un principio generale di libertà delle forme relativamente agli atti di predeterminazione e tra questi, escludendo le forme di autovincolo attraverso cui nella fase istruttoria si compiano scelte parziali, riducendo progressivamente la discrezionalità amministrativa⁵⁰⁶, sono particolarmente rilevanti i regolamenti⁵⁰⁷. Il regolamento, grazie alla *potestas*⁵⁰⁸ attribuita dalla legge alla

⁵⁰⁴ Consiglio di Stato sez. III, 22/12/2020, n. 8210.

⁵⁰⁵ Consiglio di Stato sez. IV, 19/02/2019, n. 1148. Dello stesso avviso, Consiglio di Stato sez. V, 10/10/2017, n. 4683, secondo cui «Le esigenze di trasparenza e legalità degli appalti pubblici comportano che la stazione appaltante, una volta individuato con precisione l'oggetto del contratto, si autovincola ad esso, nel senso che non può poi - in sede di valutazione delle offerte - modificarne (in senso ampliativo o riduttivo) il contenuto e le finalità, che non a caso vengono precedentemente cristallizzate nella *lex specialis* di gara».

⁵⁰⁶ Secondo S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, *op. cit.*, pp. 332-333, la discrezionalità dell'amministrazione subisce una riduzione progressiva in forza delle decisioni endoprocedimentali adottate dalla fase dell'istanza a quella dell'istruttoria che vincolano poi la decisione finale circa l'adozione del provvedimento amministrativo.

⁵⁰⁷ Sebbene sia stata affermato il valore di fonte di secondo grado, il regolamento è stato riconosciuto come autovincolo T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 08/03/2019, n. 3070.

⁵⁰⁸ La legge attribuisce una potestà regolamentare secondo quanto disciplinato dall'art. 117 comma 6 Cost.. Sul fondamento della potestà regolamentare, G. ZANOBINI, *Sul fondamento della potestà*

pubblica amministrazione, risulta parametro e guida per l'azione amministrativa che decide di auto-vincolarsi.

In tal senso è determinante la sua duplice natura di atto «normativo ed amministrativo»⁵⁰⁹, che permette di introdurre una «disciplina giuridica generale di una fattispecie astratta»⁵¹⁰ con la conseguenza di stabilire «norme essenziali per l'attuazione della legge»⁵¹¹. Più correttamente proprio per questa duplice natura di atto amministrativo e normativo in dottrina si è affermato che il regolamento più che un auto-limite si debba considerare un etero-limite essendo frutto di una potestà normativa dell'amministrazione che si pone al di fuori del potere discrezionale⁵¹². A parere di chi scrive, tale argomentazione non contraddice sotto il profilo dell'efficacia la funzione del regolamento che, parimenti al bando, può anticipare l'esercizio della discrezionalità dell'ente che lo ha emanato, ponderando gli interessi primari e secondari rilevanti in fattispecie generali ed astratte, vincolando così la propria azione futura⁵¹³ negli spazi riservati dalla legge attributiva del potere.

Difatti, ciò che differisce tra bando e regolamento è il grado di generalità ed astrattezza in quanto il regolamento, a differenza del bando, non si rivolge (direttamente) ad una singola procedura ma ad una molteplicità di esse, comportandosi come l'anticipazione di un successivo autovincolo⁵¹⁴.

regolamentare, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, pp. 273 e ss.; M.S. GIANNINI, *Sui regolamenti ministeriali*, in *Foro Italiano*, 1954, pp. 664 e ss..

⁵⁰⁹ M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli, 2011, pp. 18-20.

⁵¹⁰ A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1983, p. 82.

⁵¹¹ G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2001, p. 11, riprende ciò che ha affermato F. CAMMEO, *Le manifestazioni della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901.

⁵¹² Così A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, *op. cit.*, p. 216. L'autore riprende quanto affermato da E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 352, secondo cui «il potere regolamentare, sia in considerazione della sua matrice originaria, sia in considerazione degli svolgimenti storici successivi che lo hanno condotto al regime attuale, non può essere in alcun modo oggi qualificato come una derivazione del potere amministrativo, cioè come un potere amministrativo che si è fatto generale: il potere regolamentare, in quanto potere normativo, va invece ricondotto ad una gamma di competenze nettamente distinte per qualità dalle comuni competenze di tipo amministrativo».

⁵¹³ Del resto, anche F. GIGLIONI, *Art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, *op. cit.*, p. 675, afferma che «l'autolimitazione funge sia da strumento rafforzato per il controllo esterno sia da potere orientativo che determina i confini entro i quali il potere può essere esercitato. Per questo l'atto di predeterminazione non solamente si caratterizza per essere un atto di relativa stabilità, ma assume anche un contenuto che può essere paranormativo».

⁵¹⁴ Si pensi ad esempio ai c.d. regolamenti in economia nella disciplina dei contratti pubblici in cui l'amministrazione decide di disciplinare le procedure di affidamento diretto negli spazi riservati dalla

Le considerazioni finora svolte consentono di evidenziare le modalità attraverso cui le amministrazioni possono autovincolarsi. Escluse le previsioni normative che impongono espressamente un autolimito⁵¹⁵, lo spazio riservato dalla legge all'azione della pubblica amministrazione è direttamente proporzionale alla capacità della pubblica amministrazione di predeterminare la propria azione al fine di assicurare garanzia dell'affidamento per gli amministrati e consentire così il perseguimento del valore della certezza «nell'operare quotidiano dei pubblici poteri»⁵¹⁶.

Ebbene, sulla scorta di quanto appena detto, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno evidenziato che è possibile riscontrare l'obbligo di adozione di un autolimito tutte le volte in cui vi sia «la mancanza di un eterolimito, o perlomeno il carattere scarsamente dettagliato di esso» ed in cui si postuli il carattere discrezionale dell'amministrazione particolarmente ampia «quasi da sconfinare in arbitrio»⁵¹⁷. Allo stesso modo, si prevede l'adozione di un autolimito ove vi sia un procedimento «destinato a concludersi in un provvedimento singolo che incida «nelle sfere istituzionalmente libere dei cittadini»⁵¹⁸, le cui materie vedono coinvolti

legge (e dalle linee guida ANAC in materia) all'amministrazione, attraverso una predeterminazione del successivo provvedimento di affidamento diretto.

⁵¹⁵ Un esempio tra tutti l'art. 12, l. n. 241/1990 che ha generalizzato l'obbligo di predeterminazione, «avendolo reso una condizione di legittimità per l'erogazione delle provvidenze economiche» (F. GIGLIONI, *Art. 12, op. cit.*, p. 674).

In merito agli obblighi di predeterminazione posti su un piano meno generale della l. n. 241/1990 si veda S. Lariccia, I provvedimenti attributivi di vantaggi economici, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, pp. 573- 574. Così anche la parte finale del comma 2 art. 193 bis, d.lgs. 16 aprile 1994 n. 297 (inserito dalla l. 8 agosto 1995 n. 352, di conversione dei decreti legge relativi all'abolizione degli esami di riparazione) «che prevede l'obbligo, per il Consiglio dei docenti, di stabilire (preventivamente) i "criteri generali per la valutazione degli studenti in sede di scrutinio finale" si desume la rilevanza nonché la garanzia di uniformità e trasparenza delle valutazioni scolastiche, in quanto delimitate dai criteri che lo stesso corpo insegnante decide (in sede di programmazione dell'attività di scrutinio) ivi compresa l'individuazione della gravità ed estensione delle carenze che impongono la ripetizione dell'anno scolastico» (T.A.R. Lecce, (Puglia) sez. I, 15/01/1996, n.1).

⁵¹⁶ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, op. cit., p. 216.

⁵¹⁷ Come ricordato da P.M. VIPIANA, *L'autolimito delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 375; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amministrativo*, 1987, p. 3167, facendo riferimento alla vecchia disciplina dell'appalto concorso in cui l'amministrazione, in forza della formulazione della legge, aveva piena discrezionalità di scelta circa l'operatore economico da selezionare, ritenne necessario predeterminare i criteri di decisione al fine di garantire la «condizione di una più penetrante attuazione dell'imparziale svolgimento dell'attività amministrativa» per evitare «una discrezionalità tanto ampia da sconfinare in arbitrio».

⁵¹⁸ P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione dell'imparzialità amministrativa*, in *Studi in memoria di Gioacchino Scaduto. Diritto pubblico e scritti vari*, Vol. V, Padova, 1970, p. 170, ricordato da P.M. VIPIANA, *ult. op. cit.*, p. 376.

congiuntamente una pluralità di interessi pubblici e privati, un numero particolarmente elevato di potenziali destinatari, una vasta gamma di situazioni a carattere locale, si da imporre una operazione di *reductio ad unum* onde evitare che la scelta discrezionale si risolva in mero arbitrio, sotto la spinta disorganica e non coordinata dell'una o dell'altra istanza a carattere settoriale»⁵¹⁹. Del tutto rilevante, dunque, risulta la formulazione della norma che preveda direttamente o indirettamente una «riserva amministrativa»⁵²⁰.

Sulla base di quanto evidenziato, vista l'indeterminatezza degli istituti di co-programmazione, di co-progettazione e delle convenzioni, gli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017 dovrebbero condurre quasi naturalmente la pubblica amministrazione a porre degli autovincoli. Più nel dettaglio, quanto alla co-programmazione e alla co-progettazione, l'autovincolo è direttamente riconducibile al richiamo normativo all'«autonomia organizzativa e regolamentare» e ai «principi della legge 7 agosto 1990, n. 241» e dalla necessità di una «previa definizione da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali» della co-progettazione.

Quanto alla disciplina delle convenzioni ai sensi dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, l'autovincolo è richiamato invece in maniera più diretta dal comma 3, il quale impone «L'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime», al pari della disciplina dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016 e delle procedure concorsuali che

⁵¹⁹ P.M. VIPIANA, *ult. op. cit.*, pp. 376 - 377 che riprende T.A.R. Piemonte, 14 marzo 1978, n. 139.

⁵²⁰ G. MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. I, Milano, 1992 pp. 694-695, evidenzia come la riserva di amministrazione consista in un *controlimite* alla discrezionalità legislativa, assicurando uno spazio discrezionale all'amministrazione che segua le regole del giusto procedimento al fine di «assicurare la valutazione concreta e comparativa degli interessi cui non sarebbe possibile pervenire attraverso il dettaglio e la tassatività dei criteri contenutistici». Secondo S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano 2007, pp. 271-272, per «riserva di amministrazione» si intende «riserva di funzione amministrativa» la quale può essere scomposta in ulteriori profili. In particolare, il primo profilo evidenziato dall'autrice riconduce la riserva di amministrazione in riserva di provvedimento amministrativo che consentirebbe la raffrontabilità del provvedimento amministrativo stesso alla legge, distinguendo così, ai fini della tutela giurisdizionale, il momento della previsione normativa astratta dal momento di adozione della misura concreta.

impongono allo stesso modo l'adozione di una *lex specialis*⁵²¹ al fine di rispettare i principi di imparzialità, parità di trattamento e concorrenzialità»⁵²².

Così, proprio al fine di tutelare i principi di imparzialità, parità di trattamento, legittimo affidamento, certezza del diritto, così come richiesto dal dettato normativo, è necessario che le pubbliche amministrazioni si autovincolino per instaurare un rapporto collaborativo con il terzo settore. Se si guarda alle finalità degli istituti indicati dagli artt. 55 e 56 del codice del terzo settore ricorrono infatti i presupposti che dottrina e giurisprudenza richiamano per considerare l'auto limite un atto dovuto, vista la scarsa o assente disciplina del procedimento da seguire per individuare gli enti del terzo settore con cui co-programmare, co-progettare e con cui stipulare le convenzioni per l'affidamento di servizi sociali e la pluralità di interessi pubblici e privati che intervengono in questi particolari procedimenti amministrativi. Maggiore sarà l'indeterminatezza della fattispecie normativa astratta che disciplina i rapporti tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore e maggiore sarà il dovere di adottare autovincoli che assumano le forme di una *lex specialis* per determinare i caratteri della singola procedura o del regolamento per disciplinare i caratteri generali delle procedure che saranno poi definite nel dettaglio dalle stesse *lex specialis*.

Probabilmente, la scelta del legislatore di attribuire indeterminatezza alle fattispecie normative indicate, sebbene discutibile sotto il profilo della certezza del diritto, sembra riposare nell'esigenza di garantire adeguatezza⁵²³ dei procedimenti

⁵²¹ Il Consiglio di Stato sez. V - 10/10/2017, n. 4683 ricorda infatti che «le esigenze di trasparenza e legalità degli appalti pubblici comportano che la stazione appaltante, una volta individuato con precisione l'oggetto del contratto, si autovincola ad esso, nel senso che non può poi, in sede di valutazione delle offerte, modificarne (in senso ampliativo o riduttivo) il contenuto e le finalità, che non a caso vengono precedentemente cristallizzate nella *lex specialis* di gara».

⁵²² Il Consiglio di Stato sez. V , 07/10/2016, n. 4129 in materia di contratti esclusi, vista l'assenza di una disciplina compiuta, ritiene che «l'amministrazione che, benché non obbligata da una disposizione nazionale o comunitaria all'utilizzo di sistemi di scelta del contraente mediante gara pubblica, vi abbia comunque fatto ricorso, resta tenuta all'osservanza della *lex specialis* cui si è autovincolata ed ai moduli propri della formazione pubblica della volontà contrattuale, essendo di conseguenza tenuta a rispettare i principi di imparzialità, parità di trattamento e concorrenzialità afferenti alla procedura di gara prescelta, senza che le sia consentito, a pena di illegittimità, la previsione di deroghe che si risolvano di fatto nell'ingiustificata restrizione della concorrenza».

⁵²³ Il principio di adeguatezza, a prescindere dal rango della norma in cui viene richiamato, impone all'amministrazione di effettuare scelte idonee al contesto in cui sono destinate, riconoscendo un proporzionato tasso di autonomia. Secondo V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op. cit., p. 63, il principio di adeguatezza richiamato dall'art. 118 Cost., dalla l. n. 59/1997, artt. 1, 3, 4 e dal d.lgs. n. 112/1998 art. 2, impone al legislatore di «attribuire le funzioni ai diversi enti del governo territoriale tenendo conto del fatto che essi posseggano una dimensione e perciò una capacità di governo, adeguata»; «differenziandone l'attribuzione». Più correttamente il principio si rivolge anche «agli stessi enti locali perché nell'ambito della loro autonomia organizzativa provvedano a darsi dimensioni

individuati dagli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017, alla realtà socio-economica in cui si inseriscono la stessa amministrazione ed il terzo settore.

L'assenza di rigidità procedimentale degli articoli appena richiamati consente infatti alla pubblica amministrazione di effettuare la scelta procedimentale più idonea al contesto in cui opera, selezionando, ad esempio, procedimenti compatibili con la propria organizzazione amministrativa, selezionando liberamente⁵²⁴ i criteri di selezione degli enti del terzo settore con cui entrare in contatto e stabilire il contenuto degli obiettivi delle convenzioni e della co-progettazione.

Tale impostazione sembra trovare riscontro nelle linee guida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, più volte richiamate, sul codice del terzo settore. Esse, innanzitutto, sono qualificate dallo stesso Ministero come regole di «buona pratica» a cui le amministrazioni possono discostarsi, confermando la flessibilità attuativa scelta dal legislatore. Le linee guida in analisi inoltre confermano la necessità di adottare per tutti gli istituti un avviso pubblico mediante il quale l'amministrazione potrà autovincolarsi, definendo un procedimento *ad hoc* di co-programmazione, di co-progettazione e di stipulazione di una convenzione.

In merito alla co-programmazione, le linee guida indicano gli elementi minimi dell'avviso pubblico («a) oggetto del procedimento di co-programmazione; b) requisiti dei partecipanti; c) modalità di presentazione della domanda di partecipazione e relative dichiarazioni, inclusa espressa liberatoria in favore dell'Amministrazione procedente in ordine ad eventuali responsabilità legate alla proprietà intellettuale delle proposte presentate; d) tempi e modalità di svolgimento del procedimento; e) conclusione del procedimento; f) regime di pubblicità e trasparenza»⁵²⁵) che potranno essere discrezionalmente plasmati dall'amministrazione procedente in base alle proprie esigenze⁵²⁶.

adeguate». Sul punto anche R. PESSI, *Il principio di adeguatezza nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2, 2016, p.p. 803-814, il quale ritiene che in forza della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale (Cfr. C. Cost. sent. n. 70/2015) è necessario che l'intera disciplina sia adeguata alle varie forme di *welfare* in cui viene inserita.

⁵²⁴ Ciò ovviamente dovrà essere fatto nel rispetto dell'art. 1, l. n. 241/1990 alla luce di quanto indicato nel primo comma dell'art. 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017.

⁵²⁵ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 8.

⁵²⁶ Si ricorda infatti che in forza del principio di *autonomia organizzativa e regolamentare* di ciascun ente, al quale «è riconosciuta la discrezionalità nella declinazione in concreto dell'istituto previsto dal Codice» (D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 11).

Anche in materia di co-progettazione si prevede l'adozione dell'avviso di selezione degli enti del terzo settore con cui co-progettare, ulteriori, però, rispetto alla co-programmazione per la presenza di un elemento concorrenziale⁵²⁷ («a) finalità del procedimento; b) oggetto del procedimento; c) durata del partenariato; d) quadro progettuale ed economico di riferimento; e) requisiti di partecipazione e cause di esclusione, con particolare riguardo alla disciplina in materia di conflitti di interesse; f) fasi del procedimento e modalità di svolgimento; g) criteri di valutazione delle proposte, anche eventualmente finalizzate a sostenere – nel rispetto ei principi di ragionevolezza e di proporzionalità – la continuità occupazionale del personale dipendente degli ETS; h) conclusione del procedimento»⁵²⁸).

Vista la maggiore determinatezza dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017 le linee guida adottate con D.M. 31/03/2021 individuano sempre l'avviso pubblico come strumento di autovincolo per selezionare i particolari enti del terzo settore⁵²⁹ a cui affidare servizi sociali ma curiosamente non si preoccupa di specificare i requisiti minimi di tale avviso. Meritevole è invece, seppur con qualche contraddizione⁵³⁰, la definizione⁵³¹ data di «attività o servizi sociali di interesse generale» e della locuzione⁵³² «più favorevole rispetto al ricorso al mercato»⁵³³ considerata la genericità delle espressioni utilizzate.

Occorre evidenziare che l'adeguatezza, inoltre, viene richiamata non solo dalla flessibilità dei requisiti minimi degli avvisi pubblici ma anche dalla indicazione, presente sempre nelle linee guida ministeriali, di integrare gli avvisi stessi

⁵²⁷ Tale profilo sarà successivamente analizzato in maniera più compiuta (Cfr. Cap. IV)

⁵²⁸ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 11 il quale si premura anche di indicare la documentazione da allegare: « All'avviso, infine, potrebbero essere allegati almeno i seguenti atti e documenti: documento progettuale di massima e/o progetto preliminare; schema di convenzione, regolante i rapporti di collaborazione fra Amministrazione procedente e ETS, anche ai fini del rispetto degli obblighi previsti dalla disciplina vigente in materia di tracciabilità dei flussi finanziari; modello di domanda di partecipazione e relative dichiarazioni, inclusa espressa liberatoria in favore dell'Amministrazione procedente in ordine ad eventuali responsabilità legate alla proprietà intellettuale delle proposte presentate; eventuale modello di proposta (progettuale ed economica).

⁵²⁹ Associazioni di promozione sociale (APS) e Organizzazioni di volontariato (ODV).

⁵³⁰ Anche questo profilo sarà successivamente analizzato (Cfr. Cap. IV)

⁵³¹ Il D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 18, riconduce tali attività a quanto indicato nel « COM(2006), *Attuazione del programma di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione*)

⁵³² Per il D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 19, è una «formula sintetica che compendia una valutazione complessiva svolta dalla P.A. sugli effetti del ricorso ad una convenzione, in luogo dell'applicazione della disciplina di diritto comune per l'affidamento dei servizi sociali (in tal senso, TAR Puglia – Lecce, sez. II, n. 2049/2019, che valorizza il profilo motivazionale)».

⁵³³ Entrambe le formule sono presenti all'art. 56 comma 1, d.lgs. n. 117/2017.

nell'«ambito delle politiche generali dell'ente titolare del procedimento»⁵³⁴, così da evidenziare la necessaria compenetrazione degli strumenti di dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione nel contesto giuridico ed economico-sociale in cui sono inseriti.

L'indicazione dell'avviso pubblico come strumento principe per instaurare il dialogo tra pubblica amministrazione e terzo settore risulta coerente con l'esigenza di garantire e rispettare l'autonomia e la posizione *tendenzialmente* paritaria di quest'ultimi, valorizzando l'utilizzo di modelli consensuali per lo svolgimento in comune delle attività di interesse generale a mente dell'art. 118, comma 4, Cost. L'avviso pubblico infatti ha la duplice natura di atto amministrativo generale e di «offerta al pubblico negoziale»⁵³⁵ o di «invito ad offrire»⁵³⁶, prevedendo, pertanto, il consenso del privato per realizzare i fini degli istituti in esso richiamati. L'avviso pubblico inoltre valorizza, quale *lex specialis*, il principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto⁵³⁷ (auto) limitando l'esercizio della discrezionalità

⁵³⁴ *Ibidem*.

⁵³⁵ Quanto affermato da Cassazione civile sez. lav., 25/11/2020, n.26838, in merito al bando in tema di concorso pubblico. *Ex multis*, Cassazione civile sez. un., 13/12/2017, n.29916; Consiglio di Stato sez. VI, 03/07/2014, n.3359; Cassazione civile sez. lav., 24/09/2013, n.21810. Più compiutamente si osserva che « In tema di lavoro pubblico privatizzato, qualora la P.A. abbia manifestato la volontà di provvedere alla copertura di posti di una determinata qualifica attraverso il sistema del concorso interno e abbia, a questo fine, pubblicato un bando che contenga tutti gli elementi essenziali, prevedendo il riconoscimento del diritto del vincitore del concorso di ricoprire la posizione di lavoro disponibile e la data a decorrere dalla quale è destinata a operare giuridicamente l'attribuzione della nuova posizione, sono rinvenibili in un tale comportamento gli estremi dell'offerta al pubblico, che impegna il datore di lavoro pubblico non solo al rispetto della norma con la quale ha delimitato la propria discrezionalità, ma anche ad adempiere l'obbligazione secondo correttezza e buona fede (Cassazione civile sez. lav., 10/07/2015, n.14397).

⁵³⁶ Tale natura viene attribuita al bando di una procedura ad evidenza pubblica. *Ex multis*, Consiglio di Stato sez. V, 16/01/2020, (ud. 05/12/2019, dep. 16/01/2020), n.390; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 16/07/2018, n.420; T.A.R. Cagliari, (Sardegna) sez. I, 14/10/2014, n.797; T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. II, 24/06/2014, n.681.

⁵³⁷ Si evidenzia infatti che «La *lex specialis* di gara deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in essa contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima» (Consiglio di Stato sez. III, 15/02/2021, n.1322).

amministrativa⁵³⁸ in base alle scelte compiute nell'atto amministrativo generale, (auto) vincolandosi ad esse⁵³⁹.

Come ricordato, la centralità dell'avviso pubblico non esclude la possibilità di ricorrere a forme diverse di autovincolo adottando, ad esempio, regolamenti che limitino a monte la capacità di autovincolarsi alle stesse amministrazioni nella redazione dell'avviso pubblico, indicando modalità procedurali per la generalità dei procedimenti di co-programmazione, di co-progettazione e delle convenzioni di affidamento di attività o servizi sociali.

Allo stesso modo la centralità del modello consensuale nel rapporto tra pubblica amministrazione e terzo settore potrebbe spingere l'amministrazione a valutare l'utilizzo di accordi di programma, durante lo svolgimento della co-programmazione, quale autovincolo successivo⁵⁴⁰ ed ulteriore nel rispetto di quanto indicato nell'avviso pubblico o nel regolamento.

⁵³⁸ Ed infatti, « Nel corso delle procedure di gara è vietata la modifica, ivi compresa l'integrazione, dei criteri di valutazione delle offerte previsti dal bando, atteso che ritenere sussistente tale potere significherebbe disapplicare il bando in ordine ad una clausola alla quale la stessa Amministrazione si è autovincolata nel momento in cui ha adottato, con il bando, la *lex specialis* di disciplina della gestione della procedura; le regole contenute in un bando di gara pubblica hanno infatti portata vincolante e ad esse deve essere data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete l'attuazione delle medesime, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento, sia a garanzia dell'imparzialità dell'attività amministrativa che, per conseguenza, a tutela della par condicio dei concorrenti; il meccanismo competitivo proprio della gara pubblica è infatti tale per cui il rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla *lex specialis* non può essere oggetto di interpretazioni» (Consiglio di Stato sez. V, 05/11/2014), n.5479.

⁵³⁹ Sul punto si è affermato che «Il bando di gara ha natura di atto amministrativo generale ed è la *lex specialis* di gara, "di indole imperativa", che contiene l'insieme delle regole di partecipazione dei concorrenti, di valutazione delle offerte e di conclusione della procedura, cui devono attenersi sia la Stazione Appaltante che i partecipanti. Come tale, il bando non si sottrae alla regola generale del *tempus regit actum* per cui è soggetto alla disciplina *ratione temporis* vigente al momento della sua pubblicazione; soluzione, questa, che consente di rispettare i superiori principi della par condicio, di trasparenza e di certezza del diritto, che connotano le gare di appalto pubblico e che verrebbero irragionevolmente sacrificati ove si consentisse di modificare le regole della procedura in corso di gara. La *lex specialis* vincola la stessa Amministrazione al suo puntuale rispetto, non potendo essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela» (T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 18/11/2020, n.12084).

⁵⁴⁰ L'idea dell'accordo quale strumento di autovincolo dell'azione amministrativa è affermato con forza dalla giurisprudenza secondo cui l'accordo determina una «discrezionalità già consumata "ex ante", mercé l'autovincolo che l'Amministrazione aveva accettato» T.A.R. Campania sez. V - Napoli, 12/06/2020, n. 2359. *Ex multis*, dello stesso avviso, Consiglio di Stato sez. IV - 18/10/2019, n. 7087; T.A.R. Emilia-Romagna sez. II - Bologna, 30/08/2019, n. 675; T.A.R. Emilia-Romagna sez. II - Bologna, 25/11/2019, n. 902; Consiglio di Stato comm. spec. - 21/07/2017, n. 1710. In dottrina, si veda A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1999, pp. 48 - 52 in cui si afferma che l'amministrazione nell'esercizio dell'attività discrezionale attraverso l'accordo determina un «programma realizzativo» di interessi già ponderati a cui deve attenersi.

Quanto analizzato evidenzia ancora una volta la centralità del coordinamento quale relazione organizzativa che il codice del terzo settore sceglie per regolare il rapporto tra pubblica amministrazione e terzo settore.

Tirando le fila del ragionamento, la necessità di una predeterminazione dell'attività amministrativa rappresenta una strada utile per superare l'indeterminatezza degli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017 dando forma giuridica agli istituti, oggetto di analisi. Tale soluzione garantisce inoltre il rispetto dei principi richiamati dal comma 1 dell'art. 55 e dal comma 1 dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, con particolare riferimento al principio di imparzialità dell'azione amministrativa e al principio del legittimo affidamento che, recentemente, è stato espressamente inserito nel novero dei principi (nazionali) richiamati dall'art. 1 l. n. 241/1990⁵⁴¹ .

Il ricorso all'autovincolo sembra essere dunque lo strumento ideale per realizzare operazioni amministrative volte a privilegiare il risultato dell'azione amministrativa per garantire in maniera efficace ed efficiente il soddisfacimento di interessi generali grazie all'apporto collaborativo degli enti del terzo settore. Ed infatti, al fine di governare la complessità degli interessi generali richiamati dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, è necessario che le regole di coordinamento tra pubblico e privato sociale assumano forma certa così da risultare prevedibili per quest'ultimo.

La ricerca sulla natura e sulla portata giuridica degli istituti richiamati dagli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017 proseguirà nel ricostruire la loro *ratio legis* e nel valutare la forma e il contenuto degli autovincoli che l'amministrazione deve adottare. In questo modo, al fine di superare l'indeterminatezza del Titolo VII del Codice del terzo settore, si potrà considerare la strada dell'interpretazione analogica di istituti consimili.

⁵⁴¹ Ciò in forza dell'introduzione del comma 2bis, l. n. 241/1990, secondo cui «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» grazie alla l. n. 120/2020.

3. La co-programmazione tra ambiti esclusi di partecipazione e democrazia partecipativa.

Come ricordato in altra parte del lavoro, una delle pronunce più importanti sul (nuovo) rapporto tra terzo settore e pubblica amministrazione è quella della Corte Costituzionale n. 131/2020. Con essa si mette in luce la *ratio legis* degli istituti richiamati dagli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017. La volontà di coinvolgere gli enti del terzo settore nello svolgimento dell'azione amministrativa e di strutturare un rapporto tendenzialmente paritario - sotto il profilo teleologico - tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione riposano nel principio di adeguatezza, che impone l'idoneità degli atti amministrativi al contesto economico, sociale e giuridico in cui sono emanati al fine di garantire la loro efficacia⁵⁴². Tali istituti, infatti, si rivolgono agli «ETS, al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS, è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale»⁵⁴³. Ciò perché, gli «ETS, in quanto rappresentativi della “società solidale”, del resto, spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico)». L'istituto in questione a cui fa riferimento questo passo della sentenza in analisi è quello della co-programmazione, ai sensi dell'art. 55, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, che, lo si ricorda ancora, «è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione precedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili».

La co-programmazione alla luce della lettera della norma, confermata dall'interpretazione data dalla Corte costituzionale, valorizza la partecipazione procedimentale degli enti del terzo settore alla redazione di un atto di programmazione riguardante uno o più interessi generali indicati nell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017. La partecipazione alla redazione degli atti di programmazione, come è noto, segue regole

⁵⁴² Cfr. nota n. 70.

⁵⁴³ C. Cost. sent. n. 131/2020.

diverse rispetto alle tradizionali e comuni regole sulle partecipazioni procedimentali disciplinate nel capo III della l. n. 241/1990. Ai sensi dell'art. 13, comma 1, l. n. 24/1990, infatti, «Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione».

La ragione di tale esclusione per gli atti di programmazione riguarda il loro contenuto non puntuale e specifico⁵⁴⁴, che non «intercetta in via immediata e diretta posizioni giuridiche che fanno capo a determinati soggetti, secondo il classico schema della dialettica autorità-libertà»⁵⁴⁵. Sarebbe infatti di difficile configurazione o applicazione il paradigma introdotto dagli artt. 7 e ss., l. n. 241/1990, il quale si riferisce a procedimenti in cui si confrontino interessi pubblici ed interessi legittimi, oppositivi e pretensivi, previamente intercettati e potenzialmente lesi dalla decisione finale. Gli istituti espressione della partecipazione procedimentale assolvono una funzione di garanzia della situazione giuridica soggettiva di cui il privato è titolare ed inoltre prevedono un'ipotesi di soluzione degli interessi fisiologicamente in tensione in forza dell'obbligo di comunicazione previsto all'art. 7, l. n. 241/1990 che si rivolge non solo ai destinatari del provvedimento ma anche nei confronti di chi subisce un pregiudizio dallo stesso⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Come evidenziato da E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 371, «La programmazione [...] indica il complesso di atti mediante i quali l'amministrazione, previa valutazione di una situazione nella sua globalità, individua le misure coordinate- modalità di azione dei soggetti, anche privati, coinvolti; risorse destinate a tali interventi, tempi per la realizzazione degli stessi e così via - per intervenire in un dato settore». Ciò corrisponde con la descrizione dell'atto di co-programmazione che amministrazione e terzo settore redigeranno, ai sensi dell'art. 55, comma 1, d.lgs. n. 117/2017. Per la struttura dell'atto, D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 84, gli atti di programmazione, come ad esempio il piano urbanistico, sono atti generali. Più precisamente, secondo, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op. cit., p. 446, il contenuto dispositivo generale di un atto, indica propriamente ciò, che esso produce i suoi effetti nei confronti di una pluralità indifferenziata di oggetti (che a loro volta possono essere persone, cose o rapporti). Gli atti di programma sono quelli «che applicano ed eseguono, più o meno discrezionalmente, norme vigenti, anche se nei confronti di una pluralità di soggetti indeterminati, e magari - al limite - indeterminabili, ma esaurendosi una tantum» V. CRISAFULLI, *Nota*, in *Giust. Cost.*, 1961. Per un'analisi approfondita di questo aspetto, si veda A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, pp. 455 e ss. Per un'analisi storica circa il riconoscimento e la prescrittività degli atti amministrativi generali in forza del principio di separazione dei poteri, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, op. cit., pp. 8- 55.

⁵⁴⁵ A. ZITO - G. TINELLI, *L'ambito di applicazione sulle norme della partecipazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017., p. 684.

⁵⁴⁶ *Ibis*, p. 685.

A differenza, dunque, di questa impostazione sarebbe difficile applicare tali istituti ad un atto di programmazione in quanto esso, come evidenziato, non origina «dall'esistenza di un fatto di realtà, che pone uno specifico problema amministrativo, destinato ad essere rivolto con un provvedimento puntuale, né hanno al momento del loro lavoro un'ipotesi di soluzione»⁵⁴⁷. I procedimenti volti all'emanazione di un atto di programmazione si svolgono in forza di una previsione legislativa, come sancito dall'art. 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017, finalizzata alla sua «progressiva, ma non ancora puntuale, specificazione»⁵⁴⁸. Specificazione che, riguardo all'istituto in esame, si avrà grazie al successivo atto di co-progettazione, a mente dei commi 2 e 3 del medesimo art. 55⁵⁴⁹ e a quello delle convenzioni, ex art. 56, d.lgs. n. 117/2017. Di conseguenza, l'atto, così strutturato, non andrà ad incidere direttamente una posizione giuridica soggettiva del privato⁵⁵⁰ venendo meno le ragioni della *ratio* della partecipazione così come disciplinata dal capo III della l. n. 241/1990. Questo

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ *Ibidem*.

⁵⁴⁹ Si ricorda come la co-progettazione sia realizzata «alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2».

⁵⁵⁰ Il numero dei soggetti che hanno la facoltà di partecipare è irrilevante se sono ben definiti, così il Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2008, n. 3245, ha ritenuto «che, in relazione alla natura dell'intervento da realizzare e del numero rilevante di destinatari, non vi sia dubbio sulla sussistenza dei presupposti per ricorrere a forme di pubblicità alternative alla comunicazione individuale. Nella specie, avendo l'amministrazione rappresentato che i destinatari corrispondevano all'incirca a sessanta persone, tra l'altro alcune volte in situazioni di comproprietà e rispetto a proprietà site in diversi comuni, non può negarsi che sussistessero quei presupposti ai quali la legge subordina il ricorso a forme alternative di comunicazione. Una volta accertata la sussistenza dei presupposti per ricorrere alla pubblicità alternativa in luogo della comunicazione individuale, va chiarito che il principio della "individualità" della comunicazione di avvio del procedimento esige peraltro che tale strumento pubblicitario, per essere *idoneo allo scopo*, menzioni partitamente tutte le particelle catastali interessate dal progetto di opera pubblica e *renda possibile la identificazione* dei relativi intestatari (menzionandoli se possibile). Tali presupposti non sono sufficienti a garantire la correttezza in sé della pubblicità utilizzata, dovendo farsi riferimento anche alle modalità *in concreto utilizzate* al fine, se non della conoscenza effettiva, quantomeno della *conoscibilità* (che è la caratteristica della pubblicità). I soggetti coinvolti devono cioè essere messi in condizione di conoscere che i propri terreni sono interessati da una procedura ablatoria e di poter prendere parte in tempo utile al procedimento (in tal senso, Consiglio Stato, IV, 22.6.2006, n.3885).La applicazione dell'art. 8 comma 3 della l.241 del 1990 oltre a presupporre un numero di destinatari tale da essere impeditivo di una notificazione individuale (nella specie la notifica avrebbe dovuto essere diretta a 60 soggetti e tale numero avuto riguardo alla organizzazione di cui dispone l'ANAS pare idonea a giustificare una comunicazione di massa), richiede che i mezzi di comunicazione sostitutivi siano idonei a dare effettiva pubblicità all'intrapreso procedimento. Il controllo giurisdizionale sul ricorso da parte dell'amministrazione alle forme di pubblicità di cui al comma 3 dell'art. 8 L. 7 agosto 1990 n.241, secondo il quale "qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede a rendere noti gli elementi di cui al comma 2 mediante forme di pubblicità idonee *di volta in volta* stabilite dall'amministrazione medesima", può riguardare sia la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma per ricorrere a tale procedura alternativa sia la idoneità delle forme di pubblicità in concreto utilizzate dall'amministrazione».

comporta che, se l'atto di programmazione dovesse assumere un contenuto specifico nel quale si desumono situazioni giuridiche soggettive automaticamente, si applicheranno le garanzie di partecipazione previste dalla legge sul procedimento amministrativo⁵⁵¹.

L'assenza di una disciplina generale sulla partecipazione alla formazione degli atti amministrativi o ai procedimenti esclusi dall'art. 13, l. n. 241/1990, non esclude però interventi del legislatore in tema, che hanno coinvolto il terzo settore nella partecipazione alla redazione di atti programmatici. Il principale intervento in tema risiede nella l. n. 328/2000, ossia la "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali", richiamata espressamente dall'art. 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017⁵⁵². Si rileva, infatti, che il legislatore non ha escluso l'intervento dei privati alla redazione degli atti amministrativi generali ma semplicemente li ha affidati a singole discipline. La ragione risiede nel fatto che i procedimenti amministrativi che danno origine ad un atto amministrativo generale tutelano i più disparati interessi che impongono una differenziazione della procedura, mal conciliandosi una «disciplina uniforme»⁵⁵³.

La partecipazione procedimentale del privato descritta dalle varie forme disciplinate per legge, compresa la l. n. 328/2000⁵⁵⁴ e il d.lgs. n. 117/2017, risponde all'esigenza

⁵⁵¹ Tale *consecutio* logico giuridica è presente in Cons. St., VI, 12 ottobre 2011, n. 5318, come evidenziato da A. ZITO - G. TINELLI, *L'ambito di applicazione sulle norme della partecipazione*, op. cit., p. 686.

⁵⁵² Prima di analizzare tale legge e valutare in che modo e in che termini possa trovare applicazione nella disciplina della co-programmazione, occorre ancora soffermarsi sulle principali caratteristiche della partecipazione alla redazione degli atti amministrativi generali.

⁵⁵³ G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, op.cit. p. 271.

⁵⁵⁴ Le norme in materia sono tante. Le principali possono essere ricondotte alla materia urbanistica, all'ambiente, all'energia. Quanto alle prime si veda quanto profusamente indicato da P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984 pp. 22 e ss.; C. DONOLO, *Partecipazione e produzione di una visione condivisa*, in A. SPAZIANTE- R PUGLIESE (A CURA DI), *Pianificazione strategica per le città: riflessioni dalle pratiche*, Milano, 2003; E. BOSCOLO, *Le regole per lo spazio urbano*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI, *Il governo del territorio*, Milano, 2003, pp. 384 e ss.; P. DE LISE, *Moduli convenzionali della programmazione urbanistica*, in P. STANZIONE, A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, pp. 679 e ss.; P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, Torino, 2007; G. PIPERATA, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5, 2011, pp. 508 e ss.; A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica "reticolare"*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 267 e ss.; P. SCALETTARIS, *Gli interventi di "partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio": primi appunti*, in *Archivio delle locazioni e del condominio*, n. 1, 2015, pp. 13 e ss. In merito al secondo tra tutti M. RENNA, *Vincoli di proprietà e ambiente*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, *Ambiente, attività amministrativa e codificazione. Atti del primo colloquio del*

di favorire l'emersione di interessi privati coinvolti nell'atto amministrativo da emanare⁵⁵⁵, depotenziando la funzione di *garanzia* della partecipazione con conseguente esaltazione di quella *collaborativa*. Le singole discipline procedurali, invero, hanno la possibilità di discostarsi dal paradigma della l. 241/1990 con conseguente libertà di coinvolgere privati differenti rispetto ai meri destinatari dei provvedimenti amministrativi o dei controinteressati⁵⁵⁶. Il coinvolgimento dei privati alla redazione di atti amministrativi generali risiede dunque nell'esigenza dell'amministrazione di superare le asimmetrie informative⁵⁵⁷ circa il contesto economico- sociale in cui realizza la sua attività, individuando gli interessi coinvolti e stabilire in questo modo obiettivi e misure per poterli realizzare. Il confronto tra privato e pubblica amministrazione risulta così utile ad esercitare la discrezionalità della pubblica amministrazione, ancora una volta in direzione della scelta programmatica più adeguata al contesto in cui deve essere emanata⁵⁵⁸.

diritto dell'ambiente, Milano 2006, pp. 407 e ss.; F. FRACCHIA, *Governo del territorio e ambiente*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 236 e ss.

⁵⁵⁵ M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, p. 197 la quale ricorda quanto affermato da S. CASSESE, *Servizi pubblici a rete e governo del territorio*, in *Gior. dir. Amm.*, n. 11, 1997, pp. 1075 e ss. secondo cui le garanzie delle regole procedurali volte all'emanazione di un atto amministrativo generale risiedono nel garantire un' «espressione ordinata degli interessi collettivi» che la legge non può da sola prevedere.

⁵⁵⁶ Sul punto, M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, *op. cit.*, p. 196. Merita rilevare che G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, *op.cit.* p. 271, ha evidenziato che l'elemento del contraddittorio non costituisce un principio generale dell'intervento del privato al procedimento amministrativo come riportato dalla giurisprudenza costituzionale C. Cost., 19 marzo 1993, n. 103 e C. Cost., 31 maggio 1995, sent. n. 200.

⁵⁵⁷ Solamente una dinamica partecipativa che obblighi l'amministrazione a tenere in considerazione tutti gli interessi coinvolti garantisce adeguatezza della scelta amministrativa, garantendo di conseguenza che vi sia imparzialità tra destinatari dell'azione amministrativa e amministrazione stessa. Secondo S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2, 2002, p. 271, afferma che «In presenza di misure asimmetriche, alcuni regolati sfruttano disposizioni formalmente differenziate, disposte a loro favore perché se ne avvalgano. Altri regolati si trovano in posizione diversa, perché devono sottostare ad obblighi che sono disposti a loro detrimento e a vantaggio di loro concorrenti. Insomma, alcune imprese regolate sono in posizione istituzionalmente opposta ad altre. Si viene, così, a stabilire una comunione di interessi tra alcuni regolati e il regolatore, a danno di altri regolati. Il regolatore, dunque, non si trova, neppure in questo caso, in posizione imparziale, dovendo favorire alcuni operatori a danno di altri. La circostanza che il «piano di gioco» sia qui squilibrato per legge, favorisce il gioco che viene a stabilirsi tra regolati e tra questi e il regolatore. Una parte dei primi sfrutta i differenziali stabiliti dalle norme a proprio favore, mentre l'autorità regolatrice li sfrutta per massimizzare il proprio potere, specialmente quello conoscitivo, legato, ad esempio, alla offerta di servizi a prezzi orientati ai costi (basti pensare all'importanza che la conoscenza dei costi di produzione dei servizi può avere per l'autorità nell'esercizio di tutti i suoi poteri di regolazione e controllo)».

⁵⁵⁸ Sia consentito rinviare a A. BERRETTINI, *Le procedure di affidamento dei centri di prima accoglienza e gli eccessivi vincoli alla discrezionalità delle stazioni appaltanti*, in L. SALVADEGO - M. SAVINO - E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità*, Torino, 2021, p.p. 197-207, in cui si come la discrezionalità delle stazioni appaltanti sia essenziale per la redazione di atti amministrativi generali in

In base al contenuto dell'atto amministrativo generale che l'amministrazione ha il compito di emanare, la legge introduce un regime di partecipazione che determina la tipologia dei privati che hanno la facoltà di partecipare nelle varie forme previste dalle leggi⁵⁵⁹.

In materia di pianificazione urbanistica, ad esempio, le leggi regionali sul governo del territorio prevedono sia la partecipazione del cittadino "interessato", a cui viene riconosciuta una legittimazione attiva alla partecipazione procedimentale, in quanto titolare di una situazione giuridica soggettiva che può essere lesa dall'adozione dell'atto generale, sia la partecipazione del cittadino in quanto tale⁵⁶⁰. La peculiarità degli atti di pianificazione consiste nella presenza di una generalità di interessi individuali di diversa natura⁵⁶¹ e di interessi pubblici. Pertanto, entrambe le forme di partecipazione appaiono coerenti con la tipologia dell'atto, valorizzando sia la funzione collaborativa dei meri cittadini per far emergere l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è «portatrice», sia la funzione «difensiva» per evitare pregiudizio delle proprie posizioni giuridiche soggettive⁵⁶².

materia di contratti pubblici, come il bando o gli atti di programmazione biennale degli acquisti e servizi e di programmazione triennale per i lavori, in cui coinvolgere, attraverso le consultazioni preliminari, enti del terzo settore al fine di definire adeguatezza delle procedure eliminando le asimmetrie informative tra pubblica amministrazione e società. A tal riguardo, il d.l. n. 113/2018, convertito in legge n. 132/2018 aveva introdotto uno schema di capitolato per l'affidamento dei centri di accoglienza straordinaria che non permetteva l'esercizio della discrezionalità appena menzionata con conseguente depotenziamento dell'apporto degli enti del terzo settore nel garantire adeguatezza degli atti di gara vincolati nel loro contenuto.

⁵⁵⁹ Vi sono una pluralità di modelli sussumibili in due categorie «a seconda che si tratti di istituti appositamente destinati alla partecipazione oppure semplicemente piegati o aperti all'intervento dei privati: al primo gruppo possono ricondursi l'inchiesta pubblica, le forme di consultazione e il sistema 'classico' delle osservazioni e delle opposizioni; al secondo alcune conferenze di pianificazione e i subprocedimenti di formazione degli schemi o documenti preliminari al piano».

Così, C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, p. 285 la quale riprende quanto evidenziato da L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005, p. 83, circa l'analisi dell'art. 9, l.reg. Basilicata n. 47 del 1999. Dall'analisi dei procedimenti partecipativi si evidenzia infatti la duplice funzione della partecipazione: difensiva e collaborativa. Basti pensare alle forme di consultazione, finalizzate ad acquisire informazioni di cittadini qualificati, che rispondono all'esigenza di collaborazione per la tutela del pubblico interesse. Viceversa, basti pensare alle opposizioni per evidenziare la funzione difensiva della partecipazione che il privato può assolvere.

⁵⁶⁰ *Ibis*, p. 269.

⁵⁶¹ Sul punto si veda, C. CACCIAVILLANI - A. POLICE, *Governo del territorio*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, op. cit.*, pp. 704-718.

⁵⁶² C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, p. 270. Nella visione condivisibile dell'autrice, un esempio circa la funzione collaborativa è presente nell'art. 1, co. 2, l.reg. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12, secondo cui possono partecipare alla pianificazione territoriale e urbanistica «tutti i soggetti, pubblici e privati, rappresentati in forma singola o associata, con o senza fini di profitto». In merito alla funzione c.d. difensiva della partecipazione l'art. 2, co. 1, lett. a, l.reg. Calabria n. 19 del 2002 ritiene che possano partecipare le

In materia ambientale, invece, si valorizza la funzione collaborativa della partecipazione, attenuandone la valenza difensiva. Il fine è quello di accrescere il consenso sulle decisioni della società civile vista l'ampia legittimazione attiva⁵⁶³, rendendola così corresponsabile della scelta. Inoltre, la natura dell'atto programmatico in materia ambientale presenta particolarmente interessi ampi e diversificati che richiedono «attività complesse»⁵⁶⁴ per acquisirli e selezionarli nella fase istruttoria «accertandone i presupposti di natura tecnico-scientifica delle decisioni»⁵⁶⁵.

Anche in materia di pianificazione di zona la funzione della partecipazione è puramente collaborativa selezionando, al pari delle leggi in materia di pianificazione ambientale, i soggetti che possono partecipare alla definizione dell'accordo di programma⁵⁶⁶, necessario per l'adozione del piano di zona⁵⁶⁷. La l. n. 328/000 non si rivolge infatti a meri cittadini ma seleziona a monte i soggetti che posso partecipare, privilegiando, al pari della co-programmazione delineata dal codice del terzo settore, i soggetti *no profit*⁵⁶⁸. Il fine, come sarà meglio esplicitato in seguito, è quello di valorizzare il *deficit* di asimmetria tra realtà socio-economica e pubblica amministrazione, coinvolgendo gli enti del terzo settore, prossimi a questa realtà, nel fornire all'amministrazione le giuste coordinate per l'individuazione condivisa del

«forze economiche e sociali» e le «categorie tecnico-professionali», evidenziando la titolarità di un interesse che potrebbe essere pregiudicato dalla pianificazione urbanistica.

⁵⁶³ Con particolare riferimento alla Convenzione di Aarhus e alla Direttiva 2003/35 CE che colloca anticipatamente nell'iter procedimentale la partecipazione nella proposta di piano o programma con effetti ambientali. In tema ma in generale sugli aspetti testè delineati F. Fracchia, I procedimenti amministrativi in materia ambientale, in A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto ambientale*, Roma, 2008, pp. 178 e ss.

⁵⁶⁴ M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, op. cit., p. 139.

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

⁵⁶⁶ Ai sensi dell'art. 19, comma3, l. n. 328/2000, «All'accordo di programma di cui al comma 2, per assicurare l'adeguato coordinamento delle risorse umane e finanziarie, partecipano i soggetti pubblici di cui al comma 1 nonché i soggetti di cui all'articolo 1, comma 4, e all'articolo 10, che attraverso l'accreditamento o specifiche forme di concertazione concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsto nel piano».

⁵⁶⁷ A mente dell'art. 19, comma2, l. n. 328/2000 «Il piano di zona, di norma adottato attraverso accordo di programma, ai sensi dell'articolo 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni».

⁵⁶⁸ I soggetti richiamati dall'art. comma 4, l. n. 328/2000 sono infatti «gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi non lucrativi di utilità sociale, degli organismi della cooperazione, delle associazioni e degli enti di promozione sociale, delle fondazioni e degli enti di patronato, delle organizzazioni di volontariato, degli enti riconosciuti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese operanti nel settore nella programmazione, nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali». In merito, si veda S. LA PORTA, *Art. 5-ruolo del terzo settore*, in E. BALBONI- B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il servizio integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, p. 186.

fabbisogno e degli interventi necessari per soddisfarlo, compresi quelli di tipo economico.

Merita rilevare come che la partecipazione del privato alla redazione di un atto di programmazione, legittimando la scelta dell'amministrazione sotto il profilo democratico, è espressione del fenomeno giuridico che prende il nome di «democrazia partecipativa»⁵⁶⁹. Tale fenomeno raccoglie le principali forme di partecipazione alla redazione di atti amministrativi generali e s'inserisce, al pari della co-programmazione, in un contesto di coordinamento amministrativo, configurando una «*interazione, entro procedure pubbliche- soprattutto amministrative, ma anche normative- fra società e istituzioni*, che mira a pervenire, mediante sia collaborazione che conflitti, a produrre volta a volta un risultato unitario, imputabile a entrambi questi soggetti»⁵⁷⁰. In questo contesto l'amministrazione compie un ruolo non esclusivo di iniziativa, istruttorio e decisorio, coordinando la società civile nell'esercizio condiviso di attività di interesse generale attraverso l'assolvimento di una funzione collaborativa o di emersione di interessi secondari. In questo contesto la forma ed il contenuto delle regole giuridiche, che permettono ed introducono questa particolare forma di collaborazione, assumono un valore preminente.

Vista la molteplicità delle amministrazioni e degli interessi coinvolti nello svolgimento di questa funzione è stata evidenziata la necessità di regole e forme giuridiche che impongano questo modello in via generica a tutte le pubbliche amministrazioni le quali, nel rispetto del principio di differenziazione e di adeguatezza, andranno poi ad attuare le modalità di partecipazione in base alle proprie dinamiche organizzative e competenze⁵⁷¹. In letteratura si è parlato di un sistema ibrido in cui le amministrazioni potranno cristallizzare nei propri atti le varie norme che definiscono in maniera più o meno dettagliata le modalità di partecipazione, come ad esempio le norme sulla pianificazione urbanistica o quella relativa ai bilanci partecipativo agli atti amministrativi generali, generando una «*path - dependency*», ossia una «influenza del

⁵⁶⁹ Tale nozione si deve in particolare agli studi inaugurati da U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009.

⁵⁷⁰ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze, 2010, p. 13.

⁵⁷¹ *Ibis*, p. 15, in cui l'autore evidenzia che in forza di questo principio le amministrazioni non solo potranno utilizzare i regolamenti ma anche, al livello municipale, una deliberazione dell'esecutivo che preveda tale procedura.

contesto»⁵⁷². In questo contesto si prevedono diverse «scale di partecipazione» che dall'unione europea arriva fino ai quartieri o «micro-zone»⁵⁷³ nei singoli comuni, in un'ottica di sussidiarietà verticale, a mente dell'art. 118 comma 1, Cost⁵⁷⁴.

Diverse inoltre sono le finalità individuate dalla dottrina della democrazia partecipativa data la vistosa «*molteplicità delle motivazioni con cui gli attori le istituiscono, le conducono e ne danno pubblica giustificazione*»⁵⁷⁵. Tra le tante elencate, tre sembrano delineare le finalità della funzione collaborativa dei privati nella partecipazione agli atti amministrativi generali⁵⁷⁶: l'assolvimento del «ruolo dei saperi quotidiani e dei saperi esperti alternativi» del privato, la discussione delle «possibili alternative che l'amministrazione ha la possibilità di adottare» e, infine, «il superamento delle inerzie»⁵⁷⁷ mediante individuazione dei problemi e la loro risoluzione. Tutto ciò è infatti preordinato a realizzare un obiettivo «latamente efficientistico o, meglio, di rispondenza dell'azione pubblica alla realtà dei bisogni individuali e collettivi»⁵⁷⁸ attraverso l'apporto del privato. Alla luce di quanto detto, il modello di democrazia partecipativa sembra confermare l'introduzione relazione di coordinamento amministrativo tra amministrazione e privato, ad indirizzo pubblicistico, per governare, attraverso l'apporto del privato, la complessità degli interessi pubblici da soddisfare, in termini sia quantitativi che qualitativi. Essi, infatti,

⁵⁷² U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, op. cit., p. 18.

⁵⁷³ *Ibis*, p. 22.

⁵⁷⁴ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2019, p. 105 riconduce il principio di sussidiarietà ad un principio ascensore in quanto «la sussidiarietà richiede che la competenza, in relazione alla sua natura, sia collocata al livello territoriale dove possa essere esercitata nel modo migliore, cioè più efficiente, efficace ed adeguato alle finalità perseguite. Perciò si può osservare che il principio, a seconda delle caratteristiche della competenza presa in considerazione, ovvero in relazione all'evolversi dei problemi e dei contesti socio-economici, può condurre a spostare verso l'alto (in altri casi verso il livello di governo più basso) l'esercizio dei poteri e delle competenze». Anche la partecipazione a scale, visto il diverso livello di disciplina della legislazione in materia, come per la convenzione Aarhus, sembra rappresentare questo "ascensore", oscillando dalla dimensione europea a quella nazionale e viceversa, in base all'adeguatezza dell'atto e dell'ente che la preveda.

⁵⁷⁵ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (A CURA DI), *Democrazia partecipativa*, op. cit., p. 22.

⁵⁷⁶ Con particolare riferimento al rapporto tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55, comma 2, d.lgs. n. 117/2017.

⁵⁷⁷ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, op. cit., p. 23.

⁵⁷⁸ *Ibis*, p. 31.

nel corso del tempo si sono arricchiti di componenti scientifiche, di «tecnologie raffinate»⁵⁷⁹ e di sempre nuove realtà sociali.

L'idea di fondo che sta dietro alla democrazia partecipativa - e dunque alla relazione organizzativa che s'instaura tra amministrazione e privato - consiste nell'affrontare la complessità degli interessi pubblici da tutelare attraverso l'apporto dei «saperi d'uso o quotidiani»⁵⁸⁰ della società complessa così da rendere consapevole la pubblica amministrazione nella definizione degli obiettivi e delle misure da realizzare all'interno degli atti amministrativi generali. Il valore della partecipazione democratica risiede dunque nella capacità che i cittadini comuni hanno di trasmettere le proprie conoscenze dei fatti attraverso «testimonianze d'esperienza» e «progettazioni dal basso» che l'amministrazione non può acquisire con proprie forze. Prendendo a modello la Convenzione di Aarhus in materia ambientale, espressione anch'essa di democrazia partecipativa⁵⁸¹, si è evidenziata in dottrina la necessità che il privato non sia relegato ad una delle fasi del procedimento amministrativo volto all'emanazione di un atto amministrativo generale ma è necessario che le abbracci tutte, a partire dall'istruttoria, fino alla fase decisoria.

E proprio sotto quest'ultimo profilo che le amministrazioni, al fine di garantire una partecipazione effettiva del privato alla formazione dell'atto amministrativo generale, debbano generare procedimenti che prevedano «un'influenza effettiva» del cittadino per condizionare la decisione⁵⁸².

⁵⁷⁹ *Ibidem*. Basti pensare alle diverse soluzioni che la tecnologia, la scienza e la società oggi forniscono all'amministrazione - di cui non è a conoscenza - per la tutela degli interessi pubblici. Tale asimmetria conoscitiva potrebbe essere colmata attraverso un regime di partecipazione nella redazione degli atti amministrativi generali coinvolgendo soggetti che, conoscendo ed attuando diverse soluzioni, per la tutela di interessi generali, si mettano a disposizione dell'amministrazione per svolgere insieme la propria azione. Di particolare interesse è l'utilizzo dell'algoritmo da parte delle pubbliche amministrazioni che per essere governabile richiede una partecipazione del privato alla redazione di atti amministrativi generali. In tema si veda, G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi*, Napoli, 2019.

⁵⁸⁰ Si desume ciò dal pensiero di U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, *op. cit.*, p. 23. In particolare, sul rapporto tra amministrazione e complessità si veda D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, pp. 252- 256.

⁵⁸¹ Ciò secondo P. BADASCHI, *Insegnamenti di un caso di democrazia partecipativa nel governo del territorio: l'insediamento turistico di Castelfalfi*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, *op. cit.*, pp. 161-175, il quale riporta non solo la necessaria partecipazione del privato alla «elaborazione dei piani e dei programmi» ma anche di «norme giuridiche vincolanti», abbracciando anche la fase dell'autovincolo regolamentare.

⁵⁸² U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, *op. cit.*, p. 43, riprendendo l'obiettivo esplicito della Convenzione di Aarhus.

Vista la libertà di stabilire il modello di democrazia partecipata più adeguato per garantire «completezza dell'acquisizione degli interessi, sia primario che secondario, al procedimento»⁵⁸³ di emanazione dell'atto amministrativo generale, è necessario che l'atto, attraverso il quale l'amministrazione scelga il tipo di procedura partecipativa, debba andare «*ben oltre una procedura di mera consultazione e un puro interpello degli stakeholder*». I modelli di democrazia partecipata devono introdurre un «metodo di decisione che fa uscire l'istituzione all'isolamento di un potere unilaterale, supposto capace di interpretare autoritativamente l'interesse generale, per accettare di implicarsi in un processo multilaterale da cui si attende che la decisione possa essere definita con l'apporto di tutti coloro che nella società sono e sentono di essere coinvolti»⁵⁸⁴. Immediato è dunque l'inserimento del modello della democrazia partecipata tra quelli che attuano lo spirito del principio di sussidiarietà orizzontale il quale, come visto, intende superare la dicotomia autorità-libertà nella tutela degli interessi generali, introducendo una *tendenziale parità*, lo si ripete, sotto il profilo teleologico dell'azione del privato sociale e dell'amministrazione.

Sebbene le coordinate offerte dal modello della democrazia partecipata evidenzino un'affinità con l'istituto della co-programmazione, potendo dunque ritenersi utili a comprendere la sua *ratio*, quest'ultimo istituto pone un problema di qualità della partecipazione alla formazione degli atti amministrativi generali che il fenomeno della democrazia partecipativa non pone. L'idea della democrazia partecipativa risiede, infatti, nel più elevato grado di coinvolgimento del cittadino nella dimensione procedimentale.

Tale soluzione consiste, come visto, nell'assicurare all'interno del procedimento amministrativo, volto all'emanazione di atti amministrativi generali, una elevata *quantità* di informazioni utili all'emersione degli interessi rilevanti nella fattispecie. Il coinvolgimento di una grande quantità di privati sul piano procedimentale, non consente però di delineare in maniera specifica la *qualità* di questi

⁵⁸³ Così, M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 436, il quale riteneva presente un eccesso di potere nel caso in cui l'amministrazione non avesse acquisito tutti gli interessi rilevanti nel procedimento amministrativo. In materia di pianificazione urbanistica e sulla relativa modalità di acquisizione degli interessi da parte dell'amministrazione si veda S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Perugia, 1987, pp. 157-166.

⁵⁸⁴ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, *op. cit.*, p. 41.

soggetti, cui ambisce invece la co-programmazione. La questione riguardante la quantità e la qualità della partecipazione non è nuova e ha tradizionalmente investito il dibattito intorno alla legge sul procedimento amministrativo⁵⁸⁵, rappresentando due delle anime dell'amministrazione: l'amministrazione di garanzia e l'amministrazione di risultato. L'esaltazione della quantità della partecipazione valorizza, infatti, l'estensione delle garanzie della partecipazione a quanti più soggetti possibili senza fornire un «arricchimento» o un'«utilità» al *risultato* dell'azione amministrativa⁵⁸⁶, appesantendola. L'esaltazione, invece, della *qualità* della partecipazione risiede nell'esigenza di limitare la partecipazione al procedimento amministrativo ai soggetti che abbiano un interesse qualificato al fine di valorizzare il *risultato* dell'azione amministrativa per favorire l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, selezionando il «materiale di ponderazione»⁵⁸⁷ offerto del privato sulla base della sua intrinseca *pertinenza* rispetto all'oggetto del procedimento amministrativo.

In conclusione, si potrebbe affermare che il modello della democrazia partecipativa possa considerarsi un modello “zero” della partecipazione procedimentale alla redazione degli atti amministrativi generali che può essere plasmato dall'amministrazione o dal legislatore in base alla funzione che si vuole attribuire alla partecipazione del privato.

Le conclusioni della dottrina sulla democrazia partecipativa sembrano essere state almeno in parte recepite dal legislatore nel codice del terzo settore, a partire dalla scelta di indeterminatezza della formula normativa della co-programmazione fino ad arrivare alla necessità di non interpretare in maniera autoritativa l'interesse generale

⁵⁸⁵ S. COGNETTI, “*Quantità*” e “*qualità*” della partecipazione, *op.cit.*, *passim*, ripercorre questo dibattito in tutta la sua opera. In particolare, a pp. 41-42 l'Autore ricorda come l'accesso ai documenti amministrativi endoprocedimentale previsto dall'art. 10 comma 1 l. n. 241/1990 non è stato esteso a tutti i cittadini, a differenza di quanto desiderato dalla Commissione Nigro che riprendeva l'orientamento assunto in tal senso dal Consiglio d'Europa con raccomandazione n. 81-9 del 25 novembre 1981. Si propendeva in tal senso per la qualità della partecipazione, correlando il diritto all'accesso ai documenti amministrativi al pregiudizio o al vantaggio che l'emanazione del provvedimento potesse arrecare all'istante.

⁵⁸⁶ S. COGNETTI, “*Quantità*” e “*qualità*” della partecipazione, *op.cit.*, pp. 88-89.

⁵⁸⁷ Così, *Ibis*, p. 121, il quale ritiene che il privato che partecipa al procedimento amministrativo assolva un «ruolo costruttivo nel favorire (sia avendo riguardo al suo contenuto, si anche alle sue modalità di esercizio) la razionale e sistematica raccolta e organizzazione del materiale di ponderazione». In sostanza, è necessario che il privato per essere legittimato a partecipare assolva questo ruolo costruttivo contribuendo in termini di «*pertinenza* (che come si sa, è anche *rilevanza*) rispetto all'oggetto del procedimento».

attraverso l'apporto conoscitivo del privato sociale nella redazione degli atti di programmazione.

Sebbene le considerazioni riportate finora siano state utili per comprendere la natura dell'art. 55 comma 2, d.lgs. n. 117/2017, occorre ora definire la procedura di co-programmazione, mediante autovincolo, sulla scorta delle indicazioni del modello di democrazia partecipativa. Ciò servirà per attribuire un'influenza effettiva agli enti del terzo settore nella definizione del contenuto dell'atto di programmazione, vista la lacuna del codice del terzo settore sul punto. A tal fine, sarà utile analizzare la l. n. 328/2000 e valutare una sua possibile interpretazione analogica per superare l'indeterminatezza della co-programmazione, vista la scelta del legislatore del 2000 di coinvolgere gli enti del terzo settore nella formazione degli atti di programmazione al pari di quanto previsto dal codice del terzo settore.

3.1. L. n. 328/2000 e co-programmazione: indirizzi interpretativi, modelli consensuali e logiche di risultato per superare l'indeterminatezza della co-programmazione.

La l. n. 328/2000 è stata una delle prime fonti ad aver introdotto nel nostro ordinamento giuridico un regime di collaborazione pubblico -privato basato su un approccio dialogico con i soggetti della società civile che, in quanto testimoni privilegiati dei bisogni e delle esigenze dei cittadini, partecipano alla realizzazione di interventi sociali, passando da una prospettiva di *government* ad una prospettiva di *governance*⁵⁸⁸. La legge in analisi prevede per la prima volta la qualificazione di questi soggetti della società civile, ricomprendendoli nel c.d. terzo settore.

A differenza di quanto avviene nel d.lgs. n. 117/2017, tali enti non sono definiti direttamente dalla l. n. 328/2000 ma sono solamente menzionati all'art. 5 della

⁵⁸⁸ Come si evidenzia in dottrina, U. DE AMBROGIO C. GUIDETTI, *La coprogettazione la partnership tra pubblico e terzo settore*, Città di Castello, 2017 pp. 20 e ss., per *government* si fa riferimento alla titolarità dell'ente nel governo del sistema dei servizi, mentre per *governance* si parla di titolarità e di responsabilità diffuse a soggetti della società civile, in particolare di «*policy making* nel quale il processo di decisione è la risultante di una interazione tra diversi soggetti che condividono responsabilità di governo (soggetti istituzionali e terzo settore)».

legge medesima⁵⁸⁹. Si afferma, infatti, che «Per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea». Tale scelta riconosce la sussistenza di un pluralismo sociale, variegato ed indefinito, che deve essere ascoltato nella formazione di atti amministrativi generali come il piano di zona ed il piano nazionale, rispettivamente disciplinati dagli artt. 18 e 19, l. n. 328/2000. Questa dimensione variegata ed indefinita di pluralismo sociale ha determinato una spinta propulsiva delle regioni nel definire i soggetti rientranti nella nozione di «terzo settore», in seguito alla riforma del titolo V, al fine di superare le lacune della normativa vigente⁵⁹⁰. Difatti, la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione ha conferito alle regioni competenza legislativa residuale nella materia dei servizi sociali, determinando, almeno apparentemente, una competenza legislativa statale esclusiva solamente nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale a mente dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Secondo il d.P.C.M. 30 marzo 2001, in attuazione della l. n. 328/2000, secondo l'art. 2, sono «soggetti del terzo settore», «le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro».

⁵⁹⁰ Emblematica risulta la l. r. Marche 1 dicembre 2014, n. 32 in cui all'art. 11, rubricato «Partecipazione» individua i soggetti del Terzo settore per lo svolgimento degli atti di natura programmatoria. I soggetti del terzo settore infatti «Sono individuati, in particolare, come soggetti del terzo settore il Forum del terzo settore, le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, le associazioni che svolgono attività di sostegno alla famiglia, le associazioni di tutela delle persone disabili, le associazioni d'immigrati, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, gli enti riconosciuti dalle confessioni religiose, altri soggetti privati non a scopo di lucro». Allo stesso modo, l. r. Emilia Romagna 12 marzo 2003 n. 2; l. r. Calabria 5 dicembre 2003 n. 23; l. r. Piemonte 8 gennaio 2004 n. 1; l. r. Toscana 24 febbraio 2005 n. 41; l. r. Liguria 24 maggio 2006 n. 12 e l. r. Puglia 10 luglio 2006 n. 19.

⁵⁹¹ In merito si legga A. FOSSATI, *Programmazione e pianificazione*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019, p. 83, il quale ricorda come la Corte Costituzionale abbia affermato che «l'attribuzione della competenza residuale alle Regioni nella materia qui considerata preclude allo Stato di fissare i principi fondamentali della materia» (Corte cost., sent. n. 296/2012). A tal riguardo, A. MATTIONI, *Salute e assistenza. Rapporti tra livelli di governo dopo la recente revisione costituzionale*, in R. BALDUZZI - G. DI GASPARE, *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V Cost. Atti della giornata nazionale di studio (Genova, 15 gennaio 2002)*, Milano 2002. Si ricorda però come questa netta impostazione dottrinale sia stata confutata dalla C. Cost., 19 dicembre 2012, n. 296, facendo perdere al piano nazionale il ruolo di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. In tema, P. BIANCHI, *I soggetti pubblici nella programmazione e gestione delle politiche sociali in Toscana*, in E. ROSSI (a cura di), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Padova, 2004, pp.74 e ss.; E. INNOCENTI, *La programmazione sociale per un nuovo modello di governance dei servizi della persona*,

Di conseguenza, il Piano nazionale, a mente dell'art. 18 l. n. 328/2000⁵⁹², caratterizzato dalla capacità di delineare gli *standard* dei servizi e delle prestazioni sociali su tutto il territorio nazionale per garantire i diritti fondamentali della persona, perde il suo ruolo di base di coordinamento e di integrazione socio-sanitaria dei servizi pubblici.

La programmazione in materia di servizi sociali si compone allora di due piani di programmazione: il piano regionale ed il piano di zona. Il primo, come visto, ha assunto una dimensione prevalente rispetto alla dimensione secondaria che l'art. 18, comma 6, gli aveva affidato, il quale prevedeva l'approvazione da parte delle regioni di atti di programmazione degli interventi e dei servizi sociali, previa intesa con gli enti locali.

Sebbene i piani regionali siano stati emanati per organizzare i servizi sociali in differenti aree territoriali del paese, si ravvisa un'omogeneità d'intenti corrispondente nel rispetto di quanto indicato nella l. 328/2000, senza cambiare il suo impianto. Le leggi regionali pongono infatti alla base dei piani «l'integrazione delle

in E. ROSSI (a cura di), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Padova, 2004, pp.270 e ss.

⁵⁹² Più precisamente l'art. 18, l. n. 328/2000, comma 3 afferma che «Il Piano nazionale indica: a) le caratteristiche ed i requisiti delle prestazioni sociali comprese nei livelli essenziali previsti dall'articolo 22; b) le priorità di intervento attraverso l'individuazione di progetti obiettivo e di azioni programmate, con particolare riferimento alla realizzazione di percorsi attivi nei confronti delle persone in condizione di povertà o di difficoltà psico-fisica; c) le modalità di attuazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali e le azioni da integrare e coordinare con le politiche sanitarie, dell'istruzione, della formazione e del lavoro; d) gli indirizzi per la diffusione dei servizi di informazione al cittadino e alle famiglie; e) gli indirizzi per le sperimentazioni innovative, comprese quelle indicate dall'articolo 3, comma 4, e per le azioni di promozione della concertazione delle risorse umane, economiche, finanziarie, pubbliche e private, per la costruzione di reti integrate di interventi e servizi sociali; f) gli indicatori ed i parametri per la verifica dei livelli di integrazione sociale effettivamente assicurati in rapporto a quelli previsti nonché gli indicatori per la verifica del rapporto costi - benefici degli interventi e dei servizi sociali; g) i criteri generali per la disciplina del concorso al costo dei servizi sociali da parte degli utenti, tenuto conto dei principi stabiliti dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 109; h) i criteri generali per la determinazione dei parametri di valutazione delle condizioni di cui all'articolo 2, comma 3; i) gli indirizzi ed i criteri generali per la concessione dei prestiti sull'onore di cui all'articolo 16, comma 4, e dei titoli di cui all'articolo 17; l) gli indirizzi per la predisposizione di interventi e servizi sociali per le persone anziane non autosufficienti e per i soggetti disabili, in base a quanto previsto dall'articolo 14; m) gli indirizzi relativi alla formazione di base e all'aggiornamento del personale; n) i finanziamenti relativi a ciascun anno di vigenza del Piano nazionale in coerenza con i livelli essenziali previsti dall'articolo 22, secondo parametri basati sulla struttura demografica, sui livelli di reddito e sulle condizioni occupazionali della popolazione; o) gli indirizzi per la predisposizione di programmi integrati per obiettivi di tutela e qualità della vita rivolti ai minori, ai giovani e agli anziani, per il sostegno alle responsabilità familiari, anche in riferimento all'obbligo scolastico, per l'inserimento sociale delle persone con disabilità e limitazione dell'autonomia fisica e psichica, per l'integrazione degli immigrati, nonché per la prevenzione, il recupero e il reinserimento dei tossicodipendenti e degli alcolodipendenti».

politiche e degli interventi, il coordinamento interistituzionale, la concertazione, la partecipazione e la valutazione»⁵⁹³. In tale contesto le Regioni prevedono dei meccanismi di partecipazione degli enti locali, ai sensi dell'art. 18 comma 6, coinvolgendo inoltre, al di là dell'espressa previsione normativa, gli enti del terzo settore. Sotto quest'ultimo profilo, emblematiche sono la l. r. Piemonte 8 gennaio 2004 n. 1 e la l.reg. Lombardia, 12 marzo 2008, n. 3⁵⁹⁴.

La prima, all'art. 11, prevede una definizione di terzo settore richiamando al livello di principio la necessità di coinvolgere gli enti del terzo settore «nella programmazione, nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali»⁵⁹⁵, estendendo la portata dell'art. 19 che si limita a prevedere la partecipazione del terzo settore nella definizione dell'accordo di programma necessario per l'adozione del piano di zona. La seconda legge regionale citata, invece, all'art. 11 comma 1 anticipa e coordina la partecipazione del terzo settore già nel piano regionale promuovendo «la programmazione partecipata a livello comunale dei soggetti di cui all'articolo 3 comma 1, lettere b), c) e d), la costituzione di forme di gestione associata e la promozione di azioni a sostegno e qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore». In questo modo, visto il rapporto di forza tra programmazione regionale e piano di zona, sin dal livello regionale si vuole garantire un'adeguata partecipazione del terzo settore alla programmazione sociale, superando anche in questo caso quanto disciplinato dall'art. 19, l. n. 328/2000 sopra ricordata. Inoltre, l'art. 11 comma 1 l. r. Lombardia, 12 marzo 2008, n. 3, lett. s) promuove la

⁵⁹³ A. GUALDANI, *Programmazione e pianificazione dei servizi sociali: il ruolo dei soggetti del terzo settore*, in *Munus*, n. 2, 2019, p. 536, la quale riporta come le leggi regionali dell'Emilia Romagna, del Piemonte, Calabria, Toscana, Campania, Liguria, Sardegna e Friuli Venezia Giulia riprendano il piano nazionale in materia dei servizi sociali 2001-2003.

⁵⁹⁴ Per un'attenta analisi in materia si rinvia a A. FOSSATI, *Programmazione e pianificazione*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019, pp. 86-87.

⁵⁹⁵ Secondo l'art. 11, infatti « Sono soggetti attivi della rete integrata degli interventi e servizi sociali, per il proprio ambito di competenza e nell'ambito della programmazione regionale e locale, le seguenti organizzazioni afferenti al terzo settore: a) le organizzazioni di volontariato; b) le cooperative sociali; c) gli organismi non lucrativi di utilità sociale; d) le associazioni e gli enti di promozione sociale; e) gli organismi della cooperazione; f) le società di mutuo soccorso; g) le fondazioni; h) gli enti di patronato; i) altri soggetti privati non aventi scopo di lucro.

La Regione e gli enti locali, secondo quanto previsto dalla specifica normativa vigente nelle singole materie, riconoscono ed agevolano il ruolo di tali organizzazioni, nonché quello degli enti religiosi riconosciuti dallo Stato, nella programmazione, nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

Il sistema nel suo complesso promuove e valorizza inoltre la partecipazione dei cittadini che in forme individuali, familiari o associative realizzano iniziative di solidarietà sociale senza scopo di lucro».

costituzione di «osservatori, in collaborazione con le province, i comuni, le ASL e i soggetti del terzo settore», attribuendo al terzo settore sia compiti di vigilanza sulla corretta adozione del piano regionale, sia la possibilità di presentazione di segnalazioni nella fase di attuazione del piano regionale stesso.

Sebbene le leggi regionali abbiano rafforzato la partecipazione del terzo settore prevedendo un regime libero di coinvolgimento, ossia non eccessivamente predeterminato, il piano di zona, invece, coinvolge in misura maggiore gli enti del terzo settore nella redazione dell'atto di programmazione in materia di servizi sociali. L'art. 19, l. n. 328/2000, infatti, prevede una programmazione comunale dei servizi sociali recependo appieno il principio di sussidiarietà introdotto dal d.lgs. 112/1998, con particolare riferimento agli artt. 131 e 132 comma 2 in cui si affermava l'esigenza di attribuire ai livelli più prossimi della collettività l'amministrazione dei servizi sociali con i metodi della programmazione e dell'integrazione con altri soggetti pubblici - privati⁵⁹⁶. Dall'analisi del comma 1 dell'art. 19, l. n. 328/2000, il piano di zona si presenta con un maggior grado di operatività e di dettaglio sia rispetto al piano nazionale che alla programmazione regionale. Si prevede non soltanto un coinvolgimento del terzo settore nella definizione degli obiettivi programmatici in campo dei servizi sociali, ma anche nella realizzazione degli stessi⁵⁹⁷, nell'individuazione delle risorse finanziarie necessarie per lo svolgimento dei servizi⁵⁹⁸ e nel «responsabilizzare i cittadini nella programmazione e nella verifica dei servizi» stessi⁵⁹⁹.

La disciplina del piano di zona inoltre individua all'art. 19 comma 4, l. n. 328/2000 i fini del coinvolgimento degli enti del terzo settore nella redazione dell'atto amministrativo programmatico che consistono nell'«assicurare l'adeguato coordinamento delle risorse umane e finanziarie» e nel concorrere «alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsto nel piano».

⁵⁹⁶ A. GUALDANI, *Programmazione e pianificazione dei servizi sociali: il ruolo dei soggetti del terzo settore*, op. cit., p. 536 la quale ricorda quanto detto da E. FERRARI, *Commento sub. art. 131 e 132*, in G. FALCON (A CURA DI), *Lo stato autonomista*, Bologna, 1998, pp. 440 e ss.

⁵⁹⁷ Secondo quanto previsto dall'art. 19, comma 3, l. n. 328/2000, gli enti del terzo settore «concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsto nel piano».

⁵⁹⁸ Ai sensi del combinato disposto del comma 3 e del comma 1, lett. b) art. 19, l. n. 328/2000, gli enti del terzo settore partecipano alla redazione dell'accordo quadro per «qualificare la spesa, attivando risorse, anche finanziarie, derivate dalle forme di concertazione di cui al comma 1, lettera g)».

⁵⁹⁹ Ai sensi del combinato disposto del comma 3 e del comma 1, lett. a) art. 19, l. n. 328/2000.

In questo senso, la l. n. 328/2000 evidenzia, al pari del codice del terzo settore, una relazione organizzativa di coordinamento tra parte pubblica e privato sociale che si esplica, coerentemente con quanto detto in precedenza⁶⁰⁰, nell'indicazione di un ruolo d'indirizzo dell'amministrazione pubblica nella gestione delle modalità di partecipazione e di intervento del terzo settore nell'ottica di collaborazione e di cooperazione tra i vari livelli istituzionali, quali principi che regolano la programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e di servizi sociali⁶⁰¹.

Tale considerazione sul tipo di relazione organizzativa che s'instaura tra amministrazione privato sociale non solo è stimolata dal richiamo del termine «coordinamento», a mente dell'art. 19 comma 4, l. n. 328/2000, ma soprattutto dallo strumento che permette la collaborazione pubblico privato: l'«accordo di programma»⁶⁰². Come visto, la relazione organizzativa del coordinamento presuppone un rapporto misto di sovra ed equiordinazione in cui il privato sociale, autonomo e distinto rispetto al soggetto pubblico, è tenuto a rispettare l'indirizzo dettato dalla pubblica amministrazione nel fornire il proprio apporto nella dinamica procedimentale in cui è inserito.

Il riconoscimento dell'autonomia dei soggetti coordinati e la tendenziale parità dei soggetti nello svolgimento si traduce nell'utilizzo di strumenti consensuali per lo svolgimento dell'azione amministrativa come l'accordo tra pubbliche amministrazioni e privato. Ed infatti l'accordo di programma richiamato dall'art. 19, l. n. 328/2000, è

⁶⁰⁰ Cfr. par. 1 e Cap. II par. 4.

⁶⁰¹ Ai sensi dell'art. 3 comma 2, lett. b) che definisce i principi in materia di programmazione sociale, si afferma e che «i soggetti di cui all'articolo 1, comma 3, provvedono, nell'ambito delle rispettive competenze, alla programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e servizi sociali secondo i seguenti principi: [...] concertazione e cooperazione tra i diversi livelli istituzionali, tra questi ed i soggetti di cui all'articolo 1, comma 4, che partecipano con proprie risorse alla realizzazione della rete, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale nonché le aziende unità sanitarie locali per le prestazioni socio- sanitarie ad elevata integrazione sanitaria comprese nei livelli essenziali del Servizio sanitario nazionale».

⁶⁰² Art. 19, comma 2, l. n. 328/2000.

stato inquadrato da dottrina⁶⁰³ e giurisprudenza⁶⁰⁴ come uno strumento di coordinamento tra pubbliche amministrazioni e tra pubbliche amministrazioni e privati. L'accordo di programma risponde all'esigenza di stabilire un «coordinamento flessibile»⁶⁰⁵ attraverso cui le amministrazioni, nell'esercizio della propria autonomia, organizzano servizi e funzioni con «mezzi negoziali» al fine di «definire programmi di cooperazione tesi ad armonizzare le diverse azioni a tutela di interessi pubblici». In questo modo amministrazioni e privati assumeranno impegni in termini di «procedure da adottare, uffici coinvolti e dotazione di risorse disponibili».

Già da queste indicazioni si desume come il particolare accordo tra pubblica amministrazione e privati si ponga diversamente rispetto alla tradizionale funzione dell'accordo, a mente dell'art. 11, l. n. 241/1990. L'accordo tra pubblica amministrazione e privato, infatti, è stato tradizionalmente considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come una modalità attraverso la quale si estrinseca il potere discrezionale della pubblica amministrazione che decide di porre a base del contenuto dispositivo del provvedimento amministrativo un negozio giuridico⁶⁰⁶. Gli accordi sono frutto dell'esercizio dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione considerata come capacità per il soggetto pubblico di porre in essere atti di natura privatistica che rigetta l'idea di «potere libero di regolamentare i propri interessi»⁶⁰⁷ ai

⁶⁰³ A. PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001, pp. 159 e ss.; S. Valaguzza, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *dir. amm.*, n. 2, 2010, pp. 395 e ss.; C. MARZUOLI, *Gli accordi di programma*, in R. FERRARA-M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Padova, 2012, pp. 443 e ss.; F. GIGLIONI - A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, p. 150; L. TORCHIA, *Gli accordi di programma fra regioni ed enti locali: una ipotesi di lavoro*, in AA.VV., *Regioni ed enti locali. il ruolo regionale di coordinamento del governo locale*, atti del convegno internazionale, Venezia, 13-14 aprile 1989, Milano, 199, pp. 631 e ss.

⁶⁰⁴ *Ex multis*, Consiglio di Stato sez. IV, 21/11/2005, n. 6467, secondo cui i «Presupposti e finalità legali dell'accordo di programma, introdotto dall'art. 27, l. 8 giugno 1990 n. 142, e ora disciplinato dall'art. 34, t.u. 18 agosto 2000 n. 267, sono, da un lato, il coordinamento delle attività dei soggetti pubblici interessati e dall'altro, ove necessario, l'adeguamento dei piani urbanistici all'esigenza collettiva che la realizzazione dell'opera pubblica mira a soddisfare». Dello stesso avviso, da ultime, Consiglio di Stato sez. IV, 07/05/2021, n.3575; Consiglio di Stato sez. IV, 09/03/2021, n.1948.

⁶⁰⁵ È la funzione organizzativa che assolve questi accordi messa in evidenza da F. GIGLIONI - A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, p. 151, il quale riprende la dottrina di C. MARZUOLI, *Gli accordi di programma*, in R. FERRARA-M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Padova, 2012, pp. 443 e ss.; A. PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, in B. CAVALLO (A CURA DI), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, 2001, pp. 159 e ss.

⁶⁰⁶ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo, op.cit.*, p. 403. In tema, G. GRECO, *Accordi amministrativi*, Torino, 2003; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 431 e ss.

⁶⁰⁷ Così F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo, op. cit.*, p. 25.

sensi dell'art. 1322 c.c. in quanto finalisticamente vincolato alla tutela di un interesse pubblico⁶⁰⁸. Di conseguenza, gli accordi non sono altro che una ulteriore modalità attraverso cui l'amministrazione può utilizzare il proprio potere discrezionale, rafforzandolo e vitalizzandolo⁶⁰⁹ attraverso una ponderazione pattizia degli interessi in gioco⁶¹⁰. Se l'accordo ex art. 11, l. n. 241/1990, «rappresenta la possibile alternativa all'esercizio unilaterale di un potere pubblico», incidendo nella sfera giuridica dei privati, nell'accordo di programma «I soggetti privati sono coinvolti nell'azione pubblica come *partners* di un progetto comune: nella maggior parte dei casi, si tratta, infatti, di parti sociali»⁶¹¹.

Nello stemperare le ragioni dell'autoritatività⁶¹² e nell'ottica richiamata dal coordinamento amministrativo, l'accordo di programma, di conseguenza, pone le parti in una posizione tendenzialmente paritaria determinando come oggetto del contratto un'«attività amministrativa da svolgersi in collaborazione»⁶¹³.

L'accordo di programma richiamato dall'art. 19, l. n. 328/2000, viene ricondotto espressamente dalla norma alla disciplina ampia e flessibile - circa contenuti e portata - dell'art. 34, d.lgs. n. 267/2000, il quale è riconducibile alla generica previsione

⁶⁰⁸ M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1966, p. 14, afferma in relazione all'autonomia privata della pubblica amministrazione che «Ogni autorità del potere pubblico è addetta alla cura di un interesse pubblico, che per essa è interesse primario; si chiama discrezionalità amministrativa la posizione fondamentale di ogni autorità amministrativa in quanto pondera l'interesse primario di cui è attributaria comparandolo con ogni altro interesse, pubblico o privato, che in fatto esista in un'evenienza concreta». Per questo motivo, prosegue a p. 23, «Le amministrazioni le quali, per il loro carattere autoritativo, sono attributarie della cura di interessi pubblici determinati, non sono figure soggettive che abbiano libertà economica». Dello stesso avviso anche A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1938, p. 489 afferma che l'attività di diritto privato deve «necessariamente tornare a vantaggio delle finalità che costituiscono la destinazione fondamentale delle pubbliche amministrazioni».

⁶⁰⁹ Così, S. COGNETTI, *Osservazioni sul presunto "superamento" del modello pubblicistico*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 340.

⁶¹⁰ M. VALLERGA, *Accordi ed attività consensuale della pubblica amministrazione*, Milano, 2012, p. 35.

⁶¹¹ A. PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, op. cit., p. 163.

⁶¹² S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *dir. amm.*, n. 2, 2010, p. 404.

⁶¹³ E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, p. 112.

dell'art. 15, l. n. 241/1990⁶¹⁴, estendendo *ex lege* la sua portata nei confronti degli enti del terzo settore⁶¹⁵.

Vista la mancata ricomprensione dei privati negli accordi di programma *ex art.* 34, d.lgs. n. 267/2000, c'è chi in dottrina ha affermato che il legislatore intenda riferirsi alla c.d. programmazione negoziata ai sensi dell'art. 2, comma 203 lett. a), l. n. 662/1996, secondo cui per programmazione negoziata s'intende «la regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di

⁶¹⁴ In questi termini, M. Massa, art. 19 - piano di zona, in E. BALBONI- B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il servizio integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, p. 186. Dello stesso avviso, R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, Padova, 1992, pp. 73 e ss.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, pp. 83 e ss.; S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, op. cit., p. 406. Da ultimo, Consiglio di Stato sez. IV, 09/03/2021, n. 1948, secondo cui «La disciplina generale degli accordi fra pubbliche amministrazioni è contenuta nell'art. 15 l. 7 agosto 1990 n. 241, che, per la regolamentazione di specifiche figure di accordi, rimanda a discipline speciali. Rispetto ad essa, infatti, l'art. 34 cit. disciplina in modo dettagliato gli accordi di programma, prevedendo le modalità di formazione, gli effetti dell'accordo, gli organi di vigilanza sulla sua esecuzione e la possibilità di devolvere ad arbitri le controversie. Pertanto, tra la fattispecie dell'art. 15, l. 241 del 1990 e quella dell'art. 34 d.lgs. 267 del 2000, intercorre un rapporto da genere a specie, che comporta l'applicazione della disciplina generale per gli aspetti non regolati dalla normativa di dettaglio (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3458; Cons. Stato, Sez. IV, 24 ottobre 2012, n. 5450). Il rinvio al 2° e 3° comma dell'art. 11 cit., operato dal 2° comma dell'art. 15, completa l'individuazione della disciplina applicabile agli accordi tra amministrazioni e, di conseguenza, all'accordo di programma. Ciò, secondo l'unanime giurisprudenza, comporta peraltro l'estensione agli accordi di programma della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, cod. proc. amm. (Cass., sez. un., 12 marzo 2015, n. 4948; ord. 29 luglio 2013, n. 18192; 4 gennaio 1995, n. 91). L'accordo ex art. 34 cit., quale species della categoria generale degli accordi, al pari di questi non è qualificabile come negozio di diritto privato, bensì come contratto ad oggetto pubblico, sussistendone gli elementi caratterizzanti, come l'esercizio del potere amministrativo e la preordinazione al perseguimento dell'interesse pubblico. Invero, sebbene mediante l'adozione di atti bilaterali, ad ogni modo viene ad essere esercitata una potestà pubblica, istituzionalmente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico di cui è titolare l'Amministrazione e, in quanto tale, soggetta alle regole generali dell'attività amministrativa, in parte diverse da quelle che disciplinano l'attività contrattuale privatistica». Dello stesso avviso, Consiglio di Stato sez. V, 16/03/2016, n.1053; Consiglio di Stato sez. I, 25/11/2015, n.361.

⁶¹⁵ Si ricorda nuovamente che l'art. 19.Sull'estensione dell'accordo programmatico genericamente prevista, si veda S. PIEMONTE, *Accordi di programma e deroghe della disciplina in materia di ambiente*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 5, 2005, p. 232, secondo cui «È evidente come la legittimazione all'effetto derogatorio derivante dall'accordo sia da ricercarsi nella legge istitutiva dello stesso, non potendo riconoscersi ad uno strumento negoziale (non importa qui se di diritto pubblico o di diritto privato) la capacità di derogare a disposizioni di legge di diritto pubblico. In tal senso l'efficacia sostitutiva del provvedimento attribuita in generale all'accordo dall'art. 11 della l. 7 agosto 1990 n. 241 presuppone comunque la partecipazione ed il consenso dell'Amministrazione competente manifestato in sede di accordo e non può leggersi in termini di una generale efficacia derogatoria degli accordi ivi disciplinati».

competenza»⁶¹⁶. Sebbene tale interpretazione risulti logicamente valida ricomprendendo nella programmazione negoziata i privati rispetto all'accordo di programma, merita rilevare una forte incoerenza con il dato positivo in forza del richiamo dell'art. 19, comma 3, l. n. 328/2000, all'art. 27 della l. n. 142/1990, il cui istituto è migrato nell'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000.

Orbene, dall'analisi della l. n. 328/2000 si ravvisa come il legislatore in materia di servizi sociali abbia voluto disciplinare una modalità di programmazione partecipata attraverso il ricorso agli enti del terzo settore, introducendo, al pari del d.lgs. n. 117/2017, una modalità di partecipazione democratica che differisce per *qualità* dai canoni tradizionali individuati dalla dottrina, sopra ricordati, che valorizzano, invece, la *quantità* degli interessi in gioco da ponderare.

La valorizzazione della *qualità* della partecipazione risulta evidente nella scelta dei soggetti da coinvolgere nella redazione dell'atto di programmazione⁶¹⁷. Tra questi, spicca l'ente del terzo settore, espressione diretta della società, il cui fine statutario, come è noto, consiste nello svolgimento di attività di interesse generale. Lo scopo solidaristico che anima l'attività del terzo settore e la presenza capillare di questi enti nelle più variegate dimensioni della società consente di avere una visione privilegiata sui bisogni della realtà socioeconomica in cui opera l'amministrazione. Ed è proprio questa maggiore consapevolezza degli interessi in gioco⁶¹⁸ che determina la *qualità* della partecipazione attraverso cui l'amministrazione cerca di attingere per colmare la fisiologica asimmetria tra amministrazione stessa e società in cui opera⁶¹⁹. La l. n. 328/2000 sembra inoltre recepire quanto affermato dalla dottrina in materia di democrazia partecipativa, prevedendo una «influenza effettiva»⁶²⁰ del privato nelle dinamiche procedimentali. Si prevedono infatti due diversi gradi di partecipazione, la

⁶¹⁶ In merito, A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e ai servizi sociali*, Milano, 2007, p. 173 che sembra però contraddirsi richiamando nel corpo del testo l'accordo di programma quadro attraverso il rimando della lett. c dell'art. 2 comma 203, mentre nelle note riporta il testo della lett. a), ossia della programmazione negoziata.

⁶¹⁷ Ai sensi dell'art. 1 comma 4, l. n. 328/2000, infatti sono presenti anche gli enti pubblici, non solo soggetti privati.

⁶¹⁸ Parla di consapevolezza degli interessi in gioco, A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e ai servizi sociali*, Milano, 2007, p. 177.

⁶¹⁹ Basti pensare logicamente a come la maggior parte dei funzionari pubblici coinvolti nelle procedure volte all'emanazione di un atto di programmazione non abbiano maturato la stessa esperienza degli enti del terzo settore chiamati per loro vocazione a soddisfare interessi generali attraverso l'erogazione di prestazioni a stretto contatto con la società.

⁶²⁰ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, *op. cit.*, p. 43, riprendendo l'obiettivo esplicito della Convenzione di Aarhus.

prima delineata dagli artt. 6, comma, lett. d) e dall'art. 8 comma 2, l. n. 328/2000, secondo cui il privato fornisce indicazioni e suggerimenti alla luce dell'esperienza maturata, senza incidere direttamente sulla formazione dell'atto amministrativo generale, mentre la seconda, quella prevista dall'art. 19 commi 2 e 3 in cui il privato sociale partecipa alla redazione di un accordo vincolante sia per l'amministrazione che per il privato al fine di definire il contenuto del piano di zona.

Alla luce di quanto sinora detto, la l. n. 328/2000, introducendo una particolare modalità di cooperazione tra privato sociale e pubblica amministrazione, si mostra come un'antesignana degli strumenti di collaborazione tra terzo settore e pubblica amministrazione, con particolare riferimento alla disciplina della co-programmazione. Per questo motivo, è possibile prendere le mosse dalla l. n. 328/2000 per superare l'indeterminatezza che caratterizza l'art. 55, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, stabilendo il grado di partecipazione che s'intende adottare ed integrare, così, il dettato delle linee guida.

Al fine di garantire i principi della l. n. 241/1990, richiamati dall'art. 55 comma 1, che accomunano gli istituti di co-programmazione e di co-progettazione, con particolare riferimento al principio di imparzialità, l'amministrazione potrebbe adottare un doppio *autovincolo*. Il primo consiste nell'adozione di un regolamento attraverso cui le pubbliche amministrazioni, richiamate nell'art. 1 comma 2, d.lgs. n. 165/2001, potranno indicare gli elementi essenziali della procedura da seguire, recependo ed integrando le indicazioni delle linee guida in materia. Il secondo, invece, consiste nell'adozione di un avviso pubblico nel quale recepire ed adattare al tipo di atto programmatico che si vuole adottare le indicazioni procedurali contenuto in un regolamento dell'amministrazione.

Sebbene le linee guida scandiscano le fasi della co-programmazione⁶²¹, riprendendo il capo III della l. n. 241/1990, e indichino gli elementi essenziali

⁶²¹ Le linee guida del Ministero de lavoro e delle politiche sociali adottate con D.M. n. 72 del 31 marzo 2021, affermano infatti che «La co-programmazione è un procedimento amministrativo e, pertanto, si articolerà nelle seguenti fasi:

- iniziativa, che si sostanzia nell'atto con il quale si dà avvio al procedimento (eventualmente in accoglimento dell'istanza di parte); - nomina di un Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/1990 e della eventuale disciplina regionale in materia di procedimento amministrativo; - pubblicazione di un Avviso; - svolgimento dell'attività istruttoria; - conclusione del procedimento. L'attività di co-programmazione, che – in ragione dell'oggetto della procedura e del numero dei partecipanti – può essere articolata dal responsabile del procedimento in più sessioni, viene debitamente verbalizzata. Il verbale dà conto dell'eventuale proposta unitaria e condivisa o, in

dell'avviso pubblico attraverso il quale indire la co-programmazione, esse non fanno alcun riferimento alla tipologia di partecipazione che le amministrazioni intendono adottare con gli enti del terzo settore. Attraverso il regolamento le amministrazioni potranno scegliere, pertanto, in che modo strutturare la partecipazione dell'ente del terzo settore prevedendo, ad esempio, la stipulazione o meno di un accordo di programma che vincoli l'amministrazione a rispettare nell'emanazione dell'atto di programmazione quanto definito in sede di dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione. Altrimenti, il regolamento potrebbe semplicemente prevedere un mero concorso alla definizione dell'atto di co-programmazione da parte dell'ente del terzo settore, prevedendo un mero apporto di conoscenze e di opinioni dell'ente stesso che dovranno confluire in un «documento istruttorio di sintesi»⁶²², in accordo alle linee guida in materia di co-programmazione, senza vincolare, diversamente da come avviene nell'accordo di programma, l'amministrazione alla cristallizzazione di quanto emerso in fase istruttoria.

Il ricorso all'autovincolo del regolamento in cui prevedere una procedura *standard* da adottare per le varie procedure di co-programmazione, la cui portata risulta più ampia rispetto alla l. n. 328/2000 non essendo relegata all'ambito dei servizi sociali ma a tutti gli interessi generali richiamati dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, risulta la scelta più coerente per garantire parità di trattamento e legittimo affidamento degli enti del terzo settore. Al fine di garantire i richiamati principi di autonomia organizzativa e regolamentare ai sensi dell'art. 55 comma 1, d.lgs. n. 117/2017, i regolamenti dovranno comunque garantire la possibilità di adattare gli avvisi pubblici alle esigenze di volta in volta manifestate dalle pubbliche amministrazioni visto il potenziale e sconfinato campo di applicazione dell'istituto. Sebbene le pubbliche amministrazioni abbiano discrezionalità nel graduare l'influenza del terzo settore nella

alternativa, delle diverse posizioni e proposte formulate dai partecipanti al procedimento istruttorio. Il procedimento si conclude con atto del dirigente competente dell'ente, sulla base dell'organizzazione propria dell'ente medesimo; in proposito, rappresenta una buona pratica quella di raccogliere la documentazione eventualmente prodotta nelle sessioni istruttorie dagli ETS partecipanti, unitamente ad una relazione del responsabile del procedimento, in ordine allo svolgimento dell'attività di co-programmazione ed ai relativi esiti raggiunti. L'atto, con cui si conclude l'istruttoria, può coincidere con la determinazione assunta dall'ente in ordine alle attività ed alle azioni ritenute funzionali alla cura dei bisogni individuati nel corso della co-programmazione. Gli enti, infine, tengono conto degli esiti dell'attività di co-programmazione ai fini dell'adozione e dell'aggiornamento degli strumenti e degli atti di programmazione e di pianificazione generali e settoriali».

⁶²² Le linee guida del Ministero de lavoro e delle politiche sociali adottate con D.M. n. 72 del 31 marzo 2021, p. 9.

formazione dell'atto amministrativo generale, attraverso la previsione o meno di un accordo, merita rilevare che l'amministrazione sarà sempre tenuta a valutare le risultanze istruttorie costituite dalle informazioni e dagli atti di partecipazione del terzo settore, onde evitare l'annullabilità dell'atto per eccesso di potere a mente dell'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990. Si ricorda infatti che la giurisprudenza individua tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere anche il travisamento dei fatti⁶²³, sulla base dei quali l'amministrazione dovrà adottare l'atto amministrativo generale.

La facoltà di sindacare l'atto sotto questo profilo risulta particolarmente complessa dall'assenza dell'obbligo di motivazione previsto per gli atti amministrativi generali ai sensi dell'art. 3, comma 2, l. n. 241/1990, non essendo possibile considerare se il fatto travisato sia frutto di una scelta di merito o di illegittimità⁶²⁴. Sul punto, risulta insufficiente anche la previsione delle linee guida più volte richiamate che prevedono la pubblicazione dei «verbali dei tavoli di co-programmazione» e del «documento finale di sintesi dei lavori del tavolo di co-programmazione, di competenza del responsabile del procedimento, e, quali eventuali allegati, dei documenti e dei contributi, versati nell'ambito del procedimento sia dagli ETS partecipanti, che – eventualmente – dagli altri soggetti ed enti pubblici intervenuti al procedimento medesimo». I risultati cristallizzati in tali atti, infatti, potranno essere facilmente discostati da chi avrà il compito di emanare l'atto di programmazione senza motivare tale scelta. Di conseguenza, onde evitare il *deficit* appena indicato di tutela giurisdizionale, il regolamento o l'avviso pubblico, quale *lex specialis*, potrebbero prevedere l'obbligo di adozione della motivazione in cui l'amministrazione dovrà riportare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto, sulla base delle risultanze istruttorie, che hanno determinato il contenuto dell'atto programmatico.

La necessità di garantire *qualità* della partecipazione alla redazione degli atti amministrativi generali, delineata dalla co-programmazione, risulta coerente con il

⁶²³ Per il riconoscimento del travisamento dei fatti quale figura sintomatica dell'eccesso di potere, *ex multis*, T.A.R. Campobasso, (Molise) sez. I, 01/06/2020, n.159; T.A.R. Lecce, (Puglia) sez. II, 26/09/2018, n.1355; T.A.R. Cagliari, (Sardegna) sez. I, 13/04/2017, n.258; Consiglio di Stato sez. I, 31/01/2014, n.3268.

⁶²⁴ In merito, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, *op. cit.*, p. 448, in cui si evidenzia la difficoltà di sindacare gli atti amministrativi generali per la difficoltà di distinguere la ragionevolezza delle regole o dei fatti seguiti dal merito. Tale aspetto è stato ulteriormente specificato da Cammeo il quale evidenzia che potrebbero sussistere «ragioni di utile pubblico» per discostarsi dalle regole. F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. It.*, 1912 p. 114.

fine di garantire un risultato unitario di tutela degli interessi generali richiamati dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017 attraverso il coordinamento amministrativo tra terzo settore e pubblica amministrazione voluto dal codice del terzo settore. Come è stato evidenziato in dottrina, la necessità di puntare sulla *qualità*, intesa come la capacità di un istituto «di produrre un apporto utile e costruttivo alla piena determinazione delle premesse di fatto all'esercizio del potere»⁶²⁵, conduce inesorabilmente al buon risultato dell'azione amministrativa che, per la co-programmazione, consiste nell'individuazione dei bisogni da soddisfare in un atto amministrativo generale.

A tal fine risulta necessario «concepire il procedimento amministrativo non più a livello formale, ma a livello prevalentemente (se non esclusivamente) sostanziale»⁶²⁶, fornendo in tal senso «un reale apporto costruttivo di natura funzionale»⁶²⁷. Per questo motivo, vista l'assenza di un procedimento amministrativo *ad hoc* per l'attività di co-programmazione, è essenziale fornire l'amministrazione di una procedura - mediante autovincolo - che valorizzi il risultato dell'azione amministrativa, permettendo di acquisire gli interessi, primari e secondari, necessari per realizzare i fini indicati nell'art. 55 comma 2, d.lgs. n. 117/2017.

3.2. Lo stretto rapporto tra co-programmazione e consultazioni preliminari di mercato in funzione della co-progettazione.

Come anticipato in apertura del presente capitolo, le linee guida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sul rapporto tra terzo settore e pubbliche amministrazioni si preoccupano di evidenziare lo spazio autonomo del codice del terzo settore rispetto al codice dei contratti pubblici, disciplinato dal d.lgs. n. 50/2016. Sebbene questa autonomia sia stata delineata dalla sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale e dal recente intervento del c.d. Decreto semplificazioni, convertito con l. n. 120/2020, che saranno oggetto di approfondimento nel prosieguo del lavoro, si

⁶²⁵ S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 238.

⁶²⁶ *Ibidem*.

⁶²⁷ *Ibidem*.

evidenzia come il codice del terzo settore replichi nella loro *ratio* e struttura diversi istituti del codice dei contratti pubblici.

Dalla lettura dell'art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017, la co-programmazione si pone in maniera funzionale⁶²⁸ alla successiva co-progettazione che si ricorda essere «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».

Il richiamo effettuato dall'art. 55 comma 4, d.lgs. n. 117/2017, alle forme di «partenariato», ai principi di parità di partecipazione e parità di trattamento, alla definizione o alla realizzazione di un progetto di servizio o di intervento per soddisfare bisogni di interesse generale sembrano ricordare le procedure ad evidenza pubblica indicate nel codice dei contratti pubblici. Come si vedrà, infatti, l'istituto della co-progettazione, allo stesso modo delle convenzioni previste dall'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, sembra richiamare forme di affidamento di contratti pubblici (partenariato pubblico-privato), alternative rispetto alla disciplina del d.lgs. n. 50/2016.

Per questo motivo la co-programmazione sembra ricordare l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato disciplinate dall'art. 66, d.lgs. n. 50/2016⁶²⁹. Le consultazioni preliminari di mercato, ponendosi come novità del codice dei contratti pubblici, permettono un dialogo tra stazione appaltante ed operatore economico, funzionale «alla predisposizione degli atti di gara, allo svolgimento della relativa procedura». Inoltre, tale istituto è funzionale a «perseguire [...] lo scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e realizzare economie di mezzi e risorse, anche in relazione all'assetto del mercato, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati»⁶³⁰.

⁶²⁸ Si ricorda come la co-progettazione sia

⁶²⁹ L'istituto trae origine dall'art. 40 della dir. 2014/24UE, secondo cui «Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al mercato. Tali consulenze possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza». Per un'analisi più completa, si veda R. DI PACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021, pp. 187 e 188;

⁶³⁰ Linee Guida n. 14 recanti «Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato» par. 1.1 e 1.2.

Ebbene, al pari della co-programmazione, le consultazioni preliminari di mercato si pongono l'intento di eliminare le asimmetrie informative tra la realtà socio economica e stazione appaltante attraverso un dialogo con gli operatori di settore finalizzato ad acquisire conoscenze per definire le modalità degli interventi che l'amministrazione dovrà realizzare⁶³¹. Ciò permetterà all'amministrazione di valutare se realizzare gli interventi necessari per realizzare interessi pubblici con risorse proprie o attraverso l'ausilio di soggetti esterni, valutando la possibilità di esternalizzare la realizzazione di servizi, lavori o forniture. Nonostante l'art. 66, d.lgs. n. 50/2016, trovi applicazione in una fase successiva alla programmazione, in cui la stazione appaltante individua le procedure da avviare e gli stanziamenti economici che occorrono per il loro avvio, la co-programmazione si struttura in maniera diversa dall'art. 21, d.lgs. n. 50/2016, prevedendo all'interno dell'atto amministrativo generale anche le modalità di realizzazione degli interventi per soddisfare i bisogni di interesse generale. Per questo motivo la co-programmazione può essere assimilata nella *ratio* e nella struttura alle consultazioni preliminari di mercato allo «scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni» in funzione preparatoria degli interventi da realizzare mediante una procedura di affidamento.

Del resto, le stesse linee guida ANAC per l'affidamento di servizi ad enti del terzo settore e alle cooperative sociali n. 32/2016⁶³² hanno ritenuto la programmazione partecipata dagli enti del terzo settore, ai sensi della l. n. 328/2000, propedeutica ad una procedura di affidamento nel rispetto dei principi che regolano la materia, qualificandola «uno strumento fondamentale per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, la concorrenza nel mercato e, per tali vie, prevenire la corruzione e garantire il corretto funzionamento della macchina amministrativa. Infatti, l'assenza di un'adeguata programmazione comporta la necessità di far fronte ai bisogni emersi ricorrendo a procedure di urgenza che, oltre a rivelarsi poco rispettose dei principi che governano l'azione amministrativa e a non garantire la qualità dei servizi resi, possono

⁶³¹ Secondo il Cons. Stato, sez. III, 23 settembre 2019, n.6302 è una pre-fase di gara volta ad ottenere consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica per la pianificazione e per la gestione della gara. In merito, v. E. BOSCOLO, *Consultazioni preliminari di mercato e possibili limitazioni alla concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1, 2020, pp. 166-170. Sull'analisi della sentenza appena citata, si veda C. GRUCCIONE, *Le consultazioni preliminari di mercato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, fasc. 1, pp. 109-116.

⁶³² Sul rilievo della determina n. 32/2016 ANAC, si veda M. TIBERI, *Il settore no profit nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in *Munus*, n. 2, 2019, p. 588.

originare debiti fuori bilancio»⁶³³. Le linee guida ANAC appena indicate, anche se antecedenti sia al codice dei contratti pubblici che al codice del terzo settore, hanno il pregio di evidenziare il rapporto tra programmazione partecipata i sensi della l. 328/2000 ed i successivi affidamenti disciplinati dal d.p.c.m. 30 marzo del 2001; schema che sembra essere replicato proprio dal codice del terzo settore.

4. La Co-progettazione quale particolare modalità di affidamento di un contratto di partenariato pubblico-privato: simmetrie, analogie e differenze rispetto alla disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici del 2016.

Al pari della co-programmazione, l'istituto della co-progettazione, disciplinato ai commi 3 e 4 dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, presenta un tasso di indeterminazione nella scelta del procedimento da seguire per selezionare l'ente del terzo settore con cui attivare questa particolare forma di collaborazione in seguito alla fase di individuazione degli obiettivi da realizzare. La legge, infatti, prevede solamente che «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»⁶³⁴. Anche se tale procedura di selezione dell'ente del terzo settore con cui co-progettare risulta scarna, il legislatore sembra aver accennato ad una modalità di affidamento attraverso la quale ricostruire la natura ed il procedimento di evidenza pubblica dell'istituto in analisi: il «partenariato».

⁶³³ Determina ANAC n. 32/2016, p. 8.

⁶³⁴ Art. 55 comma 4, d.lgs. n. 117/2017.

Il termine «partenariato» sembra riecheggiare l'istituto disciplinato dagli artt. 179 e ss., d.lgs. n. 50/2016, riconducendo la co-progettazione ad una selezione *sui generis* di enti del terzo settore al fine di affidare un contratto pubblico.

Merita rilevare che il termine partenariato è stato in dottrina interpretato in diversi modi non sempre riconducibili a forme di esternalizzazione dell'attività amministrativa. Inizialmente si è discusso se esso potesse essere assimilato ad un istituto di partecipazione procedimentale. Si è subito risposto che, a differenza di quest'ultimo, il partenariato non è un principio metodologico con conseguenti «ricadute istituzionali»⁶³⁵, ma è semplicemente un risultato di «un assetto organizzativo o gestionale al pari di una esternalizzazione». Dello stesso avviso risulta l'Unione europea che ha ritenuto (e come si vedrà ritiene) il partenariato una forma di «cooperazione che può essere realizzata con strumenti differenti e che può coinvolgere, in orizzontale, le stesse istituzioni europee, in verticale, istituzioni europee e istituzioni nazionali, globalmente, soggetti istituzionali pubblici e privati»⁶³⁶. Il partenariato è stato dunque ritenuto uno strumento di realizzazione di azioni comunitarie⁶³⁷, riconducendolo ad «un istituto giuridico vero e proprio»⁶³⁸ del settore degli appalti e delle concessioni⁶³⁹.

⁶³⁵ F. CORTESE, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico privato*, in B. MARCHETTI (A CURA DI), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2011, p. 14. L'autore raffrontando l'opera di D. DONATI, *Partecipazione come categoria, identità e rappresentanza. Ruolo e contraddizioni delle nuove forme associative* in A. VALASTRO (A CURA DI), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010, evidenzia come le regole procedurali e metodologiche della partecipazione democratica, sopra analizzata, differiscano notevolmente dalla forma di partenariato intesa come risultato organizzativo.

⁶³⁶ G. PIPERATA, *Introduzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 9.

⁶³⁷ *Ibidem*.

⁶³⁸ F. CORTESE, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico privato*, in B. MARCHETTI (A CURA DI), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2011, p. 15. L'autore in F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 39, si interroga anche se il partenariato possa essere qualificato come un «*principio giuridico vero e proprio*» o uno «*schema ricostruttivo* (dal valore *essenzialmente* classificatorio ma senza conseguenze precettive, dirette o indirette, ovvero con conseguenze precettive che non dipendono dal significato univoco che si può attribuire alla relativa nozione, bensì dal modo concreto o dall'istituto specifico che di volta in volta il legislatore voglia indicare per la realizzazione - anche in altri contesti, diverse dalle opere o dai servizi - di *ratio* collaborative o sinergiche analoghe o comunque assimilabili».

⁶³⁹ Comunicazione della Commissione europea del 15.11.2005 sui PPP e sul diritto degli appalti pubblici e delle concessioni (COM 2005, 569); la Risoluzione del Parlamento europeo del 16.10.2006 sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario in tema di appalti pubblici e concessioni; la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) del 5.2.2008 (COM

Già dalle prime definizioni operate a livello europeo, infatti, il partenariato pubblico-privato veniva qualificato come un «qualsiasi atto, sia contrattuale sia unilaterale, attraverso il quale un'impresa pubblica affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato, in particolare in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (articoli 43 e 49 del Trattato CE). Tali principi comprendono in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento. Inoltre, disposizioni dettagliate si applicano nei casi disciplinati dalle direttive relative al coordinamento delle procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici»⁶⁴⁰. I propositi e le prospettive di partenariato dettati dalla Commissione europea sono oggi confluiti nel dato positivo, europeo e nazionale, che riconducono l'istituto in analisi al campo dei contratti pubblici.

Partendo dal dato positivo nazionale, la legge delega 28 gennaio 2016 n. 11, relativa all'emanazione del codice dei contratti pubblici, individuava la necessità di «razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti»⁶⁴¹. Sulla scorta di tali prime indicazioni, il legislatore delegato, recependo quanto indicato dalla l. n. 11/2016, ha realizzato un primo intervento di razionalizzazione mediante la

2007 6661); il Libro verde del 2011 relativo alla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti (COM 2011 15).

⁶⁴⁰Libro verde del 30 aprile 2004 dalla commissione europea COM (2004). Si veda in merito da ultimo, E. Campagnano, *Le nuove forme di partenariato Pubblico-Privato*, Padova, 2020, p. 87. Sull'evoluzione della nozione di Partenariato pubblico-privato in chiave critica con la nozione data dal libro verde della commissione europea del 30 aprile 2004, M. Chiti, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009, p. 4, il quale giudica inappropriata la trattazione congiunta di più istituti tra loro diversi. In merito, si veda F. MARZARI - F. SUTTI, *Nel libro verde monito UE: garantire sempre la concorrenza tra operatori*, in *Ed. Terr.*, fsc. 19, 2004.

⁶⁴¹ Art. 1, c. 1, lett. ss), l. n. 11/2016. Sulla scorta di tali prime indicazioni e nell'ottica di risparmio di spesa pubblica quale obiettivo primario del ricorso al partenariato pubblico-privato, la l. n. 11/2016 aveva inoltre previsto che «al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione» (art. 1, c. 1, lett. tt).

definizione di «contratto di partenariato» che consiste in un «contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat»⁶⁴². Il legislatore delegato, oltre a fornire una definizione di partenariato, introduce e specifica la procedura attraverso la quale affidare questo particolare contratto pubblico nell'art. 179 e nell'art. 180, d.lgs. n. 50/2016. L'art. 179, d.lgs. n. 50/2016,⁶⁴³ introduce una disciplina generale attraverso la quale si prevede l'applicazione delle disposizioni in materia di lavori e servizi «delle disposizioni di cui alla parte I (Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni), III (Contratti di concessione), V (Infrastrutture e insediamenti prioritari) e VI (Disposizioni finali e transitorie) del Codice stesso, se e in quanto compatibili»⁶⁴⁴. L'art. 180, d.lgs. n. 50/2016, invece, più nello specifico riconduce al partenariato pubblico-privato una serie di contratti a titolo oneroso come la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità nonché di qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche delineate dalla medesima disposizione⁶⁴⁵. Elemento peculiare del contratto pubblico oggetto di analisi consiste nell'allocazione dei rischi in capo all'operatore economico. Come evidenziato, la ripartizione del rischio negoziale è effettuata in base alle

⁶⁴² Art. 3, lett. eee, d.lgs. n. 50/2016.

⁶⁴³ Ciò è riferito alla parte IV del Capo III del d.lgs. n. 50/2016 in cui si prevede l'applicazione di tale disciplina anche per contratti diversi dal Partenariato pubblico-privato.

⁶⁴⁴ E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme di partenariato Pubblico-Privato*, Padova, 2020, p. 172.

⁶⁴⁵ *Ibidem*.

specifiche del progetto che si intende affidare, secondo le previsioni dell'art. 180 comma 3, d.lgs. n. 50/2016⁶⁴⁶.

Il progetto può avere ad oggetto tre tipi di opere: fredde, calde e tiepide. Più nello specifico, l'opera è fredda quando non è finanziata «ricorrendo a tariffe di mercato» e «la remunerazione del risultato è tutta garantita da canoni corrisposti dall'utilizzatore [...] con la conseguenza che viene del tutto a mancare il "rischio della domanda" ed è notevolmente ridotto, se non azzerato, anche il «rischio di disponibilità»⁶⁴⁷; l'opera è calda quando non è caratterizzata da «progetti intrinsecamente dotati della capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza dell'opera ovvero del servizio offerto»⁶⁴⁸, aggiungendosi anche il rischio della domanda⁶⁴⁹ ed, infine, l'opera è tiepida quando si «offrono rendimenti da parte dell'utenza che tuttavia, a differenza delle opere calde, non sono da soli idonei a garantire la sostenibilità economico-finanziaria dell'operazione»⁶⁵⁰.

L'art. 180 comma 2, d.lgs. n. 50/2016 introduce, però, una modalità attraverso la quale garantire l'equilibrio economico-finanziario del progetto, compensando il rischio imprenditoriale mediante i canoni offerti del servizio e «da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna». La soluzione apprestata dalla norma indicata non mira ad annullare il rischio connesso all'esecuzione del contratto di partenariato pubblico privato ma solamente a garantire la partecipazione di capitali privati in luogo a condotte che, senza il finanziamento pubblico, potrebbero apparire antieconomiche e prive di interesse per il privato⁶⁵¹. Tale

⁶⁴⁶ G. L. PIETRANTONIO, *Il Project financing tra pubblico e privato*, Torino, 2018, p. 56.

⁶⁴⁷ T.A.R. Trento, (Trentino-Alto Adige) sez. I, 30/11/2016, n.404.

⁶⁴⁸ E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme di partenariato Pubblico-Privato*, op. cit., p. 103.

⁶⁴⁹ Rischio inteso come una fluttuazione nel mercato di riferimento della domanda di un determinato servizio, la possibile concorrenza svolta da altri operatori, il rischio d'insolvenza dei fruitori del servizio erogato ed infine i possibili rischi che derivano dalla responsabilità in luogo dei servizi prestati (G. L. PIETRANTONIO, *Il Project financing tra pubblico e privato*, op. cit., p. 57).

⁶⁵⁰ E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme di partenariato Pubblico-Privato*, op. cit., p. 103.

⁶⁵¹ G. L. PIETRANTONIO, *Il Project financing tra pubblico e privato*, op. cit., p. 58. Si ricorda che il divieto di annullare il rischio connesso all'esecuzione del partenariato pubblico-privato è previsto dal comma 6 dell'art. 180, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni

elemento basato sul rischio connesso⁶⁵² all'operazione di partenariato dal lato dell'operatore economico e la sussunzione del contratto di partenariato sotto l'ombrello previsionale del contratto pubblico di concessione di servizi⁶⁵³ fa rientrare l'istituto in analisi nel campo di applicazione della direttiva 23/2014UE in materia di concessioni⁶⁵⁴.

La necessità di stabilire un equilibrio economico - finanziario *ratio* di fondo del partenariato, tuttora presente, è stata messa in luce dalla giurisprudenza che ha evidenziato come la ragion d'essere dell'istituto vada «rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari,

immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

⁶⁵² Il codice dei contratti pubblici all'art. 3 definisce il rischio con particolare riferimento all'art. 180 e alle concessioni di servizi e di lavori. Infatti, s'intende alla lett. zz) il «rischio operativo», «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180. Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile»; alla lett. aaa) il «rischio di costruzione», cioè «il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento» dell'opera; alla lett. bbb) il «rischio di disponibilità», cioè «il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti; ccc) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa».

⁶⁵³ Ai sensi dell'art. 3, lett. vv), d.lgs n. 50/2016, infatti s'intende per «concessione di servizi», «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi».

⁶⁵⁴ Si evidenzia in dottrina le concessioni di lavori fatichino ad entrare nell'alea del partenariato pubblico - privato in quanto il legislatore non sembra aver considerato che alcune concessioni non siano legate allo sfruttamento di un'opera di pubblico interesse, trasformare o mantenere, limitando così la nozione di concessione dettata dalla direttiva 2014/23UE.

costituisce un arricchimento del know-how pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità»⁶⁵⁵.

Per questo motivo l'istituto del partenariato ha assunto un valore pregnante all'interno del codice del terzo settore valorizzando, al pari della co-progettazione, l'apporto collaborativo dell'ente del terzo settore al fine di realizzare insieme all'amministrazione l'attività di interesse generale che intende realizzare.

D'altronde, il partenariato pubblico- privato intende garantire una *partnership* tra amministrazione e privato affinché quest'ultimo determini i reali bisogni della collettività nello svolgimento di attività di interesse generale come l'erogazione di un servizio pubblico per «avere il proprio ritorno nel capitale investito»⁶⁵⁶. È evidente come il fine raggiunto dall'amministrazione attraverso il ricorso al partenariato sia il medesimo rispetto alla co-progettazione. Diverso è, invece, l'*animus* di profitto mediante il quale l'operatore economico decide di collaborare con l'amministrazione, partecipando ad una procedura ad evidenza pubblica ai sensi del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al fine solidaristico che muove l'azione dell'ente del terzo settore.

A fronte di quanto detto, non stupisce il fatto che la dottrina abbia ricondotto il partenariato pubblico privato al principio di sussidiarietà orizzontale, rendendo partecipe il privato all'esercizio di compiti e funzioni pubbliche che l'amministrazione esternalizza senza perderne la titolarità. Come visto, infatti, parimenti a quanto indicato nell'art. 118 comma 4 Cost., il senso del partenariato è proprio quello di favorire «la collaborazione e il trasferimento di responsabilità»⁶⁵⁷ del privato, garantendo l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione e del rischio che il privato assume nello svolgimento di attività di interesse generale.

Parte della dottrina critica questa impostazione, ritenendo che il principio di sussidiarietà orizzontale mal si concilia con il partenariato pubblico-privato disciplinato dagli artt. 179 e ss. Tale critica si fonda sulla rigidità dello strumento del partenariato, il quale predeterminando «obblighi e risultati», risulterebbe

⁶⁵⁵ Consiglio di Stato ad. plen., 03/03/2008, n.1.

⁶⁵⁶ G. L. PIETRANTONIO, *Il Project financing tra pubblico e privato*, op. cit., p. 62.

⁶⁵⁷ R. DI PACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., p. 26.

inconciliabile con la flessibilità degli strumenti di «alleanza» tra pubblico e privato⁶⁵⁸. In quest'ottica si è inoltre affermato che l'amministrazione nel rapporto con l'associazionismo - e dunque con il terzo settore - non realizza alcuna attività in *partnership* in quanto si limita solamente ad emanare provvedimenti autorizzatori necessari a rimuovere un ostacolo all'esercizio dell'attività di interesse generale. La dottrina indicata interpreta il principio di sussidiarietà orizzontale quale principio volto a determinare una preferenza del soggetto privato rispetto al soggetto pubblico, comportando un arretramento di esso nell'esercizio delle attività di interesse generale⁶⁵⁹.

Alla luce di quanto evidenziato nell'indagine che si sta conducendo, difficilmente si può essere d'accordo con quanto asserito. Il principio di sussidiarietà orizzontale non determina un arretramento del soggetto pubblico in favore del soggetto privato nell'esercizio di un'attività di interesse generale⁶⁶⁰, ma semplicemente la partecipazione di quest'ultimo all'esercizio dell'attività amministrativa secondo le modalità sancite dal Codice del terzo settore. Codice, come più volte ribadito, che attua e conferisce colore al principio di sussidiarietà orizzontale.

Secondo gli esponenti della dottrina criticata, inoltre, nel partenariato «pubblico e privato si fondono», senza che uno possa prevalere sull'altro, creando così «una dinamica non autoritativa ma dialogica», «nella quale il soggetto privato cessa di essere solo il fruitore di un'azione che l'ente pubblico concepisce e realizza o fa realizzare, e diviene partecipe dell'interpretazione dei bisogni della comunità»⁶⁶¹. Quanto affermato sembra replicare il rapporto che l'istituto di co-progettazione instaura tra pubblica amministrazione e terzo settore, a mente dell'art. 55, comma 3, d.lgs. n. 117/2017, il quale pone pubblico e privato sociale in una posizione equiordinata, quanto alla realizzazione di interessi generali resa possibile proprio grazie alla «alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti» di co-programmazione. *Ad fortiori*, dunque, non si comprende come il

⁶⁵⁸ S. VALAGUZZA - E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, n. 1, 2020, p. 25.

⁶⁵⁹ Così, *Ibis*, p. 24.

⁶⁶⁰ Cfr. Cap. I, Par. 5.

⁶⁶¹ S. VALAGUZZA - E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, *op. cit.*, p. 26.

partenariato pubblico - privato non abbia alcun collegamento con il principio di sussidiarietà orizzontale.

Nella definizione del termine «partenariato» le linee guida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sembrano prendere le mosse dal partenariato pubblico-privato appena descritto e delineato dal codice dei contratti pubblici. La co-progettazione, a parere di chi scrive, sembra presentarsi infatti come una modalità di affidamento *sui generis* di una concessione di servizi in regime di partenariato pubblico-privato.

Al fine di comprendere quanto detto, è necessario passare all'analisi delle linee guida. Esse, dapprima, richiamano la nozione di evidenza pubblica. Questa locuzione, come è noto, è stata coniata da Massimo Severo Giannini, intendendo per «evidenza pubblica» il procedimento di formazione della volontà contrattuale per la stipulazione di un contratto di appalto o di concessione⁶⁶² ed il procedimento amministrativo in cui l'amministrazione «spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte»⁶⁶³.

In seguito, le linee guida in analisi indicano il procedimento da seguire per rispettare i principi richiamati dall'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 117/2017. Si prevede, di conseguenza, che tale procedimento inizi d'ufficio, «sulla base di apposito provvedimento, con il quale viene indicato il Codice Unico di Progetto (CUP), di cui alla relativa disciplina vigente, ed individuato il responsabile del procedimento, ai sensi degli articoli 5 e 6 della legge n.241/1990, e, quindi, avviato il procedimento, previa approvazione dei relativi atti»⁶⁶⁴.

Il procedimento per la selezione dell'ente del terzo settore con cui co-progettare prevede inoltre la pubblicazione di un avviso nel quale inserire: «a) finalità del procedimento; b) oggetto del procedimento; c) durata del partenariato; d) quadro progettuale ed economico di riferimento; e) requisiti di partecipazione e cause di esclusione, con particolare riguardo alla disciplina in materia di conflitti di interesse; f) fasi del procedimento e modalità di svolgimento; g) criteri di valutazione delle

⁶⁶² Per un'evoluzione storica della disciplina, F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, op. cit., p.p. 417-424.

⁶⁶³ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, op. cit., p. 363.

⁶⁶⁴ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 11.

proposte, anche eventualmente finalizzate a sostenere – nel rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità – la continuità occupazionale del personale dipendente degli ETS; h) conclusione del procedimento»⁶⁶⁵. Inoltre, l'avviso pubblico dovrà prevedere l'allegazione di: un documento progettuale di massima e/o progetto preliminare; uno schema di convenzione, regolante i rapporti di collaborazione fra Amministrazione precedente e ETS, anche ai fini del rispetto degli obblighi previsti dalla disciplina vigente in materia di tracciabilità dei flussi finanziari; un modello di domanda di partecipazione e relative dichiarazioni, inclusa espressa liberatoria in favore dell'Amministrazione precedente in ordine ad eventuali responsabilità legate alla proprietà intellettuale delle proposte presentate ed infine un eventuale modello di proposta (progettuale ed economica)⁶⁶⁶.

Sin da queste prime indicazioni si desume come la procedura dettata dalle linee guida ministeriali replichi quanto disciplinato dall'art. 181, d.lgs. n. 50/2016, che impone al comma 1 l'adozione di procedura ad evidenza pubblica attraverso la quale selezionare il soggetto privato con cui effettuare il partenariato. In particolare, l'art. 181, d.lgs. n. 50/2016, prevede che tale procedura di selezione possa seguire quella prevista per il dialogo competitivo, a mente dell'art. 64, d.lgs. n. 50/2016, il cui schema sembra essere replicato dalle linee guida in analisi.

Il procedimento individuato dal D.M. n. 72/2021 del Ministero del lavoro, infatti, non solo prevede che il privato presenti la propria offerta economica sulla base del quadro economico predisposto dall'amministrazione⁶⁶⁷, che dovrà contenere sia le risorse che

⁶⁶⁵ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 11.

⁶⁶⁶ *Ibis*, p. 12.

⁶⁶⁷ Sulla base del quadro economico di riferimento. Le linee guida specificano inoltre che in relazione alle risorse economiche messe a disposizione dall'amministrazione «In ragione della peculiarità della metodologia della co-progettazione, le risorse pubbliche messe a disposizione dei partecipanti possono essere di vario tipo e, dunque, trattarsi di: - risorse economiche, proprie o di altro ente o soggetto; - beni mobili e/o immobili; - risorse umane, proprie dell'ente precedente o di cui esso si avvale a vario titolo (ad esempio per attività di stage o tirocinio o altro ancora). Le risorse economiche, in ragione della natura giuridica della co-progettazione e del rapporto di collaborazione, che si attiva con gli ETS, sono da ricondurre ai contributi, disciplinati dall'art. 12 della legge n. 241/1990. Nel caso in cui un ente precedente conferisca l'utilizzo, anche parziale, di un proprio bene immobile, si ritiene che – oltre a non essere utilizzato al momento di pubblicazione dell'avviso per fini istituzionali e non rientrare fra i beni oggetto di alienazione o valorizzazione, ai sensi della relativa disciplina – il predetto bene dovrebbe essere oggetto di apposita relazione amministrativa ed estimativa. L'ente proprietario, a tale ultimo proposito, dovrebbe redigere una relazione descrittiva del bene, con la quale vengono rese le informazioni salienti sulla situazione amministrativa del bene medesimo, anche in ordine alle eventuali limitazioni di ordine urbanistico, edilizio o in ragione dell'eventuale disciplina di tutela (ad esempio, in quanto bene culturale vincolato). Inoltre, nella stessa relazione dovrebbe essere stimato il c.d. *valore d'uso* del bene, da tenere distinto rispetto al suo valore dominicale, il quale viene utilizzato, invece, per

l'ente del terzo settore metterà a disposizione sia le risorse chieste all'amministrazione per realizzare il progetto, ma anche che il privato presenti la propria offerta tecnica (migliorie progettuali e della convenzione⁶⁶⁸) in relazione al progetto di base allegato al bando in cui l'amministrazione rende note le sue esigenze di interesse pubblico.

Al pari di quanto previsto nel dialogo competitivo⁶⁶⁹, l'amministrazione, una volta selezionato il soggetto o i soggetti con cui co-progettare, darà avvio alla fase di dialogo per individuare il progetto definitivo sulla base delle proposte progettuali pervenute dagli enti del terzo settore mediante «tavoli di co-progettazione». In seguito alla selezione dei progetti definitivi sorti dal dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione, sulla base dei criteri di selezione individuati nell'avviso pubblico, si stipuleranno le relative convenzioni che disciplinano l'esecuzione delle attività oggetto del progetto stesso. Le linee guida indicano i contenuti delle convenzioni i cui elementi sono indicati dalle linee guida in analisi e sono « la durata del partenariato;- gli impegni comuni e quelli propri di ciascuna parte, incluso il rispetto della disciplina vigente in materia di tracciabilità dei flussi finanziari; - il quadro economico risultante dalle risorse, anche umane, messe a disposizione dall'ente precedente e da quelle offerte dagli ETS nel corso del procedimento; - le eventuali garanzie e le coperture assicurative richieste agli ETS (tenuto conto della rilevanza degli impegni e delle attività di progetto); - le eventuali sanzioni e le ipotesi di revoca del contributo a fronte di gravi irregolarità o inadempimenti degli ETS; - la disciplina in ordine alla VIS (valutazione di impatto sociale), per come risultante dagli atti della procedura; - i termini e le modalità della rendicontazione delle spese; - i limiti e le modalità di revisione della convenzione, anche a seguito dell'eventuale riattivazione

la determinazione del prezzo di vendita, in caso di cessione, del canone di locazione o del canone di concessione nella relativa ipotesi. Il valore d'uso, la cui determinazione è richiesta al fine di scongiurare ipotesi di danno erariale, serve proprio a individuare l'utilità economica, indiretta per gli ETS partner, i quali vengono sollevati da un esborso, laddove questi ultimi avessero dovuto reperire sul mercato un immobile analogo per tipologia e ubicazione. In ogni caso, occorrerà indicare anche gli oneri dovuti per il pagamento delle utenze attive, al di là di chi sia il soggetto che sostenga effettivamente il costo».

⁶⁶⁸ Secondo le linee guida ministeriali a p. 14, «la convenzione, nello spirito e nella peculiarità del procedimento di co-progettazione, potrebbe essere considerata anche ai fini della valutazione delle proposte progettuali, riconoscendo la possibilità agli ETS di proporre miglioramenti allo schema di convenzione, posto a base della procedura dall'amministrazione precedente ed allegato all'avviso, con il conseguente riconoscimento di un punteggio premiale».

⁶⁶⁹ Il dialogo competitivo prevede la fase di dialogo senza eccessivi vincoli salvo poi avviare una procedura selettiva mediante il criterio del miglior rapporto qualità prezzo delle proposte progettuali al pari di quanto indicato nelle linee guida. Sul punto, per un'analisi dettagliata del dialogo competitivo si veda, R. DI PACE, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., pp. 182 e 183.

della co-progettazione; - la disciplina in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, in applicazione della disciplina vigente».

Come nella co-programmazione, l'amministrazione, attraverso la co-progettazione, mira ad acquisire informazioni e tecniche volte ad individuare il progetto più adeguato per soddisfare il fabbisogno previamente selezionato nell'atto di programmazione, nell'ottica di risultato dell'azione amministrativa. Tale ottica di risultato nella dinamica della co-progettazione sembra assumere un connotato particolare che parte della dottrina aveva ricondotto all'economicità dell'azione amministrativa svolta «con il migliore uso possibile dei mezzi e delle risorse disponibili (l'efficienza) e con il grado maggiore di soddisfazione degli obiettivi perseguiti ed in ultima analisi delle domande sociali»⁶⁷⁰. In questo senso, dunque, la possibilità di utilizzare l'apporto conoscitivo ed i mezzi del privato sociale nello svolgimento di attività di interesse generale realizza l'equilibrio appena indicato tra efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa affinché gli obiettivi indicati nell'atto di co-programmazione riescano a garantire «la massima soddisfazione della domanda sociale»⁶⁷¹.

Passando all'accreditamento, quale altra modalità di selezione dell'ente del terzo settore con cui co-progettare richiamata dall'art. 55, comma 3, d.lgs. n. 117/2017, anch'esso sembra prendere le mosse dal d.lgs. n. 50/2016. Le linee guida ministeriali presentano l'accreditamento come un provvedimento autorizzatorio attraverso cui gli enti settore potranno partecipare alla co-progettazione nel rispetto del principio della parità di trattamento.

Al fine di rispettare il principio indicato, l'amministrazione dovrà procedere alla pubblicazione di un avviso pubblico a cui gli enti del terzo settore potranno partecipare per essere iscritti all'interno di un «Elenco» o «Albo». L'avviso dovrà contenere i requisiti richiesti agli ETS, specificatamente inerenti alla procedura di accreditamento; l'eventuale durata del rapporto di accreditamento e/o della

⁶⁷⁰ Così A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (A CURA DI), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 87, il quale riprende quanto detto da M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultati*, in *annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 110; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 127 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, in *annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 4 e L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999, p. 63.

⁶⁷¹ *Ibidem*.

convenzione/patto di accreditamento; le condizioni economiche per l'attivazione del rapporto di accreditamento; il regolamento delle modalità di scelta degli ETS accreditati per l'attivazione del partenariato; il sistema di controllo, vigilanza e monitoraggio, nonché relativo regime sanzionatorio; la regolamentazione delle ipotesi di recesso, di risoluzione e di continuità delle attività e dei servizi ed, infine, la durata del partenariato⁶⁷².

Sebbene le linee guida parlino di soggetti a cui attingere per l'esercizio di attività di interessi generali⁶⁷³, ricordando l'accredimento dei servizi sociali richiamati dalla l. n. 328/2000⁶⁷⁴, subito dopo smentiscono tale inquadramento affermando la necessità che gli enti del terzo settore accreditati partecipino alla co-progettazione prima dello svolgimento delle attività di interesse generale. Alla luce di ciò, sembra che l'accredimento si atteggi funzionalmente alla partecipazione ad un avviso pubblico di co-progettazione, assimilando l'istituto in analisi all'elenco degli operatori economici indicati dalle linee guida n. 4 ANAC⁶⁷⁵ in materia di affidamenti sotto soglia comunitaria. Allo stesso modo dell'accredimento delineato dalle linee guida del Ministero del lavoro, l'elenco degli operatori economici è formato mediante avviso pubblico in cui sono indicati i requisiti necessari per l'iscrizione all'albo; il tempo di validità dell'elenco; le modalità di cancellazione, di verifica dei requisiti e l'eventuale irrogazione di sanzioni nel caso in cui si verifichi mala fede dell'operatore economico⁶⁷⁶. Tale elenco, qualificato anch'esso dalla giurisprudenza come una forma

⁶⁷² D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 16. In merito alla durata del partenariato, le amministrazioni potranno scegliere le seguenti opzioni: « a) durata minima dell'accredimento (ad esempio di cinque anni, analogamente a quanto previsto dalla disciplina di settore per alcune autorizzazioni, specie in materia ambientale), anche per garantire agli ETS la possibilità di poter programmare nel tempo la propria attività, salvo rinnovo periodico o decadenza; b) accreditamento a tempo indeterminato, salvo revoca, e durata predeterminata del contratto/patto di accreditamento in relazione alla specifica attività o servizio accreditati».

⁶⁷³ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 16.

⁶⁷⁴ Con particolare riferimento all'art. 11, l. n. 328/2000.

⁶⁷⁵ Più correttamente, «Linee Guida n. 4 - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici».

⁶⁷⁶ In particolare, si veda, dal par. 5.1.6 al par. 5.1.11. Si legga in tema, P. SCARALE, *La semplificazione delle procedure di gara per i contratti sotto soglia*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2020, fasc. 4, pp. 1741-1762; S. USAI, *Le procedure sotto soglia nella legge di conversione del d.l. 76/2020 Commento a legge 11 settembre 2020 n. 120 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale)*, in *Appalti e Contratti*, 2020, fasc. 9, pp. 10-20; R. DE NICTOLIS ROSANNA, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri" Commento a dec. legge 18 aprile 2019 n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici)*,

di accreditamento⁶⁷⁷, servirà all'amministrazione per chiamare gli operatori economici interessati, secondo i requisiti posseduti, a presentare la propria offerta tecnica ed economica al fine di partecipare alla procedura di affidamento del contratto pubblico che l'amministrazione intende stipulare. Ebbene, l'elenco degli enti del terzo settore accreditati potrà essere utile all'amministrazione sia nell'individuare il privato sociale da chiamare per presentare la propria offerta e co-progettare⁶⁷⁸, sia per qualificare l'accredito un requisito di partecipazione⁶⁷⁹, comportando un notevole risparmio di tempo rispetto alla verifica dei soggetti interessati e dei loro requisiti secondo le modalità dapprima evidenziate della co-progettazione senza accreditamento.

Come anticipato, l'accredito richiamato dall'art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017, sembra atteggiarsi diversamente dall'accredito disciplinato in materia di servizi sociali dall'art. 11, l. n. 328/2000⁶⁸⁰, secondo il modello delle c.d. tre A, autorizzazione, accreditamento e accordo contrattuale⁶⁸¹.

in *Urbanistica e appalti*, 2019, fasc. 4, pp. 443-470; A. MASSERA, *Le procedure sotto soglia, Commento a dec. legge 18 aprile 2019 n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, fasc. 6, pp. 730-737.

⁶⁷⁷ *Ex multiis*, T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 17/12/2020, n.13647, secondo cui, riferendosi all'elenco degli operatori economici, «Il sistema di qualificazione assume come finalità quella di preselezionare gli operatori economici dotati di specifici requisiti di ordine generale, economico - finanziari e tecnico - professionali, i quali potranno essere invitati dalla Stazione appaltante alle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture. Attraverso l'istituzione di detto sistema di qualificazione, l'ente aggiudicatore realizza, tramite l'iscrizione al sistema all'esito dell'istruttoria condotta a fronte della domanda avanzata dall'impresa - un primo accreditamento degli operatori economici interessati a partecipare alle procedure di affidamento». Allo stesso modo, T.A.R. Catanzaro, (Calabria) sez. II, 01/03/2018, n.537.

⁶⁷⁸ Tale impostazione viene confermata dallo schema riassuntivo della procedura in cui inserisce l'accredito prima dello svolgimento dei tavoli di co-progettazione. Cfr. D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 17.

⁶⁷⁹ La giurisprudenza evidenzia questa evenienza, considerando l'accredito un requisito *ex art.* 83, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 (T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 04/03/2019, n.2838)

⁶⁸⁰ In tema, A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, pp. 197 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004, pp. 185 ss.; A. GUALDANI, *Diritto dei servizi sociali*, Torino, 2018, pp. 155 ss.; V. MOLASCHI, *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa e tutela della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2014, pp. 675 ss.; M. CONSITO, *Accreditamento e Terzo settore*, Napoli, 2009; P. DE ANGELIS, *Accreditamento, accordi e contratti: profili giuridici e questioni applicative*, in *Ragiusan*, 2011, 1120 ss.; K. AVANZINI, V. GHETTI, *Accreditamento nel sociale: quale strategia?*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 5, 2010, pp. 1 ss.; E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008, pp. 191 e ss., e G. GUIGLIA, *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Padova, 2005, pp. 246 e ss.

⁶⁸¹ In tema v. L. PARONA, *La gestione dei servizi sociali tramite accreditamento*, in S. PELLIZZARI - A. MAGLIARI (A CURA DI), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019, p. 67.

L'autorizzazione è finalizzata a rimuovere l'ostacolo all'esercizio delle libertà di assistenza richiamate dall'art. 38 comma 5 Cost.⁶⁸²; l'accreditamento a far sì che il soggetto richiedente possa inserirsi nel sistema integrato dei servizi sociali e collaborare con le amministrazioni⁶⁸³; infine l'accordo in cui definire «regole condivise», profili economici, modalità di erogazione delle prestazioni e forme di controllo, così da qualificare tale accordo al pari di un «contratto di servizio»⁶⁸⁴. L'accreditamento richiamato dall'art. 55 comma 3, d.lgs. n. 117/2017 differisce pertanto dall'accreditamento in materia di servizi sociali non solo per le modalità procedurali, fermandosi sostanzialmente alla fase dell'autorizzazione, ma anche nel fine, non essendo strumentale alla partecipazione di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un contratto pubblico.

Quanto emerso finora sembra far ritenere che le linee guida introducano una modalità di affidamento di un partenariato pubblico privato, seguendo lo schema del dialogo competitivo con un regime alleggerito che garantisce flessibilità applicativa, derogando in parte dalle disposizioni previste dal codice dei contratti pubblici. Parlare solo di partenariato pubblico-privato, come visto, non è corretto, occorre ricondurre tale contratto pubblico a diversi contratti tipici previsti dall'art. 180 comma 8, d.lgs. n. 50/2016, tra cui rientra la concessione di servizi. Tale tipologia contrattuale sembra attagliarsi alla co-progettazione che mira all'affidamento di un servizio o di un intervento (non meglio precisato) agli enti del terzo settore. Ed infatti, visto il silenzio dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, dalle indicazioni delle linee guida sembra che l'ente del

⁶⁸² L'autorizzazione è rilasciata dal Comune ai sensi dell'art. 6, comma 2 lett. c), e l'art. 11, commi 1 e 2, l. n. 328/2000. Sul punto si veda M. RENNA, *Articolo 11 (Autorizzazione e accreditamento)*, in E. BALBONI - B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il servizio integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, p. 317. R. BIN - D. DONATI - G. PITRUZZELLA, *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*, Torino, 2019, p. 304, ricordano che l'autorizzazione può avvenire mediante segnalazione certificata di inizio attività, ai sensi dell'art. 19, l. n. 241/1990.

⁶⁸³ Secondo L. PARONA, *La gestione dei servizi sociali tramite accreditamento*, *op. cit.*, p. 69, «si configura come un provvedimento abilitativo di secondo livello, volto ad accertare la sussistenza di requisiti qualitativi ulteriori rispetto a quelli previsti per l'autorizzazione, al sussistere dei quali l'operatore è ritenuto idoneo ad erogare prestazioni sociali per conto dell'amministrazione accreditante, sebbene non ancora a carico di quest'ultima». A tal fine l'accreditamento può comportare attività discrezionale o vincolata in base ai requisiti chiesti dall'amministrazione. Sarà vincolata nel caso in cui l'amministrazione dovesse prevedere la rispondenza dell'autorizzato a requisiti certi mentre se i requisiti per l'accreditamento saranno riconducibili alla compatibilità della domanda agli interventi cristallizzati in un atto di programmazione, l'attività sarà discrezionale. Un esempio tra tutti art. 2, comma 1, lett. i) e art. 17, comma 4, l.r. Marche 21/2016.

⁶⁸⁴ A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, *op. cit.*, pp. 246-247.

terzo settore nell'erogazione del servizio assuma il rischio di disponibilità, consistente nell'erogazione di un servizio in maniera differente rispetto agli *standard* concordati con conseguente applicazioni di penali, ed il rischio di domanda, consistente, invece, nel disinteresse da parte dell'utenza di erogazione del servizio medesimo se non all'altezza delle aspettative.

Le conseguenze che derivano dal rischio di domanda comportano la perdita delle possibili entrate necessarie per lo svolgimento delle attività di interesse generale favorito dall'attivazione della co-progettazione da parte della pubblica amministrazione, con conseguente difficoltà nel realizzare i propri fini statutari⁶⁸⁵. Come è noto, la definizione di concessione di servizi si basa non solo sull'onerosità del contratto con il quale l'amministrazione affida «la fornitura o la gestione di servizi»⁶⁸⁶ ma anche sull'assunzione del rischio operativo⁶⁸⁷. In relazione a quest'ultimo elemento, nell'ottica del partenariato pubblico privato, il rischio operativo sembra voler essere riequilibrato dalle linee guida che prevedono la possibilità per l'amministrazione di finanziare l'ente del terzo settore attraverso la messa a disposizione di risorse economiche da parte della pubblica amministrazione per far fronte alle spese che derivano dall'erogazione del servizio.

5. Osservazioni di sintesi.

Sulla base dell'indagine condotta in questa parte del lavoro risulta contraddittorio affermare, come fanno le linee guida approvate nell'aprile del 2021, una distinzione «fra l'attivazione di rapporti collaborativi con ETS e l'affidamento di appalti e concessioni di servizi».

L'approccio a base delle linee guida distingue le modalità di collaborazione pubblico privato dall'affidamento di un contratto pubblico, stabilendo che « laddove un ente pubblico agisce quale stazione appaltante, attivando una procedura

⁶⁸⁵ Così, A. BOTTO - S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, p. 220.

⁶⁸⁶ Definito dall'art. 3, lett. vv), d.lgs. n. 50/2016.

⁶⁸⁷ Definito dall'art. 3, lett. zz), d.lgs. n. 50/2016.

concorrenziale finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico per lo svolgimento di un servizio, definito dall'ente stesso nel relativo bisogno e nelle obbligazioni e relative prestazioni, economiche e contrattuali, con il riconoscimento di un corrispettivo, idoneo ad assicurare un utile di impresa, determinato sulla base dell'importo a base d'asta – si applicherà il CCP, venendo ad esistenza un rapporto a prestazioni corrispettive»⁶⁸⁸.

In considerazione dell'analisi svolta, risulta evidente come le linee guida non tengano conto dell'istituto del partenariato pubblico, che invece rientra a pieno titolo tra i contratti pubblici che le stazioni appaltanti possono affidare, in cui l'amministrazione co-determina fabbisogno, obbligazioni e relative prestazioni economiche e contrattuali insieme al privato sulla base di un atto di programmazione⁶⁸⁹.

Nonostante sia errato considerare la co-progettazione un fenomeno giuridico diverso dall'affidamento di un servizio, risulta invece corretta ⁶⁹⁰ la distinzione operata dalle linee guida tra la procedura di selezione dell'ente del terzo settore con cui instaurare il partenariato secondo il d.lgs. n. 117/2017 e quella disciplinata dal d.lgs. n. 50/2016. Come anticipato, il codice del terzo settore prende le mosse dagli artt. 179 e ss. del d.lgs. n. 50/2016, stabilendo una procedura più flessibile rispetto alle dinamiche stabilite dal codice dei contratti pubblici. Ad esempio, le fasi della procedura di co-progettazione non sono scandite nella modalità stabilita dall'art. 32, d.lgs. n. 50/2016, così come non vengono applicate nella loro totalità le disposizioni richiamate dall'art. 179, d.lgs. n. 50/2016.

Sembra dunque che le linee guida provvedano a delineare una procedura ad evidenza pubblica in cui si recepiscono solamente i tratti essenziali delle procedure sancite dal codice dei contratti pubblici, come il necessario regime di pubblicità degli atti, finalizzato a garantire il principio di *favor participationis*, ex art. 29⁶⁹¹, d.lgs. n.

⁶⁸⁸ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 6.

⁶⁸⁹ Si fa riferimento all'art. 21, d.lgs. n. 50/2016.

⁶⁹⁰ Risulta inoltre corretto distinguere la co-progettazione rispetto all'affidamento di un appalto in quanto «è l'ente pubblico a definire sostanzialmente tutto, ad eccezione dello spazio, lasciato dagli atti della procedura, al contenuto dell'offerta dell'operatore economico concorrente». D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 6.

⁶⁹¹ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 22 in cui al pari della co-programmazione vengono descritte le modalità attraverso le quali garantire un regime di pubblicità ai sensi del d.lgs. n. 33/2013.

50/2016, la predeterminazione di una *lex specialis* in cui individuare la disciplina da applicare e i criteri di selezione basati sul criterio del miglior rapporto qualità prezzo, alla luce delle indicazioni *ex art.* 95, d.lgs. n. 50/2016, nominando una commissione giudicatrice *ad hoc*.

Si tratta, invero, di un regime alleggerito di maggiore respiro rispetto a quello individuato dall'art. 142, d.lgs. n. 50/2016 per «consentire un adeguato contemperamento tra la logica competitiva tipica delle procedure di evidenza pubblica e l'attenzione verso la tutela e la promozione delle peculiarità dei servizi»⁶⁹², rientranti nell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, ed il ruolo del terzo settore, in cui il codice dei contratti pubblici fa da sfondo alla diversa procedura individuata dal codice del terzo settore.

Ulteriori elementi di contrasto tra le linee guida ministeriali e l'impostazione finora evidenziata riguardano il richiamo agli accordi *ex art.* 11, l. n. 241/1990 per escludere la riconducibilità ad un appalto o ad una concessione di servizi della coprogettazione, non comprendendosi quale provvedimento l'accordo di coprogettazione debba sostituire o integrare ed in quali termini⁶⁹³. Per l'inquadramento della co-progettazione nel novero degli accordi tra pubblica amministrazione e privato, il Ministero del Lavoro sembra aver ripreso quanto indicato dalla determina ANAC n. 32/2016 che ha introdotto le linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, relative a forme di affidamento precedenti al d.lgs. n. 50/2016.

Tali linee guida riconducono la co-progettazione in materia di servizi sociali, ai sensi dell'art. 7, d.p.c.m. 30 marzo del 2001⁶⁹⁴, ad un «accordo procedimentale di

⁶⁹² Il principio di questo regime super alleggerito, in deroga a parte della disciplina dei contratti pubblici, sembra corrispondere a quello individuato da A. MAGLIARI, *L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale*, in S. PELLIZZARI - A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁹³ Si afferma genericamente che «in chiusura del lavoro di co-progettazione si dovesse manifestare un accordo unanime fra gli ETS rispetto ad un dato assetto progettuale e laddove il possibile esito sia ritenuto dall'amministrazione precedente rispondente all'interesse pubblico, il relativo verbale potrebbe esplicitare che è esso redatto anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 della legge n. 241/1990, ovvero sia il verbale costituisce accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento finale dell'ente pubblico» (D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, pp. 13-14)

⁶⁹⁴ L'art. 7, d.p.c.m. del 30 marzo 2001 afferma che «Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la coprogettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indizione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per la individuazione delle forme di sostegno». Dalla lettera della norma si ravvisano i limiti applicativi, essendo rivolto solo per interventi innovativi e sperimentali, e

collaborazione», senza specificare contenuto e modalità dello stesso. L'ANAC, dunque, sembra incorrere negli stessi limiti del Ministero del lavoro nelle linee guida sul terzo settore, richiamando nella procedura di co-progettazione da svolgere il termine «partenariato» ed i requisiti c.d. morali che devono possedere i privati alla luce del precedente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006)⁶⁹⁵.

Nemmeno la qualificazione di contributo⁶⁹⁶, ai sensi dell'art. 12, l. n. 241/1990, delle risorse economiche erogate dall'amministrazione, per far fronte alle spese sostenute dall'ente del terzo settore che ha ottenuto l'affidamento in concessione del servizio oggetto di co-progettazione, evita che la convenzione stipulata nell'alea del contratto pubblico. Come è noto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha parificato più volte il termine convenzione ad un contratto pubblico, sposando un principio sostanzialistico, basato sul contenuto dell'atto consensuale, rispetto al *nomen iuris*⁶⁹⁷.

l'eccessiva genericità dell'istituto della co-progettazione. Per un'analisi più specifica di questa forma di co-progettazione, si veda S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. [pubblica amministrazione] e enti del Terzo settore, Relazione al Convegno "Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico"*, Trento, 22 gennaio 2019 in *Munus*, fasc. 2, 2019, pp. 545-573.

⁶⁹⁵ In, particolare, si afferma, senza fare menzione agli accordi procedurali di collaborazione nella definizione della procedura che «in linea con i modelli già sperimentati in diverse realtà territoriali, il percorso di co-progettazione potrebbe essere articolato nelle seguenti fasi: a) pubblicazione di un avviso di interesse con cui si rende nota la volontà di procedere alla co-progettazione. Nell'avviso sono indicati un progetto di massima, nonché i criteri e le modalità che saranno utilizzati per l'individuazione del progetto o dei progetti definitivi; b) individuazione del soggetto o dei soggetti partner dell'ente mediante una selezione volta a valutare i seguenti aspetti: - possesso dei requisiti di ordine generale (al riguardo sembra opportuno adottare i criteri previsti dall'art. 38 dello Codice dei Contratti), tecnici, professionali e sociali (tra cui l'esperienza maturata);- caratteristiche della proposta progettuale; costi del progetto; c) avvio dell'attività vera e propria di co-progettazione, con la possibilità di apportare variazioni al progetto presentato per la selezione degli offerenti; d) stipula della convenzione». (Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016. Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, pp. 10-11).

⁶⁹⁶ La dottrina, infatti, esclude la riconduzione dei vantaggi economici erogati all'art. 12, l. n. 241/1990, quale effetto di una corresponsione di una prestazione, allo stesso modo di quanto previsto dall'art. 180, d.lgs. n. 50/2016 «anche se potrebbe costituire una compensazione meramente parziale» (così, F. GIGLIONI, *Art. 12*, in M.A SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 680).

⁶⁹⁷ In tutte queste pronunce il giudice amministrativo ha riconosciuto la presenza di un contratto di appalto in luogo del termine «convenzione» utilizzato dall'amministrazione, rientrando nelle definizioni date di Consiglio di Stato sez. III - 16/12/2020, n. 8084; T.A.R. Lombardia sez. II - Milano, 03/06/2020, n. 990; Consiglio di Stato sez. V - 27/01/2020, n. 682 ; T.A.R. Lazio sez. III - Roma, 24/09/2019, n. 11294. Del resto, è stato evidenziato come la convenzione sia talvolta un termine equivalente del contratto F. MESSINEO, *Convenzione, dir. pr.*, in *En. Giur.*, 1962, p. 511. Per M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II *op. cit.*, p. 424, «convenzione» è un termine «generale», «per indicare tutto», valorizzando il contesto in cui è inserito ed il contenuto. P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, fasc. 3, p. 342, richiama quanto detto da A. Albanese, *Diritto all'assistenza e ai servizi sociali*, op. cit., p. 283 secondo cui la convenzione è «uno strumento consensuale, attraverso il quale possono poi essere regolati rapporti

Inoltre, il carattere essenziale dei contratti pubblici è rappresentato dall'onerosità che non viene meno nel caso in cui l'amministrazione decida di rimborsare le spese sostenute dall'affidatario, così come previsto dalle linee guida, qualificando il rimborso spese al pari di un corrispettivo esigibile in sede giurisdizionale in forza della presenza di una convenzione⁶⁹⁸.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, con un orientamento costante, ha stabilito infatti che il «corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito (v., in particolare, sentenze del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817, punto 29; del 13 giugno 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punto 31, nonché del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punto 29), ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale (v., in tal senso, sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 60 a 62)». Di conseguenza, «un contratto con il quale un'amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione quale corrispettivo di quella che la sua controparte si è impegnata a realizzare non rientra nella nozione di “contratto a titolo oneroso” ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24»⁶⁹⁹.

A parere di chi scrive, la riconduzione della co-progettazione all'affidamento una concessione di servizio, secondo le modalità del partenariato pubblico-privato e

fra soggetti pubblici e privati che ..., a seconda dei casi, rispondono a funzioni e contenuti diversi». L'autrice desume ciò dall'analisi della legislazione in materia di rapporto tra terzo settore e pubblica amministrazione. Per un'analisi del termine «convenzione» e del suo sviluppo in campo pubblicistico, si veda A. FIORITTO, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, pp. 72-79.

⁶⁹⁸ D.M. n. 72/2021, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, p. 14, riporta «i termini e la rendicontazione delle spese» come elemento della convenzione.

⁶⁹⁹ Corte giustizia UE sez. IV, 10/09/2020, n.367. Risulta pertanto corretto il ragionamento di chi afferma l'applicazione dell'art. 12, l. n. 241/1990, in materia di co-progettazione nel caso in cui l'ente del terzo settore riceva contributi senza alcuna prestazione in favore dell'amministrazione. Si veda F. GIGLIONI - A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, pp. 238-239.

del dialogo competitivo, che seguono, come si vedrà⁷⁰⁰, logiche e modalità diverse rispetto al d.lgs. n. 50/2016, risulta compatibile anche con la recente sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale, secondo cui «Si instaura [...] tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

La sentenza indicata, infatti, non esclude né la sinallagmaticità, né la riconducibilità della co-progettazione nell'alea di un contratto pubblico oneroso come il partenariato pubblico - privato in cui, come visto, si prevede in direzione di quanto affermato dalla Corte Costituzionale la progettazione tra pubblico e privato sociale di servizi ed interventi. Del resto, è la stessa Consulta che nella sentenza indicata richiama le pronunce «Spezzino» e «Casta» le quali non escludono, al pari della Corte giustizia UE sez. IV, 10/09/2020, n.367, sopraccitata, l'onerosità della convenzione di affidamento di un servizio che preveda un mero rimborso spese⁷⁰¹.

Naturalmente, per le logiche solidaristiche che muovono l'agire del terzo settore e l'operatività degli strumenti del d.lgs. n. 117/2017, la procedura da seguire per la co-progettazione non sarà certo quella delineata dal d.lgs. n. 50/2016, che segue, invece, le differenti logiche di mercato. Il codice dei contratti pubblici servirà solo come base per costruire una procedura di affidamento funzionale a superare l'indeterminatezza dell'art. 55 del codice del terzo settore, attraverso l'esercizio di

⁷⁰⁰ Cfr. Cap. IV.

⁷⁰¹ Più correttamente si fa riferimento a Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino».

autonomia organizzativa e potestà regolamentare della pubblica amministrazione. Merita rilevare che la non vincolatività delle linee guida ministeriali in analisi⁷⁰², permette alle amministrazioni di discostarsene, prevedendo modalità diverse di affidamento che dovranno, però, tenere fede ai termini «partenariato» e «accreditamento» richiamati dall'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 117/2017 che propendono a ricondurre la norma sotto lo schema di base delineato dagli artt. 179 e ss., d.lgs. n. 50/2016.

L'operazione volta a riempire di contenuto la co-progettazione, così come rilevato per la co-programmazione, sembra confermare la relazione organizzativa di coordinamento che s'instaura tra amministrazione pubblica e privato sociale. La riconduzione allo schema del partenariato pubblico - privato, infatti, conferma non solo la posizione di equiordinazione tra amministrazione e privato sociale nell'individuazione degli interventi da realizzare per la tutela di interessi generali ed il rispetto dell'autonomia dei soggetti coordinati attraverso l'esercizio di uno strumento consensuale come il contratto pubblico, ma anche la posizione sovraordinata dell'amministrazione. La pubblica amministrazione mantiene, difatti, le proprie competenze, indirizzando l'attività dell'ente del terzo settore sulla base dell'(auto) vincolo dettato dalla *lex specialis*.

Giunti a questo punto della ricerca occorre valutare se la co-progettazione così come qui delineata risulti compatibile con il diritto europeo che impone il rispetto delle modalità di affidamento di contratti pubblici onerosi secondo il sistema tracciato dalle ben note direttive del 2014⁷⁰³ a tutela della libera concorrenza. A tal fine, si analizzerà, naturalmente nei limiti in cui ciò abbia rilievo per la presente indagine, il rapporto tra il principio della libera concorrenza appena richiamato ed il principio solidaristico *ex art. 2 Cost.*⁷⁰⁴. Ciò anche nell'auspicio che l'analisi svolta possa essere

⁷⁰² L'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, infatti, non dà forza cogente alle linee guida così come avviene, ad esempio, nelle linee guida ANAC alla luce dell'art. 213, d.lgs. n. 50/2016, distinguendosi tra vincolanti e non vincolanti sulla base della previsione normativa. Sul punto si veda Cons. Stato, 19 dicembre 2019, parere n. 1655. In dottrina, si veda M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida anac*, in *federalismi.it*, n. 3, 2019; G. A GIUFFRÈ, *Le 'nuove' dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *federalismi.it*, n. 2, 2017.

⁷⁰³ 2014/23 UE; 2014/24UE; 2014/25UE.

⁷⁰⁴ Tenendo in considerazione quanto evidenziato da M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, op. cit., p. 577, «L'art. 2 Cost. garantisce il nucleo irriducibile dei diritti inviolabili imponendo a protezione del medesimo doveri inderogabili sui quali il legislatore stesso non può incidere in peius, pena l'incostituzionalità».

utile per superare l'indeterminatezza delle formule richiamate dall'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, che ha condotto la giurisprudenza a paventare una sua possibile disapplicazione a causa della violazione del diritto europeo.

CAPITOLO IV

Il controverso rapporto tra codice del terzo settore e codice dei contratti pubblici alla luce del principio di libera concorrenza.

Sommario: 1. - Premessa. Il rapporto tra terzo settore, pubblica amministrazione e mercato: stato dell'arte ed effetti prodotti. 2. - L'(apparente) antinomia fra co-progettazione e libera concorrenza. 3. - La posizione della dottrina sulla compatibilità tra codice del terzo settore e codice dei contratti pubblici: alternative alla co-progettazione nel rifiuto della dinamica dell'affidamento in senso tecnico. 4. La co-progettazione nella prospettiva del partenariato pubblico - privato alla luce del diritto europeo e della giurisprudenza costituzionale. 5. - Le convenzioni per l'affidamento dei servizi sociali di interesse generale: portata e loro compatibilità con il sistema europeo. - 6. Osservazioni conclusive.

1. - Premessa. Il rapporto tra terzo settore, pubblica amministrazione e mercato: stato dell'arte ed effetti prodotti.

Il rapporto tra terzo settore, pubblica amministrazione e mercato ha subito nel corso del tempo molteplici evoluzioni dettate dal diverso scandire della giurisprudenza nazionale e dall'attività definitoria della Commissione dell'Unione europea in merito ai servizi di interesse generale.

Il legame tra terzo settore, pubblica amministrazione e mercato trova le sue origini nel consolidato carattere prestazionale dell'attività di interesse generale svolta dal terzo settore⁷⁰⁵, assimilabile all'attività di servizio pubblico svolta dalla stessa amministrazione pubblica⁷⁰⁶. Il ruolo del terzo settore, infatti, ha trovato massima

⁷⁰⁵ Basti effettuare una rassegna dell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017.

⁷⁰⁶ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, in *Munus*, 2019, n. 2, p. 547.

esplicazione in una dimensione di crisi (economica) del *welfare state*⁷⁰⁷ del secondo millennio, derivante da una crescita della quantità e della qualità della domanda per ottenere servizi sociali che l'erario pubblico difficilmente è riuscito - e forse attualmente riesce - a sostenere⁷⁰⁸.

In questa dimensione s'inserisce il terzo settore per colmare il fallimento di un *welfare* totalmente a carico delle finanze pubbliche. I soggetti del terzo settore, come si è visto in altra parte del lavoro⁷⁰⁹, muovono la loro azione su base solidaristica, rifuggendo da logiche di mercato, e da logiche legate all'autoritatività del potere, proprie delle pubbliche amministrazioni, assumendo un ruolo terzo rispetto a questi ultimi due settori. Sebbene l'assenza di scopo di lucro contraddistingua l'attività di interesse generale svolta dagli enti riconducibili al terzo settore, occorre evidenziare come tale peculiarità non privi la loro attività del carattere dell'economicità. Definire economica un'attività dal punto di vista giuridico non è agevole. Parte della dottrina ha ricondotto tale definizione all'«attività economica» richiamata dall'art. 41 Cost., intesa come attività «di produzione e di erogazione»⁷¹⁰ che può essere svolta anche al di fuori di un'organizzazione imprenditoriale e lontano da logiche speculative, ricomprendendo così anche il terzo settore.

Lo stretto rapporto tra *no profit* ed economicità dell'attività degli enti del terzo settore è stato rilevato da Guido Calabresi nella celebre opera «il futuro del *law and economics*». Secondo l'autore, l'altruismo, inteso come assenza di lucro soggettivo, può rappresentare nel linguaggio economico sia un fine che un mezzo attraverso il quale le imprese *no profit* possono svolgere la loro attività economica. L'autore prende ad esempio lo svolgimento di attività sanitaria da parte di «ospedali

⁷⁰⁷ In tal merito, si veda R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, n. 1, 2013, pp. 37-39. Con riferimento al rapporto tra *welfare state* e servizi sociali e ruolo del *no profit*, si veda E. CODINI, *Evoluzione storica della disciplina*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, op. cit., pp. 4 - 13.

⁷⁰⁸ M. C. JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, Bari, 2008, pp. 29 e 30.

⁷⁰⁹ Cfr. Cap. I, par. 3.

⁷¹⁰ In tal senso, A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, vol. 21, Milano, 1971, p. 8, afferma che la Corte costituzionale non definisce nello specifico l'attività economica ma semplicemente evidenzia come essa possa essere svolta anche al di fuori di un'organizzazione imprenditoriale. Inoltre, secondo l'autore parte delle attività economiche sono regolate «in disposizioni estranee» all'art. 41 Cost. e in modo diverso da esso, partendo dall'attività delle cooperative sociali che non agiscono con fine speculativo. Ciò non significa considerare le attività di quest'ultime come prive di valore economico.

no profit»⁷¹¹, in cui tali imprese non soltanto realizzano rendite elevate ma addirittura s'innestano in settori in cui vi è scarsa concorrenza, creando veri e propri monopoli. Per Calabresi, inoltre, l'altruismo si porrebbe come un vero e proprio prodotto del mercato, in cui le decisioni collettive definiscono la quantità delle forme di altruismo da produrre⁷¹².

Quanto finora detto sembra essere confermato dal dato positivo da cui si ricava come gli enti del terzo settore, ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 117/2017, possano svolgere attività commerciali, tradizionalmente caratterizzate da economicità, diverse ma strumentali rispetto alle attività di interesse generale⁷¹³. Allo stesso modo si prevede la possibilità per l'amministrazione di stipulare convenzioni per l'affidamento di servizi sociali, a mente dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, «se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato», riconoscendo così il valore economico dell'attività in affidamento.

La capacità del terzo settore di produrre beni e servizi nel mercato è confermata anche d.lgs. n. 50/2016 in cui nell'ampia definizione di operatore economico possono essere ricompresi gli enti del terzo settore. Secondo l'art. 3, comma 1, lett. p., per operatore economico s'intende «una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

Anche l'art. 45, d.lgs. n. 50/2016, fornisce una nozione di operatore economico, con un'integrazione della precedente, affermando nel primo comma che «Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p) nonché gli operatori

⁷¹¹ G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, Milano, 2018, pp. 132-133.

⁷¹² *Ibis*, p. 134.

⁷¹³ Recentemente il 30 maggio 2021, il Ministro del lavoro ha firmato il decreto, richiamato dall'art. 6, d.lgs. n. 117/2017, per stabilire criteri e limiti delle attività secondarie e strumentali all'attività di interesse generale. Secondo il decreto, ancora in bozza, non essendo pervenuta la firma del Ministro dell'Economia, «In particolare, le attività diverse sono considerate strumentali quando sono finalizzate a supportare, sostenere, promuovere o agevolare il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente del Terzo settore. La secondarietà ricorre in una delle seguenti ipotesi: i ricavi da attività diverse non sono superiori al 30% delle entrate complessive dell'ente del Terzo settore; i ricavi da attività diverse non sono superiori al 66% dei costi complessivi dell'ente del Terzo settore. L'ente del Terzo settore può scegliere uno dei due criteri, che dovrà poi essere indicato nella relazione di missione o in un'annotazione in calce al rendiconto per cassa».

economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice»⁷¹⁴.

La formulazione e l'ampiezza della nozione indicata replica quanto definito dal legislatore europeo all'art. 19 della direttiva n. 2014/24/UE attraverso un suo *copy out* da parte dell'art. 45, d.lgs. n. 50/2016⁷¹⁵. La *ratio* contenuta nell'art. 19 della direttiva appena ricordata consiste nella piena valorizzazione del principio del *favor participationis*, espressione del principio della libera concorrenza⁷¹⁶, per permettere la massima partecipazione possibile alle procedure di affidamento di contratti pubblici mediante l'estensione del loro ambito soggettivo.

Merita sul punto rilevare come la giurisprudenza nazionale avesse qualificato, prima del d.lgs. n. 50/2016, gli enti caratterizzati dall'assenza di scopo di lucro come operatori economici sulla scorta del diritto vivente europeo. Emblematica risulta la pronuncia del Consiglio di Stato sez. III, 15/04/2013, n. 2056, secondo cui «l'assenza dello scopo di lucro non esclude che tali soggetti possano esercitare un'attività economica e siano ritenuti operatori economici, potendo soddisfare i necessari requisiti per essere qualificati come imprenditori, fornitori o prestatori di servizi, e ciò coerentemente anche con l'art. 1, par. 8, direttiva n. 2004/18/CE, per il quale i termini imprenditore, fornitore e prestatore di servizi designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che

⁷¹⁴ Nel secondo comma dell'art. 45, d.lgs. n. 50/2016,

⁷¹⁵ In merito si ricorda come tale scelta dell'art. 45, d.lgs. n. 50/2016, fosse necessitata alla luce della formulazione «chiusa» dell'art. 34, d.lgs. n. 163/2006 rispetto alle direttive comunitarie in tema. Si ricorda, infatti che prima dell'introduzione della lett. f, art. 34, d.lgs. n. 163/2006, da parte del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, il 30 gennaio 2008 la Commissione europea aveva preannunciato una procedura di infrazione a carico dello Stato italiano in quanto la vecchia formulazione dell'art. 34 «non sembrava permettere la partecipazione alle gare di operatori aventi una forma giuridica diversa da quelle indicate nella lista». Si veda in tema, A. BOTTO - S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, p. 82.

⁷¹⁶ M. IMMORDINO - M. CAVALLARO, *op. cit.*, pag. 411; E. CASETTA, *op. cit.*, pag. 620.; F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina dei contratti pubblici tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici*, AA.VV., Torino, 2017, pag. 16.

offrano sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi».

Altrettanto rilevante è la pronuncia del Consiglio di Stato sez. III, 17/11/2015, n. 5249, per cui «Le associazioni di volontariato, in quanto soggetti autorizzati dall'ordinamento a prestare servizi e a svolgere, quindi, attività economiche, ancorchè senza scopi di lucro, rientrano nel novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici, con conseguente esclusione del carattere tassativo dell'elenco contenuto nell'art. 34, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163».

Del resto, come anticipato, la stessa Corte di giustizia UE sez. III, 29/11/2007, n.119 aveva affermato che l'assenza di fini di lucro non esclude che le associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del trattato relative alla concorrenza⁷¹⁷. Il Consiglio di Stato ha inoltre tenuto a precisare che l'«operatore economico può essere anche un soggetto senza fine di lucro che operi occasionalmente sul mercato o goda di finanziamenti pubblici»⁷¹⁸, divergendo dalla nozione di imprenditore commerciale che invece richiede la continuità dell'attività di impresa, ai sensi dell'art. 2082 c.c.⁷¹⁹.

L'inserimento degli enti del terzo settore nel novero degli operatori economici, quali soggetti che possono partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, è ulteriormente confermato dalla previsione legislativa che permette alle stazioni appaltanti di riservare procedure di appalto alle cooperative sociali, a mente dell'art. 112, d.lgs. n. 50/2016, e ad enti senza scopo di lucro per i servizi sanitari, sociali e

⁷¹⁷ Più precisamente, secondo la Corte «l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza (v., in questo senso, sentenze 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, Racc. pag. I-4013, punto 21; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-C-C- 184/98, *Pavlov e a.*, Racc. pag. I-6451, punto 117, nonché 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*, Racc. pag. I-2493, punto 49)». Sebbene si faccia riferimento alle imprese

⁷¹⁸ Consiglio di Stato sez. VI, 23/01/2013, n.387. Per completezza, la pronuncia appena indicata fa suoi i pareri della precedente AVCP, affermando che « L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che aveva inizialmente escluso che le associazioni di volontariato potessero partecipare a gare di appalto, attesa la gratuità dell'attività di volontariato (Autorità, 31 gennaio 2008 n. 29, parere; Autorità, 29 dicembre 2008 n. 266, parere), ha successivamente stabilito che operatore economico può essere anche un soggetto senza fine di lucro che operi occasionalmente sul mercato o goda di finanziamenti pubblici (Autorità, 23 aprile 2008 n. 127, parere; Autorità, 20 ottobre 2010 n. 7, determinazione)».

⁷¹⁹ Secondo cui «E' imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». È proprio la professionalità dell'attività che implica continuità. Sul punto si veda G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2017, pp. 15-17. SI veda inoltre A. FUSARO, *Spunti per un'ermeneutica della riforma del terzo settore, in federalismi.it*, n. 10, 2020, pp. 234-236.

culturali, di cui all'allegato IX al codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 50/2016⁷²⁰.

Il rilievo economico dell'attività degli enti del terzo settore ed il riconoscimento della qualifica di operatore economico risultano particolarmente significativi per la disciplina nazionale e sovranazionale in materia di contratti pubblici da cui, come si vedrà, sono originati i problemi relativi al rapporto tra terzo settore, pubblica amministrazione e mercato sotto il profilo sia dell'effetto prodotto dal loro ingresso nel campo della «concorrenza per il mercato, cioè una competizione tra operatori per ottenere la “commessa” pubblica»⁷²¹, sia dalla nascita di normative *ad hoc* volte a derogare il regime generale di affidamento stabilito dal d.lgs. n. 50/2016. Ed in effetti, se da una parte gli enti del terzo settore in passato nascevano solamente in floridi contesti economici, facendo fronte ai costi dell'attività di interesse generale svolta con proprie risorse economiche⁷²², in seguito all'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale è stato reso possibile l'ingresso nel campo del terzo settore di soggetti privi di capitale, grazie ai meccanismi di *favor* della pubblica amministrazione, consistenti, ad esempio, nel prevedere un corrispettivo per l'azione di interesse generale svolta mediante procedure di affidamento riservate o in deroga al codice dei contratti pubblici⁷²³. Ciò aiuta a far comprendere il rilievo delle modalità di

⁷²⁰ L'art. 143, comma 2, più precisamente riserva alle organizzazioni con le seguenti caratteristiche la partecipazione alla procedura indicata: «a) l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1; b) i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative; c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni». Si legga in tema A. MAGLIARI, *L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale*, op. cit., pp. 34-38.

⁷²¹ M. C. JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, op. cit., p. 29. Si veda in tema anche L. DE LUCIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, pp. 275 e ss. In tema si vedano S. CORNELLA - S. PELLIZZARI, *La concorrenza itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in B. MARCHETTI - M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016, pp. 373 e ss.

⁷²² *Ibis*, p. 30, che osserva come in zone con alto tasso di disoccupazione gli enti del terzo settore faticano a nascere, vista l'assenza di volontari che tardano ad inserirsi nel mondo del lavoro.

⁷²³ Quanto alle procedure in deroga, s'inseriscono gli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017 e la disciplina contenuta nella l. n. 381/1991, in cui le amministrazioni pubbliche « possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1».

affidamento di contratti pubblici per gli enti del terzo settore che consentono di realizzare i propri fini statuari al di là di specifiche forme di finanziamento.

Il campo d'indagine è pertanto quello riguardante il rapporto tra terzo settore e mercato, con particolare riferimento alle regole che permettono l'ingresso di operatori economici nei servizi pubblici. Ed è proprio per questo motivo che occorre fin d'ora evidenziare che il problema del rapporto indicato si pone in chiave di tutela della concorrenza⁷²⁴ nei suoi corollari di *favor participationis* e di *par condicio*, quali obiettivi dell'amministrazione pubblica per tutelare le posizioni giuridiche delle imprese⁷²⁵.

Alla luce di quanto detto, visto il carattere prestazionale delle attività di interesse generale, consistenti prevalentemente nello svolgimento di servizi pubblici, il rapporto tra terzo settore, pubblica amministrazione e mercato non può dunque che rilevare in presenza di servizi economici di interesse generale, la cui economicità

Inoltre, nel regime derogatorio s'inseriscono anche le procedure di affidamento di servizi alla persona previste dall'art. 5, l. n. 328/2000. In merito, tra tutti, A. BATTISTELLA, *La 328/2000 e le modalità di esternalizzazioni dei servizi*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2000, pp. 20 e ss; P. DE ANGELIS, *I sistemi di affidamento dei servizi*, in C. BOTTARI (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013, pp. 56-64; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e sei servizi sociali*, Torino, 2017, pp. 170-172; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il ruolo del terzo settore nel sistema integrato dei servizi sociali*, in F. MANGANARO - V. MOLASCHI - R. MORZENTI PELLEGRINI - D. SICLARI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, pp. 323 - 324.

⁷²⁴ Come evidenziato, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2008, pp. 1-4, il termine concorrenza non ha un valore univoco, essendo un termine legato alla scienza economica e alle sue evoluzioni, comportando diverse prospettive di studio. A prescindere dal valore che si vuole attribuire al termine è pacifico che la concorrenza sia posta in rapporto al mercato, essendo finalizzata, quanto al richiamo alla disciplina positiva, a porre un argine alle condotte degli operatori economici nel mercato, in cui è ricompresa anche l'amministrazione pubblica (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, *op. cit.*, p. 6, il quale definisce una concezione statica e dinamica di concorrenza in base alla capacità dei singoli operatori economici di influenzare il mercato). Occorre dunque evidenziare che il principio di libera concorrenza non viene qui analizzato sotto il profilo dei «poteri neutrali, attribuiti a garanzia dell'ordine naturale del mercato, per esercitare funzioni "politiche" di indirizzo del mercato stesso» A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, *op. cit.*, pp. XX, ma come quell'insieme di regole volte a garantire parità di trattamento degli operatori economici e massima partecipazione degli stessi a «tutela del libero mercato», nel rispetto dei principi di libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali e di libertà di stabilimento all'interno degli stati membri (A. BOTTO - S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, *op. cit.*, p. 5.). Dello stesso avviso, A. FONZI, *Il principio di libera concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 42-43; R. CARANTA - D. C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, n. 5, pp. 493 e ss.

⁷²⁵ R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, pp. 325-326 i quali affermano come la disciplina europea «ha caratterizzato la disciplina sulle gare come norme a favore della concorrenza di tutela dei diritti soggettivi dei concorrenti, forse giungendo a relegare l'amministrazione ad una tutela riflessa o secondaria rispetto all'interesse ad un corretto funzionamento del mercato».

presuppone competizione nel mercato ed il conseguente dovere della disciplina nazionale e sovranazionale nell'applicazione di procedure di affidamento.

I servizi di interesse economico generale⁷²⁶ (c.d. SIEG) sono infatti richiamati dalle ultime direttive europee in materia di *public procurement* 2014/23/UE; 2014/24/UE, per stabilire l'ambito di applicazione delle medesime e, conseguentemente, l'applicazione delle disposizioni di legge degli stati membri che le hanno attuate, come il d.lgs. n. 50/2016. Più precisamente, il considerando 6, par. 2, di entrambe le direttive citate dispone che «i servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva», affermando *a contrario* il rilievo dei servizi economici di interesse generale. Allo stesso modo, l'art. 106, par. 2, TFUE dispone che «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»⁷²⁷. Quanto invece alla disciplina nazionale relativa ai contratti pubblici, l'art. 164, comma 3, d.lgs. 50/2016, riprende il considerando 6, par. 2, delle direttive del 2014, relegandolo però alla sola disciplina delle concessioni⁷²⁸.

⁷²⁶ L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, Milano, 2007, pp. 1791 e ss.; G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, I, pp. 923 e ss.; F. DONATI - E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 313 e ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, pp. 5517 e ss.; S. CASSESE, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; S. CASSESE., *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, pp. 386 e ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 371 e ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1063 e ss.

⁷²⁷ Sul ruolo e sulle possibilità di deroga dell'art. 106 TFUE in materia di SIEG, si veda F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Unione europea*, 2006, pp. 453 e ss.

⁷²⁸ In tal senso, M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2020, p. 70, evidenzia in generale un regime più rigoroso della disciplina nazionale in materia di concessioni rispetto alla direttiva 2014/23 UE, a partire dall'estensione della disciplina degli appalti alle concessioni, pur prevedendo il legislatore europeo per gli Stati membri «la libertà di determinare le modalità concrete di esplicazione» delle procedure di affidamento delle concessioni.

Dare una definizione di servizio di interesse economico generale partendo dal dato positivo⁷²⁹ non è semplice poiché dal considerando 6, par. 1 delle menzionate direttive si sancisce la «impregiudicata libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche».

Anche l'art. 14 TFUE tratta espressamente dei SIEG, dichiarandone l'importanza «nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale», richiedendo che «l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati» provvedano «affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti». Ugualmente, il protocollo 26, allegato al TUE, s'interessa dei SIEG, specificando i valori comuni dell'Unione europea richiamati dall'art. 14 TFUE, ossia «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

Dall'analisi del dato positivo risulta evidente il protagonismo dei singoli stati membri nella definizione e nella qualifica dei servizi di interesse economico generale, con la conseguenza che la definizione al livello europeo non possa andare «oltre una scarna essenzialità», «senza indicazione di contenuti»⁷³⁰.

⁷²⁹ Vi è infatti un'ampia trattazione giurisprudenziale che definisce i caratteri generali dei SIEG. Così, D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 5; S. CORNELLA, *Servizi sociali e disciplina europea in materia di aiuti di stato*, in S. PELLIZZARI - A. MAGLIARI (A CURA DI), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, op. cit., p. 162.

⁷³⁰ D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, op. cit. p. 4. Dello stesso avviso, F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2012, pp. 4-5.

Tale conclusione sembra avvalorata anche dalla giurisprudenza europea . In primo luogo, si è sostenuto che «la definizione di tali servizi da parte di uno Stato membro può essere messa in discussione dalla Commissione solo in caso di errore manifesto»⁷³¹, qualora lo Stato membro abbia esercitato tale potere arbitrariamente al solo fine di sottrarre un settore particolare all'applicazione delle norme in materia di concorrenza»⁷³². In secondo luogo, si è sottolineato che i SIEG «sono attività economiche funzionali all'interesse pubblico, che non sarebbero svolte in assenza di un intervento statale o che sarebbero svolte a condizioni meno favorevoli in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento e accesso universale»⁷³³. Inoltre, per ottenere la qualifica di servizio di interesse economico generale è necessario che le imprese l'impresa beneficiaria «sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e, in secondo luogo, se tali obblighi siano chiaramente definiti nel diritto nazionale. Detta condizione persegue un obiettivo di trasparenza e di certezza del diritto, che richiede la compresenza di criteri minimi relativi all'esistenza di uno o più atti di esercizio del potere pubblico che definiscano in maniera sufficientemente precisa almeno la natura, la durata e la portata degli obblighi di servizio pubblico gravanti sulle imprese incaricate dell'adempimento di tali obblighi. In mancanza di una definizione chiara di simili criteri obiettivi, non sarebbe infatti possibile controllare se una specifica attività possa rientrare nella nozione di servizi di interesse economico generale»⁷³⁴.

⁷³¹ Tribunale I grado UE sez. I, 13/05/2020, n.607 che richiama le Sentenze del 15 giugno 2005, Olsen/Commissione, T-17/02, EU:T:2005:218, punto 216, e del 12 febbraio 2008, BUPA e a./Commissione, T-289/03, EU:T:2008:29, punti 166 e 169.

⁷³² Tribunale I grado UE sez. I, 13/05/2020, n.607 che richiama la sentenza del 12 febbraio 2008, BUPA e a./Commissione, T-289/03, EU:T:2008:29, punto 168.

⁷³³ Così S. CORNELLA, *Servizi sociali e disciplina europea in materia di aiuti di stato*, op. cit., p. 163, il quale riassume il contenuto di CGUE, C-179/9, *Merci convenzionali porto di Genova*. CGUE, C-266/96, *Corsica Ferries France Sa*.

L'autore, inoltre, ricorda come F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui "nuovi servizi pubblici"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 945, in tema affermò che «al soggetto incaricato surroga l'intervento diretto della mano pubblica in settori che, per la loro importanza strategica e i plurimi interessi in gioco, non possono essere completamente lasciati all'affermarsi delle forze di mercato».

⁷³⁴ Tribunale I grado UE sez. IX - 29/11/2018, n. 720 che richiama sentenza del 20 dicembre 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e a./Commissione, da C-66/16 P a C-69/16 P, EU:C:2017:999, punti 72 e 73. Ciò è confermato dal glossario presente sul portale *on line* per accedere al diritto dell'unione europea (Eur -Lex)⁷³⁴, in cui si riporta che «I servizi d'interesse economico generale (SIEG) designano le attività commerciali che assolvono missioni d'interesse generale e sono soggetti a obblighi di servizio pubblico. È questo, in particolare, il caso dei servizi di trasporto, di energia, di comunicazione e dei servizi postali».

Si è discusso in dottrina se la nozione europea di servizio di interesse economico generale fosse riconducibile alla nozione nazionale di servizio pubblico, ad oggi ravvisabile in linea generale all'art. 112, d.lgs. n. 267/2000⁷³⁵. Parte della dottrina ha ritenuto che vi fosse una divergenza tra le due nozioni, affermando che «il servizio pubblico implica l'assunzione da parte del soggetto pubblico del dovere di garantire un'offerta, mentre il servizio di interesse generale copre un'area più grande, perché presuppone la conformazione di un mercato, senza tuttavia giungere alla posizione del mercato»⁷³⁶.

Contrariamente, la Corte costituzionale⁷³⁷ ha ritenuto sussistente un'analogia tra la definizione nazionale di servizio pubblico e quella europea, così come l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷³⁸. Il Consiglio di Stato, inoltre, ha cercato

⁷³⁵ Sulla nozione di servizio pubblico diversi sono stati gli orientamenti, dapprima, come è noto l'inquadramento si basava su due teorie: il servizio pubblico in senso oggettivo (si veda tra tutti, F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *novis. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970; G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, I, pp. 148 ss.) ed il servizio pubblico in senso soggettivo (teorizzato da U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, *op. cit.*, *passim*). Come evidenziato da R. MORZENTI PELLEGRINI, *Le modalità di gestione dei servizi sociali nell'ambito dei servizi pubblici locali*, in F. MANGANARO - V. MOLASCHI - R. MORZENTI PELLEGRINI - D. SICLARI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, p. 248, ormai la nozione di servizio pubblico ha subito una positivizzazione da parte dell'art. 112, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, secondo cui «Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla 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».

⁷³⁶ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.* p. 713

⁷³⁷ Secondo Corte Cost., n. 325/2010: «Dall'evidente omologia posta da tale articolo tra «servizi pubblici locali di rilevanza economica» e «servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» si desume, innanzitutto, che la nozione di «servizio pubblico locale di rilevanza economica» rimanda a quella, più ampia, di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), impiegata nell'ordinamento comunitario e già esaminata al punto 6. Del resto, questa Corte, con la sentenza n. 272 del 2004, aveva già sottolineato l'omologia esistente anche tra la nozione di «rilevanza economica», utilizzata nell'art. 113-bis TUEL (relativo ai servizi pubblici locali «privi di rilevanza economica» e dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla stessa sentenza), e quella comunitaria di «interesse economico generale», interpretata anche dalla Commissione europea nel Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003. In particolare, secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, per «interesse economico generale» si intende un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», anche potenziale (sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi. Si tratta dunque di una nozione oggettiva di interesse economico, riferita alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente, reale o potenziale».

⁷³⁸ Per Consiglio di Stato ad. plen., 30/01/2014, n.7, «la presenza di un autentico servizio pubblico locale rivolto alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali - ovvero, secondo il linguaggio dell'Unione europea (artt. 16 e 86 del Trattato FUE), un servizio di interesse economico generale che viene a svolgere una funzione essenziale nell'ambito della costituzione economica di tutti i Paesi

di fornire diverse coordinate per definire il servizio pubblico, riprendendo la nozione di SIEG e la tradizionale nozione di servizio pubblico «in senso oggettivo»⁷³⁹.

Secondo il Consiglio di Stato⁷⁴⁰, «per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile a livello soggettivo la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione; oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di una definizione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)».

Tra i servizi di interesse economico generale rivestono particolare rilevanza, ai fini della presente indagine, i servizi sociali di interesse generale (SSIEG), sia economici che non, consistenti in «servizi che rispondono alle esigenze dei cittadini vulnerabili, fondati sui principi di solidarietà e di accesso paritario»⁷⁴¹, rappresentando il principale campo d'azione degli enti del terzo settore⁷⁴². Sebbene, come visto, il protocollo n. 26 del TFUE ribadisca come i servizi di interesse economico generale ed i servizi di interesse generale siano definiti su base nazionale, l'Unione europea per i servizi sociali di interesse generale rimette la definizione delle loro principali

membri, dovendosi intendere per tale quello rivolto all'utenza, capace di soddisfare interessi generali e di garantire una redditività - del quale i cittadini usufruiscono uti singuli e come componenti la collettività».

⁷³⁹ Come anticipato, tra le teorie volte a definire il servizio pubblico, spicca tra tutte la teoria del servizio pubblico in senso oggettivo ricondotto all'«attività costituente servizio pubblico è quella che non è soltanto soggetta a vari poteri di ingerenza del soggetto pubblico - del tipo, insomma, "settoriale" - ma deve anche qualificarsi come attività direttamente riferibile allo Stato in modo da costituire, in ogni momento del suo esplicarsi, attuazione della sua volontà; e ciò indipendentemente dal fatto che sia privato il soggetto cui è affidata e che gli atti da questo posti in essere abbiano tutti natura di diritto privato» (S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, voc. *Enc. giur.*, XLII, Milano, 1990, p. 370.)

⁷⁴⁰ Consiglio di Stato sez. VI, 05/04/2012, n.2021.

⁷⁴¹ R. MORZENTI PELLEGRINI, *Le modalità di gestione dei servizi sociali nell'ambito dei servizi pubblici locali*, in *op. cit.*, p. 249.

⁷⁴² La maggior parte delle attività di interesse generale indicate nell'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, sembrano essere ricomprese nell'alea dei servizi sociali di interesse generale, in base alle comunicazioni della commissione europea che si vedranno di seguito, volte a definire i tratti peculiari dei servizi sociali di interesse generale.

caratteristiche a tre diverse comunicazioni (COM 2006) 177 del 26 aprile 2006, Comunicazione COM (2007) 725 del 20 novembre 2007 e al rapporto biennale sui SSIG del 20 febbraio 2013, limitando la discrezionalità valutativa degli Stati membri.

La prima comunicazione è la più rilevante costituendo una sorta di “manuale” per gli stati membri nella definizione dei servizi sociali di interesse generale, individuando tra le altre cose «i criteri di organizzazione»⁷⁴³ che li contraddistinguono ed il loro rapporto con il mercato⁷⁴⁴.

⁷⁴³ Per la comunicazione (COM 2006) 177 del 26 aprile 2006, p. 4, i servizi sociali «operano in base al principio di solidarietà, necessario in particolare in caso di mancata selezione dei rischi o in caso di mancanza, a livello individuale, di un'equivalenza fra versamenti e prestazioni; – hanno un carattere globale e personalizzato, che integra la risposta ad esigenze diverse in modo da garantire i diritti fondamentali e tutelare le persone più vulnerabili; – non hanno scopo di lucro, bensì l'obiettivo di affrontare le situazioni più difficili, facendo spesso parte di una tradizione con radici storiche; – comprendono la partecipazione di volontari, espressione delle capacità della cittadinanza; – hanno un forte radicamento connesso a tradizioni culturali (locali). Questo aspetto trova spesso espressione nella prossimità fra il fornitore del servizio e il beneficiario, il che consente di tener presenti le esigenze specifiche di quest'ultimo; – rapporti complessi e diversificati fra coloro che forniscono il servizio e i beneficiari, che non rientrano nell'ambito di un 'normale' rapporto fornitore/consumatore e che richiedono la partecipazione finanziaria di terzi».

⁷⁴⁴ Merita rilevare come la seconda comunicazione del 20 novembre 2007 (COM (2007) 725) costituisca una sorta di specificazione della comunicazione del settembre del 2006 affermando che « I servizi sociali sono spesso intesi a realizzare una serie di finalità specifiche: - sono servizi orientati sulla persona, destinati a rispondere ad esigenze umane essenziali, in particolare quelle di soggetti in situazioni di vulnerabilità; forniscono protezione da rischi generali e specifici della vita e aiutano a superare difficoltà o crisi personali; sono inoltre forniti alle famiglie nel contesto di relazioni familiari in evoluzione, le sostengono nella cura dei piccoli e degli anziani, nonché dei portatori di disabilità, e compensano eventuali incapacità delle famiglie; sono essenziali per la salvaguardia dei diritti umani fondamentali e della dignità umana; - svolgono un ruolo di prevenzione e di coesione sociale nei confronti di tutta la popolazione, indipendentemente dal patrimonio o dal reddito; - contribuiscono alla non discriminazione, alla parità tra i generi, alla tutela della salute umana, al miglioramento del tenore e della qualità di vita nonché a garantire pari opportunità per tutti, aumentando quindi la capacità dei singoli di partecipare pienamente alla società. Tali finalità si rispecchiano nelle modalità di organizzazione, realizzazione e finanziamento di tali servizi: - per rispondere alle molteplici esigenze delle singole persone, il servizio sociale deve essere globale e personalizzato, concepito e realizzato in maniera integrata; esso richiede spesso un rapporto personale tra il ricevente e il prestatario; - la definizione e la realizzazione di un servizio devono tener conto della diversità degli utenti; - nella risposta alle esigenze di utenti vulnerabili, il servizio sociale è spesso caratterizzato da una relazione asimmetrica tra i prestatori e i beneficiari, diversa dalla relazione commerciale tra fornitore e consumatore; - poiché tali servizi sono spesso radicati in tradizioni culturali (locali), si preferiscono soluzioni adeguate alle specificità della situazione locale, che garantiscono la prossimità tra il prestatore e l'utente e al contempo parità di accesso ai servizi su tutto il territorio; - i prestatori necessitano spesso di ampia autonomia per rispondere alla varietà e all'evolversi delle esigenze sociali; - si tratta di servizi di norma motivati dal principio della solidarietà e fortemente dipendenti dal finanziamento pubblico, atto a garantire parità di accesso, indipendentemente dal patrimonio o dal reddito; - i prestatori senza scopo di lucro e i volontari svolgono spesso un ruolo importante nella fornitura dei servizi sociali esprimendo così capacità civica e contribuendo all'integrazione sociale, alla coesione sociale delle comunità locali e alla solidarietà tra generazioni». Il rapporto biennale dei SSIEG del 2013, invece, mette in luce le criticità della legislazione europea e nazionale, evidenziando, tra le altre cose, che «le autorità nazionali, regionali e locali impegnate a fornire o imporre SSIG hanno bisogno di una chiara base giuridica per i loro servizi e le loro spese, e che, pur essendo indispensabile, il servizio di informazioni e chiarimenti e il manuale recentemente pubblicato dalla Commissione sono benvenuti, ma non offrono la necessaria certezza giuridica, il che

Proprio sotto quest'ultimo profilo, la comunicazione del settembre del 2006 ha evidenziato come i servizi sociali di interesse generale possano avere sia valore economico che non, affermando di conseguenza che «quando si tratta di servizi di natura economica, occorre garantire la compatibilità delle modalità organizzative con altri settori del diritto comunitario (in particolare la libertà di fornire servizi, la libertà di stabilimento e le leggi in materia di concorrenza). Ed infatti, «Se le autorità pubbliche decidono di affidare la missione ad un partner esterno o di cooperare con il settore privato con un partenariato, può entrare in gioco la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici e concessioni. In questi casi l'ente pubblico che attribuisce a un organismo esterno una missione sociale d'interesse generale deve, a titolo minimo, rispettare i principi di trasparenza, di parità di trattamento e di proporzionalità. Inoltre, in alcuni casi le direttive sugli appalti pubblici impongono obblighi più concreti»⁷⁴⁵.

La posizione espressa nella comunicazione segnalata, volta ad attribuire valore economico ai servizi sociali di interesse generale, si pone in netto contrasto con una precedente comunicazione del 2001⁷⁴⁶ della Commissione europea che sembrava invece attribuire un valore non economico a tali servizi in forza della naturale propensione ad essere erogati da organismi *no profit*, con conseguente assenza di mercato ed applicazione delle procedure di appalto e concessione⁷⁴⁷.

Allo stesso modo, le comunicazioni successive al 2006 si collocano diversamente dalla labile nozione di servizio sociale operata dall'ordinamento giuridico nazionale. Se dal punto di vista nazionale la categoria dei servizi sociali era utilizzata per «distinguere un a gamma di servizi che non erano compresi tra i servizi

ostacola i fornitori di SSIG nell'assolvimento dei loro compiti; 26. sottolinea che le autorità nazionali e locali hanno la responsabilità di garantire il corretto funzionamento dei SSIG, mantenendo un elevato tenore qualitativo; 27. ritiene che non sia né efficiente né democraticamente accettabile che l'interpretazione concreta della legislazione dipenda dal fatto la Corte di giustizia dell'Unione europea sia indotta a pronunciarsi sui limiti delle normative in materia di mercato unico in merito ai SIG, SSIG compresi, il che è un netto indizio dell'assenza di certezza giuridica; segnala il lungo dialogo in corso su tale argomento tra le parti interessate e invita la Commissione a intraprendere finalmente delle azioni in merito».

⁷⁴⁵ Comunicazione (COM 2006) 177 del 26 aprile 2006, p. 7. Per un'analisi approfondita della comunicazione appena indicata, si veda A. ALBANESE, *Il sistema integrato dei servizi sociali: spunti di analisi in prospettiva europea*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007, pp. 137-171.

⁷⁴⁶ Com 17/04 19 dicembre 2001.

⁷⁴⁷ Su questa concezione soggettiva si veda A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, op. cit., pp. 291 - 304.

pubblici di carattere imprenditoriale», sottraendoli «alle dinamiche economiche di mercato»⁷⁴⁸, e «per individuare una serie di materie coinvolte nei processi di devoluzione dei poteri dallo stato alle amministrazioni regionali»⁷⁴⁹, l'unione europea ha delineato, come visto, gli elementi essenziali dei servizi sociali di interesse generale ammettendone anche il carattere economico - imprenditoriale, senza alcuna differenza, sotto questo profilo, con i SIEG⁷⁵⁰.

Vista l'irrelevanza della natura del soggetto, *profit* o *no profit*, per definire un'attività come economica, considerato che «la nozione di “impresa” abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»⁷⁵¹ ed il riconoscimento della qualifica di operatore economico al terzo settore da parte del diritto dell'unione europea⁷⁵², occorre ora verificare se l'inserimento nel mercato degli enti del terzo settore, così come disposto dalla giurisprudenza, produca o meno effetti distorsivi nella «concorrenza per il mercato» più volte richiamata.

L'accesso alle procedure ad evidenza pubblica da parte degli enti del terzo settore ha ingenerato diversi interrogativi sotto il profilo della compatibilità di tale legittimazione con il principio della *par condicio* degli operatori economici,

⁷⁴⁸ F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008, p. 380, riteneva come l'esenzione nazionale dalle dinamiche concorrenziali non derivassero dall'assenza di offerta dei servizi sociali ma dalla difficoltà «di accedervi da parte tutti i cittadini».

⁷⁴⁹ *Ibis*, p. 378 il quale riprende quanto affermato da G. CORSO, *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in *servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997, pp. 24 e ss.; A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico.*, in *Dir. pubb.*, 1995, p. 600.

⁷⁵⁰ Secondo, E. MENICETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007, p. 131, la diversità e la specificità dei servizi sociali di interesse generale delinea una disciplina a «geometrie variabili» di volta in volta diversa in base alle previsioni del singolo stato membro.

⁷⁵¹ Corte giustizia UE grande sezione - 06/11/2018, n. 622 in merito all'applicazione dell'IMU agli enti ecclesiastici, la cui mancata applicazione ha configurato una violazione del TFUE sugli aiuti di stato. Dello stesso avviso, sentenze del 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e a., C-222/04, EU:C:2006:8, punto 107, nonché del 27 giugno 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, punti 39 e 41. La corte di giustizia inoltre precisa che «Costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, vale a dire prestazioni fornite di norma dietro remunerazione. A tale riguardo, la caratteristica essenziale della remunerazione risiede nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo economico della prestazione di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze dell'11 settembre 2007, Schwarz e Gootjes-Schwarz, C-76/05, EU:C:2007:492, punti 37 e 38, nonché del 27 giugno 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, punti 45 e 47)».

⁷⁵² Da ultimo si veda Corte giustizia UE sez. IX, 06/02/2020, n.11 che riconosce espressamente la qualifica di operatore economico ad un'organizzazione di volontariato.

assimilabile al divieto di disparità di trattamento sancito dal principio di imparzialità, quale elemento essenziale del principio della libera concorrenza⁷⁵³. Il problema di compatibilità appena accennato deriva in particolar modo dal *favor* che la legge attribuisce agli enti del terzo settore (anche prima della loro formalizzazione mediante il codice del terzo settore). Tale *favor* consiste essenzialmente nella possibilità di presentare «un'offerta più vantaggiosa rispetto ai soggetti "lucrativi"»⁷⁵⁴ in forza dei vantaggi previsti *ex lege* sia dal punto di vista fiscale che del costo del lavoro. Ciò determinerebbe, secondo parte della giurisprudenza⁷⁵⁵, una sorta di «incompatibilità logica»⁷⁵⁶ nella partecipazione mista tra soggetti *for profit* e *no profit* non potendosi configurare una vera e propria concorrenza. Le agevolazioni ricordate infatti determinerebbero la possibilità per gli enti del terzo settore di presentare un'offerta economica contenente un maggiore ribasso dell'importo a base di gara rispetto alle

⁷⁵³ S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 228, afferma che il significato attribuito al principio di imparzialità è molto vicino a quello della libera concorrenza. Infatti, «nelle decisioni del giudice amministrativo la parità di trattamento o la *par condicio* degli interessi privati di fronte all'amministrazione e per l'amministrazione è intesa in senso oggettivo, come presupposto per la realizzazione effettiva del principio di concorrenza».

⁷⁵⁴ Così, P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, *op. cit.*, fasc. 3, p. 340, che attraverso un'attenta disamina della giurisprudenza in tema ha evidenziato questa posizione del giudice amministrativo, con particolare riferimento a T.A.R. Campania, sez. V, 31 marzo 2008, n. 1666; T.A.R. Veneto n. 2034/2007.

⁷⁵⁵ Ed infatti secondo la già richiamata pronuncia del T.A.R. Campania, sez. V, 31 marzo 2008 «la stipulazione di un contratto a titolo oneroso, quale l'appalto pubblico di servizi in esame, si pone come incompatibile, rispetto al fondamentale aspetto del volontariato; l'onerosità presuppone infatti che un soggetto, per acquistare un qualsiasi tipo di diritto, beneficio o vantaggio, accetti un correlativo sacrificio, sussistendo tra vantaggio e sacrificio un nesso di causalità, laddove la gratuità implica che un soggetto acquisisca un vantaggio senza alcun correlativo sacrificio. L'onerosità implica, dunque, che l'Amministrazione – per conseguire il vantaggio rappresentato dall'espletamento del servizio dedotto in appalto – corrisponda il correlativo prezzo, evidentemente comprensivo della retribuzione dei lavoratori impiegati per svolgerlo. Tuttavia, come s'è visto, i volontari inquadrati in un'associazione non possono essere retribuiti in alcun modo. Dalle considerazioni che precedono emerge quindi un primo fondamentale profilo di incompatibilità tra espletamento di gara finalizzata all'aggiudicazione di un pubblico servizio e partecipazione, alla medesima, di associazioni di volontariato». Inoltre si afferma che «In sostanza, se lo strumento scelto per addivenire alla stipula dell'appalto è stato quello del ricorso al mercato, previo esperimento di gara pubblica, tesa ad individuare il prezzo più basso, in vista dell'espletamento del servizio, l'ammissione a tale gara anche di associazioni di volontariato, che operano secondo logiche svincolate da criteri di imprenditorialità e professionalità, e che possono quindi presentare offerte che prescindono completamente dalla necessaria remuneratività del servizio, viola – oltre che la normativa sopra richiamata – anche il principio della *par condicio* tra i partecipanti alla pubblica selezione». In chiave critica M. C. JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, *op. cit.*, pp. 255-257, in cui ricorda che è solo precluso alle organizzazioni *no profit* il lucro soggettivo e non il lucro oggettivo, a nulla rilevando il carattere dell'onerosità al fine di considerare economica la sua attività di interesse generale o onerosi i contratti che stipula. L'autrice ricorda come la nozione di onerosità del contratto e di impresa prescinde dalla qualifica soggettiva dell'ente che esercita un'attività se questa è oggettivamente economica.

⁷⁵⁶ *Ibidem*.

imprese *profit*, comportando una sorta di “disparità delle armi” e violazione della *par condicio*.

Tale disomogeneità tra terzo settore ed imprese risulta evidente, ma solo in via apparente, se si considera che le stazioni appaltanti avevano, nell’ottica del precedente codice appalti, d.lgs. n. 163/2006, una maggiore discrezionalità nella scelta del criterio di selezione dell’offerta del prezzo più basso, valorizzando unicamente il prezzo offerto per la selezione del contraente⁷⁵⁷. Come è stato rilevato⁷⁵⁸, però, non esiste - e non può esistere - alcuna garanzia stabilita dal diritto positivo per compensare i vantaggi economici degli enti del terzo settore rispetto alle imprese indirizzate al profitto. Tale evenienza, altrimenti, potrebbe determinare una disparità di trattamento *a contrario* nei confronti delle organizzazioni senza scopo di lucro.

La giurisprudenza, difatti, con andamento oscillante, ha sanzionato ogni comportamento delle stazioni appaltanti volto a “sterilizzare” i vantaggi fiscali dell’ente del terzo settore, determinando in questo modo un’alterazione della *par condicio* a favore degli imprenditori *profit*⁷⁵⁹. Allo stesso modo, non vi sono né obblighi eurounitari né obblighi nazionali volti ad indirizzare la discrezionalità delle stazioni appaltanti⁷⁶⁰ a selezionare requisiti economici o tecnico professionali, legittimamente escludenti, o a riservare procedure ad evidenza pubblica per rendere

⁷⁵⁷ Ad oggi come è noto il d.lgs. n. 50/2016 all’art. 95, in controtendenza con il vecchio codice del 2006, valorizza il criterio del miglior rapporto qualità prezzo, riducendo a casi tipici il ricorso al criterio del minor prezzo. In tema si veda, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 5, pp. 503-545; L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 1, pp. 24-36.

⁷⁵⁸ P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti “disomogenei”*, *op. cit.*, pp. 342-343.

⁷⁵⁹ Come segnalato da *Ibis*, p. 342, si veda Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 185 e T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 29 dicembre 2010, n. 4857.

⁷⁶⁰ In ordine alla discrezionalità della stazione appaltante in materia di servizi sociali v. D. SENZANI, *L’evidenza pubblica e la procedura di scelta del contraente*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 422; A. MASSERA, *L’espletamento di funzioni e servizi pubblici tra esternalizzazione, autoproduzione e cooperazione*, in C. MARZUOLI-S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, p. 93 ss. Sulla facoltà di riservare procedure ad evidenza pubblica, v. A. MAGLIARI, *L’affidamento dei servizi sociali di interesse generale attraverso contratto di appalto*, *op. cit.*, Napoli, 2019, p. 30. Quanto alla giurisprudenza, Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2019, n. 8305 afferma che «[è] evidente che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante conformare la *lex specialis*, quanto alla determinazione della base d’asta, in modo da garantire il migliore perseguimento del suo interesse». Inoltre «sia la giurisprudenza europea (Corte giust. 7 ottobre 2004, causa C-247/2002), che quella nazionale, pur con riferimento al previgente quadro normativo, hanno costantemente valorizzato la discrezionalità della PA nel valutare, caso per caso, le peculiarità di ogni singolo appalto, in modo da attribuire il giusto peso alla componente economica e a quella tecnica (cfr. Cons. Stato, sez. V, nn. 5637/2011 e 6837/2007)».

omogenea la partecipazione tra operatori economici, evitando così partecipazioni miste tra enti senza scopo di lucro e imprese *profit*.

Benchè non vi siano obblighi giuridici volti a riequilibrare la disomogeneità tra terzo settore ed imprese commerciali nella dinamica delle procedure ad evidenza pubblica, merita rilevare la presenza di meccanismi fisiologici di compensazione al fine di valorizzare la funzione sociale ed il fine di interesse generale degli enti del terzo settore⁷⁶¹.

Il primo consiste nel limite imposto all'esercizio delle attività commerciali da parte degli enti senza scopo di lucro, finalizzate alla produzione o allo scambio di beni o di servizi⁷⁶² in un determinato mercato. Tradizionalmente il limite accennato riguardava le associazioni di volontariato che, ai sensi dell'art. 5 comma 1, l. n. 266/1991, potevano trarre risorse economiche volte al loro funzionamento da «attività commerciali e produttive marginali», determinando di conseguenza una presenza sul mercato quantitativamente inferiore rispetto ad un'impresa con scopo di lucro. Di recente, come già ricordato, anche il codice del terzo settore, all'art. 6, ha definito la possibilità per gli enti del terzo settore di svolgere attività ulteriori rispetto alle attività di interesse generale *ex art. 5, d.lgs. n. 117/2017*, purchè siano strumentali ad esse.

Sebbene quanto detto comporti una riduzione della presenza sul mercato degli enti del terzo settore, ciò vale solo per le attività ulteriori rispetto a quelle di interesse generale previste da statuto. Dall'analisi sin qui condotta è infatti emerso come le attività di interesse generale, a prescindere dalla loro qualifica di attività commerciale, rilevante solo per l'applicazione dei regimi di imposte sui redditi, possano essere qualificate come attività economiche, ossia capaci di «offrire beni o servizi su un determinato mercato, anche potenziale».

Pertanto, le organizzazioni prive di scopo di lucro «possono partecipare alle gare per l'affidamento di pubblici servizi nei casi in cui l'attività oggetto di gara sia funzionale allo scopo associativo dell'ente e compatibile con la disciplina statutaria di esso, anche perché la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la

⁷⁶¹ A. ALBANESE, *Il sistema integrato dei servizi sociali: spunti di analisi in prospettiva europea*, op. cit., p. 167, evidenzia come non possa essere posta in termini di incompatibilità tale funzione sociale e solidaristica con la qualifica di impresa.

⁷⁶² Ciò si desume dalla nozione di imprenditore commerciale *ex art. 2082 c.c.*

coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa, sicché l'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici»⁷⁶³.

In questo modo, l'unico limite all'accesso ad una procedura ad evidenza pubblica mista, ossia che vede la partecipazione di operatori economici *for profit*, consiste nelle finalità statutarie dell'operatore economico *no profit* che dovranno prevedere la possibilità per l'ente del terzo settore di esercitare l'attività oggetto di affidamento.

Un ulteriore meccanismo volto a riequilibrare l'asimmetria tra enti del terzo settore ed imprese commerciali consiste nella possibilità di riservare procedure ad evidenza pubblica ad enti *no profit*, ai sensi degli artt. 112 e 143, d.lgs. n. 50/2016. Come anticipato, l'art. 112, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, prevede per le stazioni appaltanti la facoltà di avviare procedure di appalto o di concessione riservata per cooperative sociali di tipo B disciplina che «Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati». L'art. 143, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, invece, sancisce che «Le stazioni appaltanti possono riservare alle organizzazioni di cui al comma 2 il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'allegato IX»⁷⁶⁴.

La *ratio* di entrambe le norme consiste nel valorizzare lo scopo solidaristico delle organizzazioni del terzo settore attraverso la creazione di un mercato autonomo “ad armi pari” tra operatori della stessa natura. Merita rilevare come tali istituti non

⁷⁶³ T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna) sez. II, 09/04/2019, n.333. Dello stesso avviso, Consiglio di Stato sez. III, 15/01/2016, n.116, con una sentenza precedente alle direttive del 2014 in materia di appalti e concessioni, secondo cui «Alla luce della direttiva Ce n. 18/2004 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa, per cui l'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici». In tal senso anche Cons. St., Sez. V, 26 agosto 2010, n. 5956; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22 febbraio 2007, n. 1559.

⁷⁶⁴ Tale disposizione di legge replica il contenuto dell'art. 77 della direttiva 2014/24/UE.

vadano solamente a compensare il *deficit* di agevolazioni economiche degli operatori *profit*, ma anche a controbilanciare il *deficit* fisiologico dell'offerta tecnica presentata da cooperative sociali di tipo B finalizzate all'inserimento lavorativo.

Ed infatti, sebbene lo scopo solidaristico delle organizzazioni senza scopo di lucro determini talvolta vantaggi rispetto agli altri operatori economici in sede di gara, lo scopo solidaristico di particolari organizzazioni *no profit* rappresenta di contro uno svantaggio. Questo è il caso, come detto, delle cooperative sociali di tipo B che, prevedendo l'assunzione di personale svantaggiato, potrebbero presentare un'offerta tecnica a condizioni peggiori rispetto ad un operatore economico che impieghi personale non riconducibile a tale categoria⁷⁶⁵. La norma, dunque, permette di concorrere a soggetti della stessa natura per garantire una competizione alle stesse condizioni di mercato valorizzando, allo stesso tempo, il fine di interesse generale realizzato dall'attività delle cooperative sociali che giustifica la scelta discrezionale della riserva⁷⁶⁶.

L'art. 143, d.lgs. n. 50/2016, prevede la possibilità di riservare l'affidamento di servizi sociali, specificamente indicati dalla norma⁷⁶⁷, ad organizzazioni senza scopo di lucro sia al fine di evitare la contestuale partecipazione di enti *profit* e *no profit*, sia per garantire adeguatezza ed efficacia al servizio erogato.

Quanto al primo profilo, per ragioni prima logiche che giuridiche, i vantaggi della riserva non rilevano solamente per gli operatori economici indirizzati al profitto, escludendo dal mercato operatori economici che partono da condizioni diverse, ma rilevano anche per le stesse organizzazioni senza scopo di lucro. La creazione di un

⁷⁶⁵ Sotto diversi profili, come ad esempio nella disponibilità di straordinari, nel numero delle ore di lavoro che il personale può prestare e nella disponibilità di orario notturno. Si veda in merito, M. V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, n. 2, 2018, p. 43. In tema, G. GUERRINI, *Discutono sul tema*, in S. PELLIZZARI - A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019, pp. 242 e ss.; A. MONEA, *Affidamento di servizi a Terzo Settore e coop sociali: le linee guida ANAC*, in *Cooperative e enti non profit*, 2015, n. 10, pp. 28-38; S. SORRENTINO, *È possibile un rapporto "preferenziale" tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?*, in *Munus*, 2014, n. 3, pp. 566-587; S. AGOSTINI, *Principi sociali, cooperative e appalti pubblici*, in *Rivista della cooperazione*, 2008, n. 1, pp. 51-59. Sul rilevante tema della partecipazione a procedure di appalto da parte di consorzi fra società cooperative quale «singolare modello giuridico» si legga tra tutti, S. STICCHI DAMIANI - M. MONTEDURO, *I consorzi fra società cooperative nel diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2018.

⁷⁶⁶ Come previsto dal comma 3 dell'art. 112, d.lgs. n. 50/2016, «Il bando di gara o l'avviso di preinformazione danno espressamente atto che si tratta di appalto o concessione riservata», con contestuale motivazione.

⁷⁶⁷ Allegato IX della direttiva 2014/24UE.

mercato autonomo determina certamente una competizione a parità di condizioni, ma esclude anche una parte importante di mercato, presente come visto anche nei servizi sociali, in cui gli operatori economici *profit* potrebbero presentare offerte tecniche che superino i vantaggi economici indirizzati al *no profit*, rilevando unicamente per l'offerta economica. Ciò risulta ancora più evidente se si considera che l'art. 142, comma 5-*septies*, d.lgs. n. 50/2016, e la stessa formulazione dell'art. 95, d.lgs. n. 50/2016, prevedono l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sotto il profilo del miglior rapporto qualità - prezzo⁷⁶⁸.

L'art. 142, d.lgs. n. 50/2016, infatti, introduce un regime c.d. "alleggerito" per l'affidamento di servizi sociali che le procedure riservate *ex art.* 143, d.lgs. n. 60/2016, devono necessariamente seguire. Questa procedura "alleggerita", in deroga a quella ordinaria, prevede la disapplicazione di parte delle disposizioni previste dal d.lgs. n. 50/2016, come ad esempio la valutazione dell'anomalia dell'offerta e la definizione di una soglia *sui generis*⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ Ai sensi dell'art. 142, comma 5 *septies*, d.lgs. n. 50/2016 «Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5-*sexies*, devono essere, altresì, applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo». Così anche l'art. 95, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: [...] a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)».

⁷⁶⁹ Difatti l'art. 142, comma 5-*sexies*, d.lgs. n. 50/2016, afferma che «Si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65», così anche il comma 5-*septies*, secondo cui «Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5-*sexies*, devono essere, altresì, applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo». Per la diversa soglia comunitaria, invece, ai sensi del considerando 115 della direttiva 2014/24 UE «Analogamente, i servizi alberghieri e di ristorazione sono offerti generalmente solo da operatori ubicati nel luogo specifico di prestazione di tali servizi e hanno pertanto anche una dimensione limitatamente transfrontaliera. Dovrebbero pertanto rientrare solo nel regime alleggerito, con una soglia di 750 000 EUR. I servizi alberghieri e di ristorazione che superano tale soglia possono rivestire un interesse per diversi operatori economici, quali agenzie di viaggio e altri intermediari, anche su base transfrontaliera». Allo stesso modo il considerando 116 «Analogamente, taluni servizi legali riguardano esclusivamente questioni di puro diritto nazionale e sono pertanto offerti generalmente solo da operatori ubicati nello Stato membro interessato e hanno di conseguenza anche una dimensione limitatamente transfrontaliera. Dovrebbero pertanto rientrare solo nel regime alleggerito, con una soglia di 750 000 EUR». Ciò è stato recepito dall'art. 35, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 50/2016, che riporta la soglia di «euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX». Si veda in tema, L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, pp. 1011 e ss. In merito all'evoluzione della disciplina, soprattutto dopo il c.d. decreto correttivo, d.lgs. n. 56/2017, M. DE NES - G. QUARNETI, *Gli appalti nei servizi sociali: una disciplina sensibilmente riformata*, in M.A. SANDULLI - M. LIPARI - F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*,

La limitazione della concorrenza determinata attraverso la formalizzazione di procedure riservate e l'introduzione di regimi c.d. "alleggeriti", ai sensi dell'art. 142, d.lgs. n. 50/2016 trova la sua ragion d'essere nella peculiare natura dei servizi sociali, così come disciplinato dal considerando 114 della direttiva 2014/24UE. Secondo il considerando appena enunciato «Certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. Occorre quindi stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi».

Ed è proprio la natura dei servizi sociali, diversa in ogni stato membro anche in base alle proprie tradizioni culturali, che determina l'esigenza di un regime differenziato rispetto alle procedure di appalto o di concessione ordinarie, comportando di conseguenza una dimensione transfrontaliera limitata ed una soglia di rilevanza europea più alta rispetto ai servizi di interesse economico generale.

D'altronde già dalle varie comunicazioni della Commissione europea, precedenti alla direttiva esaminata, si mostrava una certa difficoltà nel fornire una definizione univoca, valida per tutto il territorio europeo, di servizio sociale di interesse generale. Con la visione di sistema propria del legislatore europeo, riconosciuta la fisiologica diversità dei servizi in analisi, si è reso necessario fornire agli stati membri di elementi essenziali del servizio sociale di interesse generale, affermandone la possibile economicità e dunque la presenza di un potenziale mercato, onde evitare che lo scarso rilievo transfrontaliero si potesse trasformare in abuso.

Per scongiurare l'evenienza di affidamenti diretti, alterando il principio della libera concorrenza, il considerando 114 ha evidenziato il necessario «rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento»⁷⁷⁰ nelle procedure di affidamento dei servizi sociali di interesse economico generale. Ciò anche nell'ipotesi della presenza di un mercato ristretto, riservando ai soli operatori *no profit* la possibilità di partecipare a tali procedure. Efficace, infatti, risulta il bilanciamento

Milano, 2017, pp. 371 e ss.; 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, pp. 18 e ss.

⁷⁷⁰ Considerando 114 par. 2.

effettuato dal legislatore europeo tra l'esigenza di rispettare il principio della libera concorrenza e la necessità di riservare agli stati membri: «di organizzare la scelta dei propri fornitori» nel pieno rispetto del principio di adeguatezza ed in continuità con la definizione data dalla commissione europea con le comunicazioni sopra ricordate, in linea con il TFUE⁷⁷¹.

Più precisamente, il medesimo considerando 114 dispone che «In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato. Le norme della presente direttiva tengono conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale».

Al fine di garantire il principio di certezza del diritto, in termini di prevedibilità delle conseguenze delle azioni, che assume un ruolo centrale nella dinamica delle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici⁷⁷², il legislatore europeo guida gli Stati membri nella definizione delle procedure di affidamento di appalti e concessioni per i servizi sociali di interesse economico generale affermando che «gli Stati membri dovrebbero tener conto dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26. In tale contesto, gli Stati membri dovrebbero inoltre perseguire gli obiettivi della semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici; è opportuno chiarire che ciò potrebbe anche

⁷⁷¹ Ciò sembra realizzare quanto affermato da Feliciano Benvenuti nell'invito del legislatore ad assumere il ruolo del profeta ed evitare antinomie all'interno dell'ordinamento giuridico. Cfr. Cap. I.

⁷⁷² Ad esempio, il considerando n. 121, dir. 2014/24/UE richiama la certezza del diritto affinché i «migliori orientamenti e informazioni e un migliore sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori economici contribuiscano ampiamente ad accrescere l'efficienza degli appalti pubblici, migliorando le conoscenze, la certezza del diritto e la professionalizzazione delle prassi sugli appalti pubblici. Tali orientamenti dovrebbero essere messi a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici qualora risultino necessari al fine di migliorare la corretta applicazione delle norme». Così anche il considerando n. 2 della medesima direttiva, che afferma la necessità di garantire «coerenza sistematica e allineamento normativo delle nozioni giuridiche e dei concetti base comuni a garanzia della certezza del diritto». Ciò viene ripreso anche dal d.lgs. n. 50/2016 dalla legge delega n. 11/2016. In tema, si veda L.R. PERFETTI, *Introduzione*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Padova, 2017, p. VIII.

comportare il ricorso a norme applicabili agli appalti di servizi non assoggettati al regime specifico».

Alla luce di quanto detto, risulta evidente come la scelta del legislatore italiano, a mente dell'art. 142, d.lgs. n. 50/2016 sia stata quella di prevedere per l'affidamento dei servizi sociali di interesse economico generale una procedura ad evidenza pubblica *a spot*, prendendo talvolta parte della disciplina per le procedure ordinarie, talaltra, invece, lasciando libere le stazioni appaltanti di esercitare la propria discrezionalità e “costruire” la procedura di appalto o di concessione più adeguata al contesto socio - economico e di mercato in cui si trova ad operare⁷⁷³. Ciò permette alla stazione appaltante di graduare la procedura stessa, consentendo di superare le disomogeneità di una partecipazione mista tra operatori economici *profit e no*, attraverso la scelta di una procedura riservata ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 50/2016, bilanciando in tal modo il principio di libera concorrenza con quello più propriamente solidaristico⁷⁷⁴.

Occorre rilevare come tale bilanciamento, in cui nessuno dei due principi richiamati recede a favore dell'altro, sia particolarmente evidente nelle disposizioni dei commi 2 e 3 dell'art. 143, d.lgs. n. 50/2016 in cui si prevede una durata massima di 3 anni del contratto di appalto ed il divieto di aggiudicare il servizio sociale all'operatore economico che negli ultimi 3 anni ha ottenuto l'aggiudicazione per i servizi oggetto della procedura riservata. Così facendo, il legislatore, inserendo un contrappeso alla discrezionalità della stazione appaltante, intende valorizzare il principio del *favor participationis*, allo stesso modo del principio di rotazione⁷⁷⁵,

⁷⁷³ A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore*, in *Mumus*, n. 1, 2019, pp. 173 - 174.

⁷⁷⁴ A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *federalismi.it*, n. 12, 2018, ricorda infatti, attraverso un parallelismo con le procedure riservate a mente del D.P.C.M. 30 marzo 2001, le parole dell'ANAC contenute nella delibera del 20 gennaio 2016, n. 32, affermando che «la deroga all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica può essere giustificata soltanto allorquando sussista l'attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza e adeguatezza economica».

⁷⁷⁵ Come evidenziato da Consiglio di Stato sez. V, 15/12/2020, n.8030, al pari di quanto previsto dall'art. 143, comma 2, lett. d, d.lgs. n. 50/2016, «Il principio di rotazione in sede di gara costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio; in questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori

evitando il consolidarsi di rapporti contrattuali con lo stesso operatore economico, con l'evidente rischio di una lesione della libera concorrenza.

L'analisi del considerando 114 della direttiva 2014/24/UE ha permesso di evidenziare come il legislatore europeo abbia previsto delle deroghe rispetto al principio della libera concorrenza, realizzato attraverso la disciplina dei contratti pubblici contenuta nelle direttive del 2014, in forza del carattere spiccatamente sociale e a base solidaristica di alcune attività come i servizi sociali di interesse generale⁷⁷⁶. Come sottolineato, proprio dal considerando più volte richiamato, si comincia a modificare la concezione delle procedure ad evidenza pubblica che da «strumento di promozione del mercato comune e della concorrenza, divengono strumento di integrazione sociale e territoriale», incentivando forme alternative di affidamento attraverso una rinnovata fiducia di cooperazione tra pubblico e privato⁷⁷⁷.

Verificato lo stato dell'arte e gli effetti prodotti dall'inserimento nel mercato degli enti del terzo settore nel rispetto del principio della libera concorrenza e delle

economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro». In tema si veda, *ex multis*, A. ILACQUA, *Procedure sotto soglia e principio di rotazione alla luce delle modifiche apportate, al codice appalti, dal D.L. 18 aprile 2019 n. 32, convertito con modifiche in Legge 55/2019*, in *GiustAmm.it*, 2019, n. 6, pp. 14 e ss.; A. MASSERA, *Le procedure sotto soglia, Commento a dec. legge 18 aprile 2019 n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 6, pp. 730-737; F. MANGANARO - R. PARISI, *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell'ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, n. 5, pp. 589-598; S. DEIANA, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, n. 5, pp. 681-689.

⁷⁷⁶ Come evidenziato da F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale, op. cit.*, p. 158, anche prima delle direttive eurounitarie del 2014 la Corte di giustizia aveva sottolineato la derogabilità del principio della libera concorrenza con la sentenza *Sodemare* (Corte giustizia UE, 17/06/1997, n.70), secondo cui «occorre constatare che, allo stato attuale del diritto comunitario, uno Stato membro può, nell'ambito della competenza ad esso spettante per organizzare il suo sistema previdenziale, considerare che un sistema socio-assistenziale, come quello di cui trattasi nel procedimento a quo, implichi necessariamente, per raggiungere i suoi obiettivi, che l'ammissione di operatori privati a tale sistema in quanto prestatori di servizi d'assistenza sociale venga subordinata alla condizione che essi non perseguano fini di lucro. Peraltro, l'impossibilità per le società che perseguono fini di lucro di partecipare automaticamente alla realizzazione di un sistema legale di assistenza sociale di uno Stato membro con la stipulazione di una convenzione che dà diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi di assistenza sociale a rilevanza sanitaria non può collocare le società a fini di lucro di altri Stati membri in una situazione di fatto o di diritto sfavorevole in relazione a quella delle società a fini di lucro dello Stato membro di stabilimento. Alla luce di quanto sopra, la condizione di assenza di fini di lucro non può essere considerata come contraria agli artt. 52 e 58 del Trattato. Di conseguenza, occorre risolvere la seconda e la terza questione nel senso che gli artt. 52 e 58 del Trattato non ostano a che uno Stato membro consenta ai soli operatori privati che non perseguono fini di lucro di concorrere alla realizzazione del sistema di assistenza sociale con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi d'assistenza sociale a rilevanza sanitaria».

⁷⁷⁷ Così, E. BANI, *Il codice dei contratti pubblici tra stato mercato e non profit*, in A. FIORITTO, (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, p. 255.

disposizioni di legge in tema (d.lgs. n. 50/2016 e le direttive 2014/23/UE 2014/24/UE 2014/25/UE), a questo punto della ricerca occorre domandarsi, prendendo le mosse da quanto appena detto, se gli strumenti alternativi di affidamento disposti dal codice del terzo settore si pongano o meno in armonia con le deroghe previste al livello eurounitario e nazionale circa l'applicazione della disciplina dei contratti pubblici, senza violare i principi del *favor participationis* e della *par condicio*.

2. - L'(apparente) antinomia fra co-progettazione e libera concorrenza.

Al fine di valutare se la co-progettazione, così come precedentemente inquadrata⁷⁷⁸, e le convenzioni per l'affidamento di servizi sociali siano compatibili con il *sistema* delineato dal codice dei contratti pubblici e dalle direttive europee del 2014, più volte richiamate, occorre muovere da quanto affermato dal Consiglio di Stato in tema.

Infatti, con il parere n. 2052 nel 2018 si è ritenuto che la formulazione normativa degli istituti di co-progettazione e delle convenzioni per l'affidamento dei servizi sociali si ponga in antinomia con le direttive del 2014 dell'unione europea.

Il parere appena indicato origina da una richiesta dell'ANAC in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, alla luce delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 e del d.lgs. n. 117 del 2017.

Il Consiglio di Stato struttura il suo parere partendo inizialmente dal rapporto tra mercato e terzo settore, in funzione strumentale alla disamina degli istituti di dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione introdotti dal codice del terzo settore. Si sottolinea pertanto il contesto normativo di riferimento, dove si ricorda come, rispetto al d.lgs. n. 163/2006, il codice dei contratti pubblici del 2016 non escluda dal proprio ambito l'affidamento dei servizi sociali, disciplinandoli nello specifico⁷⁷⁹.

⁷⁷⁸ Cfr. Cap. III.

⁷⁷⁹ In particolare, si afferma al par. 2 che «Netta, sul punto, la distonia rispetto alla previgente disciplina, che dedicava agli affidamenti di servizi sociali (al pari di tutti i servizi inclusi nell'allegato II-B) solo le disposizioni afferenti alle specifiche tecniche ed agli avvisi circa l'esito della procedura di aggiudicazione (cfr. art. 20 d.lgs. n. 163 del 2006). L'attuale Codice, viceversa, non solo non reca alcuna esplicita esclusione dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, ma detta in proposito plurime disposizioni, che rendono evidente la sottoposizione anche di tali servizi alla normativa codicistica»

Nel riportare analiticamente il testo degli artt. 55, 56 e 57, d.lgs. n. 117/2017, prima di metterlo a confronto con il codice dei contratti pubblici, la sezione consultiva del Consiglio di Stato ricorda quanto indicato con il precedente parere n. 1405 del 14 giugno 2017 relativo allo schema del d.lgs. n. 117/2017. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, al punto 3 c del parere sullo schema del codice del terzo settore: «i Trattati Europei non attribuiscono all’Unione alcuna competenza in materia di enti non profit. Nonostante tale scelta di policy – tradizionalmente giustificata in ragione della prossimità tra le attività degli enti non profit e i sistemi nazionali di welfare – la competenza degli Stati membri deve, nondimeno, essere esercitata nel rispetto della disciplina in materia di concorrenza (CGCE, sentenza 14 settembre 2006 in causa C-386/04, Stauffer)». Di seguito, il giudice amministrativo evidenzia come la nozione di impresa per il diritto europeo sia oggettiva e non soggettiva, cioè «incentrata sullo svolgimento di attività economica»⁷⁸⁰, consistente nell’offrire beni e servizi da destinare al mercato, ritenendo come «il Codice del Terzo settore [...] potrebbe forse considerare con più attenzione la necessità (imposta dal diritto europeo) di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato». Del resto, continua, la legge delega al codice del terzo settore aveva imposto di «individuare criteri e modalità per l’affidamento agli enti dei servizi d’interesse generale, improntati al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione e nel rispetto della disciplina europea e nazionale in materia di affidamento dei servizi di interesse generale» (cfr. l. n. 106 del 2016, art. 4, comma 1, lett. o)».

Sulla scorta di quanto detto, il Consiglio di Stato prosegue confrontando gli istituti del codice del terzo settore in analisi con gli istituti precedentemente introdotti dal legislatore nazionale con i quali si delineava un simile rapporto di dialogo tra terzo settore e pubblica amministrazione.

⁷⁸⁰ Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 26 luglio 2018, par. 4. Più specificamente afferma che «La Corte di Giustizia è costante nell’adottare una nozione funzionale di impresa, incentrata sullo svolgimento di attività economica, anziché sulle caratteristiche dell’operatore professionale: per “impresa” deve intendersi l’organismo che «esercita un’attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento» (a partire quanto meno da CGCE, 23 aprile 1991, in causa C-41/90, Höfner)».

Riprendendo, dunque, le forme di co-progettazione individuate dalla l. n. 328/2000 (art. 5) ed attuate dal D.P.C.M. 30 marzo del 2001 (artt. 6 e 7) il medesimo Consiglio di Stato ha affermato che tali disposizioni di legge stabilivano che «i rapporti tra comuni e soggetti del terzo settore nell'affidamento dei servizi alla persona, quali che ne siano le forme, sono comunque soggetti alle “norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione» e che «la co-progettazione è circoscritta ad “interventi innovativi e sperimentali”».

Ed infatti, secondo il giudice amministrativo, «Le disposizioni del Codice in commento, invece, non indicano più, quale superiore principio conformativo delle procedure di affidamento di servizi sociali, il necessario rispetto “delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione”; in termini più specifici, inoltre, non limitano il ricorso alla co-progettazione ai soli “interventi innovativi e sperimentali”, ma, de facto, qualificano l’istituto come strumento ordinario a regime. Parimenti, l’accreditamento viene indicato quale possibile modalità per addivenire alla conclusione di un partenariato ed il relativo procedimento è soggetto al rispetto di taluni generali principi di massima (“*trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento*”), senza, tuttavia, alcun espresso richiamo alla normativa del Codice dei contratti pubblici».

Il Consiglio di Stato invita allora ad interpretare gli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017 alla luce del sistema delineato dal codice dei contratti pubblici e dalle direttive 2014/23/UE; 2014/24/UE; 2014/25/UE che trovano applicazione nell’affidamento dei servizi di interesse economico generale non esclusi, come, ad esempio, il servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza⁷⁸¹, e quando il

⁷⁸¹ Espressamente escluso dal considerando n. 28 della direttiva 2014/24/UE secondo cui: «La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 «Servizi di trasporto terrestre» del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime alleggerito»). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime

contratto di appalto o di concessione sia oneroso. Si sostiene pertanto che «al ricorrere di alcune condizioni la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché: - la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo; - non tenda, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale; - la procedura disciplinata dal diritto interno miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito»⁷⁸².

Nella prospettiva interpretativa fornita per valutare la compatibilità della co-progettazione e delle convenzioni relative all'affidamento dei servizi sociali a particolari enti del terzo settore, la sezione consultiva del Consiglio di Stato si concentra sulla definizione di affidamento gratuito, per valutare quando per il diritto dell'unione europea un contratto pubblico non sia rilevante, non ponendo problemi di distorsione della concorrenza, con conseguente facoltà di aggiudicarlo liberamente⁷⁸³. Per gratuità s'intende «sotto un primo profilo, la creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto; sotto un secondo profilo il sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale (evenienza tipica delle associazioni di volontariato, cfr art. 17 del codice del terzo settore). In tali casi si realizza la corretta fattispecie della gratuità, vale a dire un aumento patrimoniale di un soggetto, in questo caso la collettività, cui corrisponde una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore». Per questo motivo, «la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore».

Delineato il contesto europeo, il Consiglio di Stato passa alla valutazione della natura della co-progettazione, secondo cui essa «rientra nel fuoco della normativa

alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza».

⁷⁸² Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 26 luglio 2018, par. 5.

⁷⁸³ *Ibidem*, più precisamente afferma che «lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza in quanto (e nei limiti in cui) si risolve in un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato perché incapace di essere auto-sufficiente mediante la copertura dei costi con i ricavi».

europea quale forma di appalto di servizi sociali con ancora maggiore evidenza rispetto all'accreditamento: la co-progettazione, infatti, quale procedura *“finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento”*, si sostanzia in un rapporto fra Amministrazione e specifici enti del terzo settore che presenta a monte un momento selettivo fra gli operatori interessati e tende a valle a disporre all'ente co-progettante l'affidamento del servizio sociale»⁷⁸⁴.

In sostanza, secondo la visione del giudice amministrativo, la co-progettazione sarebbe sussumibile sotto la fattispecie del partenariato per l'innovazione, così come disciplinato dal codice dei contratti pubblici all'art. 65, e «solo la comprovata ricorrenza dell'elemento della gratuità [...] esclude la sussunzione della procedura entro la disciplina euro-unitaria», rendendo «estraneae al codice unicamente le procedure di accreditamento c.d. libero e le procedure di co-progettazione e partenariato finalizzate a rapporti puramente gratuiti»⁷⁸⁵.

Il Consiglio di Stato ritiene dunque che «In considerazione della primazia del diritto euro-unitario» «la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del terzo settore», paventando la disapplicazione delle norme contrarie «ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario».

Secondo l'interpretazione ora indicata, l'istituto della co-progettazione, così come disciplinato dall'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, troverebbe applicazione solamente per affidamenti gratuiti che prevedono la stipulazione di un contratto di partenariato per l'innovazione a titolo gratuito, non essendo ravvisabile alcuna contendibilità del contratto stesso sul mercato. Altrimenti, in caso di onerosità, la stazione appaltante sarebbe costretta a rispettare le procedure di affidamento *“alleggerite”*, ex art. 142, d.lgs. n. 50/2016, o riservate, ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 50/2016⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 26 luglio 2018, par. 5.

⁷⁸⁵ *Ibidem*.

⁷⁸⁶ Nel dettaglio, il Consiglio di Stato ritiene che sia «opportuno precisare che l'applicazione del Codice dei contratti pubblici è integrale ed attiene, dunque, a tutti gli istituti ivi previsti, salva l'applicazione dell'art. 36 per i contratti sottosoglia. Tuttavia, il d.lgs. n. 56 del 2017, recante il decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, ha novellato l'art. 142, delineando un regime cosiddetto *“alleggerito”* per alcuni dei servizi elencati nell'allegato IX del Codice stesso: pertanto, per i servizi indicati al comma 5-bis dell'art. 142 (*“servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative”*) si applica il regime *“alleggerito”* contemplato nei successivi commi da 5-ter a 5-nonies, mentre per i restanti servizi

La priorità della disciplina del codice dei contratti e delle direttive in materia, inoltre, impone, secondo l'interpretazione fornita dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato, un obbligo di motivazione della stazione appaltante nel caso in cui scegliesse di attivare il procedimento di co-progettazione per l'affidamento a titolo gratuito del partenariato, in sostituzione di una procedura di gara, vista la possibile privazione per le imprese *for profit* di ottenere sul mercato l'affidamento del servizio sociale di interesse economico generale⁷⁸⁷. Pertanto, l'amministrazione dovrà evidenziare «la maggiore idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni *lato sensu* “sociali” ricorrenti nella fattispecie, in merito ai principi di adeguatezza, proporzionalità ed efficacia ed in comparazione con gli esiti che verosimilmente produrrebbe l'alternativa del ricorso al mercato», non essendo considerati gli istituti del codice del terzo settore vere e proprie deroghe alla disciplina euro unitaria al pari degli artt. 112 e 143, d.lgs. n. 50/2016.

Merita rilevare come il Consiglio di Stato, oltre a fornire una definizione di contratto di appalto a titolo gratuito, dia anche una definizione di onerosità, al fine di valutare se l'affidamento di servizi sociali rientri o meno nell'ambito di interesse dell'Unione europea.

La Commissione ritiene «che solo il rimborso spese a pie' di lista che, in particolare, escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente, consent[a] di affermare la gratuità della prestazione del servizio e, dunque, di postulare la estraneità all'ambito del Codice dei contratti

dell'allegato IX non enucleati al comma 5-*bis* l'applicazione del Codice è integrale e si estende a tutti gli istituti da esso previsti.

Peraltro, in ordine all'opportunità di procedere a siffatta partizione di disciplina, anche in relazione alle scelte già operate al momento del primo esercizio della delega ed all'ampiezza delle facoltà riconosciute al Governo dall'art. 1, comma 8, della legge delega n. 11 del 2016 (ai sensi del quale “*Entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1 il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura di cui al presente articolo*”), la Commissione rimanda alle considerazioni critiche svolte dal Consiglio nel parere n. 782 del 30 marzo 2017, formulato proprio in relazione allo schema di decreto correttivo».

⁷⁸⁷Per Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 26 luglio 2018, par. 5, «L'attivazione di una delle forme enucleate dal Codice del terzo settore, infatti, priva *de facto* le imprese *profit* della possibilità di affidamento del servizio e, in termini più generali, determina una sostanziale segregazione del mercato: in ossequio ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, pertanto, l'Amministrazione dovrà puntualmente indicare e documentare la ricorrenza, nella concreta vicenda, degli specifici profili che sostengono, motivano e giustificano il ricorso a procedure che tagliano fuori *ex ante* gli operatori economici tesi a perseguire un profitto».

pubblici». Per definire gratuita una prestazione, allora, «è in special modo necessario che sia acclarata l'assenza di qualunque remunerazione a carico del soggetto pubblico affidante, quale che ne sia la formale denominazione e qualunque sia il meccanismo economico o contabile anche indiretto, al personale volontario o dipendente e direttivo dell'ente e, altresì, che non ricorrano forme di forfetizzazione dei rimborsi né di finanziamento a fondo perduto, né di finanziamento, acquisto o contributo in conto capitale». Sostenendo, infine, che «solo la sicura esclusione di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi utilizzati dall'ente e l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale anche se finalizzato al servizio stesso dimostrano, infatti, l'oggettiva assenza dell'economicità e, dunque, determinano l'iscrizione del servizio entro la categoria dei servizi non economici di interesse generale, con conseguente fuoriuscita dall'ambito oggettuale del Codice dei contratti pubblici».

3. - La posizione della dottrina sulla compatibilità tra codice del terzo settore e codice dei contratti pubblici: alternative alla co-progettazione nel rifiuto della dinamica dell'affidamento in senso tecnico.

Prima di verificare se la compatibilità della natura della co-progettazione, ricostruita nel precedente capitolo, si ponga in armonia con la normativa dei contratti pubblici positivizzata al livello europeo, occorre preliminarmente riportare la posizione della dottrina sulla natura della co-progettazione, nata successivamente al parere del Consiglio di Stato appena analizzato.

Parte della dottrina⁷⁸⁸ ha criticato l'inquadramento del Consiglio di Stato, ritenendo come esso risulti troppo riduttivo rispetto al sistema delineato dall'ordinamento giuridico nazionale ed europeo.

⁷⁸⁸ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, op. cit., pp. 568 - 573. Dello stesso avviso e con il medesimo inquadramento, L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urb. e app.*, 2018, pp. 15 e ss; L. GORI, *La "sagra" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti tra Terzo settore e P.A.*, op. cit., p. 194; F. GIGLIONI- A NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 239, il quale ritiene che la co-progettazione sia assimilabile ad un accordo ex art. 11, l. n. 241/1990, diversamente

Infatti, la sezione consultiva non sembra tener conto di modalità alternative e più innovative rispetto all'affidamento di un servizio di interesse economico generale secondo le procedure di appalto ordinarie.

Per la dottrina richiamata, l'interpretazione dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, non deve necessariamente uscire dall'ottica dell'affidamento in senso tecnico, ipotizzando che la co-progettazione introduca un modello di «accreditamento aperto o liberalizzato»⁷⁸⁹, escluso dall'ambito di applicazione della disciplina dei contratti pubblici dai considerando 4 e 114 della direttiva 2014/24/UE⁷⁹⁰. Mentre, in caso contrario, uscendo dall'ottica dell'affidamento, la co-progettazione potrebbe essere qualificata come un accordo o *partnership* tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore, «privilegiando la sinergia dei diversi attori e la messa in comune di mezzi, piuttosto che la competizione per l'individuazione del miglior offerente del servizio»⁷⁹¹.

Si evidenzia dunque una modalità alternativa⁷⁹² alle procedure di affidamento che pone in posizione paritaria soggetto pubblico e privato nella realizzazione del

all'inquadramento proposto da chi scrive nel Cap. III. Allo stesso modo, senza dare alcuna motivazione sul punto se non rimandare alla disciplina delle linee guida ANAC n. 32/2016 e senza ritenere necessario l'utilizzo della convenzion, G. LEONARDI, *Riforma del terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019, pp. 74 -80.

⁷⁸⁹ *Ibis.*, p. 569.

⁷⁹⁰ Per il considerando n. 4 della direttiva 2014/24/UE «La crescente diversità delle forme di intervento pubblico ha reso necessario definire più chiaramente il concetto stesso di appalto. Questo chiarimento in quanto tale non dovrebbe tuttavia ampliare l'ambito di applicazione della presente direttiva rispetto a quello della direttiva 2004/18/CE. La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico. È opportuno precisare che a tali acquisizioni di lavori, forniture o prestazioni di servizi dovrebbe essere applicata la presente direttiva se effettuate tramite acquisto, locazione finanziaria o altre forme contrattuali. La nozione di acquisizione dovrebbe essere intesa in senso ampio, ossia nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici ottengono i vantaggi dei lavori, delle forniture o dei servizi in questione senza che sia necessariamente richiesto un trasferimento di proprietà. Inoltre, il semplice finanziamento, in particolare tramite sovvenzioni, di un'attività che è spesso legata all'obbligo di rim borsare gli importi percepiti qualora essi non siano utilizzati per gli scopi previsti, generalmente non rientra nell'ambito di applicazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici. Analogamente, situazioni in cui tutti gli operatori che soddisfano de terminate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito senza selettività, come i sistemi basati sulla scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio, non dovrebbero essere considerate sistemi di appalto bensì semplici sistemi di autorizzazione (per esempio licenze per medicine o servizi medici).

⁷⁹¹ Così, S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, *op. cit.*, p. 570.

⁷⁹² Su questa posizione alternativa rispetto al codice dei contratti pubblici, F. SCALVINI, *Una nuova stagione. Il codice del terzo settore e le relazioni tra enti del terzo settore e le pubbliche amministrazioni*, in *welfare oggi*, n. 2, 2018, p. 25; L. GALLO, *Art. 55*, in AA.VV., *Dalla parte del Terzo settore*, in A. FICI- E. ROSSI - G. SEPIO- P. VENTURI, *Dalla parte del terzo settore*, Milano, 2020, pp.

progetto co-definito, «con risorse aggiuntive rispetto a quelle pubbliche, tra cui beni immobili, risorse umane (professionisti e volontari), contributi e/o finanziamenti da parte di altri enti»⁷⁹³. Secondo la medesima dottrina in questo modo si uscirebbe dalla nozione di corrispettivo, basando l'eventuale corresponsione di denaro su una «logica di supporto e sostegno finanziario»⁷⁹⁴. Per questa ragione, l'eventuale finanziamento che dovesse riguardare la co-progettazione s'inserirebbe nell'area dell'art. 12, l. n. 241/1990, attraverso una forma di predeterminazione delle singole voci di costo rimborsabili⁷⁹⁵.

Per la dottrina, questa differente interpretazione della natura della co-progettazione s'inserirebbe nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale, che qualifica il privato sociale come una «risorsa imprescindibile per delineare l'interesse generale»⁷⁹⁶. Di conseguenza, il modello collaborativo appena delineato imporrebbe agli enti del terzo settore di dotarsi di un'organizzazione che permetta il passaggio da un «associazionismo civico e caritativo a forme maggiormente imprenditoriali e strutturate»⁷⁹⁷, al fine di realizzare una valida alternativa alle forme di affidamento e a rendersi sempre meno dipendenti dalle risorse pubbliche, conquistando una propria autonomia.

Lo strumento per realizzare tale obiettivo sarà l'accordo di partenariato e di collaborazione, utile non solo per realizzare i pubblici interessi ma anche per «stabilire forme, tempi, modi e contenuti dell'azione rispetto a obiettivi condivisi e, soprattutto, a misurare, in questo modo, le ricadute delle politiche e delle azioni pubbliche», così come richiamato dallo stesso art. 55, comma 1, d.lgs. n. 117/2017⁷⁹⁸.

A fortiori, nella prassi consolidata delle amministrazioni regionali, attraverso l'analisi di leggi regionali ed atti amministrativi in tema di co-progettazione, emerge un sistema alternativo rispetto all'affidamento in senso stretto.

295- 298; F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in F. DONATI – F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Milano, 2019, pp. 249 e ss.

⁷⁹³ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, *op. cit.*, pp. 570.

⁷⁹⁴ *Ibidem*.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, evidenzia come le singole voci di spesa rimborsabili possono riguardare anche il personale, purchè «vi sia un analitico collegamento con i progetti oggetto di finanziamento e un chiaro metodo di rendicontazione».

⁷⁹⁶ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del terzo settore*, *op. cit.*, p. 572.

⁷⁹⁷ *Ibis*, pp. 572 - 573.

⁷⁹⁸ *Ibis*, p. 573.

Si riporta come esempio la legge regionale n. 13 del 2008 della Lombardia e di due delibere dirigenziali che introducono una particolare disciplina sulla co-progettazione⁷⁹⁹, affermandone la centralità per meglio rispondere ai bisogni della comunità.

Quanto al procedimento di co-progettazione, la norma lombarda prevede una fase preliminare di iniziativa comunale mediante la pubblicazione di un progetto di massima e l'invito rivolto ai soggetti del terzo settore a manifestare la disponibilità a co-progettare⁸⁰⁰.

Successivamente si dà avvio alla fase di istruttoria pubblica in cui vengono valutati «: i) i requisiti tecnico-professionali dei privati e il loro radicamento territoriale in termini di conoscenza del contesto e dei bisogni data, per esempio, dal fatto di aver preso parte attivamente alla programmazione e pianificazione locale; ii) il merito delle proposte progettuali presentate; iii) la valutazione dei costi relativi alle attività proposte e il grado di compartecipazione alla spesa da parte del privato».

Il procedimento prevede una fase ulteriore di selezione della proposta più coerente ai criteri indicati nell'avviso pubblico per poi stipulare una convenzione.

L'ulteriore modello indicato è quello della Provincia autonoma di Trento, che prevede all'art. 3 comma 2 della legge provinciale n. 13/2007, la stipulazione di accordi di collaborazione conclusi al termine di una istruttoria pubblica. L'obiettivo degli accordi è quello di «dare attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale coordinando le azioni pubbliche e private “volte al perseguimento degli obiettivi prefissati, individuando tempi, modalità e responsabilità nell'attuazione dei rispettivi compiti»⁸⁰¹.

Di particolare interesse risulta anche il modello ligure di co-progettazione, disciplinato dalla l. reg. n. 42 del 2012⁸⁰². La co-progettazione in questo caso viene qualificata come un accordo tra pubblica amministrazione e privati ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/1990.

⁷⁹⁹ d.G.R. n. 1353 del 2011 e il d.D.G. n. 12884 del 2011.

⁸⁰⁰ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel codice del terzo settore*, op. cit., p. 99.

⁸⁰¹ *Ibis*, p. 98. L'autrice riporta ulteriori esempi come quello della Legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 2 del 2003, con particolare riferimento all'art. 20, sui patti di sussidiarietà e dalla

⁸⁰² Si fa riferimento, più precisamente, ai c.d. Patti di sussidiarietà" introdotto dagli artt.28, 30 e 31 della l. reg. n. 42 del 2012, sulla base di alcune esperienze già maturate in via di prassi, e disciplinato, più nel dettaglio, dal d.G.R. n. 525 del 2015.

Come evidenziato, gli accordi e «possono avere anche contenuto patrimoniale nella misura in cui, ai sensi dell'art. 30, l'amministrazione metta a disposizione dei soggetti privati risorse economiche, organizzative e/o finanziarie a fronte dell'impegno a partecipare ai processi di co-progettazione dei servizi e degli interventi e a realizzarli autonomamente in collaborazione con le organizzazioni pubbliche». L'accordo assumerebbe dunque la funzione di un accordo sostitutivo del provvedimento di concessione della somma di denaro versata a titolo di beneficio economico.

La disciplina della procedura indicata, specificata nella d.G.R. n. 525 del 2015 ligure, riporta inoltre che gli accordi appena indicati «non sono finalizzati allo scambio fra prestazioni e prezzi a titolo di corrispettivo, ma a vere e proprie collaborazioni rese possibili grazie al sostegno istituzionale»⁸⁰³. A tal riguardo, per la predeterminazione dei benefici attribuiti agli enti del terzo settore, si applicherebbe unicamente la disciplina contenuta nell'art. 12, l. n. 241/1990 e non la disciplina dei contratti pubblici.

4. La co-progettazione nella prospettiva del partenariato pubblico - privato alla luce del diritto europeo e della giurisprudenza costituzionale.

L'interpretazione fornita a livello dottrinale sulla natura e sulla portata della co-progettazione di cui si è detto nel paragrafo precedente, sebbene si ponga diversamente da quanto affermato nel Cap. III, in cui si ritiene la co-progettazione una modalità di affidamento di un partenariato pubblico - privato *sui generis*, risulta comprensibile in considerazione della presa di posizione contenuta nel parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018 già esaminato.

Il Consiglio di Stato, infatti, senza individuare in maniera sistematica le norme europee in materia di affidamenti di servizi sociali di interesse economico generale, paventava la disapplicazione delle principali norme di dialogo tra pubblica amministrazione e privato indicate dal d.lgs. n. 117/2017, ritenendo una potenziale

⁸⁰³ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel codice del terzo settore*, op. cit., p. 99.

antinomia tra codice dei contratti pubblici e la direttiva 2014/24/UE. Si comprende dunque il necessario ricorso ad interpretazioni che prevedano forme diverse dall'affidamento in senso tecnico per definire la natura e la portata giuridica della co-progettazione. È stato necessario, pertanto, ricostruire l'istituto al di fuori del campo dell'onerosità, così da giustificare l'eventuale corrispettivo percepito come un finanziamento erogato in regime di accreditamento ai sensi dell'art. 12, l. n. 241/1990⁸⁰⁴ e qualificare la convenzione stipulata al pari di un accordo tra p.a. e privato (sociale) ex art. 11, l. n. 241/1990.

A parere di chi scrive, il principale limite del ragionamento del Consiglio di Stato è stato quello di mettere sullo stesso piano il d.lgs. n. 50/2016 e le direttive del 2014. Tali direttive impongono agli stati membri di attuare le disposizioni in esso contenute attraverso norme del proprio ordinamento giuridico, così come sancito dall'art. 288, par. 3 TFUE⁸⁰⁵. Ciò significa che ogni stato membro può stabilire in che modo attuare gli obiettivi imposti da una direttiva dell'unione europea negli spazi consentiti da essa⁸⁰⁶.

Come si è già avuto modo di evidenziare nel presente lavoro⁸⁰⁷, analizzando la lettera del considerando 114 della direttiva 2014/24/UE, si desume in maniera chiara come gli stati membri abbiano la facoltà di disciplinare liberamente le modalità di affidamento di servizi sociali, sopra la soglia speciale dei 750.000 euro per i settori ordinari e di 1.000.000 per i settori speciali, purchè siano rispettati «i principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale». Il considerando 114 regimenta tale discrezionalità ponendo quale limite l'art. 14 del TFUE «affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie» ed il Protocollo n. 26, in cui si sancisce «il ruolo

⁸⁰⁴ Cfr. Cap. III par. 5, per la differenza tra una somma di denaro erogata dietro corrispettivo di prezzo in forza di una procedura di affidamento ed una sovvenzione a mene dell'art. 12, l. n. 241/1990.

⁸⁰⁵ A mente dell'art. 288, par. 3, TFUE «La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi». Si veda in merito R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale, op. cit.*, p. 440.

⁸⁰⁶ È ovvio il riferimento alle c.d. direttive *self-executing*, ossia di diretta applicazione, che non consentono margini di scelta su come disciplinare una certa materia.

⁸⁰⁷ Cfr. par. 1.

essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente». Di conseguenza e nel rispetto di tali limiti gli stati membri possono liberamente scegliere il c.d. regime alleggerito⁸⁰⁸ a cui fa riferimento il considerando 114 della direttiva 2014/24/UE.

Sebbene la scelta del nostro ordinamento sia stata quella di introdurre l'art. 142, d.lgs. n. 50/2016, quale norma finalizzata a disciplinare il regime alleggerito per l'affidamento di servizi sociali, ciò non esclude la possibilità di regolare in maniera ulteriore e diversa tali affidamenti, ad esempio, con una legge speciale. Secondo chi scrive, infatti, come si dirà meglio nel prosieguo del lavoro, la co-progettazione e le convenzioni ex art. 56, d.lgs. n. 117/2017, introducono una norma speciale di affidamento di servizi sociali per gli enti del terzo settore rispetto al d.lgs. n. 50/2016.

Il parametro di riferimento per valutare la compatibilità di una normativa sulla disciplina degli affidamenti di servizi, lavori e forniture non può essere rappresentato dalla norma che attua gli obiettivi imposti al livello eurounitario, come il d.lgs. n. 50/2016, per l'eventuale disapplicazione⁸⁰⁹ della disposizione di legge nazionale, bensì dalla stessa normativa europea rappresentata dalle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE.

Pur ammettendo che gli interessi generali, richiamati dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, possano essere ricompresi nell'alea dei servizi sociali di interesse generale,

⁸⁰⁸ Il termine regime alleggerito è così riportato nei considerando 115, 116 e 117.

⁸⁰⁹ Come è noto la disapplicazione di una normativa nazionale con il diritto dell'unione europea può avvenire solo per norme che siano *self executing*, mentre in caso di contrasto tra una norma europea non *self executing* ed una norma nazionale allora il giudice dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale (R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, op. cit., pp. 449-450). Da ultimo, si veda T.A.R. Puglia sez. I - Lecce, 27/11/2020, n. 1321 in cui si afferma in seguito ad una ricostruzione del potere di disapplicazione che «Il potere di disapplicazione della legge nazionale in conflitto con quella euro-unionale (nella specie, in materia di concessioni demaniali marittime), attribuito prudentemente al giudice dall'ordinamento interno e dall'ordinamento euro-unionale e supportato all'uopo dalla specifica attribuzione di poteri ad esso funzionali e prodromici, non è sic et simpliciter attribuito in via automatica e addirittura vincolata al dirigente comunale, che non dispone (e non a caso) della possibilità di ricorrere all'ausilio di tali facoltà».

in forza dell'ampia portata della comunicazione 2006 della Commissione europea⁸¹⁰, non essendo presente una norma nazionale che li definisce in via generale⁸¹¹, l'antinomia riguarderebbe solamente il d.lgs. n. 117/2017 ed il d.lgs. n. 50/2016, che prevedono due discipline per l'affidamento di servizi sociali (gli artt. 142 e 143, d.lgs. n. 50/2016 e gli artt. 55 commi 2 e 4 e 56, d.lgs. n. 117/2017) risolvendosi con il tradizionale criterio della specialità⁸¹².

Dunque, nonostante le parole del Consiglio di Stato sembrano alludere al principio di libera concorrenza come principio inderogabile rispetto al principio solidaristico, occorre sottolineare che la recente pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 131/2020) ha invece affermato esattamente il contrario, ricordando che il *sistema* delineato dal diritto dell'unione europea in materia di contratti pubblici impone un equo bilanciamento tra i principi richiamati alla luce della natura e dello scopo solidaristico del soggetto affidatario.

Al fine di comprendere se la ricostruzione operata nel precedente capitolo della co-progettazione sia compatibile con il diritto dell'unione europea occorre

⁸¹⁰ Occorre ammettere che la quasi totalità degli interessi generali richiamati dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, potrebbero essere ricompresi nei servizi sociali di interesse generale visto il loro spiccato carattere solidaristico e l'assenza di «lucro». Ed infatti, riprendendo le parole della Commissione dell'Unione europea, hanno tali interessi generali da tutelare mediante attività di prestazione dell'amministrazione «l'obiettivo di affrontare le situazioni più difficili, facendo spesso parte di una tradizione con radici storiche; – comprendono la partecipazione di volontari, espressione delle capacità della cittadinanza; – hanno un forte radicamento connesso a tradizioni culturali (locali). Questo aspetto trova spesso espressione nella prossimità fra il fornitore del servizio e il beneficiario, il che consente di tener presenti le esigenze specifiche di quest'ultimo; – rapporti complessi e diversificati fra coloro che forniscono il servizio e i beneficiari, che non rientrano nell'ambito di un 'normale' rapporto fornitore/consumatore e che richiedono la partecipazione finanziaria di terzi». Conferma tali caratteristiche dei servizi sociali anche al livello nazionale S.A. FREGO LUPPI, *I principi*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019, pp. 36-39. Sulla definizione ampiamente ricomprensiva dei servizi sociali al livello nazionale, in cui sono pilastri il principio di solidarietà, uguaglianza e gli ulteriori valori fondanti della nostra costituzione, V. MOLASCHI, *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla l. n. 328/2000*, in in F. MANGANARO - V. MOLASCHI - R. MORZENTI PELLEGRINI - D. SICLARI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, pp. 47 - 54.

⁸¹¹ Tale assenza definitoria, in contrasto con la tecnica legislativa europea, che mira, come per la disciplina dei contratti pubblici (basti vedere l'art. 3, d.lgs. n. 50/2016) a garantire certezza del diritto attraverso norme chiare e precise, è criticata al livello eurounitario dal rapporto biennale dei SSIEG del 2013.

⁸¹² Il criterio di specialità, come è noto, è un criterio logico-teoretico utilizzato per risolvere *antinomie*, ossia contrasti tra due o più norme «che pongono conseguenze giuridiche diverse ed incompatibili per una medesima fattispecie» (A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014, p. 2). Dunque, non tollerando una simile situazione, il nostro ordinamento giuridico prevede l'applicazione della norma speciale e la restrizione della portata della norma generale, riassumendo l'effetto nella altrettanto nota espressione latina: *lex specialis derogat generali*. Secondo N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 100 e ss., è considerato un momento ineliminabile di sviluppo dell'ordinamento nel suo divenire.

pertanto analizzare preliminarmente la pronuncia del giudice delle leggi appena indicata. Ebbene, con la sentenza già menzionata la Corte costituzionale si è pronunciata per dirimere un conflitto di attribuzioni in merito ad una disposizione regionale⁸¹³ che ampliirebbe il novero dei soggetti del Terzo settore, individuati e disciplinati dalla legge statale e dal diritto privato, invadendo per questa via la materia dell'ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.

L'art. 5 della disciplina indicata, rubricato «Strumenti e modalità di raccordo», al comma 1 prevede che la Regione «riconoscendo il rilevante valore sociale e la finalità pubblica della cooperazione in generale e delle cooperative di comunità in particolare [...] b) disciplina le modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità e adotta appositi schemi di convenzione-tipo che disciplinano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell'ambito regionale». Pertanto, la norma prevederebbe il coinvolgimento anche delle cooperative di comunità nelle attività di programmazione, progettazione e accreditamento. L'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106, limiterebbe però detto coinvolgimento ai soli ETS, elencati dall'art. 4⁸¹⁴ dello stesso decreto, tra i quali non sarebbero ricomprese le cooperative di comunità.

La Corte costituzionale ritiene comunque infondata la questione di legittimità costituzionale, stabilendo che «la legge reg. Umbria n. 2 del 2019 non contiene, in nessuna sua disposizione, un'espressa qualificazione delle cooperative di comunità come ETS», in quanto «non è imputabile, a carico dell'impugnato art. 5, comma 1,

⁸¹³ Art. 5, comma 1, lettera b), della legge della Regione Umbria 11 aprile 2019, n. 2.

⁸¹⁴ Si ricorda infatti che per l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, «Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore».

lettera b), della legge reg. Umbria n. 2 del 2019, alcuna alterazione dell'impianto dell'art. 55 CTS: le cooperative di comunità saranno infatti qualificate come imprese sociali e quindi come ETS»⁸¹⁵.

Prima di giungere a questa conclusione, del tutto condivisibile attraverso la combinata lettura dell'art. 4, d.lgs. n. 1172017 e dell'art. 5 comma 1, lett. b), della legge reg. Umbria n. 2 del 2019, la Corte costituzionale ricostruisce la *ratio legis* del codice del terzo settore affermando, come più volte precisato, che il codice del terzo settore attua il principio di sussidiarietà orizzontale, ex art. 118 comma 4 Cost.

Attraverso una esegesi del principio citato, si ritiene che l'art. 118 comma 4 Cost. abbia «esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della “profonda socialità” che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una “azione positiva e responsabile” (sentenza n. 75 del 1992): fin da tempi molto risalenti, del resto, le relazioni di solidarietà sono state all'origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, ha inciso profondamente sullo sviluppo sociale, culturale ed economico del nostro Paese».

Il terzo settore, in questo contesto, emerge come frutto della «creatività dei singoli», che si è espressa «in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) che hanno [...] saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia,

⁸¹⁵ Per completezza, la Corte Costituzionale giunge a questa conclusione partendo dalle disposizioni della Legge Regionale Umbra, ritenendo che « Ai sensi dell'art. 1 della legge regionale impugnata, il riconoscimento e la promozione da parte della Regione del ruolo e della funzione delle cooperative di comunità si realizzano, infatti, «nel rispetto degli articoli 45, 117 e 118, quarto comma della Costituzione e della normativa nazionale», della quale vengono necessariamente qui in rilievo il CTS e il d.lgs. n. 112 del 2017 sull'impresa sociale. Piuttosto, l'art. 2 della legge regionale, nel riferirsi in termini generali alle società cooperative, lascia ai soggetti che le costituiscono la libertà di scegliere quale sottotipo adottare all'interno della comune forma societaria cooperativa: in sostanza, se costituire una cooperativa sociale ai sensi della legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali), una cooperativa a mutualità prevalente, ai sensi degli articoli da 2512 a 2514 del codice civile, ovvero una cooperativa il cui statuto non contempli le clausole di non lucratività di cui all'art. 2514 cod. civ. Ne deriva che le cooperative di comunità, proprio in forza della normativa statale, possono: a) essere costituite come cooperative sociali e, ai sensi dell'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 112 del 2017, «acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali»; oppure b) essere qualificate come imprese sociali, in quanto però rispettino i requisiti costitutivi previsti dal d.lgs. n. 112 del 2017 – tra i quali in primo luogo l'assenza di scopo di lucro – e si iscrivano nell'apposita sezione del registro delle imprese, manifestando così l'adesione al complessivo regime della impresa sociale, atteso che, per tale tipologia di ETS, il predetto adempimento «soddisfa il requisito dell'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore» (art. 11, comma 3, CTS).

rimaneva escluso». Si valorizza pertanto la socialità dell'uomo⁸¹⁶, da cui deriva la locuzione «privato sociale»⁸¹⁷, superando l'idea per cui «l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini» che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese».

Gli enti del terzo settore s'inseriscono dunque in un «ambito di organizzazione delle “libertà sociali”⁸¹⁸», «non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle “forme di solidarietà” che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese “tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente”⁸¹⁹.

Un importante passaggio riguarda il ruolo degli enti del terzo settore e la loro posizione di tendenziale parità nei confronti della p.a. che conferirebbe all'azione della pubblica amministrazione efficacia ed economicità in termini di risparmio di spesa pubblica in forza della loro «specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale», confermando la ricostruzione finora compiuta degli istituti del titolo VII del d.lgs. n. 117/201 in cui si è evidenziato come il rapporto tra terzo settore e pubblica amministrazione si ponga in chiave di complementarità⁸²⁰.

⁸¹⁶ C. Cost. n. 75 del 1992, secondo cui «Il volontariato costituisce un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali. In quanto tale esso sfugge a qualsiasi rigida classificazione di competenza, nel senso che può trovare spazio in qualsiasi campo materiale della vita comunitaria, tanto se riservato ai poteri di disposizione dello Stato, quanto se assegnato alle attribuzioni delle regioni. Come schema generale di azione nella vita di relazione, basato sui valori costituzionali primari della libertà individuale e della solidarietà sociale, il volontariato esige che siano stabilite, da parte del legislatore statale, le condizioni necessarie affinché sia garantito uno svolgimento dello stesso il più possibile uniforme su tutto il territorio nazionale. Non si può richiedere al legislatore la copertura di oneri meramente eventuali e, comunque, non quantificabili».

⁸¹⁷ Cfr. Cap. I.

⁸¹⁸ C. Cost., sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003.

⁸¹⁹ Si riprende quanto precedentemente detto da C. Cost. n. 309 del 2013.

⁸²⁰ Ed infatti per la Corte costituzionale «gli ETS sono identificati dal CTS come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a «perseguire il bene comune» (art. 1), a svolgere «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97). Tali elementi sono quindi valorizzati come la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici: secondo le disposizioni specifiche delle leggi di settore e in coerenza con quanto disposto dal codice medesimo, agli ETS, al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa nei

Arrivati a questo punto, la Consulta si occupa del rapporto tra concorrenza e solidarietà. Essendo gli enti del terzo settore «rappresentativi della “società solidale”» costituendo «sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà», s’instaura «tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell’art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato». La «“co-programmazione”, la “co-progettazione” e il “partenariato” (che può condurre anche a forme di “accreditamento”») si configurano [pertanto] come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico».

Il giudice delle leggi definisce anche la compatibilità del sistema delineato dal codice del terzo settore con il diritto dell’unione europea, ricordando che «lo stesso diritto dell’Unione»⁸²¹ mantiene «in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)».

Come precedentemente accennato, la Corte costituzionale evidenzia la presenza di un sistema di affidamento alternativo rispetto a quello delineato dal codice dei contratti pubblici, basato unicamente sulla «corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata»⁸²², quale bene della vita conteso dagli operatori economici *for profit* in un regime di libera concorrenza.

Lo spiccato carattere solidaristico delle attività svolte dagli enti senza scopo di lucro e dei servizi sociali di interesse generale (sia economico che non) viene espressamente riconosciuto dal diritto dell’unione europea attraverso la creazione di un sistema alternativo e più flessibile rispetto alle procedure ordinarie per

settori di attività di interesse generale definiti dal CTS, è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell’interesse generale».

⁸²¹ Più precisamente si afferma «anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà».

⁸²² C. Cost., sent. n. 131 del 2020.

l'affidamento dei SIEG, basato sia sulla natura dell'operatore economico *no profit*, che non è messo sullo stesso piano dell'operatore economico *for profit* da parte del legislatore europeo⁸²³, sia dal basso impatto transfrontaliero dovuto alle diverse tradizioni culturali che li condizionano. Tale sistema alternativo di affidamento dei servizi sociali, determinato sia dal considerando 114 della direttiva 2014/24/UE che dal diritto vivente, risulta anche autonomo, in quanto spetta agli stati membri delinearlo attraverso l'esercizio della propria discrezionalità, contingentata al solo rispetto «dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale».

L'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, sembra richiamare questi principi espressamente non solo nel comma 1, attraverso il richiamo all'art. 1, l. n. 241/1990, ma anche nel comma 4, che impone come già precisato, il «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», salvaguardando così l'autonomia richiamata dal considerando 114 per la scelta dei criteri «di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi».

Merita rilevare come le regole sinora evidenziate valgano e producano i loro effetti giuridici nel campo di applicazione delle direttive euro unitarie, ossia in relazione ai contratti sopra le soglie c.d. comunitarie, individuate dalla commissione

⁸²³ M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C.cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *federalismi.it*, n. 32, 2020, p. 113, evidenzia questo aspetto. Basti pensare poi all'introduzione, grazie all'art. 76 della direttiva 2014/24/UE, della procedura riservata per le organizzazioni senza scopo di lucro, cristallizzata nell'art. 143 d.lgs. n. 50/2016.

dell'unione europea⁸²⁴ e cristallizzate nell'art. 35, d.lgs. n. 50/2016, e ai contratti di appalto o di concessione a titolo oneroso⁸²⁵.

Come accennato⁸²⁶, il concetto di onerosità da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia è stato interpretato in senso ampio, al fine di evitare fenomeni di abuso delle stazioni appaltanti consistenti nell'attuare affidamenti diretti in violazione della disciplina euro unitaria, creando «“sacche” sottratte al confronto competitivo»⁸²⁷

Due pronunce emblematiche in tema sono le c.d. sentenze «Spezzino» e «Casta»⁸²⁸ in materia di affidamento di servizi di trasporto sanitario d'urgenza⁸²⁹.

Le controversie riguardavano sostanzialmente la paventata illegittimità di provvedimenti di affidamento diretto del servizio richiamato aggiudicato a delle associazioni di volontariato attraverso la stipulazione di una convenzione che non prevedeva un prezzo per il servizio reso ma solo un rimborso dei costi sostenuti.

⁸²⁴ Come è noto, la direttiva 2014/24/UE trova applicazione, secondo l'art. 4 «agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie a) M1 5 225 000 EUR per gli appalti pubblici di lavori; b) M1 135 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III; c) M1 209 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III; d) 750 000 EUR per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV». Di conseguenza, gli Stati membri possono prevedere per i contratti pubblici al di sotto delle soglie indicate, rivedute periodicamente dalla commissione europea a mente del considerando 129 della direttiva in analisi⁸²⁴, la procedura di affidamento che meglio risponda alle esigenze nazionali e di sistema. Rispetto a quanto indicato dall'art. 4 della direttiva indicata, ad oggi è individuata la soglia di 214.000,00 euro per il biennio 2020-2021 dalla Commissione UE con i Regolamenti della Commissione 1827/2019 (concessioni) 2019/1828 (settori ordinari), 2019/1829 (settori speciali) 2019/1830 (difesa e sicurezza) del 30 ottobre 2019, pubblicato il 31 ottobre in Gazzetta europea, che modifica la direttiva 2014/24/UE. Quanto enunciato, trova conferma, al livello di principio, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea la quale ritiene irricevibile una domanda di pronuncia pregiudiziale per una norma riguardante le procedure sotto-soglia non coperte dal diritto dell'Unione europea ma frutto della scelta discrezionale del legislatore di uno Stato membro (Corte giustizia Unione Europea, sez. IX, sentenza 14/02/2019 n° C-710/17).

⁸²⁵ Secondo il considerando 4 della direttiva 2014/24/UE «La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico».

⁸²⁶ Cfr. Cap. III, par. 5.

⁸²⁷ Efficace espressione contenuta nel parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato.

⁸²⁸ Rispettivamente Corte giustizia UE sez. V - 28/01/2016, n. 50 e Corte giustizia UE sez. V - 11/12/2014, n. 113.

⁸²⁹ Si veda tra tutti in merito, A. ALBANESE, *La corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra aver paura del proprio coraggio)*, in *Foro It.*, 2015, pp. 151 ss.; C. COLELLI, *Corte di giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. e app.*, 2015, pp. 379 ss.

Secondo i ricorrenti, ossia gli operatori economici esclusi, le convenzioni, avendo un valore sopra la soglia di mercato, avrebbero dovuto seguire per la loro stipulazione la procedura comparativa ad evidenza pubblica stabilita al livello europeo, ritenendo illegittima e discriminatoria una procedura di affidamento diretto.

I giudici della Corte di Giustizia nella sentenza «Spezzino»⁸³⁰, la quale sarà ripresa nel suo contenuto dalla sentenza «Casta», hanno dapprima affermato che a nulla rileva per la definizione di «contratto di appalto oneroso» che le convenzioni prevedano unicamente «trasferimenti finanziari a favore delle associazioni di volontariato diversi dal rimborso di costi».

«Un contratto, difatti, non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto»⁸³¹, comportando l'illegittimità di una procedura di affidamento diretto di questo contratto qualora abbia un valore sopra le soglie individuate dalle direttive europee in materia.

Se astrattamente una procedura di affidamento diretto di tal genere, senza rispettare alcun principio di trasparenza, determini «una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto»⁸³², «Tuttavia, nel valutare il rispetto di tale divieto è necessario tener conto del fatto che la salute e la vita delle persone rivestono un'importanza primaria tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e che spetta agli Stati membri, i quali dispongono di un margine di potere discrezionale, decidere il livello al quale intendono garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui tale livello deve essere raggiunto»⁸³³.

⁸³⁰ Al giudice di chiedeva di rispondere a questa questione pregiudiziale, ossia «se le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e le regole di concorrenza del Trattato debbano essere interpretate nel senso che ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che le amministrazioni locali debbano affidare la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza in via prioritaria e di affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi forma di pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, le quali, per la fornitura di detti servizi, ricevono unicamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute a tal fine nonché di una frazione dei costi fissi e durevoli nel tempo»

⁸³¹ Corte giustizia UE sez. V - 28/01/2016, n. 50, punto 37.

⁸³² Corte giustizia UE sez. V - 28/01/2016, n. 50, punto 52.

⁸³³ Corte giustizia UE sez. V - 28/01/2016, n. 50, punto 56. In tal senso, si riportano le sentenze Commissione/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punti 46 e 51 nonché giurisprudenza ivi citata, e Blanco Pérez e Chao Gómez, EU:C:2010:300, punti 43, 44, 68 e 90.

La Corte di giustizia prevede pertanto una prima eccezione al principio della libera concorrenza, affermando la legittimità della procedura di affidamento diretto in presenza di «un rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale» che «può costituire, di per sé, una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi». Nel caso di specie, l'affidamento del servizio sanitario di trasporto d'urgenza rientrava nella deroga indicata dal giudice europeo, in quanto «l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute»⁸³⁴.

La Corte di giustizia precisa, inoltre, che per derogare alle procedure ordinarie di selezione dell'operatore economico devono sussistere altre due condizioni. La prima consiste nella natura degli operatori economici affidatari. Essi, infatti, devono avere spiccato carattere solidaristico⁸³⁵ e non devono, dal punto di vista statutario, perseguire obiettivi diversi rispetto a quelli oggetto di convenzione, senza trarre «alcun profitto [da distribuire ai loro membri] dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime»⁸³⁶. La seconda condizione riguarda la mera previsione nella convenzione del rimborso dei costi sostenuti, vegliando «a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse»⁸³⁷.

⁸³⁴ Corte giustizia UE sez. V - 28/01/2016, n. 50, punto 57. Si riporta inoltre la sentenza *Stamatelaki*, C-444/05, EU:C:2007:231, punti 30 e 31.

⁸³⁵ le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati al precedente punto della presente sentenza, che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. Peraltro, se è ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale.

⁸³⁶ Corte giustizia UE sez. V - 28/01/2016, n. 50, punto 61. Si ritiene inoltre che sia «ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale».

⁸³⁷ Corte giustizia UE sez. V - 28/01/2016, n. 50, punto 62.

Sulla base del quadro normativo e giurisprudenziale descritto, completato dalla disamina delle sentenze «Spezzino» e «Casta», risulta difficile considerare giuridicamente valida la tesi del Consiglio di Stato, esposta nel parere n. 2052 del 2018, relativa alla contrarietà dell'art. 55, commi 3 e 4, d.lgs. n. 117/2017, al diritto dell'unione europea. Come visto, il *sistema* delineato dal considerando 114 della direttiva 2014/24/UE consente agli Stati membri di prevedere discrezionalmente regimi di affidamento di servizi sociali di interesse generale, in deroga alle procedure ordinarie per i SIEG, operando un bilanciamento tra solidarietà e concorrenza alla luce delle peculiarità marcatamente solidaristiche dei servizi sociali di interesse generale e di chi li eroga.

Inoltre, sebbene il Consiglio di Stato abbia ritenuto che la co-progettazione si sostanzia in una procedura di affidamento, a parere di chi scrive è errato sussumerla sotto l'ombrello previsionale del partenariato per l'innovazione, disciplinato dall'art. 65, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti». Difatti, il carattere e la peculiarità dell'attività di servizio degli enti del terzo settore non consistono nel fornire servizi innovativi rispetto a quelli offerti sul mercato⁸³⁸, garantendo semplicemente una maggiore efficacia, efficienza ed economicità all'attività prestazionale, vista l'assenza di logiche di mercato nella loro azione e lo stretto contatto e la prossimità con l'utenza.

Allo stesso modo, risulta difficile considerare valide le proposte operate dalla dottrina che riconducono la co-progettazione a delle forme alternative rispetto ad un affidamento di un contratto pubblico. Quanto appena detto risulta emblematico dalle sentenze «Spezzino» e «Casta», secondo cui una convenzione «non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia

⁸³⁸ Così, S. BIGAZZI, *Le "innovazioni" del partenariato per l'innovazione*, in A. FIORITTO, (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, p. 221. In tema tra tutti G.M. RACCA - C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation*, Belgio, 2019.

limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto o che tale contratto sia stipulato con un soggetto che non persegue scopi di lucro»⁸³⁹.

Sarebbe arduo, inoltre, qualificare diversamente dal corrispettivo la somma di denaro erogata dall'amministrazione per l'attività di interesse generale resa in forza di una convenzione in cui sono cristallizzate le prestazioni corrispettive di amministrazione e privato sociale, consistenti per la parte pubblica nell'esborso della somma di denaro a titolo di rimborso spese, e, per la parte privata, nell'erogazione delle attività di interesse generale *ex art. 5, d.lgs. n. 117/2017*.

Difatti, come si è già visto⁸⁴⁰, la Corte di Giustizia ritiene che il «corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito»⁸⁴¹. Tuttavia, «ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale»⁸⁴².

Quanto detto escluderebbe la riconduzione all'art. 12, l. n. 241/1990⁸⁴³ della somma di denaro versata al privato sociale a titolo di rimborso spese per aver erogato un servizio in co-progettazione, venendo meno così la funzione dell'art. 11, l. n. 241/1990 quale provvedimento sostitutivo del finanziamento preventivamente stabilito nei tempi e nei modi dall'amministrazione.

Infine, l'inquadramento operato in precedenza della co-progettazione, quale modalità di affidamento di un contratto di partenariato pubblico - privato, non risulta in contrasto con le direttive euro unitarie in tema, qualificandosi, nell'ottica del

⁸³⁹ Corte giustizia UE sez. V - 11/12/2014, n. 113, punto 52.

⁸⁴⁰ Cfr. Cap. III, par. 5..

⁸⁴¹ «V., in particolare, sentenze del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817, punto 29; del 13 giugno 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punto 31, nonché del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punto 29».

⁸⁴² Corte giustizia UE sez. IV, 10/09/2020, n.367. V. in tal senso, sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 60 a 62.

⁸⁴³ Come già evidenziato, la dottrina, infatti, esclude la riconduzione dei vantaggi economici erogati all'art. 12, l. n. 241/1990, quale effetto di una corresponsione di una prestazione, allo stesso modo di quanto previsto dall'art. 180, d.lgs. n. 50/2016 «anche se potrebbe costituire una compensazione meramente parziale» (così, F. GIGLIONI, *Art. 12*, in M.A SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, *op. cit.*, p. 680).

considerando 114, quale regime alleggerito speciale rispetto agli artt. 142 e 143, d.lgs. n. 50/2016.

Tale inquadramento, inoltre, non sembra porsi in contrasto con il bilanciamento tra concorrenza e solidarietà voluto dal legislatore europeo e realizzato nel codice del terzo settore. Difatti, la procedura di affidamento descritta, prevedendo solamente un rimborso spese, non si fonda unicamente «sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»⁸⁴⁴.

D'altronde è la stessa Corte costituzionale che ha recentemente affermato come «ai sensi della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, resta in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di solidarietà, che può prevedere l'affidamento tramite modalità estranee al regime dei contratti pubblici o comunque attraverso un regime di evidenza pubblica alleggerito»⁸⁴⁵. A tale conclusione sembra essere giunto anche il legislatore che recentemente, nel recepire quanto indicato dalla sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, ha modificato sia l'art. 30 che l'art. 59, d.lgs. n. 50/2016, riconoscendo un regime “alleggerito” alternativo rispetto a quanto disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

Quanto all'art. 30, infatti, la l. n. 120/2020 di conversione del d.l. 76/2020, ha introdotto il comma 8 sancendo che «Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula

⁸⁴⁴ C. Cost., sent. n. 131 del 2020.

⁸⁴⁵ C. Cost., sent. n. 255 del 2020.

del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile»⁸⁴⁶. Quanto invece all'art. 59, d.lgs. n. 50/2016, la l. n. 120/2020 ha modificato il primo alinea del comma 1, disponendo che « Fermo restando quanto previsto dal Titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara».

Occorre da ultimo segnalare che l'idea di introdurre regimi alternativi di affidamenti di servizi sociali a soggetti senza scopo di lucro dal particolare carattere solidaristico non è nuova nel nostro ordinamento giuridico. Difatti, l'art. 56, d.lgs. 117/2017, sembra prendere le mosse, in relazione alla struttura della procedura selettiva da seguire, dall'art. 7, l. n. 266/1991 sul volontariato e dall'art. 30 l. n. 383/2000 sulle associazioni di promozione sociale, malgrado si pongano in chiave meno dettagliata dello stesso art. 56, d.lgs. n. 50/2016⁸⁴⁷. Allo stesso modo, merita ricordare, il d.P.C.M. del 30 marzo del 2001 che, nell'attuare le previsioni della l. n.

⁸⁴⁶ Comma così modificato dall'art. 8, comma 5, lettera a), della legge n. 120 del 2020. Sebbene la formula risulti poco chiara, sembra evidente come non essendo prevista alcuna norma nel codice dei contratti pubblici riferita espressamente al terzo settore, la disposizione da applicare in caso di antinomia è la disciplina del codice del terzo settore.

⁸⁴⁷ Secondo l'art. 7, l. n. 266/1991, oggi abrogata proprio dal codice del terzo settore, « Lo Stato, le regioni, le province autonome, gli enti locali e gli altri enti pubblici possono stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato iscritte da almeno sei mesi nei registri di cui all'articolo 6 e che dimostrino attitudine e capacità operativa. Le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti. Devono inoltre prevedere forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese. La copertura assicurativa di cui all'articolo 4 è elemento essenziale della convenzione e gli oneri relativi sono a carico dell'ente con il quale viene stipulata la convenzione medesima». Secondo l'art. 30, l. n. 383/2000, invece, «Lo Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, le province, i comuni e gli altri enti pubblici possono stipulare convenzioni con le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nei registri di cui all'articolo 7, per lo svolgimento delle attività previste dallo statuto verso terzi. Le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività stabilite dalle convenzioni stesse. Devono inoltre prevedere forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese. Le associazioni di promozione sociale che svolgono attività mediante convenzioni devono assicurare i propri aderenti che prestano tale attività contro gli infortuni e le malattie connessi con lo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso terzi. Con decreto del Ministro per la solidarietà sociale, di concerto con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono individuati meccanismi assicurativi semplificati con polizze anche numeriche o collettive e sono disciplinati i relativi controlli. La copertura assicurativa di cui al comma 3 è elemento essenziale della convenzione e gli oneri relativi sono a carico dell'ente con il quale viene stipulata la convenzione medesima. Le prescrizioni di cui al presente articolo si applicano alle convenzioni stipulate o rinnovate successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge». Si veda in tema tra tutti, P. MICHIARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, 2005.

328/2001, all'art. 5⁸⁴⁸ ha previsto un regime speciale di affidamento di servizi e prestazioni sociali agli enti del terzo settore

5. - Le convenzioni per l'affidamento dei servizi sociali di interesse generale: portata e loro compatibilità con il sistema europeo.

Il già analizzato parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018 non si occupa solamente della co-progettazione, ma anche delle convenzioni ai sensi dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, ritenute anch'esse disapplicabili in potenziale contrasto con il diritto europeo.

Prima di giungere a tale conclusione, il Consiglio di Stato evidenzia come l'ambito soggettivo di applicazione della norma non riguardi l'intera platea degli enti del terzo settore, disciplinata dall'art. 4, d.lgs. n. 117/2017, ma contempli solamente le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel registro unico nazionale del terzo settore, potendo stipulare con le amministrazioni pubbliche, richiamate dall'art. 1 comma 2, d.lgs. n. 165/2001, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi⁸⁴⁹ sociali di interesse generale, «se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato»⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ Secondo l'art. 5, d.p.c.m. del 30 marzo 2001, «I comuni, al fine di realizzare il sistema integrato di interventi e servizi sociali garantendone i livelli essenziali, possono acquistare servizi e interventi organizzati dai soggetti del terzo settore.

2. Le regioni disciplinano le modalità per l'acquisto da parte dei comuni dei servizi ed interventi organizzati dai soggetti del terzo settore definendo in particolare: a) le modalità per garantire una adeguata pubblicità del presumibile fabbisogno di servizi in un determinato arco temporale; b) le modalità per l'istituzione dell'elenco dei fornitori di servizi autorizzati ai sensi dell'art. 11 della legge n. 328 del 2000, che si dichiarano disponibili ad offrire i servizi richiesti secondo tariffe e caratteristiche qualitative concordate; c) i criteri per l'eventuale selezione dei soggetti fornitori sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 4. Oggetto dell'acquisto o dell'affidamento di cui all'art. 6, deve essere l'organizzazione complessiva del servizio o della prestazione, con assoluta esclusione delle mere prestazioni di manodopera che possono essere acquisite esclusivamente nelle forme previste dalla legge n. 196 del 1997. I comuni stipulano convenzioni con i fornitori iscritti nell'elenco di cui al comma 2, anche acquisendo la disponibilità del fornitore alla erogazione di servizi e interventi a favore di cittadini in possesso dei titoli di cui all'art. 17 della legge n. 328 del 2000. Si veda in tema tra tutti, . FOSSATI, *L'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del Terzo settore*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019, pp. 119-126.

⁸⁴⁹ Secondo A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel codice del Terzo settore. Il confronto con il diritto europeo*, in *Non Profit*, n. 3, 2017, p. 182, il riferimento «attività» «allude alle tante situazioni in cui le convenzioni regolano la collaborazione delle associazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con le amministrazioni pubbliche per finalità di interesse generale», al di là del servizio pubblico.

⁸⁵⁰ L'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, comma 1 dispone che «Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni

Riprendendo quest'ultima espressione, il Consiglio di Stato ritiene di essere in presenza di un affidamento di servizio sociale di interesse economico generale, altrimenti non si porrebbe «il problema della comparazione di convenienza della scelta tra ricorso al mercato e convenzione»⁸⁵¹.

Al comma 2, l'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, sancisce che «Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate».

Per il giudice amministrativo la locuzione utilizzata esclude che si tratti di un servizio sociale di interesse generale non economico, che si ha invece quando «la remunerazione di tutti i fattori della produzione altrui (capitale e lavoro) e copra solamente le spese vive», escluso dalla formulazione del quarto comma. Infatti, «il riferimento è alla disciplina del contenuto della convenzione, che deve riguardare anche i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso, tra cui figurano, necessariamente a carico dell'Amministrazione pubblica (come conferma l'art. 18 del d.lgs. n. 117 del 2017), gli oneri relativi alla copertura assicurativa (per infortuni, malattie connesse allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché per la responsabilità civile verso i terzi) dei volontari di cui si avvalgono gli enti del terzo settore». E proprio tale elemento «sembra far propendere per la onerosità del servizio sociale di interesse generale oggetto della convenzione la riconduzione tra le spese rimborsabili dei costi indiretti e forse anche degli oneri relativi alla copertura assicurativa».

L'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, prevede inoltre un procedimento *sui generis* per la selezione dell'organizzazione di volontariato o dell'associazione di promozione sociale. Secondo il comma 3 la selezione appena indicata deve essere «fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime. Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da

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».

⁸⁵¹ Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 26 luglio 2018, par. 6.

valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari».

Considerata l'affermata onerosità della convenzione mediante cui affidare il servizio sociale di interesse generale, il Consiglio di Stato ritiene che la procedura di selezione del comma 3 dell'art. 56 del codice del terzo settore non sia permeata «dal principio di concorrenzialità, ma solamente da quello di parità di trattamento». Si rispetterebbero, difatti, i soli principi di trasparenza e di imparzialità «costituenti il contenuto imprescindibile di ogni procedimento di valutazione comparativa». Ciò sarebbe evidente dal confronto con l'art. 30, d.lgs. n. 50/2016, i cui principi delineerebbero la concorrenzialità mancata dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017. Inoltre nella disposizione di legge in analisi sarebbe presente un solo principio di «concorsualità» attraverso la previsione del possesso per le associazioni di promozione sociale e le organizzazioni di volontariato di requisiti morali e professionali, che devono però essere valutati, rispetto agli artt. 80 e 83, d.lgs. n. 50/2016, «sul piano oggettivo, con riferimento alla struttura ed all'attività svolta e, sul piano soggettivo, con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione ed all'aggiornamento dei volontari»⁸⁵².

Il Consiglio di Stato in conclusione afferma che solamente nel caso in cui le convenzioni, oggetto della presente disamina, si identifichino nell'ambito dei servizi sociali non economici di interesse generale non si avrebbe alcun problema di contendibilità di mercato, qualificando la procedura di selezione dell'ente del terzo settore prevista dall'art. 56, d.lgs. n. 117/2017 come il semplice rispetto del principio di imparzialità quale vincolo formale dell'azione amministrativa.

Di contro, nel caso in cui la convenzione dovesse assumere il carattere dell'onerosità, collocandosi nell'ambito di servizi sociali di interesse economico generale, allora «il regime giuridico prefigurato dalla norma pone un problema di compatibilità con il diritto euro-unitario, proprio per la ragione che non risulta informato al principio di concorrenzialità, che invece permea il codice dei contratti

⁸⁵² Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 26 luglio 2018, par. 6.

pubblici, recettivo delle direttive europee, e che indirizza l'affidamento del servizio mediante appalto o concessione». ⁸⁵³

La disamina dell'ultima parte del parere n. 2052 del 2018 del Consiglio di Stato, relativa alle convenzioni per l'affidamento di servizi sociali di interesse generale, evidenzia gli stessi profili critici riconducibili alla sezione consultiva per la definizione della natura e della portata giuridica della co-progettazione. Anche in questo caso, infatti, la disciplina dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017 s'inserisce nella discrezionalità attribuita dal considerando n. 114 della direttiva 2014/24/UE agli Stati membri nella definizione di un regime alternativo alle procedure ordinarie per l'affidamento di servizi di interesse economico generale. Come già detto, il parametro per valutare la compatibilità dell'istituto in esame con il principio della libera concorrenza - rilevante per stabilire l'eventuale disapplicazione della norma - sono le direttive in materia di affidamenti di appalti e concessioni e non il codice dei contratti pubblici che le attua. Per questo motivo, l'art. 56, d.lgs. n. 117/2017 si pone semplicemente come norma speciale rispetto al d.lgs. n. 50/2016, introducendo un regime ulteriormente alleggerito per l'affidamento di servizi sociali di interesse economico generale, allo stesso modo e per le stesse ragioni della co-progettazione.

Affermata la compatibilità dell'art. 56, d.lgs. n. 117/2017 con il principio della libera concorrenza, merita ora soffermarsi sui profili precedentemente accennati di indeterminatezza della norma per poter comprendere la sua portata e natura.

I termini generici riguardano le locuzioni «attività o servizio sociale» e «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato», previste rispettivamente nel comma 1.

⁸⁵³ Tale interpretazione è confermata anche da T.A.R. Firenze, (Toscana) sez. I, 01/06/2020, n.666, per cui «Non è legittima la clausola che limita alle sole organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale, in pretesa applicazione dell'art. 56 del D.lgs. 117/2017, la partecipazione ad una procedura selettiva per l'affidamento di un servizio (organizzazione e gestione di corsi comunali di lingua straniera) che prevede la percezione di una remunerazione ancorché sotto forma di rimborso delle spese vive. Infatti l'art. 56 D.lgs. 117/2017 (ai sensi del quale 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) è da ritenere compatibile con il diritto eurounitario soltanto qualora sia interpretato nel senso che consente esclusivamente a titolo gratuito l'affidamento in convenzione ad organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale dell'erogazione di prestazioni che ben si presterebbero ad essere oggetto di scambio economico».

Le recenti linee guida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sul rapporto tra pubbliche amministrazioni e terzo settore, come per la co-progettazione, tentano di superare tale indeterminatezza.

Per le «attività o servizi sociali» si considera «un ambito più ristretto rispetto a quanto previsto dall'art. 5 CTS, da interpretare alla luce sia del diritto interno (legge n. 328 del 2000), sia nella prospettiva, ben più ampia e comprensiva, tracciata dal diritto dell'Unione europea (ed alla quale il legislatore evidentemente si è ispirato: così nella COM(2006), *Attuazione del programma di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione*)».

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali conferma l'importanza della comunicazione del 2006, precedentemente analizzata, che, nel caso concreto, funge da guida per l'interprete insieme alla l. n. 328/2000 in materia di servizi sociali. A parere di chi scrive, non essendo presente, come visto, un'indicazione certa e definita di servizio sociale nel nostro ordinamento giuridico, la definizione sarà rimessa di volta in volta alle pubbliche amministrazioni che vorranno avvalersi della disciplina in analisi, seguendo le indicazioni fornite al livello nazionale che europeo. La definizione così come ricostruita dall'amministrazione dovrà essere cristallizzata nell'avviso pubblico di indizione della procedura di affidamento in cui si dovranno evidenziare le ragioni del ricorso a tale procedura a mente dell'art. 56, comma 4, d.lgs. n. 117/2017. È evidente, ancora una volta, come l'autolimita assolve un ruolo principe nel superare l'indeterminatezza voluta dal legislatore, al fine di garantire adeguatezza dell'istituto in analisi alle esigenze dell'amministrazione⁸⁵⁴.

In merito alla locuzione «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato», che ricorda molto la locuzione «fallimento del mercato» relativa agli affidamenti *in house*⁸⁵⁵, essa è stata richiesta (dal già menzionato parere n. 1405 del 2017 del Consiglio di Stato sullo schema del codice del terzo settore) per trovare il «giusto

⁸⁵⁴ Tale aspetto si era già evidenziato nel Cap. III, par. 2, anche in relazione all'art. 56, d.lgs. n. 117/2017.

⁸⁵⁵ Infatti, il «*fallimento del mercato*» in merito agli affidamenti *in house*, è il requisito richiesto dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, che consiste in un obbligo motivazionale della p.a. per dimostrare «i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento» (Consiglio di Stato sez. V, 07/01/2019, n.138). In tema si veda, M. ANTONIOLI, *L'In House Providing tra Funzione e Struttura: Controllo Analogo Congiunto, Partecipazione «Pulviscolare» ed Eterodirezione della Società*, in *L'In House Providing tra Funzione e Struttura: Controllo Analogo Congiunto, Partecipazione «Pulviscolare» ed Eterodirezione della Società*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 2020, pp. 599 e ss.

punto di equilibrio» fra «la tutela della concorrenza [quale] principio eurounitario cui deve uniformarsi sia l'attività legislativa sia quella amministrativa di ciascuno Stato nazionale» onde evitare che le attività degli imprenditori subiscano «in considerazione del regime di favore di cui godono gli enti del terzo settore»⁸⁵⁶ a mente dell'art. 118 comma 4.

Le linee guida, nel tentare di precisare la locuzione appena indicata, affermano che «Una lettura condivisibile della prescrizione induce a ritenere che non si tratti di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle PP.AA. bensì che si richieda di verificare l'effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina».

Al pari della locuzione «attività o servizio sociale», quale presupposto per l'avvio della procedura di selezione *ex art. 56*, d.lgs. n. 117/2017, sarà anche in questo caso l'amministrazione a definire in che modo l'avvio della procedura potrà produrre benefici, non soltanto dal punto di vista economico, alla collettività. L'amministrazione, dunque, dovrebbe sottolineare come il servizio affidato, dimostri «l'effettiva capacità di contribuire alla finalità sociale e all'obiettivo di solidarietà del sistema»⁸⁵⁷, garantendo «la migliore corrispondenza dell'affidamento tramite convenzione all'interesse pubblico cui sono funzionalizzati i servizi sociali»⁸⁵⁸.

Come ricordato dalle linee guida, l'art. 56, d.lgs. n. 117/2017 è strettamente connesso alle sentenze «Spezzino» e «Casta». L'art. 56, del codice del terzo settore, sembra infatti fissare i principi di entrambe le sentenze che consentono di derogare al principio della libera concorrenza per ragioni di natura solidaristica.

È evidente come la norma si ricolleggi a tali pronunce, limitando dal punto di vista soggettivo gli enti del terzo settore che possono partecipare, indicando tra questi

⁸⁵⁶ Così Consiglio di Stato parere n. 1404 del 2017.

⁸⁵⁷ Così, A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore*, *op. cit.*, p. 161, ricordando come l'anac nell'aggiornamento alle linee guida n. 32/2016 abbia affermato sulla locuzione che «Il ricorso alla deroga deve essere adeguatamente motivato con specifico riferimento alla maggiore convenienza rispetto al mercato. Tale aspetto deve essere valutato, oltre che con riferimento alla convenienza economica del ricorso allo schema della convenzione, anche in relazione ai maggiori benefici conseguibili per la collettività in termini di maggior attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, accessibilità, efficienza economica e adeguatezza.

⁸⁵⁸ *Ibis*, p. 162.

quelli caratterizzati dal maggior tasso solidaristico⁸⁵⁹. Così come è evidente la necessità di garantire con questa modalità alternativa di affidamento i «principi di universalità e di solidarietà nonché in ragioni di efficienza economica e di adeguatezza, in quanto consente che tale servizio [sociale] di interesse generale sia garantito in condizioni di equilibrio economico sul piano di bilancio, da organismi costituiti essenzialmente al fine di soddisfare interessi generali»⁸⁶⁰, prevedendo la convenzione un mero rimborso delle spese sostenute.

Per questo motivo l'amministrazione nel motivare il «ricorso più favorevole al mercato» potrebbe utilizzare come guida proprio le pronunce della Corte di giustizia richiamate.

Occorre infine evidenziare diverse contraddizioni nelle linee guida sulla parte relativa alle convenzioni disciplinate dall'art. 56, d.lgs. n. 117/2017.

Si continua difatti a rifuggire dall'ottica dell'affidamento⁸⁶¹ con il rischio di violare, attraverso la formulazione di una procedura ad evidenza pubblica diversa rispetto a quella disciplinata dal d.lgs. n. 50/2016, le direttive europee del 2014 in tema di libera concorrenza. Come più volte ribadito, il considerando 114 della direttiva 2014/24/UE dà piena legittimità agli stati membri nel definire procedure alternative a quelle ordinarie in materia di servizi sociali di interesse generale.

La contraddizione qui rilevata si acuisce se si considera il richiamo delle linee guida alle sentenze «Spezino» e «Casta» e al parere n. 1405 del 2017 del Consiglio di Stato sullo schema del codice del terzo settore. Le pronunce della Corte di giustizia riguardo al servizio di trasporto sanitario d'urgenza, infatti, sono due delle principali pronunce al livello europeo che considerano «contratto di appalto oneroso» qualsiasi atto, a prescindere dal *nomen juris*, che preveda un rimborso spesa in luogo della prestazione resa dall'organizzazione *no profit* alla p.a.⁸⁶², riconducendolo sotto l'alea

⁸⁵⁹ Un esempio concreto riguarda la limitata percentuale delle attività ulteriori, di natura commerciale, che le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale possono svolgere.

⁸⁶⁰ Corte giustizia UE sez. V - 11/12/2014, n. 113 (CASTA), punto 57. Si veda in merito al rapporto tra riduzione dei costi ed efficienza nell'erogazione dei SIEG da parte degli enti del terzo settore, D. D'ALESSANDRO, *Affidamento di servizi di interesse non economico al volontariato e "budgetary efficiency": l'emergere di un nuovo assetto nei rapporti fra libertà di mercato e diritti sociali?*, in *federalismi.it*, n. 7, 2018.

⁸⁶¹ Si attende a sottolineare che «L'attenzione del Giudice europeo è posta sul tema della *gratuità* e del principio del rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate; ciò pare da leggere e interpretare come "presidio" avverso l'ipotesi di riqualificare le convenzioni come contratti di appalto».

⁸⁶² A maggior ragione se si considera che le linee guida più volte richiamate, a p. 18, richiedono che la convenzione stabilisca tra le altre cose «il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero

della disciplina della libera concorrenza. Allo stesso modo il parere n. 1405 del 2017 del Consiglio di Stato sembra ricorrere all'*escamotage* della locuzione «ricorso più favorevole al mercato» per rientrare nelle deroghe previste proprio dalle sentenze «Spezzino» e «Casta» così da conferire ancor più legittimità all'art. 56, d.lgs. n. 117/2017, con un procedimento più articolato e definito rispetto alla co-progettazione, avendolo considerato a monte una procedura di affidamento di un servizio sociale.

6. Osservazioni conclusive.

A conclusione della presente ricerca occorre tentare di ordinare i risultati dell'indagine.

Nella prima parte del lavoro si è avuto modo di constatare come il codice del terzo settore ed il principio di sussidiarietà si pongano tra loro in un rapporto simbiotico. Il principio di sussidiarietà orizzontale ha infatti posto le basi per la realizzazione della disciplina organica del terzo settore, imponendo l'attuazione e la specificazione della portata⁸⁶³ dell'art. 118, comma 4 Cost., a livello legislativo. Da parte sua, il codice del terzo settore ha permesso di precisare le modalità attraverso cui favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento delle attività di interesse generale.

Grazie all'ulteriore opera definitoria del d.lgs. n. 117/2017 circa la nozione di «ente del terzo settore», si è avuto modo di comprendere una sua differenza rispetto alla nozione di pubblica amministrazione. È emerso un modello di amministrazione pubblica a «geometria variabile»⁸⁶⁴ che assume connotati diversi in base alla legge che la richiama. Ciò a differenza della nozione di ente del terzo settore che, grazie al codice del terzo settore, ottiene una connotazione tendenzialmente stabile⁸⁶⁵. Sebbene le

di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici».

⁸⁶³ Cfr. Cap. I. par. 1.

⁸⁶⁴ W. GIULIETTI - M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale*, op. cit., p. 195

⁸⁶⁵ La l. n. 328/2000 ed il d.p.c.m. del 30 marzo del 2001 in cui all'art. 2 si afferma che «Ai fini del presente atto si considerano soggetti del terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni

attività di interesse generale, proprie degli enti del terzo settore, coincidano con le attività di pubblico interesse in relazione al bene giuridico da tutelare, vige una sostanziale differenza tra questi due soggetti, confermando l'ente del terzo settore la sua natura di ente privato, mentre la pubblica amministrazione la sua natura sostanzialmente pubblica, a prescindere dalla forma privatistica assunta. Tale distinzione è posta al centro della sistematica del codice del terzo settore, escludendo espressamente all'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, dal novero degli enti del terzo settore, le pubbliche amministrazioni, richiamate dal d.lgs. n. 165/2001 e «gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati» da esse.

L'esclusione indicata mira a fugare ogni dubbio circa la possibile *confusione* dettata da una nozione ampia e flessibile di pubblica amministrazione che contempla la presenza di soggetti formalmente privati che svolgono attività di interesse generale come gli organismi di diritto pubblico.

Dubbia invece è l'esclusione delle fondazioni di origine bancaria dall'ambito di applicazione del codice del terzo settore, possedendo esse tutti i requisiti previsti dal d.lgs. n. 117/2017 per essere qualificate ente del terzo settore. In merito, si è ipotizzato che lo scopo di questa scelta legislativa è quello di garantire una disciplina speciale che preveda un controllo più efficace sull'azione delle fondazioni da parte degli organismi preposti, rispetto a quanto disposto dal d.lgs. n. 117/2017.

La coincidenza del fine dell'azione di interesse generale del terzo settore con il fine dell'attività di pubblico interesse della pubblica amministrazione ha permesso di individuare una tendenziale parità tra questi due soggetti permettendo di instaurare rapporti giuridici privilegiati che agevolino entrambe le loro attività.

I soggetti che operano nel terzo settore assumono per alcuni versi i connotati del «nuovo cittadino» ipotizzato da Feliciano Benvenuti, in cui il privato è visto nella sua “veste” collaborativa, per rendere edotta la pubblica amministrazione della realtà che la circonda ed in cui deve intervenire con la propria azione. Tale rapporto sembra dunque essere scevro da conflitto ma intriso di spirito collaborativo, superando le dinamiche antagoniste che fisiologicamente risiedono nella partecipazione al procedimento amministrativo secondo la l. n. 241/1990.

e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro».

Nella seconda parte del lavoro, si è ravvisato come il codice del terzo settore preveda l'inserimento del privato all'interno dell'organizzazione amministrativa, ivi intesa come «il complesso di numerosi apparati che svolgono (ossia delle diverse specifiche organizzazioni) funzioni (cioè insieme di compiti) definibili “amministrative”»⁸⁶⁶, vista la posizione tendenzialmente paritaria dal punto di vista teleologico di entrambi i soggetti del rapporto che qui si è indagato. Dall'analisi svolta è emerso come il privato e la pubblica amministrazione all'interno dell'organizzazione amministrativa mantengano le loro funzioni e la loro natura, che impongono alla sola amministrazione l'utilizzo di potere autoritativo per la tutela degli interessi pubblici. Gli enti del terzo settore, difatti, non ricevono alcun conferimento di potestà pubblica dall'amministrazione ma, nel rispetto della loro natura privatistica, entrano in contatto con l'amministrazione stessa attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici. Recuperando la tradizione giuridica in tema, che con lungimiranza sembra descrivere proprio il rapporto tra terzo settore e pubblica amministrazione al pari del «nuovo cittadino» di Benvenuti, ciò che sembra delineare il codice del terzo settore è l'instaurazione della relazione organizzativa del coordinamento in cui vige una sovrapposizione tra equiordinazione e sovraordinazione. Infatti, sebbene p.a. ed enti del terzo settore realizzino e soddisfino teleologicamente interessi generali, mediante l'analisi della lettera degli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017 si è compreso come alla p.a. spetti l'adozione degli atti di co-programmazione, di co-progettazione e delle convenzioni, indirizzando l'attività dell'ente del terzo settore attraverso i canali di contatto ed i vantaggi offerti dal Titolo VII, d.lgs. n. 117/2017. Riprendendo l'efficace immagine fornita da Stefano Zamagni⁸⁶⁷, il terzo settore talvolta si mostra come un Prometeo dotto ma disorientato non sapendo con quali mezzi svolgere la propria azione benefica.

Attraverso il coordinamento tra amministrazione e terzo settore entrambi questi soggetti potranno giovare delle reciproche qualità: l'amministrazione utilizzerà la conoscenza del terzo settore per individuare il fabbisogno dei destinatari dell'azione amministrativa, colmando il fisiologico *gap* conoscitivo relativo alla realtà

⁸⁶⁶ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, op. cit., p. 257.

⁸⁶⁷ S. ZAMAGNI, *Introduzione*, op. cit., p. 13, descrive il terzo settore come un Prometeo incatenato dalla burocrazia e dal retaggio culturale che frenano la sua azione.

socioeconomica in cui opera, ed il terzo settore potrà avvalersi, invece, dei mezzi offerti dalla pubblica amministrazione per realizzare i propri fini statuari.

Nel terzo capitolo, grazie ai risultati ottenuti - e qui brevemente riassunti - è stato possibile dare colore agli istituti della co-programmazione e della co-progettazione nel rispetto della natura degli enti del terzo settore e della pubblica amministrazione. Ciò che lega entrambi gli istituti è un forte (ma diverso) tasso di indeterminatezza che può essere superato per mezzo dell'autovincolo.

Anche in questo caso, attraverso l'analisi della dottrina e della giurisprudenza in tema è stato possibile comprendere come sia la stessa amministrazione a definire la procedura da seguire per co-programmare e co-progettare mediante l'utilizzo dell'avviso pubblico quale tradizionale autolimita. L'avviso pubblico sembra infatti lo strumento espressione dall'autonomia organizzativa e regolamentare richiamata dall'art. 55, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, e rispettoso della natura privatistica dell'ente del terzo settore, essendo centrale il consenso del privato sociale per partecipare alle procedure di dialogo con l'amministrazione. Ciò sembra essere confermato anche dalla disamina delle confuse linee guida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali emanate al fine di precisare gli strumenti del titolo VII del codice del terzo settore.

Nella presente ricerca, la co-programmazione si è rivelata un istituto volto a garantire la partecipazione del privato sociale alla redazione di atti amministrativi generali in tutti gli ambiti individuati dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017, superando così la settorialità della l. n. 328/2000. Gli strumenti offerti da quest'ultima legge si sono mostrati utili per rendere operativo l'art. 55, comma 2, d.lgs. n. 117/2017. Tra questi spicca l'accordo di programma per vincolare la decisione dell'amministrazione alle risultanze dell'istruttoria, ottenute grazie al dialogo con l'ente del terzo settore. La co-programmazione, che sembra richiamare forme di democrazia partecipativa, mira, infatti, a riservare tale forma di partecipazione ai soli enti del terzo settore in forza della *qualità* delle informazioni che il privato sociale può fornire all'amministrazione, avendo esso costituito «sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale»⁸⁶⁸.

Passando alla co-progettazione, dalla lettera dell'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 117/2017, si desume come il codice del terzo settore introduca una procedura *sui*

⁸⁶⁸ C. Cost. sent. n. 131 del 2020.

generis di affidamento di un contratto di partenariato pubblico-privato attraverso cui, tradizionalmente, si valorizza il dialogo tra amministrazione ed operatore economico in un'ottica di alleanza per la tutela di pubblici interessi⁸⁶⁹. L'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 117/2017, difatti, riporta il termine «partenariato» e prevede la co-definizione di un progetto e la realizzazione dello stesso. Sebbene le linee guida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali relative al rapporto tra pubbliche amministrazioni e terzo settore neghino un legame tra le procedure di affidamento di un contratto pubblico e gli strumenti di dialogo offerti dal codice del terzo settore, il loro contenuto sembra affermare il contrario.

Quanto alla co-progettazione, le linee guida appena ricordate indicano la necessità di redigere un avviso pubblico per permettere alla pubblica amministrazione di scegliere la procedura più adatta al contesto organizzativo e socioeconomico in cui opera.

Tale avviso sembra però ricordare un bando per l'affidamento di un contratto pubblico in quanto il procedimento individuato dalle stesse linee guida ministeriali non solo prevede che il privato presenti la propria offerta economica in relazione al quadro economico predisposto dall'amministrazione, ma anche che il privato presenti la propria offerta tecnica (migliorie progettuali e della convenzione) sul progetto di base allegato al bando in cui si rendono note le esigenze di interesse pubblico.

Lo stretto legame tra il codice del terzo settore e l'evidenza pubblica teorizzata da Massimo Severo Giannini⁸⁷⁰, quale procedimento di formazione della volontà contrattuale per la stipulazione di un contratto di appalto o di concessione, sembra riguardare anche la co-programmazione. Ponendosi come antecedente logico giuridico alla co-progettazione, la co-programmazione ricorderebbe l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato sancito dall'art. 66, d.lgs. n. 50/2016, attraverso cui calibrare obiettivi e fabbisogni dal dialogo con il privato.

Nel quarto capitolo, grazie a una preliminare analisi del rapporto tra terzo settore e mercato, è emerso come l'interpretazione sin qui riportata degli istituti disciplinati dall'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, non si ponga in contrasto con le direttive europee del 2014 (2014/23/UE; 2014/24/UE; 2014/25/UE) in materia di contratti

⁸⁶⁹ S. VALAGUZZA - E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, op. cit., p. 25.

⁸⁷⁰ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, op. cit., pp. 363 e ss.

pubblici, a differenza di quanto affermato dal Consiglio di Stato con il parere n. 2052 del 2018. Il codice del terzo settore sembra infatti inserirsi nell'alea del considerando 114 della direttiva 2014/24/UE che conferisce discrezionalità agli stati membri nello stabilire procedure di affidamento per servizi pubblici alla persona dalla limitata dimensione transfrontaliera, in cui rientrano le attività di interesse generale richiamate dall'art. 5, d.lgs. n. 117/2017. Si prevede in questo senso un bilanciamento al livello europeo tra principio di solidarietà e di libera concorrenza alla luce dei particolari interessi pubblici tutelati dai servizi menzionati nel medesimo considerando e dal contesto culturale, diverso in ogni stato membro, in cui gli stessi servizi sono prestati.

Costituendo le direttive europee del 2014 il parametro di legalità per ritenere se le procedure di affidamento di un contratto pubblico siano rispettose del principio della libera concorrenza, inteso come *favor participationis* e *par condicio*, l'eventuale antinomia tra norme interne si dovrebbe risolvere con il principio di specialità. Pertanto, in quest'ottica, gli istituti indicati dagli artt. 55 e 56, d.lgs. n. 117/2017, si porrebbero come norme speciali rispetto al d.lgs. n. 50/2016.

Non essendovi alcun contrasto con la disciplina europea, si è evidenziato come non avrebbe senso escludere dal campo di applicazione delle direttive eurounitarie del 2014 e del codice dei contratti pubblici gli istituti sin qui esaminati, forzando l'interpretazione del concetto di onerosità. Del resto, la disciplina europea e la relativa giurisprudenza hanno esteso il concetto di onerosità del contratto di appalto o di concessione anche ai casi di mero rimborso spese, inteso quale corrispettivo per il servizio reso⁸⁷¹.

Quanto alle convenzioni per l'affidamento di servizi sociali riservate alle associazioni di promozione sociale e alle organizzazioni di volontariato, si è giunti allo stesso risultato di compatibilità di *sistema*, dopo aver superato l'indeterminatezza della definizione di «servizio sociale» e di «ricorso più favorevole al mercato» sulla base delle pronunce «Spezzino» e «CASTA», che sembrano aver influenzato il legislatore italiano nella redazione dello stesso art. 56, d.lgs. n. 117/2017.

Il codice del terzo settore, come confermato dalla Corte costituzionale, sembra rappresentare dunque un sistema alternativo al mercato, finalizzato all'ottenimento del

⁸⁷¹ Con particolare riferimento alle sentenze «Spezzino» e «CASTA» (Rispettivamente Corte giustizia UE sez. V - 28/01/2016, n. 50 e Corte giustizia UE sez. V - 11/12/2014, n. 113)

risultato dell'azione amministrativa grazie alla collaborazione del privato sociale; un sistema basato non «sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»⁸⁷².

In conclusione, merita evidenziare come il contributo della dottrina abbia svolto un ruolo essenziale per comprendere lo *spirito* e la *natura* del rapporto di collaborazione tra pubblica amministrazione e terzo settore. In sostanza ci si sente un po' «come nani sulle spalle di giganti, così che possiamo vedere più cose di loro e più lontane, non certo per l'acume della vista o l'altezza del nostro corpo, ma perché siamo sollevati e portati in alto dalla statura dei giganti»⁸⁷³.

⁸⁷² Corte Cost. sent. n. 131 del 2020.

⁸⁷³ Giovanni di Salisbury, *Metalogicon* (III, 4), 1159.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Autorità e libertà nel divenire della storia*, Bologna, 1971.
- ABBAMONTE G., *Coordinamento, Programmazione e settore organico*, in AMATO G. – MARONGIU G., *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982.
- ADAM R. - TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017.
- AGOSTINI S., *Adeguamenti statutarî degli ETS: le indicazioni ministeriali*, in *Cooperative e enti non profit*, fasc. 3., 2019.
- AGOSTINI S., *Principi sociali, cooperative e appalti pubblici*, in *Rivista della cooperazione*, n. 1, 2008.
- ALBANESE A., *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007.
- ALBANESE A., *I servizi sociali nel codice del terzo settore*, in *Munus*, n. 1, 2019.
- ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, fasc.1, 2002.
- ALBANESE A., *Il sistema integrato dei servizi sociali: spunti di analisi in prospettiva europea*, in SCIARRA S. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007.
- ALBANESE A., *La corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra aver paura del proprio coraggio)*, in *Foro It.*, 2015.

- ALBANESE A., *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel codice del Terzo settore. Il confronto con il diritto europeo*, in *Non Profit*, n. 3, 2017.
- ALLEGRETTI U., *Democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze, 2010.
- ALLEGRETTI U., *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ALPA G., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006
- AMATO G. – MARONGIU - G., *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982.
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1938.
- ANTONIOLI M., *L'In House Providing tra Funzione e Struttura: Controllo Analogico Congiunto, Partecipazione «Pulviscolare» ed Eterodirezione della Società*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2020.
- ANTONIOLI M., *L'In House Providing tra Funzione e Struttura: Controllo Analogico Congiunto, Partecipazione « Pulviscolare » ed Eterodirezione della Società*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 2020.
- ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale, nell'art. 118 u.c. della costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005.
- AVANZINI - G., *Decisioni amministrative e algoritmi*, Napoli, 2019
- AVANZINI K., GHETTI V., *Accreditamento nel sociale: quale strategia?*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 5, 2010.

- AZZENA A., *Per la definizione del coordinamento e della sua realtà giuridica*, in G. AMATO - G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982.
- BACHELET V., voce *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, vol X, Milano, 1962.
- BADASCHI P., *Insegnamenti di un caso di democrazia partecipativa nel governo del territorio: l'insediamento turistico di Castelfalfi*, in ALLEGRETTI U. (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze, 2010.
- BALBONI E. - BARONI B. – MATTIONI A. – PASTORI G. (a cura di), *Il servizio integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007.
- BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, vol. 21, Milano, 1971.
- BANI E., *Il codice dei contratti pubblici tra stato mercato e non profit*, in FIORITTO A. (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017.
- BARTOLE S., *Il coordinamento tra garanzia delle autonomie e principio collaborativo*, in AMATO G. – MARONGIU G. (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982.
- BASILE M., *Le persone giuridiche*, in IUDICA G. - ZATTI P., (a cura di), *Trattato di diritto privato* Milano, 2003.
- BASSI F., *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996.
- BATTISTELLA A., *La 328/2000 e le modalità di esternalizzazioni dei servizi*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2000.
- BENVENUTI F., *Coordinamento concetto o coordinamento schema?*, in AMATO G. – MARONGIU G. (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982.

- BENVENUTI F., *Caso e incertezza del diritto*, in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Miano, 2006.
- BENVENUTI F., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee e prospettive*, Padova, 1996.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Milano, 2006.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino*, in BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, Miano, 2006.
- BENVENUTI F., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, Milano, 2006.
- BENVENUTI F., *L'organizzazione impropria della P.A.*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1956.
- BENVENUTI F., *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, Miano, 2006.
- BENVENUTI F., *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, in BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, Milano, 2006.
- BERRETTINI A., *Conflitto di interessi e contratti pubblici: un difficile equilibrio tra (in)certezza del diritto e tassatività delle situazioni conflittuali*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2020.
- BERRETTINI A., *Le procedure di affidamento dei centri di prima accoglienza e gli eccessivi vincoli alla discrezionalità delle stazioni appaltanti*, in L. SALVADEGO - M. SAVINO - E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità*, Torino, 2021.
- BERRETTINI A., *Osservazioni su «conflitto di interessi» nel procedimento amministrativo alla luce di una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Nuove autonomie*, n. 2, 2017.
- BERTI G., *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione*, Padova, 1968.

- BERTI G., *Sussidiarietà ed organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004.
- BERTINI P., *La conferenza di servizi*, in *Dir. Amm.* 1997.
- BERTONAZZI L. – VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in CHITI M.P., GRECO G. (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, Milano, 2007.
- BEVILACQUA D., *L'esercizio privato di funzioni amministrative comunitarie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7, 2008.
- BIANCHI P. (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Pisa, 2006.
- BIANCHI P., *I soggetti pubblici nella programmazione e gestione delle politiche sociali in Toscana*, in ROSSI E. (a cura di), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Padova, 2004.
- BIGAZZI S., *Le "innovazioni" del partenariato per l'innovazione*, in FIORITTO A., (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017.
- BIN R. - DONATI D. – PITRUZZELLA G., *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*, Torino, 2019.
- BIN R. – PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2019.
- BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito*, in *Riv. internaz. filosofia del diritto*, XXVIII, 1951.
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.
- BOMBARDELLI M., *Considerazioni finali*, in PELLIZZARI S. – MAGLIARI A., *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019.
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione*, Torino, 1996.

- BOSCOLO E., *Consultazioni preliminari di mercato e possibili limitazioni alla concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1, 2020.
- BOSCOLO E., *Le regole per lo spazio urbano*, in CIVITARESE MATTEUCCI S., FERRARI E., URBANI P., *Il governo del territorio*, Milano, 2003.
- BOTTO A. - CASTROVINCI ZENNA S., *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020.
- CACCIAVILLANI C. – POLICE A., *Governo del territorio*, in SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- CAIA G., *Conclusioni*, in *La riforma del terzo settore. Attività di interesse generale e autonomia privata*, Bologna 9-10 e 16-17 febbraio 2018.
- CAIA G., *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in MAZZAROLLI L., PERICU G. – ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A. – SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2001.
- CAIA G., *I servizi pubblici*, in MAZZAROLLI L., PERICU G. – ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A. – SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2001.
- CAIA G., *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.3, 2020.
- CALABRESI G., *Il futuro del law and economics*, Milano, 2018.
- CALDIROLA D., *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *federalismi.it*, n.3, 2018.
- CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, in *annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003.
- CAMMELLI M., *L'amministrazione per collegi*, Bologna, 1980.

CAMMELLI M., *Legislatore, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, incerti strumenti, modesti risultati*, Nota a C. Cost. 8 maggio 2009, n. 148, in *Le Regioni*, fasc. 5, 2009.

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo, III, Atti giuridici dell'amministrazione. Atti giuridici del Cittadino*. Ricorsi, Padova, 1992.

CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà dello Stato nel diritto amministrativo*, in ORLANDO V.E. (a cura di) in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901.

CAMMEO F., *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. It.*, 1912.

CAMMEO F., *Le manifestazioni della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, V. E. ORLANDO (a cura di) in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901.

CAMPAGNANO E., *Le nuove forme di partenariato Pubblico-Privato*, Padova, 2020.

CAMPOBASSO G., *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2017.

CANNADA - BARTOLI. E., *Voce Interesse (dir.amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, 1972.

CAPOZZI S., *I controlli amministrativi delle persone giuridiche private*, Napoli, 1991.

CAPPELLI V., *Il progressivo riconoscimento della natura contrattuale dell'istituto concessorio. Prospettive di indagine alla luce dell'evoluzione storica della concessione tra tentazioni privatizzanti e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 2, 2020.

CAPUTI JAMBRENGHI V., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 2000.

- CARANTA R. – DRAGOS D. C., *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5, 2014.
- CARDI E., *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Perugia, 1984.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017.
- CASINI L., *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005.
- CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2, 2002.
- CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983.
- CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962.
- CASSESE S., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- CASSESE S., *Servizi pubblici a rete e governo del territorio*, in *Gior. dir. Amm.*, n. 11, 1997.
- CASSESE S., *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996.
- CASSESE S., *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997.
- CATTANEO S., *Servizi pubblici*, voc. *Enc. giur.*, XLII, Milano, 1990.
- CAVALLO B., *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.
- CAVALLO PERIN R. – POLICE A. – SAITTA F. (a cura di) *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Vol. I, 2016.

- CAVALLO PERIN R. – RACCA G. M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010.
- CAVALLO PERIN R., *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, n. 1, 2013.
- CAVALLO PERIN R., *L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblica e l'avvento dell'intelligenza artificiale*, in AA. VV., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei pubblici poteri*, Torino, 2021.
- CELOTTO A., *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014.
- CERBO P., *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 3, 2011.
- CERULLI – IRELLI V., *"Ente pubblico": problemi di identificazione e di disciplina applicabile*, in CERULLI-IRELLI V. – MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed Enti pubblici*, Torino, 1994.
- CERULLI – IRELLI V., *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, in annuario AIPDA 2002, Milano, 2003.
- CERULLI – IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2019.
- CERULLI – IRELLI V., *Sussidiarietà (dir. Amm.)*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2003.
- CERULLI G., voce *Terzo settore*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, Milano, 2007.
- CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.
- CHIARELLI M., *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida anac*, in *federalismi.it*, n. 3, 2019.

CHITI M. P., *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in CHITI M. P. (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009.

CHITI M. P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000.

CHITI M. P., *La pubblica amministrazione*, in CHITI M. P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2017.

CIAN G., *Gli interventi dell'Autorità regolatoria sul contratto*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1997.

CIANFEROTTI G., *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980.

CICERO C., *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere giuridico*, fasc. 12, 2016.

CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 2017.

CINTIOLI F., *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *Federalismi.it*, 11, 2012.

CINTIOLI F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Unione europea*, 2006.

CIOFFI A., *Moralità amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. amm.*, 2017.

CIRILLO G. P., *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità*

dell'atto amministrativo (The jurisdiction of action for damages resulting in the positive measure's cancellation), in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 5, 2016.

CLARICH M., *Il protocollo d'intesa tra MEF e ACRI, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015.

CLARICH M., PISANESCHI A., *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, Il Mulino, 2001.

CLEMENTI P., *La composizione della base associativa di OdV [Organizzazioni di volontariato] e APS [Associazioni di promozione sociale]*, in *Cooperative e enti non profit*, fasc. 5, 2020.

COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.

CODINI E., *Evoluzione storica della disciplina*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019.

COGLIANI S., *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del giudice amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

COGLIANI S., *La nozione di pubblica amministrazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000.

COGNETTI S., *“Quantità” e “qualità” della partecipazione*, Milano, 2000.

COGNETTI S., *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Perugia, 1987.

COGNETTI S., *Osservazioni sul presunto “superamento” del modello pubblicistico*, in PERONGINI S. (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà tra legge e amministrazione*, Torino, 2017.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011.

- COGNETTI S., *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, in IMMORDINO M., POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993.
- COLELLI C., *Corte di giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. e app.*, 2015.
- COMPORITI G., *Amministrazione e cittadino*, in MANGANARO F., TASSONE A. R. (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004.
- COMPORITI G., *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996.
- CONSITO M., *Accreditamento e Terzo settore*, Napoli, 2009.
- CONTICELLI M., *Il ruolo amministrativo dei privati*, in MARCHETTI B. (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2003.
- CORNELLA S. – PELLIZZARI S., *La concorrenza itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in B. MARCHETTI - M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016.
- CORNELLA S., *Servizi sociali e disciplina europea in materia di aiuti di stato*, in PELLIZZARI S. – MAGLIARI A. (A CURA DI), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019.
- CORSO C., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- CORSO G., *Amministrazione di risultati, annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003.
- CORSO G., *Conclusioni*, in *L'attuazione della legge 241/90. Risultati e prospettive, atti del Convegno dell'Università di Macerata, 21-22 giugno 1996*, Milano, 1997.

CORSO G., *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in *servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997.

CORSO G., *Le privatizzazioni e servizi pubblici*, in ROVERSI MONACO F.A. (a cura di), *in Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 1997.

CORTESE F., *Concetti e istituti del coordinamento pubblico privato*, in B. MARCHETTI (A CURA DI), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2011.

CORTESE F., *Il coordinamento amministrativo*, Milano, 2012.

CORTESE F., *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

COSCIA A. D., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, con particolare riferimento alla responsabilità da esercizio legittimo del potere di autotutela e alla responsabilità da annullamento del provvedimento favorevole di aggiudicazione*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, fasc. 1, 2018.

COSTANZI V., *Politica. Traduzioni note e proemio*, Bari, 1935.

COSTI R., *L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, 2012.

COSULICH M., *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato*, Milano, 2002.

CRISAFULLI V., *Nota*, in *Giust. Cost.*, 1961

CUDIA C., *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 2008.

- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, 1981.
- D'ALBERTI M., *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in AMATO G. – MARONGIU G., *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982.
- D'ALESSANDRO D., *Affidamento di servizi di interesse non economico al volontariato e "budgetary efficiency": l'emergere di un nuovo assetto nei rapporti fra libertà di mercato e diritti sociali?*, in *federalismi.it*, n. 7, 2018.
- D'ANGELO G., *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020.
- D'AQUINO T., *Summa Theologie*, II, II qu. 64, art. 2, Milano, 1999.
- D'ORSOGNA D., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.
- D'ORSOGNA D., *La conferenza di servizi*, in SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, 2017, pp. 240 - 269
- DE AMBROGIO U. - GUIDETTI C., *La coprogettazione la partnership tra pubblico e terzo settore*, Città di Castello, 2017.
- DE ANGELIS P., *Accreditamento, accordi e contratti: profili giuridici e questioni applicative*, in *Ragiusan*, 2011.
- DE ANGELIS P., *I sistemi di affidamento dei servizi*, in BOTTARI C. (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013.
- DE FELICE D., *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008.
- DE GIORGI A., *Opere di G.D. ROMAGNOSI*, Vol. III.P.II, Milano, 1845.
- DE GOTZEN S., *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011.

- DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000.
- DE LISE P., *Moduli convenzionali della programmazione urbanistica*, in STANZIONE P., SATURNO A. (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006.
- DE LUCIA L., *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016 n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016.
- DE LUCIA L., *La regolazione dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.
- DE NES M. – QUARNETI G., *Gli appalti nei servizi sociali: una disciplina sensibilmente riformata*, in SANDULLI M.A. – LIPARI M. - CARDARELLI F. (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017.
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 5, 2016.
- DE NICTOLIS ROSANNA R., *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri" Commento a dec. legge 18 aprile 2019 n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici)*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 4, 2019.
- DE ROSE C., *Il principio di sussidiarietà del «Quadragesimo anno» all'era della globalizzazione: quale mondo quale Europa, quale Italia?*, in *Cons. St.*, 1997.
- DEIANA S., *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 5, 2018.
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- DI GIACOMO RUSSO B., *Il valore della sussidiarietà*, Roma, 2015.

DI LASCIO F. - SPANICCIATI F., *Le società a partecipazione pubblica tra vincoli amministrativi e regole comuni*, in MARESCA A. - ROMEI R. (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Milano, 2019.

DI MAJO A., *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 4, 2020.

DI PACE R., *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2016.

DI PACE R., *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021.

DONATI D., *Partecipazione come categoria, come identità, e rappresentanza. Ruolo e contraddizioni delle nuove forme associative*, in VALASTRO A. (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010.

DONATI F. - BRUTI LIBERATI E., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.

DONOLO C., *Partecipazione e produzione di una visione condivisa*, in SPAZIANTE A. – PUGLIESE R. (a cura di), *Pianificazione strategica per le città: riflessioni dalle pratiche*, Milano, 2003.

DURET P., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004.

DURET P., *Sussidiarietà e protagonismo delle comunità: suggestioni straniere*, in R. REMO (a cura di), *La Sussidiarietà Orizzontale nel Titolo V della Costituzione e la Sussidiarietà Generativa*, Padova, 2018.

FEDERICO A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1999

FERRARA R., *Gli accordi di programma*, Padova, 1992.

- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2014.
- FERRARI E., *Commento sub. art. 131 e 132*, in FALCON G. (a cura di), *Lo stato autonomista*, Bologna, 1998.
- FERRONI M. V., *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, n. 2, 2018.
- FICI A., *Profili e principi generali della riforma del Terzo settore*, in FICI A. – ROSSI E. - SEPIO G. – VENTURI P., *Dalla parte del terzo settore*, Milano, 2020.
- FIMMANÒ F. – COPPOLA M., *Sulla natura giuspubblicistica delle fondazioni bancarie*, in *Rivista del Notariato*, fasc.4, 2017.
- FIORITTO A., *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in FIORITTO A., (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017.
- FONDAROLI D., *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico*, in FONDAROLI D. (a cura di), *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico*, Bari, 2019.
- FONZI A., *Il principio di libera concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Torino, 2019.
- FOSSATI A., *L'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del Terzo settore*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019.
- FOSSATI A., *Programmazione e pianificazione*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019.
- FRACCHIA F., *Governo del territorio e ambiente*, in CIVITARESE MATTEUCCI S. - FERRARI E. - URBANI P., *Il governo del territorio*, Milano, 2003,

FRACCHIA F., *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in CROSETTI A., FERRARA R., FRACCHIA F., OLIVETTI RASON N., *Diritto ambientale*, Roma, 2008.

FRACCHIA F., *Il pubblico dipendente nella “formazione sociale” “organizzazione pubblica*, in MANGANARO F. - TASSONE A. R. (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004.

FRANCARIO F., *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell’art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi.it*, 2015.

FRANCHINI C., *L’organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di CASSESE S., *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003.

FREGO LUPPI S. A., *I principi*, in AA.VV., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019.

FREGO LUPPI S. A., *L’obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge 190/2012*, in *Dir. amm.*, n. 4., 2013.

FREGO LUPPI S.A., *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004.

FUSARO A., *Spunti per un’ermeneutica della riforma del terzo settore*, in *federalismi.it*, n. 10, 2020.

GAFFURI F., *Il conflitto di interessi nell’esercizio del potere amministrativo*, Torino, 2019.

GALDI M., *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C.Cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *federalismi.it*, n. 32, 2020.

GALGANO F., *Le associazioni, le fondazioni e i comitati*, Padova, 1987.

GALLETTA D. U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003.

- GALLO C. E., *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992.
- GALLO L., *Art. 55*, in AA.VV., *Dalla parte del Terzo settore*, in FICI A. –ROSSI E. – SEPIO G. – VENTURI P., *Dalla parte del terzo settore*, Milano, 2020.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017.
- GELMETTI M., *Bilancio, controllo e contabilità nella riforma*, *Commento a d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117*, in *Cooperative e enti non profit*, fasc. 11-12, 2017.
- GIANI L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.
- GIANI L., *L'organizzazione amministrativa*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- GIANNINI M. S., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol III, Milano, 1958.
- GIANNINI M. S., *Commissione di studio per la revisione strutturale e organizzativa degli enti pubblici di studio e di ricerca e degli enti pubblici dello Stato. - Relazione e schema di disegno di legge concernente "disciplina degli enti privati di interesse pubblico" (marzo 1981)*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3.
- GIANNINI M. S., *Corso di diritto amministrativo, Dispense anno accademico 1964/1965*, Milano, 1965.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1993.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993.
- GIANNINI M. S., *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano 1966.
- GIANNINI M. S., *Il Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
- GIANNINI M. S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1966.

- GIANNINI M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950.
- GIANNINI M. S., *Ministro per la funzione pubblica - Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato (trasmesso alle camere il 16 novembre 1979)*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3., 1982.
- GIANNINI M. S., *Sui regolamenti ministeriali*, in *Foro Italiano*, 1954.
- GIGLIONI F. – NERVI A., *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019.
- GIGLIONI F., *Art. 12*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.
- GIGLIONI F., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008.
- GILI L., *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2018.
- GILI L., *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 1, 2017.
- GIUFFRÈ G. A., *Le 'nuove' dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *federalismi.it*, n. 2, 2017.
- GIULIETTI W. - TRIMARCHI M., *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale*, in CAVALLO PERIN R. - POLICE A. – SAIFFA F. (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol.1, Firenze, 2016.
- GOISIS F., voce *Ente pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, VII, 2014.
- GORI L., *Definizione giuridica e disciplina comune del Terzo settore*, in AA.VV., *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018.
- GORI L., *La "sagra" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti tra Terzo settore e P.A.*, in *federalismi.it*, n. 14, 2020.

- GORI L., *La disciplina del volontariato individuale*, in *Non profit*, fasc. 2, 2017.
- GRECO G., *Accordi amministrativi*, Torino, 2003.
- GRECO G., *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2001.
- GROSSI P., *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, n. 4, 2014.
- GUALDANI A., *Diritto dei servizi sociali*, Torino, 2018.
- GUALDANI A., *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *federalismi.it*, n. 12, 2018.
- GUALDANI A., *Programmazione e pianificazione dei servizi sociali: il ruolo dei soggetti del terzo settore*, in *Munus*, n. 2, 2019.
- GUARINO G., *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1962.
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949.
- GUERRINI G., *Discutono sul tema*, in PELLIZZARI S. – MAGLIARI A. (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019.
- GUIGLIA G., *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Padova, 2005.
- IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999.
- IBBA C., *La pubblicità degli enti del terzo settore*, Relazione al Convegno *La nuova disciplina dell'impresa del terzo settore*, Bari, 23-24 novembre 2018 in *Rivista di diritto civile*, fasc. 3, 2019.
- ILACQUA A., *Procedure sotto soglia e principio di rotazione alla luce delle modifiche apportate, al codice appalti, dal D.L. 18 aprile 2019 n. 32, convertito con modifiche in Legge 55/2019*, in *GiustAmm.it*, n. 6, 2019.

- INNOCENTI E., *La programmazione sociale per un nuovo modello di governance dei servizi della persona*, in ROSSI E. (a cura di), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Padova, 2004.
- IUDICA G., *Circolazione dei diritti edificatori e procedure competitive*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.1, 2018.
- IUDICA G., *Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo*, Torino, 2016.
- JAMBRENGHI M. C., *Volontariato sussidiarietà mercato*, Bari, 2008.
- LA PORTA S., *art. 5 – ruolo del terzo settore*, in BALBONI E. - BARONI B. – MATTIONI A. - PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007.
- LEDDA E., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987.
- LEIBHOLZ G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München - Berlin, 1959.
- LEONDINI G., *Riforma del terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019.
- LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, Milano, 1968.
- LUBRANO E., *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, 2019.
- MAGLIARI A., *L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale*, in PELLIZZARI S. - MAGLIARI A. (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019.
- MAISTO F., *La responsabilità precontrattuale della p.a. al tempo della globalizzazione*, in *Rassegna di diritto civile*, fasc. 2, 2019.
- MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.
- MALTONI A., *Le Fondazioni di origine bancaria al vaglio del giudice delle leggi: enti privati a "statuto speciale"*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003.

- MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.
- MAMELI B., *Non tutti gli ordini professionali sono organismi di diritto pubblico*, in *Urbanistica e appalti.*, 2014.
- MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.
- MANGANARO F. – PARISI R., *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell'ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5, 2018.
- MANGANARO F., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016.
- MANGANARO F., *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.
- MARAMMA D., *Contributo sull'interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»*, in *Dir. amm.*, 2000.
- MARASÀ G., *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, fasc. 3, 2018.
- MARONGIU G., *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in AMATO G. – MARONGIU G., *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982.
- MARZARI F. - SUTTI F., *Nel libro verde monito UE: garantire sempre la concorrenza tra operatori*, in *Ed. Terr.*, fasc. 19, 2004
- MARZUOLI C., *Gli accordi di programma*, in FERRARA R. - SANDULLI M.A. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Padova, 2012..

MARZUOLI C., *Sussidiarietà e libertà*, in AA.VV., *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale: le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, 2005.

MASSA M., *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli, 2011.

MASSERA A., *L'espletamento di funzioni e servizi pubblici tra esternalizzazione, autoproduzione e cooperazione*, in MARZUOLI C. - TORRICELLI S. (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017.

MASSERA A., *Le procedure sotto soglia, Commento a dec. legge 18 aprile 2019 n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 6, 2019.

MASTRAGOSTINO F., *La disciplina dei contratti pubblici tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici*, AA.VV., Torino, 2017.

MATTIONI A., *Salute e assistenza. Rapporti tra livelli di governo dopo la recente revisione costituzionale*, in BALDUZZI R. - DI GASPARE G., *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V Cost. Atti della giornata nazionale di studio (Genova, 15 gennaio 2002)*, Milano 2002.

MAZZAMUTO M., *Amministrazione e privato*, in MANGANARO F. - TASSONE A. R. (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004.

MENGHINI L., voce *Volontariato e gratuità del lavoro*, *Enc. Giur.*, Milano, 2013.

MENICETTI E., *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in SCIARRA S. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007.

MERLONI F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016.

- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- MERUSI F., *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, in IMMORDINO M. - POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004
- MERUSI F., *La certezza dell'azione*, in AA. VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003.
- MERUSI F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010.
- MERUSI F., *Servizio pubblico*, in *novis. Dig. it*, vol. XVII, Torino, 1970.
- MESSINEO F., *Convenzione dir. pr.*, in *En. Giur.*, Milano, 1962.
- MICHIARA P., *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, 2005.
- MIELE G., *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private*, in *Atti del IV convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1959.
- MIELE G., *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. Dir. Comm. 1942*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987.
- MIELE G., *La manifestazione della volontà del privato*, Roma, 1931.
- MILLON C. - DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingèrence et non -ingèrence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, PUF, 1992.
- MOLASCHI V., *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa e tutela della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2014.
- MOLASCHI V., *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla l. n. 328/2000*, in in MANGANARO F. - MOLASCHI V. - MORZENTI PELLEGRINI R. – SICLARI D. (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020.

- MOLASCHI V., *Persona ed amministrazione: “prove di solidarietà”*, in MANGANARO F., TASSONE A. R. (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004.
- MONEA A., *Affidamento di servizi a Terzo Settore e coop sociali: le linee guida ANAC*, in *Cooperative e enti non profit*, n. 10, 2015.
- MONTEDURO M., *Doveri inderogabili dell’amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2, 2020.
- MONTEDURO M., *L’organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *Persona e Amministrazione*, n. 1, 2020.
- MORBIDELLI G., *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. I, Milano, 1992.
- MORBIDELLI G., *Sulla natura degli enti conferenti a struttura associativa e sul grado di autonomia costituzionalmente garantita agli stessi*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le Fondazioni Casse di risparmio*, Rimini, 1998.
- MORETTI F., *Gli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico nell’art. 11 del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Appalti & contratti*, n. 1, 2017.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960.
- MORZENTI PELLEGRINI R., *Il ruolo del terzo settore nel sistema integrato dei servizi sociali*, in MANGANARO F. – MOLASCHI V. - MORZENTI PELLEGRINI R. - SICLARI D. (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020.
- MORZENTI PELLEGRINI R., *Le modalità di gestione dei servizi sociali nell’ambito dei servizi pubblici locali*, in MANGANARO F. – MOLASCHI V. - MORZENTI PELLEGRINI R. - SICLARI D. (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020.

- NAPOLITANO G., *I controlli amministrativi sulle fondazioni bancarie*, in PONZANELLI G., *Le fondazioni bancarie*, Torino, 2005.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- NAPOLITANO G., *Servizi pubblici*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006.
- NICOSIA F. M., *Potere ed Eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, ed. a cura di CARDI E. – NIGRO A., Bologna, 2002.
- NIGRO M., *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, in AMATO G. – MARONGIU G., *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982.
- NIGRO M., *Il coordinamento come mistificazione e come partecipazione*, in NIGRO M., *Scritti giuridici*, Milano, 1996.
- NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in NIGRO M., *Scritti giuridici*, Milano, 1996.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.
- ORLANDO V. E., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1982.
- ORSI BATTAGLINI A., *Recensione a PIOGGIA A., La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, in *Dir. pubbl.*, 2002.
- OTTAVIANO V., voce *Ente pubblico*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XIV, 1965.
- PAGLIARI G., *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*. Milano, 2004.

- PAGLIARI G., *Libertà, Autonomia e utilità sociale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, 2018.
- PAJNO A., *Conclusioni*, in *Il coordinamento amministrativo alla luce dell'insegnamento di Vittorio Bachelet*, webinar, Roma, 10 dicembre 2020.
- PALAZZO D., *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2019.
- PALEOLOGO G., voce *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981.
- PALLANTE F., *Introduzione. Il posto delle fondazioni di origine bancaria*, in PASTORI G. - ZAGREBELSKY G. (a cura di), *Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, Bologna 2011.
- PARONA L., *La gestione dei servizi sociali tramite accreditamento*, in PELLIZZARI S. – MAGLIARI A. (A CURA DI), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019.
- PASTORI G., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005.
- PASTORI G., *Coordinamento e governo di una società complessa*, in AMATO G. – MARONGIU G., *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982.
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amministrativo*, 1987.
- PASTORI G., *La pubblica amministrazione*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di AMATO G. – BARBERA A., Bologna, 1984.
- PEDACI V., *Sostanzializzazione della funzione amministrativa e organismo di diritto pubblico*, Empoli, 2006.

PELLIZZARI S., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione, in istituzioni di federalismo*, 2011.

PELLIZZARI S., *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del Terzo settore, Relazione al Convegno "Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico"*, Trento, 22 gennaio 2019 in *Munus*, fasc. 2, 2019.

PELLIZZARI S., *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel codice del terzo settore*, in PELLIZZARI S. – MAGLIARI A., *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019.

PELLIZZARI S., *Soggetti privati che esercitano funzioni procedimentali*, in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2003.

PERFETTI L. R., *Introduzione*, in PERFETTI L.R. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Padova, 2017.

PERFETTI L. R., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Diritto dell'economia*, n. 98, 2019.

PERONGINI S, (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione Atti di convegno. Salerno, 14-15 novembre 2014*, Torino, 2014.

PESSI R., *Il principio di adeguatezza nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2, 2016.

PIEMONTE S., *Accordi di programma e deroghe della disciplina in materia di ambiente*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 5, 2005.

PIETRANTONIO G. L., *Il Project financing tra pubblico e privato*, Torino, 2018.

- PIOGGIA A., *Diritto sanitario e sei servizi sociali*, Torino, 2017.
- PIOGGIA A., *Gli accordi di programma*, in CAVALLO B. (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001.
- PIOGGIA A., *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001.
- PIOGGIA A., *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico.*, in *Dir. pubb.*, 1995.
- PIOGGIA A., *Organizzazione amministrativa*, voce in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- PIPERATA G., *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 5, 2011.
- PIPERATA G., *Introduzione*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.
- POGGI A., *A vent'anni dalla legge Bassanini: che ne è della sussidiarietà orizzontale?*, in REMO R. (a cura di), *La Sussidiarietà Orizzontale nel Titolo V della Costituzione e la Sussidiarietà Generativa*, Padova, 2018.
- POLICE A., *Autorità e libertà: riflessioni marine su un conflitto antico*, in in MANGANARO F., TASSONE A. R. (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, 2004.
- POLICE A., *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio-inadempimento*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.
- POLICE A., *La nozione di coordinamento nell'amministrazione dell'Unione Europea e dei suoi Stati Membri: una nuova declinazione della lezione di Vittorio Bachelet*, in *Il*

coordinamento amministrativo alla luce dell'insegnamento di Vittorio Bachelet, webinar, Roma, 10 dicembre 2020.

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2008.

PORTA L., *Art. 5-ruolo del terzo settore*, in BALBONI E. – BARONI B. - A. MATTIONI - PASTORI G. (a cura di), *Il servizio integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, p. 186

POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

PRESUTTI V. E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 2 ed., Roma, 1917.

PRETEROSSO G., *La metamorfosi del nesso autorità-libertà*, in PERONGINI S. (a cura di), *Al di là del nesso autorità libertà*, Torino, 2017.

PUBUSA A., *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla Legge n. 241 del 7 agosto 1990*, Torino, 1993.

RACCA G. M. – YUKINS C. R. (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation*, Belgio, 2019.

RAMAJOLI M., *L'intervento nel procedimento - art. 9*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni*, in *Riv. It. Sc. Giur. XXI*, fasc. III, 1986.

RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999.

RENNA M., *Articolo 11 (Autorizzazione e accreditamento)*, in BALBONI E. - BARONI B. - MATTIONI A. - PASTORI G. (a cura di), *Il servizio integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007.

- RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso della s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997.
- RENNA M., *Vincoli di proprietà e ambiente*, in DE CAROLIS D., FERRARI E., POLICE A., *Ambiente, attività amministrativa e codificazione. Atti del primo colloquio del diritto dell'ambiente*, Milano 2006.
- RESCIGNO G. U., in *Principi di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1, 2002.
- RIBAUDO M., *La sussidiarietà: una divinità dai troppi volti*, in *Queste istituzioni*, n. 108, 1996.
- RIDOLA P., *La promozione delle libertà di associazione*, in *Le associazioni tra pubblico e privato: una rimediazione sul tema*, Atti del seminario internazionale, Napoli 30 maggio 1994, Bari, 1996.
- ROMANO TASSONE A., *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *reg. e gov. locale*, 1992.
- ROMANO TASSONE A., *Note sul concetto di potere giuridico*, Messina, 1981.
- ROSSI E., ADDIS P., BIONDI DAL MONTE F., STRADELA E., VIVALDI E., *Identità e rappresentanza del terzo settore*, in ZAMAGNI S. (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011.
- ROSSI E., *La partecipazione degli enti privati all'organizzazione dei servizi socio-sanitari in Toscana*, in *Istituzioni del federalismo*, fasc. 3, 2016.
- ROSSI G., *Gli Enti pubblici*, Bologna, 1991.
- ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- SALAMON L.M., ANHEIER H.K., *Defining the nonprofit sector: a cross-national analysis*, Manchester, 1997.

- SALERNO G. C., *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale tra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010.
- SANASI D'ARPE V., *La natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria*, Bari, 2013.
- SANCHINI F., *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in DONATI F. – SANCHINI F. (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Milano, 2019.
- SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- SANDULLI M. A., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1983.
- SANDULLI M. A., *La disciplina del silenzio della pubblica amministrazione: spunti di riflessione in materia di tutela giurisdizionale*, in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, Milano, 2002.
- SANDULLI M. A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANDULLI M. A., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957.
- SANTI ROMANO V., *Poteri, Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983.
- SASSI D., *Il conte Camillo Benso di Cavour*, Torino, 1873.
- SATTA F., voce *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989.
- SCALETTERIS P., *Gli interventi di "partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio": primi appunti*, in *Archivio delle locazioni e del condominio*, n. 1, 2015.

- SCALVINI F., *Una nuova stagione. Il codice del terzo settore e le relazioni tra enti del terzo settore e le pubbliche amministrazioni*, in *welfare oggi*, n. 2, 2018.
- SCARALE P., *La semplificazione delle procedure di gara per i contratti sotto soglia*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, fasc. 4, 2020.
- SCIULLO G., *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 2013.
- SCOCA F.G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998.
- SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- SCOCA F. G., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002.
- SCOCA F. G., *Interesse legittimo*, Torino, 2017.
- SCOCA F. G., *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001.
- SCOCA F. G., MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1982.
- SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato" ([Pre-contractual liability and "sufficient relation of proximity"])*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6, 2016.
- SCOTTI E., *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2016.
- SENZANI D., *L'evidenza pubblica e la procedura di scelta del contraente*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2017.

- SIMONATI A., *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica "reticolare"*, in *Dir. amm.*, 2016.
- SIMONATI A., *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.4, 2013.
- SORACE D. – MARZUOLI C., *Voce concessioni amministrative del digesto (discipl. pubbl.)*, Vol. III, Torino, 1989.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002.
- SORACE D., *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010.
- SORACE D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999.
- SORDI B., *Rappresentanza, Organo, Organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, n. 37, 2008.
- SORDI B., *Verso la grande dicotomia*, in *Quaderni fiorentini*, n. 45, 2016.
- SORRENTINO S., *È possibile un rapporto "preferenziale" tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?*, in *Munus*, n. 3, 2014.
- SPASIANO M., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2013.
- SPASIANO M., *Tutela della persona, rimedi giustiziali e "cittadinanza" degli organismi privati*, in MANGANARO F., TASSONE A.R. (A CURA DI), *Persona ed amministrazione, Privato cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004.
- SPUNTARELLI S., *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. amm.*, 2008.
- SPUNTARELLI S., *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

- STELLA RICHTER P., *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in GUARINO G., *Dizionario amministrativo*, vol. I, Milano, 1983.
- STELLA RICHTER P., *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984.
- STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.
- STICCHI DAMIANI S. – MONTEDURO M., *I consorzi fra società cooperative nel diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2018.
- TARULLO S., *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, fasc.1-2, 2013.
- TIBERI M., *Il settore no profit nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in *Munus*, n. 2, 2019.
- TONDI DELLA MURA V., *Riforma del Terzo Settore e principio di sussidiarietà*, in «*Non profit paper*», n. 3, 2017.
- TONOLETTI B., *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, sez. pubbl., XIV, 1999.
- TORCHIA L., *Fondazioni bancarie e diritto pubblico*, in www.astrid-online.it, 2003.
- TORCHIA L., *Gli accordi di programma fra regioni ed enti locali: una ipotesi di lavoro*, in AA.VV., *Regioni ed enti locali: il ruolo regionale di coordinamento del governo locale*, atti del convegno internazionale, Venezia, 13-14 aprile 1989, Milano, 1992.
- TORCHIA L., *I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata*, in L. TORCHIA, (a cura di), *Fondazioni bancarie tra autonomia privata e guida pubblica*, Firenze, 2001.
- TRAVI A., *In tema di concessioni demaniali marittime*, in *Foro It.*, n. 2, 2020.
- TRIEPEL H., *Goldbilanzenver - ordnung und Vorzugsaktien. Ein Rechtsgutachten*, Berlin - Leipzig, 1924.

- TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui “nuovi servizi pubblici”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002.
- TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008.
- TRIMARCHI M., *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2020.
- TROPEA G., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2016.
- URBANI P., *Territorio e poteri emergenti*, Torino, 2007.
- USAI S., *Le procedure sotto soglia nella legge di conversione del d.l. 76/2020 Commento a legge 11 settembre 2020 n. 120 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale)*, in *Appalti e Contratti*, fasc. 9, 2020.
- VALAGUZZA S. - PARISI E., *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, n. 1, 2020.
- VALAGUZZA S., *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. Amm.*, n. 2, 2010.
- VALENTINI S., *Figure, Rapporti, modelli organizzatori*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. IV, Padova, 1996.
- VALLERGA M., *Accordi ed attività consensuale della pubblica amministrazione*, Milano, 2012.
- VALZER A., *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Rivista delle Società*, fasc.4, 2020.

- VARANESE G., "Sonderverbindung" e responsabilità precontrattuale da contatto sociale, in *Rivista di diritto civile*, fasc. 1, 2018.
- VELLA F., *Il Protocollo di Intesa MEF/ACRI e la nuova governance delle Fondazioni bancarie*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2016.
- VICONTE G., *Gli ordini professionali esclusi dalla categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 2014.
- VIGNOCCHI G., I rapporti con gli enti locali non territoriali, in AA.VV. *Coordinamento e collaborazione (Atti del V convegno di Scienza dell'amministrazione)*, Milano, 1961.
- VILLAMENA S., *La pubblica amministrazione e i suoi principi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- VILLAMENA S., *Osservazioni su "conflitto di interessi" e procedimento amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017.
- VILLATA R. – RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.
- VILLATA R., *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008
- VIPIANA P. M., *L'autolimita delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1990.
- VIPIANA PERPETUA P.M., *Osservazioni sull'attuale disciplina del silenzio inadempiamento della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996.
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968.
- VIRGA P., *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione dell'imparzialità amministrativa*, in *Studi in memoria di Gioacchino Scaduto. Diritto pubblico e scritti vari*, Vol. V, Padova, 1970.

- VITTADINI G., (a cura di), *Il no profit dimezzato*, Milano, 1997.
- VIVALDI E., *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008.
- ZAMAGNI S., *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2006.
- ZANOBINI G., *Amministrazione pubblica (nozione e caratteri generali)*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano 1958.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1958-
- ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in ORLANDO V.E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1935.
- ZANOBINI G., *Sul fondamento della potestà regolamentare*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.
- ZITO A. – TINELLI G., *L'ambito di applicazione sulle norme della partecipazione*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.
- ZITO A., *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in IMMORDINO M. - POLICE A. (A CURA DI), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.
- ZOPPINI A., *Le fondazioni. D Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.