**Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell’appalto, opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale.**

**Sommario: Premessa -1. Il principio di sussisiarietà orizzontale. – 2. La sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale. - 3. Il principio di sussidiarietà nel nuovo codice dei contratti pubblici. -4. Alla ricerca di tratti comuni tra gli istituti in esame..- 5. La disciplina delle opere a scomputo.-6.Il partenariato sociale.- 7.Cessione di immobili in cambio di opere. –Conclusioni.**

**Premessa**. Il tema della relazione che mi è stata affidata presuppone, innanzitutto, la connotazione della sussidiarietà quale *fil rouge* che attraversa in qualche modo istituti in apparenza molto eterogenei, oltre che intrisi di non banali problematiche interpretative. In tale ottica, con riferimento a ciascuno di essi si cercherà di proporre qualche spunto di riflessione, necessariamente sintetico, muovendosi su una direttrice nel contempo diacronica, volta al passato in funzione di individuazione degli elementi di effettiva novità dell’attuale disciplina, e trasversale, mirante cioè a far emergere i possibili punti di contatto, piuttosto che le innegabili differenze.

Sotto il profilo metodologico, si ritiene innanzitutto utile individuare le norme del d.lgs. n. 36 del 2023 che disciplinano ognuno di essi, ricordandone le antecedenti del d.lgs. n. 50 del 2016, così da far emergere subito le diverse scelte effettuate, a partire da quella relativa alla loro collocazione sistematica.

La prima e rilevante novità –coerente, del resto, con l’inserimento nel Codice di una parte iniziale dedicata ai principi generali – consiste nell’aver “attratto” a ridetta parte generale anche la declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale, che oggi è infatti espresso all’articolo 6. In passato, il relativo termine figurava solo all’art. 189, riferito a possibili esempi di applicazione pratica dello stesso, non a caso ricondotti alla rubrica «*Interventi di sussidiarietà orizzontale*».

La **cessione di immobili in cambio di opere** è collocata all’art. 202, confermandosi così il legame (che in verità aveva generato alcune perplessità dottrinarie[[1]](#footnote-1)) con il **partenariato sociale**, cui è intitolato il precedente art.201. In passato, tale tipologia di accordo sulle modalità di corrispettivo della gara era oggetto dell’art. 191 (la cui stesura si presentava in verità assai più diffusa anche su aspetti -per così dire- indiretti, sebbene non di scarso rilievo, quale l’individuazione dei beni suscettibili di essere ceduti). La denominazione “partenariato sociale”, non presente a livello codicistico, veniva utilizzata nella prassi per definire comprensivamente i due distinti, seppure per molti versi sovrapponibili, modelli di cui agli artt. 189 («*Interventi di sussidiarietà orizzontale*», già richiamato) e 190 («*Baratto amministrativo*»).

Infine, le opere di **urbanizzazione a scomputo**, cui si riferisce l’art. 16, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.u.e., trovano ora una compiuta, e sotto diversi aspetti chiarificatrice anche se sintetica, disciplina nell’allegato I.12, cui rinvia il comma 7 dell’articolo 13, che ne ribadisce la riconducibilità all’ambito di applicazione del Codice. Anche il codice del 2016 le menzionava nella norma riferita all’ambito di applicazione (art. 1, «*Oggetto e ambito di applicazione*»), identificandole, con espressione non del tutto felice e, purtuttavia, traslata letteralmente nel Codice del 2023, in quelle che i soggetti privati, titolari di permesso di costruire o altro titolo edilizio, assumono di eseguire ai sensi dell’art. 16, comma 2, ovvero dell’art. 28 della l. n. 1150 del 1941, ovvero ancora in forza di convenzione[[2]](#footnote-2). L’art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, invece, pare introdurre un elemento di maggior dettaglio rispetto alla definizione delle opere a scomputo di cui al comma 2 *bis* del medesimo art. 16 del T.u.e., rinviando alla disciplina contemplata nello stesso (e quindi al previsto esonero dall’applicazione delle regole sulla contrattualistica pubblica, ove il valore sia inferiore alla soglia comunitaria) solo ove esse siano anche «*funzionali all’intervento di trasformazione urbanistica del territorio*»[[3]](#footnote-3). Come noto, la questione aveva creato ampio dibattito in relazione alle modalità di calcolo del valore degli interventi di urbanizzazione, la cui impostazione in chiave eurounitariamente orientata era stata cristallizzata, in via definitiva e all’esito di ben tre successivi pareri del Consiglio di Stato, nella versione finale delle apposite Linee guida dell’Anac, su cui torneremo nel prosieguo.

Alla luce di tale sommario inquadramento, va da subito chiarito che il ricercato *fil rouge* tra questi istituti non è certo rinvenibile nella sussidiarietà per come declinata nel richiamato art. 6 d.lgs. n. 36 del 2023, bensì nel più pregnante significato che ad esso è stato nel tempo attribuito, in maniera anche impropria, valorizzandone, cioè, il sostrato idealistico e sociologico di coinvolgimento, compartecipazione, condivisione e inclusione della comunità degli amministrati nelle scelte riferite al proprio territorio. È evidente che in tale accezione la relativa dizione può allargarsi a dismisura, astrattamente permeando di sé ogni momento partecipativo normativamente previsto e implicante un beneficio finale, oltre che per il singolo o per il gruppo di cui fa parte, anche per la collettività o il contesto dove essi vivono. Il luogo di incontro delle volontà, pubblica e privata, e delle modalità, civilistica e pubblicistica, attraverso le quali si muove la pubblica amministrazione costituito dal paradigma dell’art. 11 della l. n. 241 del 1990, si colora dunque di una potenzialità nuova e aggiuntiva, quale collettore tipico di istanze atipiche. Il contenuto del sinallagma, cioè, direziona verso l’interesse pubblico generale i suggerimenti che la creatività dei singoli, o di gruppi sociali, è stata capace di individuare. Ed è noto che tale tipologia di accordi ha trovato ampia declinazione in ambito urbanistico-edilizio, dove l’immanente esigenza di ricondurre l’esercizio dello *ius aedificandi* ad una più vasta cornice di buon governo del territorio, rende conveniente per l’Amministrazione “scendere a patti”, richiedendo sforzi aggiuntivi - e risorse - al privato in termini di *dare* ovvero di *facere*, onde orientarne la maggiore libertà di movimento verso i propri obiettivi di programmazione, nel contempo ottimizzando le aspirazioni dello stesso a ricavare i maggiori vantaggi possibili dalla proprietà. Resta ormai solo l’eco dei dibattiti del passato, essendo acquisita la portata dell’art. 11 della l. n. 241 del 1990 quale cerniera tra sistema e regole del diritto pubblico e facoltà privatistiche comunque riconosciute all’Amministrazione. Pertanto, tutta la vasta pletora di convenzioni urbanistiche comunque denominate vengono di regola ricondotte all’alveo di tale disciplina, caratterizzata dall’aggiungere al paradigma pubblico generale i canoni del diritto civile «*ove non diversamente previsto*» e «*in quanto compatibili*» (art. 11, comma 2, della l. n. 241/1990). Neppure è casuale, pertanto, che in assenza di una disciplina specifica, gli interventi di sussidiarietà poi confluiti negli artt. 189 e 190 del Codice del 2016 - oggi, come già detto, nell’articolo 201 del d.lgs. 36 del 2023 – egualmente attingessero al modello dell’art. 11 della l. n. 241 del 1990. Né lo è che la previsione di cui all’art. 23 del d.l. n. 185 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 2 del 2009, recante “*Detassazione dei microprogetti di arredo urbano o di interesse locale operati dalla società civile nello spirito della sussidiarietà*”, venisse considerata un esempio di intervento di sussidiarietà orizzontale, poi ripreso dal comma 2 dell’art. 189 del d.lgs. n. 50 del 2016 e, per il suo tramite, nella disciplina attuale. Si trattava peraltro di accordi alternativi a quelli limitati allo scomputo degli oneri, in quanto riferiti in maniera più ampia a proposte di urbanizzazione –*recte*, di miglioramento della vivibilità zonale - “*di pronta realizzabilità*”, purché compatibili con gli strumenti urbanistici vigenti e con le clausole di salvaguardia.

1. **Il principio di sussidiarietà orizzontale.**

Come è noto, il principio di sussidiarietà, nella sua declinazione “orizzontale”, affonda le origini nel pensiero classico della filosofia e della scienza politica. Il suo carattere “polisenso e atemporale”[[4]](#footnote-4) ben giustifica le difficoltà interpretative che ne sono conseguite. La legislazione antecedente la riforma del Titolo V della Costituzione tendeva a richiamarlo in funzione ancillare della sussidiarietà verticale, quale modalità di svolgimento delle funzioni allocate presso le amministrazioni più vicine al territorio che ne costituisce l’ambito di esercizio[[5]](#footnote-5). Anche l’art. 118, comma 4 della Costituzione, tuttavia, successivo alla ricordata riforma, non contiene una vera e propria definizione del principio di sussidiarietà nella sua accezione “orizzontale”, ma lo richiama come obiettivo dell’attività di promozione che Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni devono porre in essere (testualmente: «*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*»). Nella sua lettura tradizionale se ne sono individuati i limiti negativi, ovvero ciò che in alcun modo può essere delegato al privato, seppure secondo modelli di condivisione: da un lato, l’esercizio di poteri amministrativi di natura autorizzativa; dall’altro, le attività di natura commerciale e imprenditoriale, logicamente incompatibili con la dizione “di interesse generale” contenuta nella norma. Vi possono, tuttavia, rientrare operazioni e prestazioni materiali, supportate da attività negoziali purché caratterizzate dalla non essenzialità del fine di lucro.

La giurisprudenza comunitaria non si è occupata del principio di sussidiarietà se non nella sua accezione sovranazionale, ovvero in termini di ricerca del giusto punto di equilibrio tra la sovranità degli Stati nazionali e momenti espressivi di identità dell’ordinamento europeo, nella logica – identica alla sua declinazione in ambito nazionale, salvo il maggior numero di livelli di riferimento – che l’allocazione di un compito o di una funzione secondo criteri di “vicinanza” dà risultati migliori di qualunque altra opzione.

Per contro, quella interna, costituzionale e amministrativa, si è spesso mossa nella logica della sua rilevata portata “trasversale”, di supporto ad altri principi ispirati a logiche partecipative, piuttosto che elevarlo a parametro diretto del quale si invoca la violazione. Ciò in particolare nella sua conformazione prioritaria di finalizzazione dell’agire pubblico a “favorire” l’autonoma iniziativa dei cittadini in vista dell’interesse generale delle attività, rendendo *a contrario* censurabili quelle scelte che sacrificano, non valorizzano o addirittura frustrano tale aspetto promozionale.

Come primo esempio di diffusa declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza amministrativa continua ad essere ricordato un parere della Sezione consultiva per gli atti normativi avente ad oggetto lo schema di un decreto ministeriale relativo all’istituzione di un fondo per la tutela e lo sviluppo economico e sociale delle isole minori (Cons. Stato, 25 agosto 2003, n. 1440). Attingendo a piene mani alla teoria sociologica elaborata da Pierpaolo Donati sulla cosiddetta “cittadinanza societaria”, da cui l’omonima opera, la Sezione ha dunque affermato che «*per cittadinanza societaria deve intendersi l’aspetto relazionale che ai soggetti, prevalentemente comunitari (famiglie, associazioni), è conferito per il solo fatto di porsi nel contesto sociale*». Con sentenza n. 3711 del 12 giugno 2009, invece, pronunciandosi su una donazione effettuata da un Comune ad una parrocchia, si individuano in maniera rigorosa i confini tra attività di interesse generale e funzioni pubbliche. Si afferma dunque che nella ricerca dell’interesse pubblico necessario ai fini della assunzione della liberalità, è da escludere che esso possa essere fatto coincidere con una sorta di *favor* verso le finalità perseguite dall’ente ecclesiastico. Esso deve infatti piuttosto coincidere con «*il valore canonizzato in una norma ed individuato in modo tale da orientare l’intera fattispecie e, per l’effetto, il comportamento dei pubblici soggetti: in un determinato momento storico l’ordinamento annette ha un valore un primario rilievo così da imprimere all’agire dei pubblici operatori un modulo comportamentale che non prescinde dal valore medesimo deve, anzi, curarne la migliore realizzazione nel singolo contesto*». In tal modo, cioè, viene teorizzata la necessaria tipicità normativa dell’interesse pubblico generale, quale limite esterno alla discrezionalità delle scelte della pubblica amministrazione.

Bisogna invece aspettare la diffusione dei primi esempi di iniziative ricondotte alla dicitura di “cittadinanza attiva” per imbattersi in oggettive valorizzazioni del principio di sussidiarietà *ex se*, seppure ancora non espressamente invocato.

Emblematica al riguardo la vicenda dell’ex Cinema Induno (Sala Troisi), che il Comune di Roma Capitale ha concesso in uso sulla base degli indirizzi deliberati dalla Giunta capitolina per la realizzazione di progetti finalizzati allo sviluppo di attività culturali, sociali e di nuova imprenditoria, in particolare destinando spazi ad associazioni senza fine di lucro, sia in aree centrali, sia nell’ambito del processo di rigenerazione della periferia (al riguardo, v. T.a.r. per il Lazio, sez. II, 6 aprile 2016, n. 4158). Il giudice di prime cure ha in quell’occasione sottolineato come la sottrazione di un bene collettivo all’uso generale e l’attribuzione di esso in uso temporaneo ai privati, comporta sempre la verifica della sussistenza di una concorrente finalità di pubblico interesse (Cons. St., A.P., n. 6 del 29 gennaio 2014). Ma poi ha ammesso che essa può identificarsi nella semplice esigenza dell’amministrazione pubblica di «*valorizzare i propri beni e a ricavare dai suoi utilizzatori il massimo importo percepibile, sulla base di procedimenti precostituiti e trasparenti»* (al riguardo, si veda anche Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2014, n. 5480). Mentre peraltro ciò è evidente nelle ipotesi in cui ai beni pubblici sia direttamente conferita la funzione di agevolare la realizzazione di finalità sociali, come avviene ad esempio nell’assegnazione degli alloggi di edilizia economica e popolare a canoni inferiori a quelli di mercato ovvero in quella della concessione, spesso a titolo gratuito, ad enti aventi finalità culturali, di conservazione dell’ambiente, ecc., lo stesso non è a dire nelle ipotesi non tipizzate, nelle quali è l’amministrazione a scegliere ridetta finalizzazione, seppure meno conveniente in termini strettamente contabili. Soluzioni auspicabili e incoraggiate, che esigenze di trasparenza suggeriscono comunque di regolamentare a livello generale e a monte.

La prassi amministrativa, dunque, ha valorizzato il principio di sussidiarietà orizzontale, riportando sotto la sua egida fattispecie connotate da assoluta atipicità e originalità[[6]](#footnote-6).

Vero è che la sussidiarietà illumina in senso sostanzialistico molti istituti partecipativi, generali, o previsti dal legislatore speciale in relazione a specifici procedimenti. Si pensi a molte discipline in materia commerciale, ovvero, più genericamente, alle osservazioni quale passaggio obbligato dell’*iter* di approvazione della pianificazione urbanistica. Da tale affermata finalità “contributiva” delle osservazioni la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha fatto discendere la ritenuta non necessità di argomentare espressamente su ciascuna di esse da parte dell’Amministrazione comunale procedente[[7]](#footnote-7).

Di immediata percezione, ad esempio, il riferimento alla sussidiarietà ove si controverta di garanzie partecipative al procedimento ( si pensi all’art. 10 *bis* della l. n. 241 del 1990, a maggior ragione nella versione novellata nel 2020, da leggere in stretta correlazione con le modifiche apportate all’art. 21 *octies* sulla annullabilità del provvedimento con riferimento al quale non siano stati rispettati requisiti formali)[[8]](#footnote-8) . Da tutt’altra angolazione, anche la disciplina sull’accesso agli atti, da ultimo nella declinazione dell’accesso civico di cui al d.lgs. n. 97 del 2016 (c.d. F.O.I.A.), in quanto strumento di controllo diffuso sul corretto operato della pubblica amministrazione, può attingere al principio di sussidiarietà orizzontale.

Meno pertinenti, ma egualmente diffusi, soprattutto in passato, i richiami alla sussidiarietà finanche a supporto di interpretazioni estensive dei requisiti integranti la legittimazione a ricorrere o l’interesse ad agire di talune associazioni, particolarmente attive nell’ambito della difesa del territorio e della tutela dell’ambiente[[9]](#footnote-9).

L’ampiezza dei possibili angoli visuali rischia tuttavia di portarci ben oltre i confini dello specifico *thema tractandum*, riducendolo peraltro a mera elencazione esemplificativa di istituti che, in un modo o nell’altro, si connotano per il coinvolgimento dei privati nel procedimento di esercizio del potere pubblico. Volendo rimanere nell’ambito della contrattualistica pubblica, la fattispecie più calzante neppure figura nel titolo della relazione: trattasi sicuramente del dibattito pubblico, novità assoluta del Codice del 2016, replicata in quello del 2023, che trae ispirazione dal *débat public* dell’ordinamento francese, a vario titolo presente in altri Paesi europei nonché negli Stati uniti e in Australia[[10]](#footnote-10) .

A ben guardare, tuttavia, questa non è la visione che scaturisce dalla lettura dell’art. 6 del d.lgs. n. 36 del 2023. L’apprezzabile intento del legislatore, infatti, di valorizzare il principio di sussidiarietà dandogli dignità di autonomo principio generale, rischia di trovare nella relazione illustrativa un’enfasi ben maggiore di quella che emerge dalla formulazione letterale della norma. Ma vediamolo in dettaglio.

1. **La sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale.**

L’analisi dell’articolo 6 del nuovo codice dei contratti non può prescindere da una breve disamina dei principi contenuti nella sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, cui la disposizione è dichiaratamente ispirata, come emerge dalla relazione illustrativa che ne mutua finanche i richiami giurisprudenziali

eurounitari[[11]](#footnote-11). Trattasi di una pronuncia di rilevanza cruciale nell’analisi del possibile contributo dei c.d. “Enti del terzo settore” allo svolgimento di attività di rilevanza generale.

Va seppur brevemente ricordato che con il termine “terzo settore” – “subentrato” a quello originario di “terzo sistema”, utilizzato per la prima volta in un rapporto del 1978 per la Commissione di Bruxelles dal titolo un po' ambizioso “Un progetto per l’Europa” – si intende tutto il mondo degli organismi che costituisce una rete di regolazione istituzionale dei rapporti sociali diversa da quella mossa da logiche di mercato o riconducibile a funzioni pubblicistiche (in tal senso, essa è appunto “terza”). Il c.d. **Codice del Terzo Settore**, d.lgs. n. 117 del 2017, costituisce solo uno dei pilastri della riforma di ben più ampio respiro voluta dalla legge n. 106 del 2016,  recante «*Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*»[[12]](#footnote-12).

Il parametro normativo cui fa riferimento la pronuncia della Corte è la disciplina dell’art. 55 del richiamato d.lgs. n. 117 del 2017, che prevede una forma di affidamento diretto di servizi di interesse generale da svolgere in partenariato con l’amministrazione di riferimento (il c.d. partenariato sociale, appunto, ovvero una delle forme nelle quali lo stesso può estrinsecarsi).

 In maggior dettaglio l’art. 55:

- al comma 1, stabilisce che le amministrazioni pubbliche, nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività degli Enti del terzo settore (ETS), ne assicurano il coinvolgimento attivo «*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*»;

- al comma 2 specifica 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;

-al comma 3, chiarisce invece che gli obiettivi della co-progettazione risiedono nella definizione ed eventualmente realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2;

- al comma 4 infine prende in considerazione il (conseguente) partenariato, ovvero la co-gestione (in verità non menzionata in quanto tale), cui si addiviene anche a seguito di forme di accreditamento degli enti, «*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*».

La Corte costituzionale individua in tale meccanismo procedimentale la sublimazione del principio di sussidiarietà orizzontale espresso in termini generali, laddove in passato ci si era limitati a singole esperienze di settore (e in tal senso vengono citati l’art. 1, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali e l’art. 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 2001, recante l’atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell’art.5 della legge del 2000, concernenti interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale).

Il meccanismo di cui all’art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 viene dunque definito come «*una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall’art. 118, quarto comma, Cost.*». Segue una ricostruzione, anche storica, dei contenuti del principio di sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte medesima, connotata da pregevole lucidità descrittiva. «Quest’ultima previsione[ovvero quella di cui all’art. 118, ultimo comma, Cost.]*, infatti, ha 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. Prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di welfare, la creatività dei singoli si è espressa in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) che hanno quindi saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia, rimaneva escluso. Nella suddetta disposizione costituzionale, valorizzando l’originaria socialità dell’uomo (sentenza n. 75 del 1992), si è quindi voluto superare 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. Si è identificato così un ambito di organizzazione delle “libertà sociali” (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) 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” (sentenza n. 309 del 2013)».*

Infine, non mancano i richiami al quadro comunitario: «*Del resto, lo stesso diritto dell’Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello 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)*» (§ 2.1).

In tale cornice, la Consulta ha ritenuto compatibile con l’assetto costituzionale di ripartizione delle competenze la legge regionale dell’Umbria concernente le c.d. cooperative di comunità sottoposta al suo vaglio. Ciò in quanto l’adesione a schemi tipo di convenzione afferenti alle attività di interesse generale del contesto territoriale che le esprime ben può porsi in linea con le indicazioni del legislatore nazionale, ~~peraltro~~ espressamente salvaguardate[[13]](#footnote-13). Il modello operativo, infatti, dovrà (e potrà, alla luce della legge regionale) essere diverso a seconda della forma organizzativa adottata dall’Ente interessato. Solo laddove esso opti per un modello riconducibile alle indicazioni di cui all’art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 potrà fruire dei meccanismi di coinvolgimento e affidamento diretto previsti dalla norma. In maggior dettaglio, ciò potrà avvenire ove la cooperativa di comunità: a) sia costituita come cooperativa sociale e, ai sensi dell’art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 112 del 2017, acquisisca di diritto la qualifica di impresa sociale; oppure b) sia qualificata come impresa sociale, in quanto rispetti comunque 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 iscriva nell’apposita sezione del registro delle imprese. Manifestando così l’adesione al complessivo regime della impresa sociale, essa sarà parificabile agli ETS, atteso che per tale tipologia di organismi il predetto adempimento “*soddisfa il requisito dell’iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore*” (art. 11, comma 3, del Codice). «*Nell’ipotesi, invece, che le cooperative di comunità siano differentemente costituite (perché gli statuti non contemplano la clausola di non lucratività di cui all’art. 2514 cod. civ.) o qualificate (perché le cooperative non ritengano di acquisire la qualifica di impresa sociale), rimane fermo – contrariamente all’assunto della difesa regionale secondo cui le evidenti finalità di carattere sociale perseguite dalle cooperative di comunità farebbero sempre ricomprendere quest’ultime nell’ambito delle imprese sociali – che alle stesse non sono riferibili le forme di coinvolgimento attivo disciplinate dall’art. 55 CTS»*. Gli ETS, dunque, sono identificati dal relativo Codice 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). Proprio tali elementi, in quanto oggetto di “controllo” a monte stanno alla base della possibilità del loro coinvolgimento nell’esercizio di funzioni “pubbliche”, essendone stata “certificata” la specifica attitudine a partecipare, insieme ai soggetti pubblici, alla realizzazione dell’interesse generale. Essi, cioè, in quanto rappresentativi della “società solidale” e quindi rete capillare di vicinanza e solidarietà sul territorio, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, sono già stati valutati capaci ontologicamente 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”*».

L’articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 individua dunque un modello di condivisione della funzione pubblica riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall’art. 4 CTS, in forza del quale costituiscono il Terzo settore quelli che rispondono a forme organizzative tipizzate (le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le società di mutuo soccorso, le reti associative, le imprese sociali e le cooperative sociali) e gli altri enti “atipici” (le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di diritto privato diversi dalle società) che perseguono, «*senza scopo di lucro*, […] *finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi*», e che risultano «*iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore*». Agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono invece essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento, in quanto è inscindibile la connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica.

1. **Il principio di sussidiarietà nel nuovo codice dei contratti.**

Il legislatore della riforma si è dunque collocato nel solco di tale ricostruzione nell’inserire tra i principi generali del nuovo codice anche quello di sussidiarietà orizzontale, dandone ampio riscontro nella relazione illustrativa. Anzi, a ben guardare, quest’ultima pare connotata da uno slancio innovativo assai maggiore rispetto a quello riconducibile alla stesura letterale della norma, che ne individua un ambito decisamente più limitato. Si assiste, cioè, ad una sorta di sfumato disallineamento tra l’articolato e la sua esplicitazione narrativa, che pare confarsi piuttosto all’entusiasmo descrittivo e terminologico dell’*incipit* del primo che alle sue indicazioni finali.

E che l’art. 6 abbia un perimetro circoscritto, incapace di abbracciare tutte le possibili declinazioni del partenariato sociale, emerge già dalla rubrica della norma, che reca: “*Principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Rapporto con gli Enti del terzo settore*”.Con ciò chiarendoimmediatamente che non di sussidiarietà in generale si sta parlando, ma solo di quella sua estrinsecazione tipica, oggetto di procedimentalizzazione da parte del legislatore, che attiene agli Enti del Terzo settore. Ad espressioni ambiziose che mutuano il prefisso “co” dalle descrizioni delle attività condivise contenute nell’art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 (la co-programmazione e co-progettazione) anteponendolo addirittura alla amministrazione, sì da dar luogo alla co-amministrazione, appunto, la disposizione si canalizza esclusivamente verso le ipotesi di coinvolgimento degli Enti del Terzo settore, dei quali evoca altresì le finalità sociali, intrinseche al loro riconoscimento come tali.

Ancor prima, merita una sottolineatura anche l’endiadi, pure presente in rubrica, che affianca la “*solidarietà”* alla *“sussidiarietà*”, cosicché quest’ultima pare esprimersi solo in funzione della prima, laddove ben potrebbe atteggiarsi a modello partecipativo con finalità sociali o comunque condivise, ma non necessariamente “solidali”. L’approccio, cioè, è ancora una volta quello di sostegno e *lato sensu* filantropico che connota l’agire degli Enti del Terzo settore e si ispira alla dizione di sussidiarietà sviluppatasi nella dottrina sociale della Chiesa, sin dagli scritti di San Tommaso. È noto infatti che i germi della moderna declinazione della sussidiarietà si rinvengono nelle encicliche sociali, dalla “*Rerum Novarum*” (1891) in poi, ed in particolare nella Quadragesimo anno di Papa Pio XI (1931), ove si chiarisce, in un’accezione in qualche modo invertita rispetto a quella giuridica, che la funzione “sussidiaria” è quella dei poteri pubblici, che devono recedere di fronte agli obblighi solidaristici tipicamente riferibili alle formazioni sociali naturali. La solidarietà, dunque, precede la sussidiarietà, che è proprio dell’agire pubblico “a integrazione”, in quanto ogni società «***di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore (…) ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità e aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune»***(Lettera enciclica “*Centesimus annus*”,48). E’ il naturale sviluppo dell’“animale politico” di derivazione aristotelica, bisognoso di relazioni comunitarie in quanto intrinseche dell’animo umano, come tale incompleto, se non le coltiva. La famiglia e le organizzazioni sociali, dunque, arrivano prima e più a fondo dello Stato ai bisogni della collettività, in una logica di reciprocità che non tollera interferenze se non rimediali. Lo Stato dal canto suo “appresta” modelli organizzativi di co-amministrazione, per dare attuazione, nel contempo, alla vocazione solidaristica altrui e alla propria funzione sussidiaria, ma solo purché gli ETS, quali unici interlocutori possibili, «*contribuiscono al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato»*.

E al rapporto con tali operatori si applicano le norme del d.lgs. n. 117 del 2017, espressamente fatte salve.

Paradossalmente, dunque, a volere cercare comunque un ambito di autonoma rilevanza contenutistica alla norma di principio contenuta nell’art. 6 del d.lgs. 36 del 2023, senza limitarne la portata al mero richiamo al diverso ambito di operatività del d.lgs. n. 117 del 2017, esso finisce per incontrare un limite ulteriore rispetto a quelli previsti in generale dal più volte richiamato art. 55 dello stesso. L’affidamento di servizi a “spiccata” rilevanza generale[[14]](#footnote-14), infatti, secondo un imprecisato “modello” individuato dalla singola amministrazione, oltre a dover rispettare i principi di trasparenza che comunque, con diversa declinazione, già stavano nell’art. 55 del d.lgs. n. 117, devono attenersi anche quello del risultato. Laddove peraltro tale autonomo – e non chiaro, allo stato – ambito di operatività della norma, non sussistesse, essa finirebbe addirittura per incidere sull’art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, innestando nel partenariato sociale ivi declinato il principio del risultato.

Solo per completezza, si ricorda come la relazione illustrativa in riferimento all’art. 6 del Codice ricostruisca l’evoluzione delle pronunce del Consiglio di Stato, che hanno superato i contenuti critici del parere 2052 del 20 agosto 2018. In tale sede la Sezione consultiva aveva infatti ritenuto che «*in considerazione della primazia del diritto eurounitario la disciplina recata dal codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle differenti previsioni del codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro unitario: troverà, in tali casi, applicazione del meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il giudice sia per le amministrazioni*». Tornata a pronunciarsi sul tema in occasione del parere sullo Schema di linee guida recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali” predisposte dall’ANAC, n. 802 del 3 maggio 2022*», la medesima Sezione ha invece affermato che *« sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell’ambito di disciplina».* Tali conclusioni erano coerenti anche con la modifica *medio tempore* intervenuta sull’art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 ad opera del c.d. correttivo del 2017, che ha previsto che «*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, per quanto non espressamente previsto dal codice*», nonché sul successivo art. 59, comma 1, recante la disciplina delle procedure di scelta del contraente, cui è stataaggiunta la precisazione*«fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117»[[15]](#footnote-15)*.

Come già anticipato, essa ha poi richiamato la medesima giurisprudenza comunitaria evocata dalla Consulta, attualizzandola con ulteriori riferimenti. Viene pertanto citata anche la pronuncia della CGUE, sezione VIII, 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, Italy Emergenza cooperativa sociale contro azienda sanitaria locale Barletta-Andria Trani, ove si legge: «*L’articolo 10, lettera h), 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/c’è, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività*»; nonché CGUE, sezione III, 21 marzo 2019, C-465/17, Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S c. Stadt Solingen, riferita anche ai servizi di salvataggio ovvero all'assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario.

1. **Alla ricerca di tratti comuni tra gli istituti in esame...**

La sentenza della Corte costituzionale, e, a cascata, la formulazione dell’articolo 6 del codice, fanno riferimento ad attività, e dunque a servizi, non a beni. Abbiamo già detto della possibilità di leggere la norma come mera replica del partenariato sociale di cui all’art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, ovvero come introduttivo di ulteriori modelli dello stesso, ma sempre riferiti ad ETS.

In linea di massima, quando si parla di partenariato sociale ci si riferisce ad attività. Sia l’articolo 189 del Codice del 2016, che l’omologa disposizione confluita nell’art. 201 di quello del 2023, contemplano anche ipotesi riferite alla realizzazione di opere pubbliche di interesse locale, nel primo caso procedimentalizzandone in dettaglio le fasi (presentazione all’ente locale territoriale competente di una proposta operativa di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone costi e mezzi di finanziamento; analisi della proposta, con regime di silenzio rifiuto decorsi due mesi dalla presentazione senza l’assenso; approvazione delle proposte con delibera regolando le fasi essenziali del procedimento di realizzazione i tempi di esecuzione; parere delle autorità preposte alla tutela del vincolo; acquisizione a titolo originario al patrimonio indisponibile dell’ente competente delle opere realizzate), nel secondo, rimettendone le scansioni alla discrezionalità organizzativa di ciascuna singola Amministrazione.

La realizzazione di opere di interesse locale può costituire presupposto della loro acquisizione al patrimonio indisponibile dell’ente competente (art. 189, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 e art. 201, comma 1, lett. c), dell’attuale), così come, al contrario, avere come corrispettivo, totale o parziale, la cessione di beni immobili appartenenti all’amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell’avviso di preinformazione per i servizi e le forniture (art. 191 del Codice del 2016 e 202 di quello del 2023). Nel primo caso, l’operazione va effettuata «*nell’ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati*» ovvero «*in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi*»; il che è esattamente la modalità attraverso la quale si attua lo scomputo dagli oneri dovuti per un certo intervento del valore delle opere di urbanizzazione realizzate direttamente dal richiedente il titolo edilizio. In sintesi, è il momento sinallagmatico che si pone a valle del procedimento, non necessariamente di evidenza pubblica, il punto di convergenza tra le differenti ipotesi contenutistiche astrattamente riconducibili alle fattispecie richiamate.

1. **La disciplina delle opere a scomputo.**

La preventiva urbanizzazione delle aree in funzione degli insediamenti edilizi ha sempre costituito un principio fondamentale della normativa urbanistica italiana, consolidandosi dapprima negli artt. [5](https://pa.leggiditalia.it/#id=10LX0000121682ART5,__m=document) e [6](https://pa.leggiditalia.it/#id=10LX0000121682ART6,__m=document) della [legge 28 gennaio 1977, n. 10](https://pa.leggiditalia.it/#id=10LX0000121682ART0,__m=document) (c.d. legge “Bucalossi”), indi nell’art. [16](https://pa.leggiditalia.it/#id=10LX0000147952ART17,__m=document), commi 7, 7 bis e 8, del d[.P.R. 6 giugno 2001, n. 380](https://pa.leggiditalia.it/#id=10LX0000147952ART0,__m=document). Ciò risponde ad esigenze di fruibilità dell’abitato e in questo senso il coinvolgimento del privato nella sua realizzazione, risolvendosi in un beneficio per tutta la collettività “di zona”, ha una finalità *lato sensu* compartecipativa e “sociale”, seppure ispirata da ragioni tutt’affatto solidaristiche. La finalità degli oneri concessori, dunque, con particolare riguardo alla parte correlata alle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, ha una chiara funzione di contributo alle spese gravanti sulla collettività per assicurare ridetta necessaria “fruibilità” dell’area. Ciò incide sulla ricerca del criterio per stabilire se essi siano dovuti o meno e in che misura in relazione a determinati interventi, quali il cambio di destinazione d’uso, in particolare ove funzionale, o senza opere: quel che rileva è la valutazione del carico urbanistico derivante dall’attività edilizia, con la precisazione che per aumento del carico urbanistico deve intendersi tanto la necessità di dotare l’area di nuove opere di urbanizzazione, quanto l’esigenza di utilizzare più intensamente quelli esistenti (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 2018, n. 2694). In punto di diritto, quindi, mentre la quota del contributo di costruzione commisurata al costo di costruzione risulta ontologicamente connessa alla tipologia e all’entità (superficie e volumetria) dell’intervento edilizio e assolve alla funzione di permettere all’amministrazione comunale il recupero delle spese sostenute dalla collettività di riferimento alla trasformazione del territorio consentita al privato istante (ossia, a compensare la c.d. compartecipazione comunale all’incremento di valore della proprietà immobiliare del costruttore, a seguito della nuova edificazione), quella commisurata agli oneri di urbanizzazione «*assolve alla prioritaria funzione di compensare la collettività per il nuovo ulteriore carico urbanistico che si riversa sulla zona, con la precisazione che per aumento del carico urbanistico deve intendersi tanto la necessità di dotare l’area di nuove opere di urbanizzazione, quanto l’esigenza di utilizzare più intensamente quelle già esistenti*» (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 2015, n. 2294; *id*., 29 agosto 2019, n.5964). Quanto detto vale a maggior ragione laddove l’intervento si collochi all’interno di una convenzione accessiva ad un piano attuativo, che presuppone ontologicamente la preventiva valutazione dell’impatto dell’intervento sul carico urbanistico e il conseguente computo degli oneri e delle modalità di pagamento. La disciplina degli oneri a scomputo è contenuta nei commi 2 e 2 *bis* dell’art. 16 del d.P.R. n. 380 del 2001, inseriti, rispettivamente, dal d.lgs. n. 301/2002 e dall’art. 45 del d.l. n. 201 del 2011. Le norme non sono mai state coordinate con la legislazione sopravvenuta, tanto che il comma 2 richiama ancora la l. n. 109 del 1994 e il comma 2 *bis* il d.lgs. n. 163/2006, escludendone in questo caso l’applicazione.

La materia, dal punto di vista dell’evidenza pubblica, è oggi contenuta, come chiarito in premessa, nell’allegato I.12, cui rinvia l’art. 13, comma 12, che con esclusivo riferimento all’ipotesi delle opere di cui al comma 2 dell’art. 16 del T.u.e. e dell’art. 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, relativa alla lottizzazione di aree, ovvero all’esecuzione delle opere in regime di convenzione, richiama le disposizioni del codice [[16]](#footnote-16). L’allegato esclude l’applicabilità di alcune disposizioni (artt. 37,45 e 85), prevede che in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applichino solo le norme che disciplinano il collaudo di cui all’articolo 116 e consente all’amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo di richiedere all’avente diritto al titolo di presentare un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l’indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto[[17]](#footnote-17). Ne consegue una forma di cogestione dell’attività, stante che con riferimento all’affidamento delle opere è poi l’amministrazione ad indire la gara sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica –che presumibilmente dovrà redigere direttamente, ove non lo abbia richiesto al privato – riferita alla progettazione esecutiva e all’esecuzione dei lavori. Se si tratta di opere di urbanizzazione a scomputo di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea trovano applicazione le procedure di affidamento di cui all’art. 50[[18]](#footnote-18).

Le citate disposizioni rappresentano l’approdo di un tormentato percorso normativo e giurisprudenziale, anche comunitario. Già con la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2001, in causa C-399/98, si è affermato che: “*la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, osta ad una normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste da tale direttiva, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva di cui trattasi*.”. Conformemente al citato principio di diritto il legislatore, ancora intervenendo sulla legge Merloni, aveva specificato (art. 2, comma 5) che le opere di urbanizzazione a scomputo, ove di valore superiore alla soglia comunitaria, dovessero essere aggiudicate nel rispetto dei principi di evidenza pubblica, escludendo in un primo momento da vincoli di evidenza pubblica gli affidamenti sottosoglia. Tale disposizione era stata a sua volta censurata dalla sentenza della Corte di Giustizia del 21 febbraio 2008 in causa C-412/04 che ha ritenuto che, anche con riferimento alle opere sottosoglia, per evitare fenomeni elusivi dovranno quantomeno trovare applicazione i principi generali dell’evidenza pubblica. Recependo le indicazioni della Corte di giustizia, e tenuto conto che la disciplina della legge Merloni aveva anche dato causa ad una procedura di infrazione comunitaria nei confronti dell’Italia, con il combinato disposto degli artt. 122 e 32, comma 1, lett g), del d.lgs. n. 163/2006, si era introdotto l’obbligo del rispetto dei principi di evidenza pubblica anche per l’affidamento di opere di urbanizzazione a scomputo sotto soglia, prevedendo l’attivazione della più semplice procedura di cui all’art. 57, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 (procedura negoziata senza bando). E tale soluzione, coerente con le indicazioni le indicazioni del giudice europeo, è traslata, “passando” per il Codice del 2016, nell’attuale.

Con il comma 2 *bis* del d.P.R. n. 380/2001 il legislatore ha invece inteso sottrarre agli obblighi di evidenza pubblica l’esecuzione di determinate opere a scomputo. L’eccezione, introdotta con il ricordato decreto legge del 2011, era riferita a strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato, e limitata agli interventi di valore inferiore alla soglia comunitaria realizzati nell’ambito di interventi attuativi del P.R.G. e strumenti urbanistici attuativi. Il tutto in verosimile violazione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia, tanto più che gli attuatori dei piani urbanistici, normalmente sono soggetti professionali che non solo sono i più attrezzati per gestire procedure di evidenza pubblica ma, sul lato dell’offerta, ne sono anche i beneficiari. L’art. 36, comma 4, del d.lgs. n.50/2016, sottrae(va) agli obblighi di evidenza pubblica più genericamente le «*opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a), calcolato secondo le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 9, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio*», senza più tipizzarle. Si è così innestato su una disciplina di già dubbia compatibilità comunitaria un elemento di indeterminatezza. L’evoluzione normativa, dunque, si connota dapprima per l’introduzione dei vincoli eurounitari dell’evidenza pubblica nel sistema della realizzazione di opere a scomputo di importo soprasoglia comunitaria, quindi per l’allentamento di tali vincoli, nella forma di procedure semplificate, nell’ambito sottosoglia. Il legislatore nazionale pare cioè inseguire forme anomale di sottrazione della materia ai vincoli di evidenza pubblica in un contesto in cui le indicazioni del giudice europeo risultavano univoche. Si legge ancora nella citata sentenza della Corte di giustizia 8.11.2006 in causa C-412/04: «*secondo la giurisprudenza della Corte, il fatto che una disposizione di diritto nazionale che prevede la realizzazione diretta di un’opera di urbanizzazione da parte del titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, faccia parte di un complesso di norme in materia urbanistica dotate di caratteristiche proprie e dirette al raggiungimento di specifici obiettivi, distinti da quelli della direttiva 93/37, non è sufficiente a escludere la realizzazione diretta dall’ambito di applicazione di quest’ultima, qualora risultino soddisfatti tutti gli elementi necessari affinché essa vi rientri » .D*’altro canto, nelle sue conclusioni l’avvocato generale precisava: «*il governo italiano segnala le peculiarità del settore urbanistico e le caratteristiche del regime di aggiudicazione controverso, ma trascura il fatto che la valutazione di tale sistema nel presente procedimento deve basarsi sulle direttive in materia di appalti pubblici. Se si pone l’accento su un piano giuridico – il piano nazionale – senza prendere in considerazione l’altro – quello comunitario –, si distorce la situazione. Inoltre, ho già messo in rilievo che la sentenza resa nella causa Ordine degli Architetti e a. ha affermato che le caratteristiche proprie della materia urbanistica non sono sufficienti ad escludere l’applicazione delle direttive»*. Dovendosi coordinare le due materie appare difficilmente sostenibile recepire l’evidenza pubblica in termini solo favorevoli all’impresa e non anche all’amministrazione e quindi all’interesse pubblico sotto il profilo dell’efficienza ed economicità dell’azione amministrativa. Dall’altro lato l’imposizione degli obblighi di evidenza pubblica ha lo scopo di impedire che un operatore del mercato possa, proprio in violazione dei principi di concorrenza, beneficiare sostanzialmente di un affidamento diretto a prezzi superiori a quelli di mercato. Trasferire sul privato attuatore l’obbligo di rispetto dei principi di evidenza pubblica senza tuttavia acquisire all’amministrazione il vantaggio economico derivante dall’applicazione a valle di siffatte procedure equivale a favorire indebitamente un operatore privato di mercato. Si è già detto di come il dibattito si sia in realtà concentrato sulle modalità di calcolo del valore degli interventi, potendo esso costituire il tramite per aggirare le regole dell’evidenza pubblica, limitatamente alle opere specificamente individuate dal legislatore.

Possono ora ricordarsi per completezza i tre pareri dalla Sezione consultiva per gli atti normativi, riferiti *in parte qua* alle Linee guida n. 4 dell’ANAC, aventi ad oggetto «*procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elementi probatori economici»*: trattasi del parere n. 361 del 12 febbraio 2018, del n.1911 del 24 dicembre 2018 e del parere n. 1312 del 30 aprile 2019, quest’ultimo successivo alla segnalazione da parte della Commissione europea di un possibile contrasto del paragrafo 2 delle stesse, nella sua formulazione originaria, con l’art.5, paragrafo 8, della direttiva 2014 /24/UE, laddove sembrava ammettere che, in caso di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria “di tipo funzionale” [[19]](#footnote-19)per importi di rilievo intracomunitario, il relativo valore, appaltatile in deroga alle procedure di evidenza pubblica regolate dal codice dei contratti pubblici, possa essere determinato senza tenere conto di quello complessivo delle opere di urbanizzazione, ossia escludendo anche le restanti opere di urbanizzazione secondaria e primaria non funzionali.

1. **Il partenariato sociale.**

Riteniamo di avere chiarito come il partenariato sociale cui fa riferimento l’art. 6 del nuovo Codice ha quali unici possibili interlocutori gli Enti del terzo settore. Va ora definitivamente chiarito se e in qual misura possono essere ricondotti a tale principio anche gli accordi di partenariato sociale, così denominati espressamente nella rubrica dell’art. 201 del d.lgs. 36 del 2023, che tuttavia non hanno affatto come interlocutori enti del terzo settore. L’analisi della norma da ultimo richiamata, inoltre, impone alcuni rilievi di carattere formale, venendo all’evidenza tratti stilistici non intrisi della medesima adeguatezza, anche linguistica, riservata ad altre parti del Codice [[20]](#footnote-20). Emergono infatti riferimenti impropri e intrinsecamente contraddittori (una non meglio chiarita «*Autorità di regolazione del settore*», evocata nel primo comma, da identificare verosimilmente nell’ANAC, più correttamente menzionata come tale al successivo comma 2) se non addirittura rinvii a imprecisate leggi speciali cui farebbe a sua volta rinvio l’abrogato Codice del 2016, senza neppure chiarire in quale sua parte [[21]](#footnote-21). La circostanza poi che la norma trovi attuazione solo «*tenuto conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo*» predisposti dall’Autorità genera una qualche preoccupazione in ordine alla sua immediata precettività, ovvero, all’opposto, in ordine al possibile impatto frenante delle importanti iniziative di settore nelle more della adozione di ridetti schemi generali.

Abbiamo già detto, invece, dell’apprezzabile scelta di far confluire in un’unica disposizione (l’articolo 201, appunto) le previsioni in precedenza distintamente contenute nell’articolo 189 («*Interventi di sussidiarietà orizzontale»*) e 190 («*Baratto amministrativo*») del codice del 2016. Pur presentando le due distinte ipotesi molti elementi comuni e taluni tratti differenziali, in quanto attinenti comunque alla tematica della sussidiarietà orizzontale se ne era effettivamente da più parti suggerita la collocazione in un unico articolo[[22]](#footnote-22).

Il cosiddetto baratto amministrativo era confluito nel testo del 2016 dal d.l. n. 133 del 2014, cosiddetto “sblocca Italia”[[23]](#footnote-23). La progettualità di immediata fattibilità vedeva il suo antecedente nel già ricordato art. 23 del d.l. n. 185 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 2 del 2009.

La differenza fondamentale tra le due ipotesi di cui agli artt. 189 e 190 del d.lgs. n. 50 del 2016 poggiava soprattutto sulla maggiore ampiezza della platea dei destinatari: gruppi di cittadini, addirittura obbligatoriamente consorziati per le ipotesi di cui all’articolo 189; cittadini anche singoli per quelle di cui all’articolo 190. Il dibattito e il laboratorio di idee scaturito dalla positivizzazione di tali istituti è stato fervido e innovativo, costituendo la vera essenza di una sussidiarietà inclusiva e coinvolgente, attorno ad una nuova consapevolezza dell’importanza di valorizzare e tutelare un “bene comune”.

Non a caso, il punto di partenza di tale sviluppo interpretativo è individuato nella emblematica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 16 febbraio 2011 n. 3183, con la quale era stata definitivamente risolta a vantaggio della collettività una controversia intentata da un privato per i diritti sulle cosiddette valli da pesca “Valle Zappa”, ubicate ai margini della laguna veneta. In tale pronuncia, i giudici di legittimità affermarono la necessità di “*rivisitare in via interpretativa il sistema normativo vigente, con particolare riferimento ai dati costituzionali, al fine della individuazione dei criteri indispensabili per attribuire natura “non privata” ad un bene immobile*”. Dal quadro normativo costituzionale, infatti « *e fermo restando il dato “essenziale” della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante “adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”», sarebbe ormai emersa l’esigenza interpretativa di “guardare” al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica. «*Ciò comporta che, in relazione al tema in esame, più che allo Stato- apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) – privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l’ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati»[[24]](#footnote-24)*.

Vero è che anche in passato le amministrazioni territoriali più lungimiranti avevano tentato esperimenti di cittadinanza attiva attingendo ai paradigmi generali degli articoli 11 e 12 della legge numero 241 del 1990[[25]](#footnote-25). Cioè, ha via via cercato spazi ‘tipici’ ad un ambito ontologicamente atipico quale l’iniziativa dei membri di una comunità per valorizzare la fruizione collettiva di un bene di proprietà pubblica, in particolare rimediando ad un pregresso non utilizzo e alle conseguenze in termini di degrado che normalmente ne sono scaturite. Ciò allo scopo di dare dignità normativa “generale” ad istituti partecipativi, tutelando i funzionari pubblici che pionieristicamente hanno cominciato a sperimentarli, ma nel contempo rimarcando l’esigenza del rispetto di elementari regole di trasparenza e predeterminazione dei criteri. L’interessante tentativo della dottrina di fornire una lettura teleologicamente orientata delle norme sulla base della proposta lettura evolutiva di “bene comune” aiuta, ma non soddisfa pienamente le esigenze rappresentate. Come ben si comprende da un’attenta lettura delle affermazioni dei giudici di legittimità, rispetto alla configurazione di un bene “ontologicamente comune”, ovvero intrinsecamente suscettibile di esprimere la propria vocazione all’utilizzo condiviso, se ne era individuata un’ulteriore accezione, riferita cioè a beni pubblici destinati a divenire “comuni” in ragione della loro concreta destinazione alla progettualità proposta. Si ha cioè una coloritura postuma dell’interesse generale, seppur comunque sotteso all’utilizzo di un bene di proprietà pubblica, come interesse ad una fruizione condivisa o socialmente rilevante: è la scelta della modalità di valorizzazione che restituisce alla collettività locale l’uso effettivo e “sociale”, appunto, del bene, *sub specie* di luogo di ritrovo, centro culturale, di spettacolo o spazio condiviso attorno ad un inventato fattore di aggregazione di cittadini genericamente intesi, ovvero di alcune fasce, per lo più “deboli”, degli stessi.

Non è questa la sede per affrontare *funditus* questioni che hanno generato un corposo dibattito, soprattutto in ambito accademico, creando esso pure forme di partenariato istituzionale, sub specie di collaborazione fra Atenei e Amministrazioni o gruppi di amministrazioni locali, non a caso ricondotti alla dizione di “laboratori”. Da un punto di vista giuridico, le questioni di maggior momento erano riferibili alla tipologia di procedura da seguire nell’individuazione dell’interlocutore/affidatario, nonché, a monte, nella scelta di sottrarre ad un utilizzo mirante al perseguimento del masso beneficio economico traibile da un immobile o da un’area. Il tema trovava la sua collocazione nel quesito, riveniente soprattutto dalla sistematica del Codice del 2016, se nel caso di specie ci si trovasse di fronte a c.d. contratti inclusi o esclusi, con quanto ne conseguiva in termini di individuazione dei principi generali comunque applicabili. A vantaggio della esclusione si rilevava ad esempio la non riconducibilità dei cittadini, singoli o associati, cui le norme facevano (e fanno) riferimento, nella dizione di “operatori economici” secondo la definizione europea, per giunta nell’ambito di un accordo privo della finalità lucrativa tipica dell’appalto e della concessione, ancorché connotato da corrispettività di prestazioni.

L’elemento di maggior preoccupazione era poi dato dalle ipotetiche conseguenti responsabilità erariali di scelte non rispettose delle regole che avrebbero dovuto trovare applicazione.

Non a caso, spunti a favore di un’accezione “diffusa” della sussidiarietà venivano ricercati negli arresti, anche risalenti nel tempo, della giurisprudenza contabile. Illuminato e illuminante appariva dunque un parere (n. 716/2012) della Sezione di controllo per il Veneto, che ben prima della codifica generale del c.d. “partenariato sociale” (e quindi utilizzando il modello dell’art. 12 della legge n. 241 del 1990), fornivano un concetto di vantaggio economico diverso da quello meramente contabile. La maggiore attenzione veniva tuttavia dedicata alla contropartita dell’attività “sociale”, ovvero lo sgravio tributario. Con la deliberazione n. 27 del 23 marzo 2016 la Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia Romagna, ad esempio, da un lato evidenziava come il baratto amministrativo deve essere disciplinato da un apposito regolamento deliberato dal Comune con il quale devono essere fissati/individuati “criteri” e “condizioni”, dall’altro, in modo *tranchant,*escludeva la possibilità di consentire attraverso tale istituto l’adempimento di tributi locali pregressi per mancanza del requisito dell’inerenza tra agevolazione tributaria e tipologia di attività svolta dai soggetti amministrati. Il che finirebbe per produrre effetti pregiudizievoli sugli equilibri di bilancio. In buona sostanza, la possibilità di deliberare riduzioni e/o esenzioni riguarderebbe esclusivamente tributi strettamente riferibili all’attività sussidiaria posta in essere dai cittadini e non sarebbe possibile estendere l'ambito delle agevolazioni anche ai debiti pregressi. Ad avviso del giudice contabile, infatti, «*non si ritiene, viceversa, ammissibile la possibilità di consentire che l'adempimento di tributi locali, anche di esercizi finanziari passati confluiti nella massa dei residui attivi dell'ente medesimo, possa avvenire attraverso una sorta di datio in solutum ex art. 1197 c.c. da parte del cittadino debitore che, invece di effettuare il pagamento del tributo dovuto, ponga in essere una delle attività previste dalla norma e relative alla cura e/o valorizzazione del territorio comunale»*.

Un tentativo di risoluzione di tale rigidità interpretativa, riconducibile al dato letterale della norma, era stato fatto sostituendo introducendo l’aggettivo “attinenti” con riferimento ai tributi da “scomputare”: scelta peraltro reiterata dal legislatore del 2023, che la riproduce testualmente al comma 1, lettera b), dell’articolo 201. L’efficacia della nuova opzione ermeneutica è ancora tutta da testare.

Il nuovo Codice non pare fornire più cogenti strumenti di perimetrazione della materia, seppure la semplificazione generale delle procedure ne renda meno stridente la criticità. Anche da un punto di vista sistematico, infatti, viene reiterata la (discussa) scelta di collocare la norma nella parte relativa alle «*Altre disposizioni in materia di partenariato pubblico-privato*». Chi scrive ritiene anzi che un’indicazione testuale nel senso della piena attrazione alla disciplina dell’evidenza pubblica consegua alla nuova formulazione dell’art. 201 rischi di scaturire dall’allargamento della platea degli affidatari. Tra essi, infatti, vengono inclusi ora anche gli imprenditori, seppure micro, piccoli o medi[[26]](#footnote-26).

Quanto alla necessità per accedere a tali tipologie di strumenti di partenariato di delinearne a monte la cornice, va ricordato come anche in passato il legislatore aveva insistito molto sull’importanza della disciplina preventiva della materia. L’art. 189, comma 2, ad esempio, demanda(va) ad apposito regolamento, seppure facoltativo, la individuazione delle attività e dei processi con riferimento alle progettualità immobiliari di zona; l’art. 190 prevede(va) invece una (obbligatoria) apposita delibera per fissare criteri e condizioni del futuro partenariato sociale. D’altro canto, è attraverso una disciplina regolamentare che gli enti locali hanno coniato una nozione di “bene comune urbano” caratterizzato dalla ritenuta necessità di recupero a finalità di godimento collettivo, e ciò senza necessità che ad esso si facesse rinvia da parte di alcuna norma primaria, se si eccettuano quelle generali sul sistema delle fonti del diritto. Oggi invece l’atto generale ( da identificare, si ritiene, in un regolamento di competenza consiliare, anche in ragione del suo attingere in molti casi ad aspetti tributari) si colloca a valle dei ricordati bandi-tipo e contratti-tipo dell’ANAC, di cui occorre pur sempre “tenere conto”, sicché, proprio in un ambito connotato da intrinseca atipicità quale valore aggiunto della creatività collettiva orientata a fini sociali, finiscono per affiorare vincoli procedurali particolarmente stringenti, oltre che allo stato non immediatamente individuabili, senza che se ne colga chiaramente il regime transitorio.

1. **Cessione di immobili in cambio di opere.**

Solo per completezza si farà brevemente cenno alla disposizione di cui all’art. 202 del nuovo codice, stante che la disposizione, che non presenta alcuna particolare criticità, replica integralmente l’omologa previsione di cui all’art. 191 del Codice del 2016.

Come in passato, le perplessità attengono caso mai alla sistematica, giusta la sua eterogeneità rispetto al partenariato pubblico privato, cui comunque continua ad essere ricondotta (Parte V, Altre disposizioni in materia di Partenariato pubblico privato) Essa infatti sembra carente dei requisiti del PPP che presuppone la disponibilità del bene ma non la sua semplice cessione. Unica giustificazione della collocazione sta nel fatto che laddove la cessione non è la modalità direttamente e esattamente satisfattiva della pretesa dell’operatore, che in qualche modo finisce per essere coinvolto nella realizzazione di opere pubbliche. Conseguire un immobile piuttosto che ottenere il pagamento di una somma di denaro onera l’operatore di costi e adempimenti propri del regime proprietario. Da un punto di vista oggettivo, infatti, si deve rilevare che non possono essere ceduti i beni sui quali vengono svolte le opere, bensì quelli, di proprietà dell’Amministrazione che da un lato sono già stati indicati nel programma triennale per i lavori o nell’avviso di pre-informazione per i servizi e le forniture, dall’altro non servano più per fini di interesse generale. La norma ha l’indubbio pregio di regolare sotto il profilo temporale la cessione dell’immobile, che deve avvenire in un momento antecedente all’ultimazione dei lavori. Scompare tutta la disciplina relativa alla determinazione del valore dei beni da trasferire, che il comma 2 bis dell’art. 191 demandava al RUP sulla base del valore di mercato determinato tramite i competenti uffici titolari dei beni immobili oggetto di trasferimento e la possibilità di cedere anche beni immobili già inclusi in programmi di dismissione, purché prima della pubblicazione del bando o avviso per l’alienazione ovvero se la procedura di dismissione ha avuto esito negativo.

**Conclusioni.**

La scelta di inserire il principio di sussidiarietà tra quelli generali, pur apprezzabile nell’intento di riconoscerne la portata, anche etica, costituisce, ad avviso di chi scrive, un’occasione mancata per “accogliere” sotto la medesima egida tutte le possibili ipotesi di partenariato sociale, chiarendone definitivamente le regole e i principi ispiratori. La norma, infatti, per come formulata, rischia di essere letta solo come ribadita affermazione del diverso perimetro di operatività degli affidamenti dei servizi di “spiccata rilevanza generale” agli enti del terzo settore, per giunta aggravandoli del rispetto del principio del risultato, che nel d.lgs. n. 117 del 2017 non figura. Nel contempo, l’intento di “riordino” e miglioramento sistematico del partenariato sociale “atipico” potrà essere compreso nella sua piena portata, anche di supporto alle Amministrazioni più lungimiranti e in passato pionieristiche in materia, solo all’atto della adozione dei previsti bandi e contratti tipo da parte –presumibilmente – dell’ANAC. Paradossalmente, cioè, a tali atti finisce per essere affidata la possibilità di conferire un’effettiva spinta in avanti all’attuazione del principio di sussidiarietà al di fuori del perimetro del Terzo settore, che lo esemplifica magistralmente ma non lo esaurisce. Una possibile quadratura del cerchio poteva essere ravvisata nella previsione, in verità originale e innovativa, di cui all’art. 223 dello schema di Codice predisposto dalla Commissione presso il Consiglio di Stato. La norma, scomparsa dalla versione finale del Codice approvata dal Governo, prevedeva infatti una sorta di clausola di salvaguardia rubricata non a caso “Procedure sperimentali autorizzate dall’ANAC” consentendo alle Amministrazione di esplorare modelli atipici, purché con l’avallo dell’Autorità che ne garantiva pure la legalità, anche comunitaria.

Restano dunque le segnalate criticità, seppure con l’evidente provvisorietà di un preliminare giudizio di prognosi, essendo principio immanente ad ogni riforma di settore, a maggior ragione ove così importante, l’attesa di un tempo ragionevole che ne consolidi gli effetti, e metta in luce le vere (eventuali) criticità, evitandone valutazioni emozionali e preconcette che troppe volte in passato hanno spinto a modifiche stratificate, mal coordinate e sicuramente non rispondenti a quelle esigenze di semplificazione normativa che costituisce il primo baluardo della certezza del diritto.

Antonella Manzione

**Relazione tenuta in occasione**

**della 6° Rassegna di diritto pubblico dell’economia,**

**a cura dell’UPEL, tenutasi a Varese nei giorni 25-26 maggio 2023**

1. Cfr. Codice dei Contratti pubblici a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, La Tribuna ed., Piacenza, 2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ciò che crea perplessità, come meglio chiarito più avanti nel testo, è l’uso della disgiuntiva “ovvero” prima di fare riferimento all’utilizzo della convenzione, che sembrerebbe presupporre una modalità per addivenire allo scomputo degli oneri che prescinda dal meccanismo sinallagmatico, che al contrario ne costituisce il necessario strumento attuativo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Le opere di urbanizzazione primaria cui si riferisce il comma 2 bis dell’art. 16 del d.P.R. n. 380 del 2001, sono, come noto, quelle elencate nel comma 7, ovvero strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato, nonché al comma 7 bis, e cioè cavedi multiservizi e i cavidotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni, in tal caso «salvo nelle aree individuate dai comuni sulla base dei criteri definiti dalle regioni». [↑](#footnote-ref-3)
4. Così P.Duret, Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati, Padova, 2004, in particolare pagine 4 e 5. [↑](#footnote-ref-4)
5. Vedi ad esempio la formulazione dell’art. 4, comma 3, lett. a) della legge 15 marzo 1997 numero 59, ovvero, in termini più generali, l’articolo 3, comma 5, del d.lgs. 18 agosto 2000. N. 267, cosiddetto Tuel, che lo richiama in relazione alle modalità di svolgimento delle funzioni dei Comuni e delle Province, “*anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Basti ricordare la giurisprudenza, in verità ormai risalente, di primo grado che ha richiamato (anche) il principio di sussidiarietà quale ostacolo all’apposizione di limiti all’accesso ad attività economiche che partecipano, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri, come tipicamente quelle di un’impresa di investigazione privata, che può trovare limitazione solo per dimostrate e particolari esigenze di ordine pubblico, sicurezza e sanità pubblica. In tal senso T.a.r. per il Lazio, Roma, sez. I ter, 10 marzo 2006, n. 1890. D’altro canto, il legislatore ha spesso attinto al concetto di sussidiarietà per valorizzare il coinvolgimento dei privati nella tutela della sicurezza, senza evidentemente abdicare alle funzioni di sicurezza pubblica necessario appannaggio dello Stato attraverso le sue forze di polizia. Si pensi ad esempio all’ampio contenuto dei “Patti per l’attuazione della sicurezza urbana” tra Sindaci e Prefetti previsti dall’art. 5 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, il cui contenuto è stato ampliato dalla legge di conversione, 18 aprile 2017, n. 48, ricomprendendovi la “promozione dell’inclusione, della protezione e della solidarietà sociale mediante azioni e progetti per l’eliminazione di fattori di marginalità, anche valorizzando la collaborazione con enti o associazioni operanti nel privato sociale, in coerenza con le finalità del Piano nazionale per la lotta alla povertà e all’esclusione sociale” (lett. c *bis*). [↑](#footnote-ref-6)
7. Il complessivo *iter* di approvazione degli strumenti urbanistici, caratterizzato da lungaggini solo apparenti, mira appunto ad acquisire il maggior numero di contributi possibili per addivenire al miglior risultato auspicabile in termini di armonico sviluppo del territorio. All’interno di tale i*ter* si collocano anche, quale mero apporto collaborativo, le osservazioni degli interessati, astrattamente finalizzabili a scelte generali ben ponderate, non discriminatorie e tuttavia evidentemente di ampio contesto e non esclusivamente mirate all’interesse del singolo che le propone. Per un’interessante disamina della materia, v. Cons. Stato, sez. II, 24 giugno 2020, n. 4040). [↑](#footnote-ref-7)
8. La novella ha dato adito peraltro ad un contrasto giurisprudenziale non ancora superato circa la natura, processuale o sostanziale, della norma e il suo conseguente impatto sui procedimenti in corso o comunque da rieditare, anche in relazione all’avvenuta introduzione del c.d. principio *once only*. [↑](#footnote-ref-8)
9. “Con riferimento alla legittimazione attiva di singole associazioni o comitati, la giurisprudenza, pur riconosciuta la legittimazione processuale “speciale” alle sole associazioni riconosciute ex art. 310 del d. lgs. n. 152/2006 e art. 139 del d. lgs. n. 206/2005 (Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2011 n. 3662), ha tuttavia riconosciuto la legittimazione attiva anche a “comitati spontanei che si costituiscono al precipuo scopo di proteggere l’ambiente, la salute e/o la qualità della vita delle popolazioni residenti” su un territorio circoscritto, oppure di “sodalizi che, pur se articolati, o non possiedono strutture locali, o s’incentrino in forma non occasionale su dati settori di mercato o per argomenti o esigenze consumistiche stabili, e via di seguito”, purchè “perseguano nel loro oggetto statutario ed in modo non occasionale obiettivi di tutela” delle predette esigenze (Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2010 n. 6554 e 23 maggio 2011 n. 3107; sez. III, 8 agosto 2012 n. 4532). In questo secondo caso, si è osservato (Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36) che “ciò che sostanzia la posizione di chi – associazione o singolo individuo – agisce in giudizio per la tutela del bene ambiente, è la titolarità di un interesse collettivo (in questo caso come “interesse di tutti” gli aderenti, e dunque come mera somma di interessi legittimi) ovvero un singolo interesse legittimo. Ed il criterio della “vicinitas”, talora utilizzato per “individuare la differenziazione delle posizioni azionate e radicare la legittimazione dei singoli per la tutela del bene ambiente” (così Cons. Stato, sez. VI, n. 6554/2010), risulta rispondente non già alla definizione della legittimazione attiva (che deriva da una posizione sostanziale in altro modo individuata), quanto più propriamente dell’interesse ad agire” (Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2022, n. 937). [↑](#footnote-ref-9)
10. Il dibattito pubblico è riconducibile ora all’art. 40 del Codice e all’allegato I.6, ove è confluito il contenuto d.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, “Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a tale dibattito”, emanato in attuazione dell’art. 22 del d.lgs. n. 50 del 2016. La novità di maggior rilievo pare potersi ravvisare nell’abolizione della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, che non tutta la dottrina ha salutato con favore, attribuendole un significativo ruolo di arbitro terzo rispetto alla stazione appaltante la cui attività, come parrebbe documentato in apposita rendicontazione dell’attività svolta, non avrebbe rallentato in alcun modo lo svolgimento delle gare. [↑](#footnote-ref-10)
11. Si pensi al poco felice riferimento alla “spiccata” valenza sociale delle attività, che ben si colloca in un contesto argomentativo, assai meno, giusta la vaghezza intrinseca del termine, ad un testo normativo. [↑](#footnote-ref-11)
12. Gli altri “pilastri” sono il d.lgs. n. 40 del 2017, “Istituzione e disciplina del servizio civile universale”, il d.lgs. n. 111 del 2017, “Disciplina dell’istituto del 5 per mille dell’imposta sul reddito delle persone fisiche” e il d.lgs. n. 112 del 2017, “Revisione della disciplina dell’impresa sociale”, che interseca ampiamente quella di interesse nel testo. [↑](#footnote-ref-12)
13. Art. 1 della legge regionale impugnata, ai sensi del quale il riconoscimento e la promozione da parte della regione del ruolo e della funzione delle cooperative di comunità si realizzano «*nel rispetto degli articoli 45,117 e 118, quarto comma della costituzione e della normativa nazionale*», ivi compreso quindi il codice del terzo settore e, per quanto meglio chiarito in motivazione, il decreto legislativo numero 112 del 2017 sull'impresa sociale. [↑](#footnote-ref-13)
14. L’espressione, mutuata essa pure dalla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, apprezzabile in un contesto narrativo, lo è in verità assai meno in ambito normativo, ove dovrebbero essere evitati termini vaghi, suscettibili di interpretazioni ondivaghe. [↑](#footnote-ref-14)
15. Per effetto di tali modifiche infatti sono assoggettati alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, indicate all’art. 142, solo i servizi sociali rientranti nell’allegato IX, se non organizzati ai sensi degli artt. 55 e 56 del Codice del terzo settore o mediante forme di autorizzazione o accreditamento previste dalle disposizioni regionali in materia. Ragioni di sintesi impongono di non approfondire ulteriormente la sovrapponibilità della nozione di servizi sociali, cui si riferiscono il parere citato nel testo e dei quali la relazione illustrativa intende trarre notazioni a carattere generale, rispetto ai servizi di interesse generale che stanno alla base dell'articolo 55 del d.lgs. N. 117/2017. [↑](#footnote-ref-15)
16. L’uso della disgiuntiva “ovvero” tra le possibili ipotesi di regolamentazione del pagamento degli oneri mediante scomputo di opere, ora come in passato sembrerebbe ammettere fattispecie nelle quali esse non si concretizzino in accordi tra le parti, cui assimilare gli atti unilaterali d’obbligo, laddove presumibilmente la norma ha inteso utilizzare una formula finale a chiusura comprensiva di qualsivoglia tipologia di convenzione accessiva a strumenti di pianificazione urbanistica. La formula è mutuata direttamente dall’art. 1, comma 2, lettera e), del d.lgs. n. 50 del 2010. Per una ricostruzione generale della materia, partendo dall’analisi di un atto unilaterale d’obbligo, cfr. Cons. Stato, sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579. [↑](#footnote-ref-16)
17. . È auspicabile che ciò avvenga in una previsione di carattere generale, quale il piano attuativo - che però comporta l'applicabilità del comma successivo della medesima disposizione -ovvero le norme tecniche di altro strumento pianificatorio. Diversamente opinando l'amministrazione potrebbe decidere caso per caso se richiedere o meno il progetto di fattibilità tecnica ed economica, evidentemente oneroso per il privato, inserendo il relativo elemento in convenzione e conseguentemente rendendolo condizionante della validità del titolo medesimo. In passato si riteneva che, stante che per stazioni appaltanti ai sensi dell’art. 3 comma 1 lett. o) del d.lgs. n. 50/2016 devono intendersi anche i privati tenuti all’osservanza della disciplina del nuovo codice degli appalti, gli obblighi di evidenza pubblica descritti dal codice dei contratti in materia di oneri a scomputo, quantomeno sottosoglia, gravassero sul privato. Oggi parrebbe invece che la gara faccia comunque sempre capo all’Amministrazione che rilascia il titolo, potendo al più il privato farsi carico della progettazione di fattibilità tecnico economica. [↑](#footnote-ref-17)
18. Trattasi della previsione già contenuta, *mutatis mutandis*, nell’art. 36, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, a seguito del correttivo di cui al d.lgs n. 56/2017, che per tali affidamenti di lavori richiama(va) l’applicabilità della disciplina dei contratti. [↑](#footnote-ref-18)
19. Come chiarito in premessa che l’art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, rinvia alla disciplina di cui all’art. 16, comma 2 bis, del T.u.e., solo ove le opere di urbanizzazione primaria realizzate a scomputo siano anche «*funzionali all’intervento di trasformazione urbanistica del territorio*». [↑](#footnote-ref-19)
20. Non a caso si è in più sedi ed occasioni enfatizzata la presenza all’interno della Commissione redigente incaricata della stesura della proposta normativa del Codice finanche di rappresentanti dell’Accademia della Crusca. [↑](#footnote-ref-20)
21. Il comma 4, infatti, con riferimento alla misura degli incentivi fiscali richiama «*quanto previsto con rinvio a leggi speciali dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*». [↑](#footnote-ref-21)
22. Sul punto cfr. R. De Nictolis, il baratto amministrativo (o partenariato social), in La co-città, a cura di P. Chirulli e C. Iaione, Jovene ed., Napoli, 2018, p. I61 ss.). [↑](#footnote-ref-22)
23. Per una dettagliata ricostruzione della genesi dell'istituto, ci sia consentito rinviare a A. Manzione, Dal Baratto amministrativo al partenariato sociale nel solco della atipicità, in La co-città, cit. sub nota precedente, p. 109 ss, dove proprio la atipicità rileva quale valore aggiunto.

 [↑](#footnote-ref-23)
24. La sentenza, che poi giunse di fronte alla Cedu, è quella della Cass., sez. un., 18 febbraio 2011, n. 3665. Essa tuttavia fa parte di un gruppo di pronunce similari per contenuto. Per il loro commento si vedano S. Lieto, *«Beni comuni», diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, 2011, 348 ss.; F. Cortese, *Dalle valli di pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss.; F.Saitta, *La demanialità dei beni tra titolarità e funzione: verso un definitivo superamento delle categorie codicistiche?*, in *Riv. giur. urb.*, 2011, 331 ss.; F. Belotti, *Beni pubblici e beni comuni: categorie giuridiche alla prova della giurisprudenza di Cassazione*, in *Nuovo dir. amm.*, n. 1/2012, 31 ss.; A. Lalli, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli, Jovene, 2015, 268-275. I passaggi delle sentenze della Corte di Cassazione sono state riprese anche dal Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2014, n. 1076. Un’interessantissima disamina della materia, comprensiva dei risvolti comunitari, con riferimento all’altrettanto noto caso delle valli Pieriempiè, in F. Giglioni, I regolamenti dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città, in Munus, n.2, 2016. [↑](#footnote-ref-24)
25. Anche sotto tale profilo può rilevarsi una comunanza strutturale con la regolamentazione degli oneri di urbanizzazione. L'articolo 11 della legge 241, infatti, ha di fatto portato a sistema tutte le astratte possibilità di accordo cui la pubblica amministrazione può addivenire con i privati, in passato già previste in singole norme spesso oggetto di letture riduttive, preoccupate di valorizzare la preponderanza del profilo pubblicistico, in qualche modo percepito come messo in pericolo o depotenziato dal suo attingere a strumenti e ambiti privatistici. Con tale norma si è dunque definitivamente positivizzata la capacità negoziale delle amministrazioni pubbliche, individuando nel procedimento il “luogo” tipico nel quale potestà e autonomia negoziale possono trovare un giusto momento di sintesi, sì da asservire la seconda, in quanto modalità ritenuta più conveniente in relazione al singolo caso di specie, al perseguimento dell’interesse pubblico che connota la prima. A fronte, peraltro, di un iniziale disinteresse per l’istituto, sono state successivamente ricondotte sotto l’egida dell’art. 11 numerose fattispecie consensuali tipicamente in uso proprio nella materia urbanistica, dove l’immanente esigenza di ricondurre l’esercizio dello *ius aedificandi* ad una più vasta cornice di buon governo del territorio, rende talvolta conveniente per l’Amministrazione “scendere a patti”, richiedendo sforzi aggiuntivi al privato in termini di *dare* ovvero di *facere*, onde orientarne la maggiore libertà di movimento verso i propri obiettivi di programmazione, nel contempo ottimizzando le aspirazioni dello stesso a ricavare i maggiori vantaggi possibili dalla proprietà. Oggi pertanto tutta la vasta pletora di convenzioni urbanistiche comunque denominate vengono di regola ricondotte all’alveo di tale disciplina, caratterizzata dall’aggiungere al paradigma pubblico generale i canoni del diritto civile «*ove non diversamente previsto*» e «*in quanto compatibili*» (art. 11, comma 2, della l. n. 241/1990). [↑](#footnote-ref-25)
26. Le microimprese, piccole e medie imprese sono quelle definite dall’articolo 1, comma 1, lettera o) dell’allegato I.1, cui la norma fa espresso rinvio, che non contiene alcuna indicazione specifica con riferimento alla loro connotazione come “sociali” al fine di accedere alla tipologia di affidamenti de qua. [↑](#footnote-ref-26)