

Tutela della persona tra Stato, Terzo settore e co-amministrazione*

Ilaria Genuessi

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi e di inquadramento. – 2. Una panoramica sul principio di sussidiarietà in accezione orizzontale. – 3. Sussidiarietà e servizi sociali: un angolo di osservazione privilegiato. – 4. I modelli di «procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria» di cui al Codice del Terzo settore. – 5. Il concetto di amministrazione condivisa nella pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020. – 6. I servizi alla persona: affidamento e gestione nel bilanciamento tra ottica solidaristica e tutela della concorrenza. – 7. Alcune riflessioni conclusive.

1. *Cenni introduttivi e di inquadramento*

Nel tempo e progressivamente, accanto agli schemi tipici dell'attività autoritativa dell'amministrazione si è fatto spazio un'attività c.d. contrattuale o consensuale dell'amministrazione, concretizzatasi in diversi ambiti d'azione e in molteplici forme, secondo una estrinsecazione del ben noto principio di sussidiarietà orizzontale di rilevanza costituzionale e di cui all'art. 118 comma quarto della Costituzione¹.

Del resto, l'amministrazione pubblica nell'ordinamento interno, ai vari livelli, ha subito una profonda ed evidente trasformazione, anche con specifico riferimento all'implementazione dei moduli di collaborazione a vario titolo tra amministrazione e cittadino.

* Il presente contributo, parzialmente aggiornato e adattato, riproduce la relazione tenuta nell'ambito del XXV Convegno di Copanello sul tema «Riflessioni sul diritto amministrativo che cambia», Montepaone Lido (CZ), 30 giugno - 1° luglio 2023.

¹ Si v. nel dettaglio sul principio, tra gli altri: A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 51-84; V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, agg., Roma, 2004; T.E. Frosini, *Sussidiarietà* (principio di) (dir. Cost.), in *Enc. dir.*, Annali II, Milano 2008, 1134.

Quest'ultima risulta con evidenza positivizzata, anzitutto, nell'ambito della normativa di riferimento sull'azione amministrativa di cui alla l. 241/90, in senso ampio nella disciplina di cui ai diversi istituti di partecipazione al procedimento e di coinvolgimento del cittadino nelle scelte e nell'attività dell'amministrazione, segnando un'evidente distanza rispetto al modello di amministrazione autoritativa che cala dall'alto atti dotati di imperatività e, dunque, anche in quanto tali sostanzialmente unilaterali e, di contro, in un'ottica collaborativa che trova pieno riconoscimento e una sua manifesta disciplina positiva nell'ambito dell'art. 11 della medesima legge sul procedimento.

Ebbene, a partire dagli accordi previsti in senso generale nella legge sul procedimento amministrativo e nell'ottica di una fattiva collaborazione e interazione con il privato (come, a titolo esemplificativo nell'ambito urbanistico-edilizio), tuttavia, nella presente trattazione si intende operare un riferimento all'implementazione di una serie di peculiari schemi procedurali e modelli che collocano il singolo al centro del sistema giuridico interno, in attuazione delle rilevanti previsioni costituzionali sul punto (si pensi ai principi personalista, ma altresì di solidarietà sociale e di sussidiarietà, come accennato).

In tale contesto generale, peraltro, ambito privilegiato nel quale i suddetti principi pare trovino e stiano progressivamente trovando un'attuazione concreta, si ritiene quello dei servizi di interesse generale e così, in particolare, dei servizi sociali e alla persona. In tal senso, non si può non fare riferimento al c.d. sistema di *welfare mix* ed al *favor* verso le iniziative di interesse generale assunte dai privati, desumibile già dal quadro costituzionale, specialmente laddove si prenda in esame il dettato degli artt. 2 e 38 del testo costituzionale².

Altra angolazione dalla quale si intende analizzare l'estrinsecazione dei principi fulcro del presente contributo, seppur brevemente, è quella dei contratti pubblici, con specifico riferimento alle previsioni da ultimo introdotte nell'ambito del nuovo Codice, di cui al d.lgs. n. 36/2023, con particolare riguardo al principio di sussidiarietà ed alla sua attuazione nelle previsioni *ad hoc* introdotte nel nuovo compendio normativo – anche innovative rispetto alla previgente disciplina in materia di contratti pubblici – così come alle disposizioni codicistiche concernenti specifici istituti e strumenti di partenariato pubblico-privato contrattuale, ovvero istituzionale.

² Sulla tematica si v., *ex multis*: G. Pastori, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1081 ss.; R. Pessi, *Il "welfare mix" tra mercato globale e cittadinanza sociale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, 3, 503-526; A. Massera, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 ss.; R. Cavallo Perin, *Il welfare state nell'Unione europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenom. Soc.*, 2013, 37 ss.; V. Molaschi, *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla l. n. 328/2000*, in Aa.Vv., *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, a cura di F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, Torino, 2020, 47 ss.

L'argomento, ad ogni modo, presenta evidenti profili di complessità in ragione della pluralità dei sottoargomenti coinvolti e delle sue implicazioni anche sul piano pratico. La questione della tutela della persona e, così, dei servizi e delle prestazioni sociali in favore del cittadino e dell'erogazione degli stessi ad opera dello Stato, ovvero di enti appartenenti al c.d. Terzo settore³, in senso generale e sul piano normativo, si colloca infatti, anzitutto, nel mezzo di un crocevia di fonti e discipline differenziate, anche recenti e rispetto alle quali si sono ravvisate difficoltà di coordinamento – come si avrà modo di precisare – anche oggi non del tutto superate⁴. Pertanto, nella ricostruzione degli istituti correlati, si proverà a fornire un commento in ottica critica delle previsioni vigenti sul tema, cercando un coordinamento tra i testi normativi implicati (in particolare Codice del Terzo settore, Codice dei contratti pubblici e decreto legislativo di riordino in materia di servizi pubblici locali) cogliendo le persistenti problematiche applicative e fornendo taluni spunti di riflessione.

Fulcro e filo conduttore dell'intervento, peraltro, è rappresentato dal principio di sussidiarietà, nella sua accezione orizzontale, come di seguito esplicitato e, in particolare, a partire dal suo esordio nell'ambito dell'ordinamento interno, passando per la costituzionalizzazione del medesimo a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione e la sua concreta implementazione, con particolare riferimento al sistema di interventi e prestazioni a tutela dell'individuo, come delineato in senso generale nel Titolo della Carta costituzionale dedicato in particolar modo ai diritti sociali e sulla base del c.d. sistema di *welfare mix*, considerando specificamente il ruolo ricoperto dagli enti del Terzo settore nella collaborazione con l'amministrazione nell'ambito dei suddetti servizi alla persona⁵.

³ Sul Terzo settore si v., tra gli altri contributi più recenti: P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018; C. Contessa, D. Simeoli, I. Volpe (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019; A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020*, Napoli, 2020; L. Gori, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022; B. Vimercati, *Pubblica Amministrazione e Terzo Settore: un rapporto imprescindibile per l'attuazione costituzionale della sussidiarietà orizzontale*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2023, 2.

⁴ In tal senso, a titolo esemplificativo, si consideri quanto disposto a proposito dell'operatività degli enti del Terzo settore e dei rapporti di partenariato che vedono coinvolti i medesimi nell'ambito dell'art. 18 del Decreto di Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, il quale opera un rinvio al Codice del Terzo settore, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117. A sua volta, il recente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, all'art. 6, nel richiamare i principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, prevede la possibilità di apprestare modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore; al medesimo comma precisa, altresì, che non rientrano nel campo di applicazione del Codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del d.lgs. n. 117 del 2017.

⁵ Con riferimento al principio di sussidiarietà si v., in particolare, *ex multis*: L. Vandelli, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3B del Trattato sull'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 379 ss.; M.P. Chiti, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 505 ss.; A. Albanese, C. Marzuoli (a cura di), *Servi-*

2. *Una panoramica sul principio di sussidiarietà in accezione orizzontale*

Come noto, il principio di sussidiarietà, che vede il suo esordio nella dottrina sociale della Chiesa e, nel dettaglio, esplicitato nell'ambito dell'enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII del 1891, ha di seguito acquisito nel tempo un significato molto più ampio e quasi onnicomprensivo, laddove si faccia riferimento a tutte le dinamiche di coinvolgimento, compartecipazione e collaborazione dei cittadini rispetto all'ambito pubblico e al territorio di riferimento, peraltro secondo una valorizzazione sotto certi aspetti giudicata eccessiva e impropria dello stesso substrato idealistico del principio⁶.

La stessa summenzionata dottrina sociale della Chiesa ha preso in esame il principio di cui trattasi in stretta correlazione con l'ulteriore principio di solidarietà sociale; del resto, la stretta connessione tra i due predetti principi si rinviene sin dall'origine, anche prendendo in esame il dettato costituzionale, sebbene l'attuazione del rapporto in questione, così come una precisa individuazione del concetto di sussidiarietà in accezione orizzontale nel testo della Carta costituzionale, siano apparse soltanto nei tempi più recenti⁷.

Tale ultima accezione della sussidiarietà si rinviene, infatti, dapprima sul finire degli anni Novanta del secolo scorso nell'ambito della l. n. 59/1997, c.d. «Legge Bassanini I», ove si esprime la necessità di ripartire le funzioni amministrative tra Stato, Regioni, Province e Comuni, in risposta all'esasperato centralismo statale sul piano burocratico realizzato in epoca fascista, oltre che alle istanze avvertite nel nostro Paese in senso federalista; di seguito, è con la riforma costituzionale di cui alla l. cost. n. 3/2001, che il concetto di sussidiarietà è arricchito ed implementato con l'aggiunta, accanto alla sussidiarietà verticale, di un significato «orizzontale» del principio, considerando la necessaria opera dello Stato nel senso dell'incentivazione dell'apporto dei cittadini – singoli o associati – nella realizzazione di attività di interesse generale⁸.

zi di assistenza e sussidiarietà, Bologna, 2003; P. Duret, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004; G. Sereno, *Declinazioni del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir e proc. amm.*, 2020, 2, 03-526; A. Barone, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 185-196; L. Gori, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti tra Terzo settore e P.A.*, in *www.federalismi.it*, 2020, 14; F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 3 ss.; E. Balboni, *Welfare, sussidiarietà e diritti sociali*, in *DPCE online*, 2021, 2, 2503-2510.

⁶ Si è parlato in tal senso di un principio dal carattere «polisenso e atemporale». Così, in particolare, P. Duret, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004, 4 ss.

⁷ Sul tema si v. M.T. Frosini., *Sussidiarietà (principio di) (Dir. Cost.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, Tomo 2, Milano, 2008, 1135 ss.; C.E. Gallo, *La sanità tra solidarietà e sussidiarietà*, in C. Bottari-F. Roversi Monaco (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 67 ss.

⁸ Sul tema della sussidiarietà in accezione orizzontale si v. G. Pastori, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, 1752.

La normativa antecedente rispetto alla riforma del Titolo V della Costituzione, peraltro, richiamava il principio nella sua accezione orizzontale perlopiù in stretta connessione e in funzione ancillare rispetto alla sussidiarietà verticale, quale modalità di svolgimento delle funzioni allocate presso le amministrazioni più vicine al territorio di riferimento ed alla relativa collettività.

In aggiunta, occorre notare come neppure lo stesso articolo 118, comma 4 della Costituzione, a seguito della riforma, espliciti chiaramente una versione “orizzontale” della sussidiarietà, facendo piuttosto riferimento all’attività di promozione che Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni sono chiamati a svolgere, favorendo e incentivando l’autonoma iniziativa dei cittadini laddove si tratti di attività di interesse per l’intera collettività.

Il principio di solidarietà è evidentemente connesso a quello di solidarietà nella misura in cui le iniziative del singolo, ovvero di aggregazioni di soggetti della società civile sono, con evidenza, intraprese «con spirito di solidarietà sociale»⁹. Non si può in questo senso non rammentare come azioni positive e autonome relazioni di solidarietà e mutualità, abbiano storicamente contribuito allo sviluppo del nostro Paese sul piano sociale, ma altresì culturale ed economico: così, in particolare, la spontanea attività resa da una serie di realtà associative, quali società di mutuo soccorso, ovvero opere di carità, che hanno prestato assistenza e supporto ai soggetti più deboli ed emarginati, prima ancora dell’affermazione del c.d. Stato sociale e, dunque, prima della realizzazione di un compiuto sistema pubblico di *welfare*¹⁰.

La solidarietà si ritrova poi con evidenza nel testo della Carta costituzionale tra i primi dodici articoli del testo costituzionale – principi fondamentali aventi una particolare rilevanza per l’intero ordinamento – e proprio prima della statuizione circa l’uguaglianza degli individui in senso formale e sostanziale, oltre che dell’immediatamente successivo riconoscimento del diritto al lavoro per ciascuno nell’ottica del concorso al progresso della società, ove si pone in evidenza come la Repubblica sia chiamata a riconoscere il ruolo del singolo individuo, anche nell’ambito delle formazioni sociali, dunque, in ottica solidaristica. Sempre nel menzionato art. 2 si esplicita come la Repubblica «richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Alla luce delle predette statuizioni di principio, la dottrina si è peraltro interrogata a proposito dell’interpretazione in senso positivo (quale incentivazione del costruttivo o auspicabile apporto del privato rispetto ad attività di interes-

⁹ Cfr. in tal senso, in particolare, M.T. Caputi Jambrenghi, *Volontariato sussidiarietà mercato*, Bari, 2008, 96.

¹⁰ Sul punto sia consentito un richiamo a I. Genuessi, *La collaborazione tra amministrazioni pubbliche ed enti del Terzo settore nell’ambito dei servizi sociali: dalla sussidiarietà all’amministrazione condivisa*, in M. Andreis, G. Crepaldi, S. Foà, R. Morzenti Pellegrini, M. Riccardo Calderaro (a cura di), *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, vol. I, Torino, 2023, 79-102.

se generale), ovvero negativo (come limite all'attività dei soggetti pubblici) della sussidiarietà, così come declinata nella stessa Carta costituzionale. Nell'ambito delle eterogenee ricostruzioni c'è anche chi ha evidenziato come l'estensione del ruolo delle formazioni sociali, in ottica di sussidiarietà, abbia assunto sempre maggiori connotazioni di stampo pubblicistico, ritenute in taluni casi e per certi versi problematiche¹¹.

Ancora, una lettura tradizionale del principio come declinato nella stessa Carta costituzionale ha posto in evidenza la portata del principio in termini di limiti negativi, pensando all'impossibilità di attribuire al soggetto privato, a titolo esemplificativo, l'espletamento di attività autoritativa di ordine autorizzativo, ovvero attività imprenditoriali estranee rispetto alla logica del perseguimento dell'interesse generale.

In definitiva, il concetto è stato nel tempo variamente interpretato secondo orientamenti anche opposti, tesi da un lato a delineare la sussidiarietà orizzontale quale limite o argine rispetto alla sfera pubblica, dall'altro lato, in senso positivo, invece, quale necessario riconoscimento e promozione della autonoma iniziativa del singolo a sostegno dell'ambito pubblico per lo svolgimento di funzioni e per il perseguimento di finalità di interesse generale e dunque nell'interesse dell'intera collettività.

Chiaro ad ogni modo che, sconfinando in tale ampia concezione, il concetto di sussidiarietà possa di conseguenza estendersi in maniera evidente, connotando tutte le circostanze e gli istituti che, anche sul fronte normativo, vedano la previsione della partecipazione del singolo alla vita ed alle attività della comunità di riferimento, con riguardo a qualsiasi attività in grado di determinare un beneficio per il singolo, ma anche per il gruppo cui il medesimo fa riferimento e per l'intera collettività.

La stessa prassi amministrativa ha poi valorizzato il principio di cui trattasi riportando sotto la sua egida anche fattispecie connotate da assoluta atipicità e originalità¹². In tal senso, la sussidiarietà illuminerebbe in senso sostanzialistico molti degli istituti partecipativi generali, soprattutto laddove si tratti di garanzie partecipative (si pensi, in particolar modo, all'istituto del preavviso di rigetto *ex art. 10-bis l. n. 241 del 1990* in correlazione con le modifiche contestualmen-

¹¹ Si v., in particolare, sul punto, F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit. L'A. pone in evidenza, in tal senso come «non risultano argomentazioni che mostrino per quale via le formazioni sociali – che l'art. 2 cost. prende in considerazione come luoghi di libertà dell'individuo – si convertano in entità che hanno titolo per assolvere i compiti che le istituzioni a ciò politicamente legittimate potrebbero considerare come compiti pubblici».

¹² Cfr. in questo senso A. Manzione, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell'appalto, opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale*. Relazione tenuta in occasione della 6a Rassegna di diritto pubblico dell'economia, a cura dell'UPEL, Varese 25-26 maggio 2023.

te apportate all'art. 21-*octies* della medesima legge), ovvero a istituti previsti dal legislatore speciale in relazione a specifici procedimenti.

Tale meccanismo generale troverebbe poi un appiglio concreto sul piano normativo nell'ambito dell'art. 11 della legge 241/1990, secondo lo schema dell'accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento, da realizzarsi, ad ogni modo, senza pregiudizio per i diritti dei terzi e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, quale momento di incontro della volontà pubblica e privata e come istituto generale di commistione di logiche pubblicistiche e privatistiche.

Ebbene, tale tipologia di accordi ha poi visto una concreta ed ampia applicazione, tra gli altri, nell'ambito urbanistico-edilizio, ove l'amministrazione si determina nel senso del raggiungimento di un accordo con il privato, allo scopo di ricondurre l'esercizio dello *ius aedificandi* al principio del buon governo del territorio, così consentendo al medesimo di ricavare il maggior vantaggio possibile dalla proprietà, a fronte della collaborazione in termini di *dare* o di *facere*, alla luce degli obiettivi di programmazione dell'amministrazione¹³. In tal senso possono essere inquadrare, dunque, le svariate convenzioni urbanistiche, secondo una logica di collaborazione e con conseguente applicazione della disciplina di diritto comune, ovvero dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili e ove non diversamente previsto¹⁴.

Del pari, rientrano nella medesima logica di sussidiarietà e nell'alveo più generale di cui all'istituto rinvenibile all'art. 11 l. 241/1990, i medesimi interventi di sussidiarietà oggi ricompresi nell'ambito dell'art. 201 del recente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023, concernente in senso ampio i c.d. «contratti di partenariato sociale», in precedenza presenti negli artt. 189 e 190 del previgente Codice n. 50/2016; in argomento, la stessa previsione di cui all'art. 23 del d.l. n. 185 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 2 del 2009, recante «Detassazione dei microprogetti di arredo urbano o di interesse locale operati dalla società civile nello spirito della sussidiarietà», nel prevedere accordi alternativi a quelli limitati allo scomputo degli oneri, concernenti in senso generale proposte di miglioramento della vivibilità zonale, purché compatibile con gli strumenti urbanistici vigenti e con le clausole di salvaguardia, era ritenuta un chiaro esempio di intervento di sussidiarietà orizzontale.

Non si può non rilevare, in aggiunta, come il vigente Codice dei contratti pubblici, nel Titolo di apertura del Libro I dedicato all'enunciazione di una serie di principi generali e fondamentali per l'ambito della contrattualistica pubblica, dedichi specificamente l'art. 6 ai principi di solidarietà e sussidiarietà orizzonta-

¹³ Cfr. sul tema, tra i contributi recenti B. G. Di Mauro, *L'urbanistica rigenerativa "condivisa": tra attualità (PNRR), desiderio (amministrazione condivisa) e scopo (sussidiarietà orizzontale)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 3, 809-838.

¹⁴ V. in tal senso il dettato testuale dell'art. 11, comma 2, l. n. 241/1990.

le, in recepimento di quanto espresso dalla stessa pronuncia della Corte costituzionale 131/2020 (di cui si dirà oltre più diffusamente) circa il modello di affidamento dei servizi sociali fondato proprio su tali principi. Nell'articolo si fa riferimento nel dettaglio, in relazione alle «attività a spiccata valenza sociale», ai moduli organizzativi della «amministrazione condivisa», alternativi rispetto ai modelli basati sul principio concorrenziale, escludendo dall'ambito di applicazione del Codice gli istituti disciplinati nell'ambito del Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017.

3. *Sussidiarietà e servizi sociali: un angolo di osservazione privilegiato*

Individuato l'esordio e contestualizzato l'impiego del principio di cui si tratta, occorre rilevare come il medesimo sia stato peraltro sino ad oggi impiegato a sostegno di ulteriori principi generali, perlopiù concernenti la partecipazione e in ottica trasversale rispetto a diversi ambiti; non è stato invocato, in altri termini, quale parametro di cui si è rilevata la diretta violazione in sede giurisdizionale¹⁵.

Si ritiene, dunque, come accennato, particolarmente innovativa e rilevante l'iniziativa del legislatore di ricomprendere il principio tra gli altri principi generali positivizzati nei primi articoli del recente Codice dei contratti pubblici, all'art. 6; sebbene, come evidenziato dalla prima dottrina a commento del compendio normativo in materia di contrattualistica pubblica vigente, la portata innovativa e l'intenzione di conferire al principio una valenza di autonomo principio, percepibile nell'ambito della relazione illustrativa al Codice – rispetto anche a quanto sopra evidenziato – si scontrano poi con la formulazione letterale della previsione nell'ambito della quale non si coglie con evidenza tale capacità innovativa, soprattutto rispetto agli strumenti di concreta promozione e implementazione della sussidiarietà¹⁶.

Prime valorizzazioni concrete del principio in questione sono rappresentate dalle iniziative ricondotte alla dicitura di «cittadinanza attiva»¹⁷, fondate sulla concessione in uso temporaneo a enti senza scopo di lucro di beni e spazi pub-

¹⁵ Cfr. A. Manzione, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell'appalto, opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale*, cit. L'A. richiama, in particolare, quale esempio di diffusa declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza amministrativa, 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) riferito alla c.d. "cittadinanza societaria".

¹⁶ A. Manzione, cit.

¹⁷ Su cui si v. G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Bari, 2006.

blici, per fini di rigenerazione urbana, ad ogni modo nella sussistenza di finalità interesse generale¹⁸.

Certamente, settore nell'ambito del quale il principio si estrinseca in maniera più ampia e articolata è quello dei servizi pubblici e in particolar modo quello dei servizi sociali o alla persona, anche e soprattutto in virtù del rilevantissimo ruolo svolto in tale ambito di attività dagli enti riconducibili al Terzo settore¹⁹. Ciò, evidentemente, in ragione della caratterizzazione nel nostro ordinamento quale sistema di *welfare* definito di tipo universalistico, bensì anche selettivo, all'interno del quale, in ragione delle limitate risorse finanziarie e dell'elevato numero di destinatari dei servizi e delle prestazioni in ambito socio-sanitario, questi ultimi sono erogati in maniera non illimitata, bensì tenendo conto della stessa situazione finanziaria dell'utente e richiedendo al medesimo una compartecipazione alle spese, anche per le prestazioni dell'ambito sociale e sanitario²⁰.

La disciplina normativa concernente i servizi sociali, in tal senso, fa capo anzitutto alle previsioni di cui all'art. 128 del d.lgs. n. 112/1998, laddove si è fatto riferimento a tutte quelle attività relative alla predisposizione e all'erogazione di servizi, gratuiti, ma altresì a pagamento, ovvero alle prestazioni economiche volte a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana possa incontrare nel corso della sua vita. Di seguito, la nota legge quadro n. 328/2000²¹ ha ulteriormente delimitato il campo di applicazione delle attività di cui al predetto art. 128 del d.lgs. 112/1998.

In tale ambito risulta chiaro sin dalle prime attuazioni della suddetta disciplina sul piano pratico come, da un lato, le funzioni amministrative nella materia dei servizi sociali siano state assegnate conformemente al principio di sussidia-

¹⁸ Si v., sulla specifica questione, Cons. Stato, Ad. Plen. 29 gennaio 2014, n. 6; Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2014, n. 5480; T.A.R. Lazio, sez. II, 6 aprile 2016, n. 4158.

¹⁹ In tema di servizi sociali, alla luce della sterminata dottrina, si v. tra gli altri contributi, a titolo meramente esemplificativo: E. Ferrari, *I servizi sociali*, Milano, 1986; S.A. Frego Luppi, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004; A. Albanese, *Servizi sociali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007; S.S. Scoca, *I servizi sociali*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, pp. 567 ss.; F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020; R. Morzenti Pellegrini, *I servizi sociali*, in C.E. Gallo (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 405-427.

²⁰ V. in merito V. Molaschi, *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla l. n. 328/2000*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, op. cit., in partic. 47 ss.

²¹ Trattasi della legge 8 novembre 2000, n. 328, «Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali», legislazione divenuta "cedevole" rispetto alle singole previsioni regionali sul tema a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione per mezzo della l. n. 3/2001. Quest'ultima è – come noto – intervenuta ridefinendo anche il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, attribuendo alle stesse più estese competenze anche nella materia in oggetto. La legge è, tuttavia, residuata quale compendio di riferimento nella materia per le singole leggi regionali. Sul tema si v., altresì, il d.p.c.m. 30 marzo 2001, recante «Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona, ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328».

rietà verticale, dall'altro lato, inoltre, come gli stessi cittadini, singoli od associati, siano stati – e siano – fortemente coinvolti nella fase di strutturazione di schemi e modelli procedimentali, anche inediti, volti all'erogazione dei servizi in questione.

Nell'ordinamento nazionale si è originato, in altri termini, anche in ragione delle suddette implicazioni di ordine finanziario, un sistema di *welfare mix*, rinvenibile finanche laddove si operi un'analisi della stessa definizione di servizi sociali rinvenibile sul piano legislativo, basato in particolare sulla finalizzazione dell'attività di cui trattasi alla rimozione dello stato di bisogno degli individui e sulla sostanziale indifferenza che in tale settore assume la natura pubblica, ovvero privata del soggetto gestore del servizio, od erogatore delle prestazioni.

Tale stretta connessione e collaborazione tra l'amministrazione e l'ambito privato nel sistema dei servizi sociali ha di seguito – come accennato – ricevuto consacrazione sul piano costituzionale proprio con l'introduzione nel testo, ad opera della menzionata riforma n. 3/2001, del principio di sussidiarietà in accezione orizzontale.

Del resto, il *favor* per le iniziative «di interesse generale» assunte dai privati (anche e soprattutto nell'ambito sociale) pare invero già desumibile dall'impianto costituzionale originario, laddove si consideri specialmente il combinato disposto di cui agli artt. 2 e 38 della Costituzione e si possa conseguentemente dedurre come tali iniziative del privato e specialmente degli enti del Terzo settore – in ottica di sussidiarietà e di solidarietà sociale – non siano soltanto libere e consentite dall'ordinamento, ma addirittura promosse, incentivate e sostenute.

4. *I modelli di «procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria» di cui al Codice del Terzo settore*

Se già la menzionata l. n. 328/2000 poneva l'accento sul ruolo degli enti del Terzo settore e del privato sociale, sin dalla fase della programmazione dei servizi sociali²², evidenziando altresì la necessità per Enti locali e Regioni di promuovere e incentivare l'iniziativa di tali entità, secondo una esegesi in senso positivo dell'a-

²² In particolare, ai commi 1 e 6 dell'art. 1 della legge n. 328/2000 si esplicita come la predetta legge intenda promuovere «la partecipazione attiva dei cittadini [...] per il raggiungimento dei fini istituzionali di cui al comma 1». I successivi articoli della legge quadro, dedicati alla programmazione e pianificazione degli interventi, fanno riferimento all'operato dei soggetti privati e così, in particolare: l'art. 1, comma 4 della l. n. 328/2000, ove si dispone che enti locali, regioni e Stato riconoscono ed agevolano, ciascuno in relazione alle rispettive competenze, il ruolo della cittadinanza attiva rispetto alle specifiche attività di programmazione, organizzazione e gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali; l'art. 3, il quale pone in evidenza la necessaria concertazione e cooperazione, non soltanto tra i diversi livelli istituzionali, bensì anche tra questi e i privati in fase di programmazione degli interventi e delle risorse; l'art. 6 ove si fa riferimento al coinvolgimento, anche mediante consultazione, dei soggetti privati ed appartenenti al Terzo settore, anche rispetto alla fase di pianificazione dei servizi.

nalizzato principio di sussidiarietà orizzontale, è con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 117/2017, recante Codice del Terzo settore che si introduce, in senso innovativo, una vera e propria «procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria»²³; l'art. 55 dello stesso compendio normativo, richiama infatti espressamente la legge sul procedimento amministrativo, richiedendo il rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti e, specificamente, quelle relative alla programmazione sociale di zona.

Nel Codice in questione gli enti del Terzo settore sono inquadrati sul piano normativo quali organismi diversi da quelli mossi da logiche di mercato o riconducibili a funzioni pubblicistiche, identificati come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (rinvenibili esplicitamente all'art. 4), rivolti al perseguimento del «bene comune» (come disposto dall'art. 1) ed allo svolgimento di una «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti altresì ad un sistema pubblicistico di registrazione (in luce della necessaria iscrizione al c.d. RUNTS, Registro unico nazionale del Terzo settore, *ex* art. 11), oltre che sottoposti a specifici e rigorosi controlli (artt. 90-97).

Ecco che, in ragione delle potenzialità degli ETS nel supportare l'amministrazione pubblica fornendo informazioni, modelli organizzativi, risparmio di risorse ed essenzialmente una migliore qualità dei servizi, l'attività dei medesimi è valorizzata dal legislatore anche mediante specifiche forme di affidamento diretto di servizi di interesse generale da svolgere in partenariato con l'amministrazione di riferimento, secondo uno schema di c.d. «partenariato sociale».

Peculiari appaiono dunque gli schemi operativi previsti sul piano legislativo, quale modello di condivisione della funzione pubblica riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 del Codice del Terzo settore. Nel dettaglio nel Titolo VII del d.lgs. 117/2017, dedicato ai rapporti con gli enti pubblici, agli artt. 55 e ss. sono positivate speciali modalità operative e strumenti di partenariato tra i quali co-programmazione, co-progettazione e accreditamento, considerati quale canale di «amministrazione condivisa» in quanto tale alternativo rispetto al profitto e al mercato e basato su di un peculiare rapporto tra il pubblico ed il privato sociale non incentrato sulla sinallagmaticità²⁴.

²³ Così si esprime nel dettaglio il giudice costituzionale nella storica pronuncia n. 131/2020.

²⁴ L'art. 55 del Codice del Terzo settore prevede, al comma 1, 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 ETS, ne assicurino 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». Per una compiuta analisi circa lo strumento della co-progettazione si v., tra i recenti contributi, A. Berrettini, *La co-progettazione "alla luce" del Codice del terzo settore e "nella penombra" del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2022, 27, 1-46. V. altresì, sul tema: E. Frediani, *La co-progetta-*

Occorre peraltro precisare, ai fini della trattazione e di quanto si dirà oltre, che i commi 2, 3 e 4 dell'art. 55 del d.lgs. 117/17, nel disciplinare i singoli istituti della co-progettazione, della co-programmazione e dell'accreditamento, dettano previsioni piuttosto concise, essenzialmente delineando le funzioni dei medesimi istituti nell'ambito del settore²⁵. Appare comunque in maniera chiara, nel testo dell'art. 55 il richiamo alla legge sul procedimento amministrativo ed ai relativi principi, oltre che alla disciplina di cui alla legge quadro n. 328/2000, con particolare riguardo al coinvolgimento degli enti del Terzo settore nelle attività di programmazione ed organizzazione dei servizi e degli interventi sociali.

Considerando il quadro normativo sulla materia nella sua interezza, non si può non porre in evidenza come nell'ambito specifico dei servizi pubblici locali, in aggiunta, lo stesso recente d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 recante «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» valorizzando esplicitamente all'art. 10 i principi generali di sussidiarietà e solidarietà²⁶, abbia previsto altresì, al comma 1 dell'art. 18²⁷, che gli enti locali possano attivare con gli enti del Terzo settore «rapporti di partenariato per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica».

In senso generale, nell'ambito del recente d.lgs. n. 201/22, si opera una codificazione di una nozione unitaria di servizio pubblico locale finalizzato alla «omogeneità dello sviluppo e coesione sociale» (art. 2, comma 1, lett. c)) e in tal senso, appare condivisibile quanto recentemente affermato in dottrina, laddove si è evidenziato che il servizio pubblico locale si pone da sempre quale strumento sussidiario rispetto all'inadeguatezza del libero svolgersi dei rapporti tra individui in determinati ambiti, sebbene concetto e tratti del medesimo nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza paiono in parte nuovi e originali²⁸.

zione dei servizi sociali. *Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021; L. Gili, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, in *Urb. e app.*, 2022, 1, 25 ss.; D. Palazzo, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022.

²⁵ F. Scalvini, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. Fici (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, 263 ss.

²⁶ La previsione richiama la necessaria valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini associati nel soddisfacimento dei «bisogni delle comunità locali».

²⁷ La norma, collocata nel Capo II del Titolo III del decreto, riferito alle forme di gestione del servizio pubblico locale, è dedicata ai «Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore».

²⁸ Così M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Mumus*, 2022, 1, ma si veda anche ID., *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, 511 ss.

La stessa predetta riforma di cui al d.lgs. 201/2022 appare anche condizionata dagli obiettivi e dalle strategie di cui al PNRR ove si ritrova la rivitalizzazione del servizio di interesse generale sul piano locale quale mezzo di lotta alle disuguaglianze²⁹.

Ebbene, l'art. 18 del decreto, nello specifico, ha ripreso e rinvigorito i rapporti di partenariato di cui al Codice del Terzo settore³⁰ ponendo, tuttavia, anche rinnovati aspetti problematici e difficoltà interpretative, legati principalmente al corretto raccordo tra i testi normativi di cui trattasi, oltre che con riferimento alle previsioni di cui al recente Codice dei contratti pubblici concernenti le attività a spiccata valenze sociale, ovvero di richiamo al Codice del Terzo settore.

Meritorio appare, in altri termini, l'intento del legislatore, nell'ambito del suddetto *corpus* normativo concernente i servizi pubblici locali, di disciplinare la collaborazione con gli enti del Terzo settore anche in settori "lontani" da quelli tipicamente riconducibili al sistema di *welfare* – ritenuto che tra i servizi pubblici locali possano sperimentarsi interventi e attività che possono avere un impatto anche sull'esigibilità dei diritti civili e sociali – così determinando di fatto un'apertura nei confronti dell'azione sussidiaria degli Enti del Terzo settore. Nel testo unico in questione, infatti, si codifica una "equiordinazione" tra modelli di amministrazione condivisa e esternalizzazione di servizi con appalto o concessione, seppur con taluni limiti e problemi interpretativi di cui si dirà oltre³¹.

Del resto, le rinnovate e mutevoli esigenze sul piano sociale, culturale e economico (e così, specialmente, la liberalizzazione mercati, il necessario contenimento della spesa pubblica, la crisi rappresentanza politica, l'impennata disuguaglianze sociali, tra gli altri aspetti), da un lato, hanno imposto agli enti territoriali nuovi paradigmi, anche operativi, in relazione alla gestione dei servizi pubblici locali e, dall'altro lato e conseguentemente, hanno condotto ad un'implementazione ed estensione del ruolo delle stesse formazioni sociali intermedie. Si è tentato cioè di rispondere alle esigenze della collettività, sulla scia del predicato principio di sussidiarietà, anche facendo ricorso ad una rete di relazioni, all'attività di

²⁹ Sul tema si v. l'interessante opera di C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021.

³⁰ Tali partenariati di cui al Codice del Terzo settore richiamati dall'art. 18 – si precisa – sotto il profilo soggettivo, sono riservati ai soli soggetti privati non lucrativi con qualificazione normativa di Ente del Terzo settore - ETS, dunque anche imprese sociali di cui a d.lgs. 112/2017, enti che svolgono in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale, anche produttiva e distributiva di beni e servizi (artt. 4 e 5), ma senza perseguire un lucro soggettivo (art. 8); sotto il profilo oggettivo, la disciplina cui fare riferimento è invece quella di cui agli artt. 55-57 CTS, che di fatto, tuttavia, si limita a prescrivere il rispetto delle norme disciplinanti i singoli procedimenti, le programmazioni sociali di zona e i principi di cui alla l. 241/90 e in particolare l'art. 12. Si v. sulla tematica M. Croce, *Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, in R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali: commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Milano, 2023, 326 ss.

³¹ Cfr. sull'argomento M. Croce, *Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, cit.

società partecipate, ma soprattutto di ulteriori enti e associazioni senza scopo di lucro appartenenti al c.d. Terzo settore.

Nel dettaglio, nell'ambito del richiamato recente compendio normativo di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, si individua principalmente la co-progettazione quale "modalità ordinaria" per l'attivazione di rapporti collaborativi con gli ETS anche nella gestione dei servizi pubblici locali. Posto che tale schema operativo si ritiene possa concludersi con stipula di una convenzione con l'ente del Terzo settore, tuttavia, non si può non rilevare come, ad ogni modo, l'esito della co-progettazione possa essere inteso quale affidamento di servizio pubblico. Di qui le differenti tesi interpretative originatesi anche in seno alla giurisprudenza amministrativa, nell'ambito della quale è, in particolare, emerso un orientamento in relazione al quale si coglie il timore per cui lo strumento in questione possa configurarsi quale meccanismo di elusione delle norme in materia di tutela della concorrenza e di aiuti di Stato³².

In tal senso, dunque, appare evidente, e sin d'ora si rimarca, come tale istituto del Codice del terzo settore, quale meccanismo di procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria, non possa certamente essere impiegato al fine di evitare od eludere procedure ad evidenza pubblica; chiaro che, anche nella mente del legislatore, tale modello operativo sia stato concepito in luce di una differente *ratio*, riconducibile non tanto alla predisposizione di uno schema alternativo rispetto alle procedure ordinarie per l'affidamento di un servizio, in ottica pro-concorrenziale, quanto piuttosto secondo una valorizzazione del possibile diverso rapporto tra pubblico e privato sociale, basato sulla convergenza di obiettivi e sul concetto di «amministrazione condivisa»³³.

5. *Il concetto di amministrazione condivisa nella pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020*

Il richiamato recente intervento normativo di valorizzazione dei modelli di partenariato di cui al d.lgs. 117/2017, peraltro, si inserisce in un quadro normativo e giurisprudenziale di recente rivalutazione del concetto della c.d. «amministrazione condivisa», teorizzazione riscontrabile in principio nelle elaborazioni di Feliciano Benvenuti il quale, già negli anni Settanta del secolo scorso, aveva operato rilevanti ricostruzioni proprio nella materia dei servizi pubblici, la cui disci-

³² Tra le altre pronunce in tal senso si v. T.A.R. Lombardia n. 593/2020 e T.A.R. Toscana n. 666/2020.

³³ V. L. Gallo, *Esperienze e prassi operative nel rapporto fra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore*, in A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, 130 ss.

plina si presta con evidenza, come accennato, all'impiego del medesimo concetto, anche rispetto alla specifica questione dell'erogazione dei servizi³⁴.

La riflessione di Benvenuti, in particolare, si era soffermata sul concetto di amministrazione quale funzione partecipata, secondo un'impostazione volta a porre al centro dell'indagine il carattere paritario del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, mediante la definizione del concetto di democrazia governante o «demarchia», come condivisione della funzione amministrativa con il singolo. In tal senso, tuttavia, al tempo, si rilevava come l'attività spontanea di forme di associazionismo privato si esplicasse in concreto in momenti di ausilio, piuttosto che di vera e propria co-gestione, con la conseguenza per cui si rendesse necessario implementare tale modello operativo approdando ad una vera e propria gestione della funzione, perciò concretizzando modelli di cittadinanza attiva³⁵.

Un preciso riferimento alla teoria dell'amministrazione condivisa si ritrova, di seguito, nell'ambito di un saggio di Arena pubblicato sul finire degli anni Novanta, dal titolo «Introduzione all'amministrazione condivisa»³⁶.

In tale lavoro, Arena delineava l'amministrazione condivisa quale nuovo modello organizzativo basato sulla cooperazione tra amministrazioni pubbliche e cittadini, nella consapevolezza che il rapporto tra amministrazione e amministrati potesse essere concepito anche in un'ottica differente, considerando gli stessi cittadini quali «co-amministratori», ovvero «soggetti attivi che, integrando le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione, si assumono una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale».

Il predetto modello organizzativo si rendeva necessario, in particolare, allo scopo di classificare una serie di istituti sparsi nell'ordinamento, sebbene privi di uno *status* teorico adeguato, distinguendo tali modalità operative, da un lato, dalle esperienze partecipative a livello locale degli anni Settanta e Ottanta del secolo

³⁴ F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, 807 ss. e Id., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

³⁵ Si v., in partic., per una ricostruzione del pensiero di Benvenuti sul tema: S.S. Scoca, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Dir. econ.*, 2021, 3, 84 ss.

³⁶ V. G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118, 1997, 29 ss.; Id., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. I, Padova, 1998, 151 ss. Al tempo, tuttavia, pareva piuttosto irrealistica la concretizzazione del nuovo modello di amministrazione in parola, ragione per cui nel medesimo saggio si poneva in evidenza come fossero già riscontrabili nell'ordinamento, in diversi settori, esempi di amministrazione condivisa, non percepiti tuttavia per tale ragione come tali, ma quali «esperimenti singoli, oppure come ripieghi o addirittura anomalie rispetto alle forme di intervento tradizionali dell'amministrazione. Eppure ovunque vi sono in Italia amministratori pubblici che hanno realizzato esperienze concrete di amministrazione condivisa, conseguendo risultati migliori di quelli che avrebbero potuto ottenere utilizzando strumenti di intervento tradizionali». Ancora, tuttavia, l'A. esprimeva in tal senso un auspicio, rilevando come «è possibile che il modello dell'amministrazione condivisa sembri oggi utopistico; ma se si dovesse constatare che esso è in grado di dare risposta a problemi reali della nostra società meglio di altri strumenti più tradizionali, il fatto che oggi sembri utopistico non dovrebbe costituire una remora ad impegnarsi per la sua realizzazione. Non sarebbe infatti la prima (e probabilmente nemmeno l'ultima) volta che un'utopia si realizza».

scorso e, dall'altro lato, altresì dagli strumenti partecipativi "classici" e tipizzati di cui alla legge n. 241/1990³⁷. A differenza delle altre forme di partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa, in particolare, l'amministrazione condivisa sarebbe caratterizzata, in maniera peculiare, dalla aggregazione di risorse pubbliche e private per il perseguimento dell'interesse generale, mediante l'instaurazione di specifici rapporti di collaborazione tra l'ambito pubblico e quello privato³⁸.

Sulla base di tale teoria, gli apporti e le risorse promananti dalla società risulterebbero fondamentali nella soluzione di problematiche di interesse generale, considerando che cittadini singoli od associati, così come i soggetti economici «possono diventare protagonisti nella soluzione di problemi di interesse generale ed al tempo stesso nella soddisfazione delle proprie esigenze, instaurando con l'amministrazione un rapporto paritario di co-amministrazione in cui ciascuno mette in comune le proprie risorse e capacità, in vista di un obiettivo comune»³⁹.

Il suddetto innovativo schema operativo, come accennato ritenuto utopistico sul finire degli anni Novanta considerata la sostanziale assenza di un vero e proprio supporto normativo, è ritornato di attualità e ha ricevuto una legittimazione proprio con l'attribuzione di una rilevanza costituzionale al principio di sussidiarietà in senso orizzontale.

Il principio di cui all'art. 118, comma 4 Cost., tuttavia, è rimasto a lungo inattuato sul piano pratico, sino agli anni più recenti laddove si è riscontrata l'adozione, a livello locale, di «Regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni»⁴⁰, oltre che con la menzionata introduzione nell'ordinamento, ad opera del Codice del Terzo settore, di moduli procedimentali innovativi di raccordo tra amministrazioni pubbliche ed ETS.

Ebbene, negli anni più recenti, nel dettaglio nella storica pronuncia n. 131 del 2020, il Giudice costituzionale rivitalizza e impiega esplicitamente tale concetto di «amministrazione condivisa» al fine di illustrare il rapporto tra amministrazioni pubbliche ed enti del Terzo settore, così come delineato nell'ambito dell'art. 55 del Codice del Terzo settore.

³⁷ G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, nota a Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1449 ss.

³⁸ In tal senso, G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, cit., 1449. L'A., infatti, pone in evidenza come «i soggetti privati non partecipano, su sollecitazione dell'amministrazione, alle decisioni che questa ultima intende adottare, bensì, sulla base di una propria "autonoma iniziativa" (art. 118, ultimo comma), collaborano su base paritaria e fiduciaria con l'amministrazione alla soluzione dei problemi della comunità ovvero, detto in altri modi, al perseguimento dell'interesse generale».

³⁹ Così G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., 29 ss.

⁴⁰ Si v. il «Regolamento comunale-tipo» elaborato da *Labsus* («Laboratorio per la sussidiarietà») unitamente al Comune di Bologna nel 2014, di concretizzazione sul piano dell'amministrazione locale delle previsioni di cui all'art. 118, comma 4 Cost.; Regolamento di seguito recepito, rielaborato ed impiegato da numerose amministrazioni comunali, ricomprendendo, in taluni casi, anche «Patti di collaborazione per la cura dei beni comuni», strumenti mediante i quali «Comune e cittadini attivi concordano tutto ciò che è necessario ai fini della realizzazione degli interventi di cura, gestione condivisa e rigenerazione dei beni comuni».

Nella pronuncia di cui trattasi, infatti, si pone in luce come che gli schemi operativi e i modelli collaborativi in questione non si basino sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dall'amministrazione pubblica agli ETS, «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»⁴¹.

Quel che si pone in evidenza è, inoltre, «la specifica attitudine (degli enti del Terzo Settore) a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale», ciò in ragione delle potenzialità degli enti in parola «rappresentativi della "società solidale"», oltre che parte di una «rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale» in quanto tali adeguati, in ottica di sussidiarietà, nel supportare l'ente pubblico, fornendo informazioni, modelli organizzativi e, dunque, risparmio di risorse e migliore qualità dei servizi erogati.

Contestualmente, dalla pronuncia di cui trattasi, emerge anche una precisa perimetrazione degli enti abilitati alla collaborazione con le amministrazioni pubbliche per l'espletamento di servizi in favore della comunità, per mezzo degli strumenti di cui all'art. 55: co-programmazione, co-progettazione e forme di partenariato, quali modelli di condivisione della funzione pubblica, sarebbero riservati esclusivamente agli enti rientranti nell'elencazione di cui all'art. 4 del CTS. La peculiare forma di collaborazione richiederebbe cioè, in capo agli enti coinvolti, la «rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva "terzietà" (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano».

In definitiva – come accennato – secondo uno schema diverso dalle altre forme di partecipazione al procedimento in senso generale, l'amministrazione condivisa vedrebbe i singoli quali «co-amministratori», in senso attivo, in ottica di integrazione di risorse economiche, tecniche e umane, bensì anche nella assunzione e condivisione di responsabilità nella soluzione di problematiche di interesse generale.

⁴¹ Così. Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1449 ss. La pronuncia in questione, in dettaglio, concerne l'impugnazione dell'art. 5, comma 1, lett. b) della Regione Umbria, il quale, secondo quanto sostenuto dall'amministrazione ricorrente, si sarebbe posto in contrasto con la normativa statale nella misura in cui avrebbe previsto il coinvolgimento anche delle cooperative di comunità nell'attività di programmazione, progettazione e accreditamento. Alla luce di quanto asserito da parte ricorrente, infatti, l'art. 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106» («CTS») avrebbe limitato detto coinvolgimento ai soli enti del Terzo settore (ETS), individuati dall'art. 4 del decreto stesso, tra i quali non sarebbero ricomprese le predette cooperative di comunità.

6. *I servizi alla persona: affidamento e gestione nel bilanciamento tra ottica solidaristica e tutela della concorrenza*

La specifica questione oggetto di perdurante e acceso dibattito in sede dottrinale, oltre che nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, trattando degli istituti in questione, concerne pertanto le modalità di affidamento dei servizi sociali, principalmente laddove siano coinvolti enti del Terzo settore⁴².

In altri termini, si è posta in evidenza una possibile conflittualità tra previsioni normative considerando, da un lato, la disciplina "promozionale" che si concretizzerebbe negli evidenziati istituti di cui agli artt. 55 e ss. del Codice del Terzo settore e, dall'altro, la normativa a favore della concorrenza di derivazione eurounitaria e che inevitabilmente caratterizza anche il Codice dei contratti pubblici di recente emanazione; con la conseguenza per cui, rispetto ai predetti modelli di "co-amministrazione", emergerebbe la necessità di operare un bilanciamento tra ottica solidaristica e logiche di mercato e di tutela della concorrenza.

Sul punto non si può, anzitutto, non rammentare come in ambito europeo i servizi pubblici locali siano inquadrati nell'ambito degli stessi servizi di interesse economico generale ("SIEG") aventi, tra le altre, caratteristiche di universalità, continuità, qualità, accessibilità, tutela dei consumatori; in quanto tali i medesimi servizi risultano soggetti alle norme generali di espletamento di procedure ad evidenza pubblica, volte alla tutela della concorrenza, in ragione del carattere economico del servizio (peraltro da ultimo – come noto – ritenuto individuabile non in considerazione dello *status* del prestatore o della natura del servizio, ma dalle modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento dell'attività).

Ciò posto, si rammenta, ad ogni modo, come per il diritto eurounitario anche i servizi sociali possano essere inquadrati quali servizi di interesse economico, considerando che la natura sociale ovvero socio-sanitaria dello stesso non determina *ex se* un'esclusione della rilevanza economica del servizio⁴³; tuttavia,

⁴² Cfr., in partic., tra gli altri: R. Morzenti Pellegrini, *Social Services in the EU legal system: Balancing Competition and the Protection of National-Specific Public Interests*, in *Italian journal of public law*, 2012, 1, 209-255; A. Albanese, *Pubblico e privato nell'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in G. Falcon-B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azioni amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013, 57 ss.; Id., *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 2019, 1, 139-186; A. Magliari, *Servizi sociali di interesse generale e appalti pubblici: concordia discors?*, in *Munus*, 2019, 2, 599-639; R. Parisi, *Il coinvolgimento attivo del Terzo settore nella gestione dei servizi sociali, tra solidarietà e concorrenza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 1, 197-232; S. Pellizzari, *Forme di collaborazione tra enti pubblici e Terzo settore: la Corte di giustizia valorizza la discrezionalità degli Stati membri per un miglior bilanciamento tra solidarietà, efficienza e concorrenza (Commento a Corte di giustizia, 14 luglio 2022, "Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)", C-436/20)*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 4, 1021-1048.

⁴³ Cfr. il Libro Bianco della Commissione europea sui servizi di interesse generale, del 12 maggio 2004; sul tema si v. anche CGUE 14 luglio 2022 C-436/20 laddove si è stabilito che «il principio della parità di trattamento degli operatori economici ad ogni modo autorizza gli Stati membri a riservare la partecipazione ad una

merita attenzione la precisazione per cui l'ordinamento europeo prevede che i singoli Stati membri possano, con specifico riguardo ad attività a spiccata valenza sociale, far ricorso a modelli organizzativi ispirati alla solidarietà e non alla concorrenza. In altri termini, non sarebbe imposta agli Stati membri l'adozione di un precisato modello di *welfare* e sarebbe di contro consentito al singolo Stato di organizzare il sistema dei servizi di interesse generale sul piano interno come ritenuto più opportuno⁴⁴.

Di conseguenza, così come chiarito nell'ambito dello stesso d.m. 72/2021 richiamato, in presenza di servizi – astrattamente ritenuti – di interesse economico generale, ove lo Stato membro abbia predisposto un modello organizzativo ispirato al principio di solidarietà (e tale sarebbe il caso della stessa co-progettazione), il quale veda il coinvolgimento di soggetti privi dello scopo lucrativo, dovrebbe necessariamente essere prevista l'applicabilità della sola disciplina nazionale, quale espressione delle specifiche «tradizioni culturali» e «costituzionali» dello Stato membro interessato⁴⁵.

Peraltro, secondo tale opzione interpretativa esplicitata del pari nell'ambito del predetto d.m. 72/2021 recante «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017», da un lato, il diritto europolitano troverebbe nel Codice del Terzo settore una sua più compiuta attuazione e, dall'altro lato, sul fronte nazionale, si disporrebbe una

procedura di aggiudicazione di appalti di servizi sociali ai soli enti privati senza scopo di lucro, laddove i benefici derivanti dall'esecuzione dei suddetti appalti siano reinvestiti allo scopo del raggiungimento dell'obiettivo sociale di interesse generale».

⁴⁴ Già la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa «ai servizi del mercato interno», peraltro, all'art. 1, lasciava «impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità con le regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti» (si v. in particolare, le motivazioni di cui ai Considerando n. 27 e n. 28 della medesima Direttiva). Si v., altresì, la direttiva appalti 2014/24/UE laddove è previsto che gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, a condizione che siano assicurati i principi di trasparenza e non discriminazione.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea si v. inoltre, circa la possibilità per gli Stati membri di apprestare, rispetto ad attività aventi un'evidente valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non alla concorrenza, bensì alla solidarietà, le pronunce Corte giust. Ue, sez. V, 28 gennaio 2016, causa C-50/14, CASTA e al. e Corte giust. Ue, sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e al. V. inoltre sul punto, in dottrina: E. Menichetti, *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in A. Albanese, C. Marzuoli (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003 e A. Magliari, *Servizi sociali di interesse generale e appalti pubblici: concordia discors?*, in *Munus*, 2019, 2, 599-639.

⁴⁵ Così le «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del terzo settore)», di cui al d.m. 72/2021, par. 1. Peraltro nell'analisi di tale strumento si è posto in evidenza come il medesimo, da un lato, riconosca formalmente l'autonomia e l'alternatività degli istituti del Codice del Terzo settore rispetto alla disciplina dei contratti pubblici e, dall'altro lato, invece, tradisca le enunciazioni riportate in linea di principio, demandando di fatto l'attuazione di tali istituti (quale la stessa co-progettazione) a schemi procedurali appiattiti sui modelli dell'amministrazione autoritativa e delle ordinarie procedure di gara ad evidenza pubblica.

chiara ripartizione degli ambiti di competenza fra i due Codici coinvolti (del Terzo settore e dei contratti pubblici), i quali in tal modo sarebbero altresì in grado di completarsi reciprocamente circa le specifiche modalità e le procedure di affidamento dei servizi di interesse generale.

Sulla questione, di seguito, si è innescato un ampio dibattito – che per evidenti ragioni non può essere ripercorso nel dettaglio nella presente sede – il quale ha visto l'intervento di diversi attori e, in particolare, della giurisprudenza amministrativa, del Consiglio di Stato in funzione consultiva e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione secondo orientamenti interpretativi alterni e contrastanti.

In breve, nel 2016 l'Anac approvava la deliberazione n. 32/2016 recante «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali»⁴⁶; in seguito, al fine di coordinare la disciplina scaturente dai due compendi normativi di cui al d.lgs. n. 50/2016 e al d.lgs. n. 117/2017, la medesima Autorità Nazionale Anticorruzione richiedeva altresì al Consiglio di Stato di pronunciarsi sulla specifica questione.

Quest'ultimo, in sede di Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018, rendeva il parere n. 2052/2018, con specifico riguardo alla disciplina applicabile agli affidamenti di servizi sociali, nell'ambito del quale – ricordata la necessità di necessità di sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico – faceva riferimento alla presenza di esclusioni esplicitamente previste dallo stesso diritto eurounitario, tuttavia eccezionali, ovvero da interpretarsi in forma tassativa⁴⁷. In buona sostanza, dal suddetto parere emergeva quale aspetto dirimente quello della gratuità, intesa quale «creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto» e come «sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale», determinante la non eco-

⁴⁶ Delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, recante «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali». Nelle predette Linee guida si trova scritto altresì che «le amministrazioni possono riservare la gestione dei servizi sociali agli organismi del terzo settore nel rispetto delle norme comunitarie e nazionali applicabili ai servizi esclusi di cui all'allegato II B del Codice, privilegiando le procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Le stazioni appaltanti devono porre particolare attenzione nell'individuazione dei requisiti di partecipazione e dei criteri di valutazione dell'offerta, al fine di evitare l'adozione di scelte che potrebbero avere effetti distorsivi della concorrenza».

⁴⁷ Nel parere 2052/2018 il supremo Consesso amministrativo, in funzione consultiva, approdava in dettaglio alla conclusione per cui «l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un «appalto») che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario. Cionondimeno, 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 (il punto sarà trattato più diffusamente *infra* in questo paragrafo e nei limiti ivi indicati)».

nomicità del servizio, gestito «in perdita» per il prestatore e, in quanto tale reso «fuori dal mercato».

Quanto emerso nel parere predetto ha, di seguito, guidato la stesura di nuove Linee Guida Anac, recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali», “bocciate” dallo stesso Consiglio di Stato sul rilievo per cui – anche a seguito dell’entrata in vigore del d.l. n. 32/2019, c.d. d.l. “Sblocca cantieri” conv. con modificazioni dalla l. n. 55/2019 – l’Autorità Nazionale Anticorruzione non avrebbe avuto competenza rispetto all’emanazione di Linee guida se non esplicitamente previsto dal Codice dei contratti pubblici al tempo vigente; più di recente si è assistito all’emanazione delle Linee guida Anac n. 17, recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali»⁴⁸.

Nella normativa successiva sull’argomento, con specifico riguardo ai servizi pubblici, si è assistito in primo luogo all’entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022, nell’ambito del quale si rinvencono – come accennato – diversi riferimenti al coinvolgimento dei privati, a vari livelli e in varie forme nella programmazione e gestione dei servizi di cui trattasi⁴⁹.

Del pari, il recente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 36/2023, da ultimo, dedica alla questione oggetto di trattazione l’art. 6, ove – come accennato – si esclude dal campo di applicazione del codice gli istituti disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017. Per quel che rileva nella presente sede, la norma opera un riferimento espresso ai modelli di «amministrazione condivisa», richiamando i principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale e con specifico riguardo alle «attività a spiccata valenza sociale», precisa come l’amministrazione possa impiegare tali predetti moduli organizzativi, declinati nell’ambito della norma in questione come strumenti «privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al decreto legislativo predetto, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato»⁵⁰.

Lo stesso successivo art. 127 del medesimo Codice, riferito ai servizi sociali e «assimilati», nel disciplinare le procedure semplificate di affidamento dei servizi sociali, dispone ad oggi che la disciplina ivi contenuta si applichi «fermo quanto previsto dall’articolo 6 del codice», facendo così salva la possibilità per le ammi-

⁴⁸ Linee guida approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 382 del 27 luglio 2022 e sulle quali si è pronunciato il Consiglio di Stato mediante il parere n. 805 del 3 maggio 2022.

⁴⁹ In dettaglio contengono un rinvio al principio di sussidiarietà gli art. 3 con riguardo ai principi generali e 10 con riferimento all’istituzione e organizzazione del servizio; l’art. 18 contiene poi, come esposto, una precisa disciplina circa i rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore.

⁵⁰ Sul principio del risultato nel nuovo Codice si v. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Dir. e soc.*, 2022, 3, 551-569.

nistrazioni di ricorrere ai modelli di amministrazione condivisa in maniera alternativa rispetto all'impiego delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi.

7. *Alcune riflessioni conclusive*

Presi in esame, in particolar modo, il principio di sussidiarietà ed il concetto di amministrazione condivisa e inquadrati altresì i modelli collaborativi con particolare riferimento alla collaborazione tra amministrazioni pubbliche e enti del Terzo settore non si può non rilevare, anzitutto, come talune più recenti disposizioni normative intervenute in materia mostrino una rilevante portata innovativa. Così, in particolare, l'art. 10 del d.lgs. 201/22 di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica laddove dispone che gli enti locali «favoriscono attività e iniziativa dei cittadini, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni»; ancora l'art. 6 del recente Codice dei contratti pubblici appare degno di nota, nella misura in cui ha esplicitato, in particolar modo in tale ambito d'azione, il concetto di amministrazione condivisa e ha del pari richiamato esplicitamente il Codice del Terzo settore al fine di operare un chiaro raccordo tra i testi normativi in questione.

Nonostante gli sforzi del legislatore posti in evidenza, residuano, ciononostante, taluni aspetti problematici, tra i quali, certamente, un mancato pieno coordinamento della disciplina dettata nei diversi testi normativi presi in esame. In tal senso, basti notare che l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti prevede che l'amministrazione possa ricorrere ai modelli di amministrazione condivisa in relazione ad «attività a spiccata valenza sociale», individuando così un presupposto applicativo parzialmente diverso dalle «attività di interesse generale» cui si fa invece esplicitamente riferimento nell'ambito dell'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017; ovvero, ancora, si pensi al mancato recepimento delle più recenti Linee Guida Anac n. 17 del 27 luglio 2022 cui si accennato, dedicate alla specifica tematica, nell'ambito del recente Codice dei contratti pubblici.

In aggiunta, con specifico riferimento alla disposizione di cui all'art. 6 del d.lgs. 36/2023, si può osservare come dalla relazione illustrativa, rispetto al principio di sussidiarietà cui trattasi ad alla sua valorizzazione con riguardo all'ambito dei contratti pubblici, si potesse cogliere un' enfasi decisamente maggiore rispetto a quella poi riscontrabile nella formulazione letterale della norma vigente⁵¹.

⁵¹ Cfr. A. Manzione, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell'appalto, opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale*, cit.

Lo stesso perimetro della norma pare circoscritto alla sola estrinsecazione tipica della sussidiarietà, oggetto di procedimentalizzazione da parte del legislatore, che concerne la collaborazione con gli Enti del Terzo settore; non si coglierebbe, in altri termini, una possibilità di applicazione generalizzata della norma con riguardo a diverse ed ulteriori declinazioni possibili del partenariato sociale⁵².

Da ultimo, si pone in evidenza altresì quale criticità, ovvero quantomeno quale aspetto di novità che, tuttavia, sembra celare anche alcuni aspetti problematici, soprattutto in ottica applicativa, il dato per cui, stando alla formulazione letterale della norma, l'impiego dei moduli organizzativi di amministrazione condivisa in relazione ad «attività a spiccata valenza sociale», oltre a doversi spiegare in modo effettivo e trasparente, debba altresì ad oggi attenersi al rispetto del principio del risultato⁵³.

Sempre in ottica generale, rispetto alla tematica, si ritiene opportuno porre in evidenza ulteriori criticità che scaturiscono dal quadro normativo vigente in relazione alla possibilità di impiego di modelli di co-amministrazione per la programmazione, progettazione e gestione di servizi alla persona. In particolare, i modelli di partenariato sociale e di coinvolgimento del privato in senso generale permangono ad oggi strumenti e modelli organizzativi non frequentemente impiegati e largamente diffusi.

In tal senso, pare indispensabile andare oltre le dichiarazioni di principio, impiegando al meglio le previsioni vigenti e valorizzando le peculiarità e potenzialità degli enti in questione, considerando la potenziale enorme rilevanza dell'apporto del privato, secondo logiche di partenariato e di condivisione della funzione amministrativa, sulla base di schemi procedimentali di amministrazione condivisa, a titolo esemplificativo nell'ambito dei contratti pubblici, anche nell'implementazione di opere e contratti legati al PNRR⁵⁴, ovvero nell'ambito delle comunità energetiche⁵⁵, a titolo esemplificativo.

⁵² Delimitazione che appare dalla rubrica stessa della norma recante riferimento esplicito al «Rapporto con gli enti del Terzo settore». In tal senso, si è osservato come 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, solo all'atto della adozione dei previsti bandi e contratti tipo da parte – presumibilmente – dell'Anac (così, in particolare, A. Manzione, cit.).

⁵³ In tal senso l'art. 6, del d.lgs. 36/2023.

⁵⁴ Nell'ambito del PNRR (V missione) si trova un espresso riferimento alle auspicabili «sinergie tra impresa sociale, volontariato e amministrazione» con riguardo ad ambiti variegati quali la rigenerazione urbana, l'edilizia residenziale, ovvero il settore sportivo, a titolo esemplificativo. V. anche sul tema E. Zampetti, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in *Giustizia Insieme*, 2021; A. Patanè, *Enti del Terzo Settore e principio di solidarietà. Le opportunità del PNRR per rigenerare una rete a sostegno della società*, in *Società e diritti*, 2023, 15, 55-70.

⁵⁵ Cfr. in merito, nella giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Corte conti, sez. reg. controllo Lombardia, n. 174/2020, laddove con riferimento all'attività di una cooperativa «di comunità» ai sensi dell'art.11 della Legge regionale Lombardia 6 novembre 2015 n. 36, si è ritenuta la *mission* della cooperativa funzionale alle statuizioni del TUSP e al principio di sussidiarietà e si è esplicitato come le cooperative di comunità rappresen-

Ad ogni modo, per quanto esposto, l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti e la quasi coeva disposizione di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 consentirebbero di superare in definitiva la posizione "pro-concorrenziale" assunta dal Consiglio di Stato nel menzionato parere n. 2052/2018 – per il quale, di fatto, i servizi pubblici di rilevanza economica risultavano essere esclusi dalla possibilità di applicazione quale modello operativo dei partenariati di cui agli artt. 55-56 del CTS, salvo casi in cui non si ricadesse nell'opzione di un rapporto connotato da gratuità – così come da un consistente orientamento giurisprudenziale sviluppatosi proprio sulla base delle statuizioni rese dal supremo Consesso amministrativo in funzione consultiva.

Non sarebbe necessario, cioè, subordinare l'operatività degli istituti presi in esame di cui al Codice del Terzo settore alla «gratuità» delle prestazioni, ma se ne potrebbe legittimare l'autonomia concettuale ed operativa sulla scorta della diversa fonte costituzionale e strutturale che li connota.

Sposando la tesi della reciproca autonomia della disciplina concorrenziale di cui al Codice dei contratti pubblici e di quella peculiare di cui al Codice del Terzo settore, parrebbe maggiormente equilibrata e condivisibile un'opzione interpretativa che, sulla scia di quanto esplicitato nella menzionata storica pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020 a proposito del concetto stesso di amministrazione condivisa, miri alla valorizzazione degli istituti di collaborazione di cui a CTS, alla luce di un diverso rapporto tra pubblico e privato sociale, fondato non tanto sull'idea di un rapporto sinallagmatico e sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi, secondo una logica di mercato, quanto piuttosto sull'idea della convergenza di obiettivi nell'espletamento di forme di co-amministrazione.

Impostazione quest'ultima confermata anche dallo stesso diritto eurounitario, il quale, come esposto, lascia ai singoli Stati membri, rispetto ad attività a spiccata valenza sociale, la possibilità di ricorrere a modelli organizzativi ispirati alla solidarietà. Impostazione questa – occorre precisare – già recepita anche dal d.l. n. 76/2020, conv. con modif. dalla l. 120/2020⁵⁶, con specifico riferimento alle modifiche apportate al previgente Codice dei contratti pubblici, oltre che dal più recente Codice dei contratti pubblici, in particolare, mediante la descritta

tino un modello di innovazione sociale, in cui i cittadini creano una specifica sinergia mettendo in comune le attività delle persone, le attività delle Istituzioni e quelle delle imprese e delle associazioni per rendere un servizio pieno all'intera comunità. Nell'ottica del perseguimento dell'interesse generale, si porrebbe come cruciale il rapporto tra imprese di comunità ed enti locali, entrambi operanti nel medesimo territorio a cui corrisponde una determinata base sociale, secondo una logica del «paradigma sussidiario», che si struttura quale «alleanza tra i soggetti pubblici e quelli privati per seguire strategie comuni di azione in rilevanti settori di interesse generale». V., in dottrina, V. Manzetti, *Una declinazione del principio di sussidiarietà: le imprese di comunità, in federalismi.it*, 9 marzo 2022.

⁵⁶ D.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

previsione di cui all'art. 6 circa la condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore, in luce di una esplicitata valorizzazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale.

In questo senso, in dottrina, si è evidenziato come l'art. 18 non parrebbe disporre, pertanto, una semplice sottrazione dei partenariati riservati agli ETS alla concorrenza, ma indicherebbe agli enti locali di applicare altre norme che, nel rispetto del quadro europeo, concretizzano il principio di sussidiarietà: in altri termini si tratterebbe di applicare ai modelli di cui trattasi una disciplina «speciale», ovvero un peculiare «diritto del terzo settore»⁵⁷.

⁵⁷ V. in merito M. Croce, *Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, cit., 321 ss. Proprio le peculiarità dei rapporti di partenariato in questione tra amministrazioni ed enti del Terzo settore, considerando centrale il concetto stesso di amministrazione condivisa, potrebbero essere concepiti quali schemi procedurali che pur possano sfociare nell'ambito di una convenzione, ovvero in un contratto «atipico», espressivo di una comunione di scopo tra i soggetti parte del rapporto, nell'ambito del quale ciascuno dei soggetti sopporta sacrifici funzionali alla realizzazione del risultato cui tende lo stesso strumento, in maniera condivisa.

Tutela della persona tra Stato, Terzo settore e co-amministrazione

Nel presente contributo, a partire da una succinta analisi circa gli esordi e la positivizzazione del principio di sussidiarietà, peraltro in stretta correlazione con il principio – di pari rilevanza costituzionale – di solidarietà sociale, si prende in esame, quale filo conduttore, il concetto di «amministrazione condivisa», da tempo elaborato dalla dottrina e recentemente ripreso dallo stesso Giudice costituzionale nell’ambito della recente pronuncia della Corte costituzionale n. 131/2020.

Un aspetto ritenuto prioritario e oggetto di trattazione è quello del necessario coordinamento e raccordo tra norme «speciali» e di «co-amministrazione» nei recenti compendi normativi sul tema. All’esito della ricostruzione svolta, vagliati i modelli di «procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria» impiegabili anche per la programmazione, progettazione e gestione dei servizi sociali, si pone in evidenza, in particolare, la necessità di valorizzazione delle peculiarità e delle potenzialità degli enti del Terzo settore e, in senso generale, del principio di sussidiarietà, con un particolare riferimento al necessario potenziamento degli schemi del c.d. partenariato sociale c.d. atipico.

Protection of the person between the State, the Third Sector and co-administration

In this contribution, starting from a short analysis of the beginnings and the positivization of the principle of subsidiarity, also in close correlation with the principle – of equal constitutional importance – of social solidarity, the concept of “shared administration”, long developed by the doctrine and recently taken up by the Constitutional Judge himself in the context of the recent ruling of the Constitutional Court n. 131/2020.

An aspect considered a priority and subject to discussion is that of the necessary coordination and connection between «special» and «co-administration» regulations in the recent regulatory compendiums on the topic. As a result of the reconstruction carried out, having examined the «proceduralisation of subsidiary action» models that can also be used for the planning, design and management of social services, it is highlighted, in particular, the need to valorise the peculiarities and potential of the institutions of the Third Sector and, in a general sense, of the principle of subsidiarity, with particular reference to the necessary strengthening of the so-called atypical schemes of social partnership.