

NICOLETTA VETTORI

Professoressa associata di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università di Siena  
*nicoletta.vettori@unisi.it*

**L'AMMINISTRAZIONE CONDIVISA NEL NUOVO CODICE  
DEI CONTRATTI PUBBLICI: MATRICI TEORICHE,  
DISALLINEAMENTI SISTEMATICI E PROFILI INNOVATIVI**

**SHARED ADMINISTRATION IN THE NEW PUBLIC  
CONTRACTS CODE: THEORETICAL BASIS,  
SYSTEMATIC MISALIGNMENTS AND INNOVATIVE  
PROFILES**

SINTESI

Il saggio analizza l'art. 6 del nuovo codice dei contratti pubblici che codifica la categoria dell'amministrazione condivisa, definendo le coordinate di una particolare tipologia di partenariato pubblico-privato (qui definito "collaborativo") che trova fondamento nei principi di solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale. La previsione ha un grande rilievo sistematico nella misura in cui riconosce il partenariato "collaborativo" come modello generalmente utilizzabile ed equi-ordinato rispetto alle altre possibili forme di gestione dei beni e servizi pubblici di cui le pubbliche amministrazioni sono titolari. Tuttavia, il testo della norma contiene alcune ambiguità e incoerenze che potrebbero ridurre la funzione ordinante che - in quanto principio generale - dovrebbe svolgere. L'obiettivo dello studio è quindi offrire una chiave interpretativa dei suoi contenuti per inquadrare in via sistematica i profili critici e mettere in evidenza gli aspetti innovativi.

ABSTRACT

The essay analyses art. 6 of the new public contracts code that codifies the category of shared administration, defining the coordinates of a particular

---

Il presente saggio è maturato nell'ambito di una ricerca, coordinata dal prof. Riccardo Ursi sui principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici. Una versione dello scritto, con titolo e contenuti in parte diversi, sarà pubblicata nel relativo volume.

type of public-private partnership (here defined as 'collaborative') that is grounded in the principles of social solidarity and horizontal subsidiarity. The provision is very important on a systematic level because it recognises the 'collaborative' partnership as a model that can generally be used and is equally coordinated with the other possible forms of management of public goods and services owned by public administrations. However, the text of the rule contains some ambiguities and inconsistencies that could reduce the ordering function that - as a general principle - it should perform. The aim of the study is therefore to offer an interpretative key to its contents in order to systematically frame the critical profiles and highlight the innovative aspects.

**PAROLE CHIAVE:** Amministrazione condivisa - Codice dei contratti pubblici - Principio di sussidiarietà orizzontale, Partenariati pubblico-privati collaborativi

**KEYWORDS:** Shared administration - Public contracts code - Principle of horizontal subsidiarity - Collaborative public-private partnerships

Indice: 1. Premessa. 2. L'evoluzione normativa da cui ha avuto origine l'art. 6 del nuovo codice dei contratti pubblici: la disciplina sull'affidamento dei servizi sociali tra diritto nazionale e diritto europeo; 2.1. Il sistema di erogazione dei servizi sociali delineato dalla l. n. 328/2000: quando solidarietà e sussidiarietà orizzontale non erano 'nemiche' della concorrenza; 2.2. La penetrazione del diritto europeo: il conflitto tra solidarietà e concorrenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia; 2.3. Le norme del Codice del Terzo Settore e il travagliato rapporto con il Codice dei Contratti Pubblici del 2016; 2.4. Gli interventi normativi diretti al coordinamento tra i due Codici e le conferme della CGUE; 3. L'amministrazione condivisa secondo l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici; 3.1. Le matrici teoriche: solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale nell'accezione "positiva" e "cooperativa"; 4. Un'occasione mancata: la prudente delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo; 5. L'impropria definizione dell'ambito di applicazione oggettivo; 6. I caratteri dei modelli di amministrazione condivisa secondo l'art. 6 CCP; 6.1. L'importanza del riferimento alla dimensione organizzativa; 6.2. La *ratio* dell'assenza di profili sinallagmatici: la "comunione di scopo" come tratto caratteristico dei rapporti; 6.3. L'equivoco richiamo "alla condivisione della funzione amministrativa"; 7. Le condizioni di ammissibilità. 7.1. Il significato del rinvio al principio del risultato; 8. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

L'art. 6 del codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha codificato la categoria della c.d. "amministrazione condivisa"<sup>1</sup> e ha dettato le coordinate interpretative di un particolare modello di partenariato pubblico-

---

<sup>1</sup> L'espressione è stata elaborata e sviluppata da Gregorio Arena in molti scritti a partire dal ID., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117/118, 1997, p. 29 ed è stata utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020, con riferimento al paradigma del rapporto fra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore dettato dall'art. 55 del CTS. Per più ampi riferimenti bibliografici si veda §§ 3 e 4.

privato, che trova fondamento nei principi di solidarietà sociale<sup>2</sup> e sussidiarietà orizzontale<sup>3</sup>.

La previsione di questo principio generale è rilevante sotto un duplice profilo.

In primo luogo perché definisce i rapporti tra Codice dei contratti pubblici (d'ora in poi CCP) e Codice del Terzo Settore (d'ora in poi CTS), confermando l'approdo raggiunto D.L. 16 luglio 2020, n. 76 e, quindi, prevedendo espressamente che la disciplina del primo non si applica a co-programmazione, co-progettazione, accreditamento e convenzioni disciplinati dal titolo VII del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

In secondo luogo, e soprattutto, perché riconosce il partenariato collaborativo come modello generalmente utilizzabile ed equi-ordinato rispetto a quello basato sull'esternalizzazione (mediante appalto o partenariato sinallagmatico).

Il principio di cui all'art. 6, tanto più se letto congiuntamente a quello contenuto nell'art. 7 del medesimo CCP<sup>4</sup> – conferma, infatti, la piena facoltà delle pubbliche amministrazioni di definire discrezionalmente le forme da utilizzare per la gestione dei beni e la prestazione dei servizi di cui sono responsabili.

Il testo della norma contiene, tuttavia, alcune ambiguità e incoerenze che potrebbero ridurre la funzione regolatoria e ordinante che - in quanto principio

---

<sup>2</sup> Su cui si veda, almeno, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma, 2014; G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022.

<sup>3</sup> Sulle diverse accezioni del principio di sussidiarietà e sui relativi riferimenti bibliografici si tornerà nel § 3.1.

<sup>4</sup> Cfr. l'art. 7 CCP, rubricato *Principio di auto-organizzazione amministrativa*, che al comma 1 prevede: «Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea».

generale<sup>5</sup> - dovrebbe svolgere e che quindi meritano di essere inquadrare attraverso un'interpretazione sistematica.

Per comprendere la portata della norma e coglierne le potenziali criticità è necessario ripercorrere brevemente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha portato alla sua previsione (§ 2). Successivamente sarà possibile provare a offrire una chiave interpretativa dei suoi contenuti (§ 3), riportando a sistema gli aspetti problematici e mettendo in evidenza quelli più innovativi (§§ 4, 5, 6).

## **2. L'evoluzione normativa da cui ha avuto origine l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici: la disciplina sull'affidamento dei servizi sociali tra diritto nazionale e diritto europeo**

L'art. 6 del nuovo CCP si pone a valle di un lungo percorso giurisprudenziale e normativo che ha avuto come principale campo di applicazione il settore dei servizi sociali e socio-sanitari.

Pertanto, sebbene la norma non delimiti a quest'ultimi il proprio campo di applicazione, non si può prescindere dall'analisi di quell'evoluzione, anche perché da essa dipendono molte locuzioni testuali confluite nella norma.

### **2.1. Il sistema di erogazione dei servizi sociali delineato dalla l. n. 328/2000: quando solidarietà e sussidiarietà orizzontale non erano 'nemiche' della concorrenza**

Come noto, la materia di servizi sociali, a lungo frammentata fra una pluralità di normative dirette a specifiche categorie di soggetti bisognosi, ha rice-

---

<sup>5</sup> Sul punto v. almeno L. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e App.*, 1, 2023, pp. 5-13; G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, 3, 2023; R. CARANTA, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 8-9, 2023, pp. 1960-1969; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici* e G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, entrambi disponibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Più in generale, v. A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 79 ss.

vuto una prima regolazione organica con la l. 8 novembre 2000, n. 328 del 2000 che ha definito il sistema integrato dei servizi sociali<sup>6</sup>.

Quella disciplina e la legislazione regionale intervenuta dopo la riforma del Titolo V della Costituzione<sup>7</sup> hanno delineato un processo di parziale esternalizzazione dei servizi sociali prevedendo il concorso nella erogazione di soggetti pubblici e soggetti privati (*profit* e *non profit*) secondo un modello a rete<sup>8</sup>.

In questo modo si dava attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale (che con la riforma costituzionale del 2001 sarebbe stato codificato nell'art. 118, comma 4, Cost.)<sup>9</sup>, integrando gli operatori privati nel sistema coordinato dai soggetti pubblici, così sperimentando un modello ibrido in cui si immettevano nel 'sistema di Stato' alcuni valori propri del mercato.

L'obiettivo era coniugare la gestione diretta con forme di gestione ispirate ad istanze solidaristiche, assicurate dal *favor* riservato alle organizzazioni non

---

6 Su tale evoluzione si veda, tra gli altri, A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, pp. 1-85; A. GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007, pp. 1-130 e sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2016, p. 308 ss.

7 Cfr. la L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, con la quale la materia della tutela della salute è stata prevista tra le materie di legislazione concorrente, l'assistenza sociale è confluita tra le materie residuali ed è stata attribuita alla legislazione statale esclusiva la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. Al riguardo v. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008; V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008.

8 Sul sistema dei servizi sociali si veda A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2020; R. BIN, D. DONATI, G. PITRUZZELLA (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*, Torino, 2021; F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020.

9 La letteratura sul tema è vastissima. Tra i molti si segnalano G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 3 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, Rom, Treccani, 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, p. 1752; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013; P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95 ss.; ID., *L'amministrazione della società e l'emersione del principio della sussidiarietà sociale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 219 ss.

lucrative<sup>10</sup>, e con altre rispondenti a logiche propriamente economiche e concorrenziali<sup>11</sup>.

L'approccio pro-concorrenziale nella regolazione dei servizi sociali ha dunque avuto lì le sue radici, tanto che l'applicazione del diritto europeo della concorrenza ha probabilmente trovato un terreno fertile perché in parte già "arato" con strumenti assiologicamente omogenei.

Ciò non toglie che abbia avuto un impatto dirompente, determinando significativi cambiamenti.

## 2.2. La penetrazione del diritto europeo: il conflitto tra solidarietà e concorrenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Come noto, fino al primo decennio del XXI secolo i servizi sociali sono rimasti esclusi dall'applicazione del diritto europeo sia in ragione delle notevoli differenze esistenti tra i sistemi di *welfare* degli Stati membri, sia perché trattandosi di attività svolte dai soggetti pubblici o da privati *non profit*, di regola finanziate con la fiscalità generale, erano considerate prive di rilevanza economica in quanto non idonee a produrre effetti sul mercato unico<sup>12</sup>.

Questa visione è stata messa in discussione dalla Commissione europea a partire dal 2006 mediante l'elaborazione di una nuova nozione di «attività di ser-

---

10 In particolare le organizzazioni di volontariato le associazioni di promozione sociale che potevano essere destinatarie di affidamenti diretti di servizi attraverso convenzioni, rispettivamente ex art. 7 l. 11 agosto 1991, n. 266 e art. 3 D.P.C.M. 30 marzo 2001, e ex art. 30 l. 328/2000.

11 Il modello prevede vari elementi rispondenti ad una finalità pro-concorrenziale. *In primis*, la previsione di una concorrenza regolata tra strutture (pubbliche e private) solo in parte temperata dal sistema dell'accreditamento. In secondo luogo, la limitazione del ricorso alla trattativa privata in favore di forme concorsuali (ristrette e negoziate) – seppur riservate agli organismi *non profit* e basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. art. 5 l. 328/2000 e art. 5 e 6 D.P.C.M. 30 marzo 2001). Infine, l'introduzione dei titoli per l'acquisto dei servizi sociali (c.d. *voucher*) che, seppur diretta a garantire la libertà di scelta dell'utente, realizza una forma di esternalizzazione dei servizi incentivando l'acquisto degli stessi da soggetti privati accreditati.

12 Comunicazione (UE), Bruxelles, 19/01/2001, Comunicazione della Commissione. *I servizi di interesse generale in Europa*. La medesima posizione era stata confermata in due documenti successivi nei quali, nonostante fosse richiamati i servizi sociali, non se ne chiariva la posizione nell'ambito del mercato. Cfr. la Comunicazione (UE), Bruxelles, 21/05/2003, Comunicazione della Commissione. *Libro Verde sui servizi di interesse generale*. Comunicazione (UE), Bruxelles, 12/05/2004, Comunicazione della Commissione. *Libro Bianco sui servizi di interesse generale*.

vizio di tipo economico»<sup>13</sup> che ha posto le pubbliche amministrazioni di fronte alla necessità di valutare le caratteristiche dell'attività da affidare in relazione al contesto in cui veniva svolta. Se si trattava di beni e servizi scambiabili in un mercato, anche solo potenziale, la finalità sociale e solidaristica perseguita dagli enti affidatari non era più idonea ad escluderne il carattere economico, perciò l'amministrazione avrebbe dovuto procedere ad affidare il servizio in applicazione delle norme europee in materia di concorrenza, mediante lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica<sup>14</sup>.

Nello stesso periodo la giurisprudenza europea metteva in evidenza che la prassi della remunerazione forfettaria degli enti *non profit* affidatari dei servizi (diffusa in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia) poteva celare forme surrettizie di corrispettivo. Di conseguenza affermava che i rimborsi non verificabili documentalmente potevano caratterizzare in termini di onerosità i relativi rapporti, con l'effetto di equiparare le convenzioni stipulate a dei contratti di appalto<sup>15</sup>. Senza poter entrare nel merito delle singole pronunce<sup>16</sup>, è possibile osservare

---

13 Comunicazione (UE), Bruxelles, 24/04/2006, Comunicazione della Commissione. *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea* secondo la quale va «considerata un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un'impresa, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di funzionamento»

14 Su questa evoluzione si veda, tra gli altri, A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 1, 2009, p. 1 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1, 2009, pp. 179-212; M. D'ANGELOSANTE, *Servizi sanitari, libertà di iniziativa economica e mercato*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, M. DUGATO, G. RACCA (a cura di) *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario: un primo bilancio*, Milano, 2008, pp. 390-432; G. F. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2007, p. 627 ss. Più di recente v. A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2015, p. 89 ss.; E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2017, p. 1115 ss.

15 Le pronunce più rilevanti che hanno inaugurato questo nuovo orientamento sono: Corte giust. CE, 25 ottobre 2001, C-475/99 *Ambulanz Glöckner*; Corte giust. CE 29 novembre 2007, C-119/06 *Commissione/Italia-Regione Toscana*; Corte giust. CE 18 dicembre 2007, C-532/03 *Commissione/Irlanda*; Corte giust. CE 29 aprile 2010, C-160/08, *Commissione/Repubblica Federale di Germania*; Corte giust. CE 10 marzo 2011, C-274/09 *Privater Rettungsdienst*.

16 Per cui, tra i molti, si rinvia a A. ALBANESE, *L'affidamento di servizi sociosanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1453 ss.; R. CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. app.*, 3, 2008, p. 300 ss.; F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federali-*

che, sebbene a partire dalle sentenze Spezzino e CASTA<sup>17</sup>, la Corte di giustizia abbia ridimensionato la portata dell'applicazione del principio concorrenziale, tale approccio ha condizionato fortemente l'interpretazione fornita dai giudici nazionali, con significative implicazioni.

In una prima fase (prima cioè dell'approvazione delle direttive del 2014 che hanno previsto discipline *ad hoc* per i servizi sociali), tale approccio ha comportato l'applicazione di regole che non tenevano conto né delle caratteristiche delle attività affidate<sup>18</sup> né delle specificità degli operatori privati operanti nel settore, in larga parte organizzazioni di piccole dimensioni che facevano prevalente ricorso all'attività di personale volontario. Ciò dunque ha determinato una concorrenza "impropria" perché imposta tra soggetti non omogenei<sup>19</sup>.

In un secondo momento, l'attenzione posta sul profilo dei rimborsi/corrispettivi (e dunque dell'eventuale onerosità del rapporto) se ha avuto il merito di imporre trasparenza sui metodi di remunerazione, a beneficio di esigenze di

---

*smi.it*, 2016; M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, p. 465 ss.

17 Corte giust. UE, 11 dicembre 2014, C-113/13 ASL n. 5 (Spezzino); Corte. giust. Ue, 28 gennaio 2016, C 50/14 *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio* (CASTA). La CGUE ha sostenuto che la scelta di uno Stato membro di organizzare i servizi sociali su basi solidaristiche possa legittimamente portare a «derogare» all'applicazione del principio di concorrenza e a valorizzare il ruolo dei soggetti *non profit*, ad una duplice condizione: a) che la loro attività «contribuisca effettivamente alle finalità sociali e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio» e quindi sia funzionale al raggiungimento degli obiettivi di universalità e di adeguatezza dei servizi stessi; b) che soggetti *non profit* non traggano alcun utile dalle prestazioni fornite per la p.a. «a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri». Su tali pronunce v. C. COLELLI, *Corte di Giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. app.*, 2015, p. 377; A. ALBANESE, *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, in *Foro it.*, IV, 2015, p. 151; P. DE ANGELIS, *L'affidamento senza gara del servizio di trasporto sanitario*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, p. 249 ss.

18 Caratterizzate dalla natura personale e relazionale della prestazione che li rende servizi ad alta intensità di manodopera, rispetto ai quali, ad esempio, il criterio di aggiudicazione basato sul prezzo più basso risulta inadeguato e, non a caso, è stato escluso per tali attività dalle direttive del 2014. Si veda, sul punto, P. MICHIARA, *Contrattazione e servizi relazionali ai sensi delle direttive comunitarie 2104/23/UE e 2014/24/UE. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 461 ss.

19 Cfr. P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato; la concorrenza fra soggetti 'disomogenei'*, in *Urb. e app.*, 3, 2011, pp. 335-345.

correttezza ed efficienza nell'uso delle risorse<sup>20</sup>, nondimeno ha consentito la penetrazione di logiche economico-utilitaristiche in modelli organizzativi prima orientati a finalità altruistiche e non lucrative.

Infine, la lettura della giurisprudenza europea da parte della dottrina e della giurisprudenza domestica, ha prospettato una concezione conflittuale dei diversi modelli di gestione utilizzabili dalle P.A, ricondotti ai valori della solidarietà e a quelli della concorrenza, concepiti come coppia di opposti<sup>21</sup>.

In questo modo si è avallata una concezione riduttiva dei modelli ispirati a fini solidaristici - concepiti come deroga o «eccezione, di stretta interpretazione, ai principi di libera concorrenza»<sup>22</sup>- e si è ritardata la corretta applicazione di nuovi istituti<sup>23</sup> che erano stati elaborati dal legislatore proprio per consentire alle amministrazioni di valorizzare le istanze solidaristiche.

### **2.3. Le norme del Codice del Terzo Settore e il travagliato rapporto con il Codice dei Contratti Pubblici del 2016**

Con il Codice dei Contratti Pubblici del 2016 (che recepiva le direttive europee del 2014) e con il Codice del Terzo Settore (d.lgs. 117 del 2017), il legislatore aveva infatti delineato specifici strumenti per l'affidamento dei servizi sociali, che avrebbero consentito di trovare (fin da allora) un equilibrio tra le diverse esigenze.

La direttiva europea n. 24/2014 non solo escludeva dal proprio ambito di applicazione alcune categorie di servizi laddove erogati da soggetti senza scopo di lucro, proprio con l'intento di salvaguardarne la funzione e le peculiari carat-

---

20 Sul condizionamento che hanno avuto sull'evoluzione normativa nazionale anche le degenerazioni provocate, in certi contesti, dalle prassi dell'affidamento delle convenzioni ad enti *non profit* basato su logiche fiduciarie che avevano determinato il consolidamento di posizioni dominanti e il terreno fertile per fenomeni di corruzione e illegalità cfr. V. TONDI DELLA MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019, p. 3.

21 Cfr. S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1, 2004, p. 75 ss. Per l'opinione che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia stata talvolta mal interpretata v. anche D. CALDIROLA, *Il Terzo Settore nello Stato sociale in trasformazione*, Napoli, 2021, p. 160 ss

22 Cfr. S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, cit., p. 85.

23 Il riferimento è al parere del Consiglio di Stato del 2018 relativo alle norme del titolo VII del Codice del Terzo Settore su cui torneremo diffusamente nel prossimo paragrafo.

teristiche (cfr. il Considerando n. 28 e art. 10 lett. h dir. 2014/24/UE), ma aveva anche riconosciuto agli Stati la libertà di organizzare tali servizi «attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici» (considerando n. 114). Inoltre, per gli appalti di servizi sociali erano stati previsti dei «regimi particolari» (c.d. alleggeriti) che tenevano conto delle specificità delle attività affidate e dei soggetti affidatari<sup>24</sup>.

D'altra parte, con la riforma del Terzo Settore il legislatore, proprio utilizzando il margine di apprezzamento lasciato dalla direttiva del 2014, aveva sostanzialmente recepito i criteri elaborati dalla Corte di Giustizia, che consentono di sottrarre all'applicazione della disciplina sugli appalti le convenzioni stipulate con operatori non profit<sup>25</sup>. Le norme del Titolo VII del CTS definiscono, infatti, un regime di gestione delle attività di interesse generale, in collaborazione tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore<sup>26</sup>, prescrivendo il rispetto del «paradigma dell'evidenza pubblica» (i.e. i principi di imparzialità,

---

24 Cfr. la disciplina prevista dagli artt. 74-77 direttiva 24/2014/UE, recepito dal legislatore nazionale nell'art. 140-143 del d.lgs. n. 50/2016, su cui, tra gli altri, v. P. MICHARA, *Le attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i regimi particolari nel d.lgs. 50/2016*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, p. 221 ss; D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2016, p. 733 ss.

25 Sul punto v. A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice dei contratti pubblici e nel codice del terzo settore: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 1, 2019, p. 139 ss; ID. *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022, p. 643 che mette in rilievo come la puntuale disciplina dei rimborsi che possono essere corrisposti alle Organizzazioni di volontariato (ODV) e alle Associazioni di promozione sociale (APS), dettata dall'art. 56 CTS, ricalca le condizioni stabilite dal giudice europeo per escludere il carattere oneroso del rapporto; in termini analoghi la disciplina dell'art. 57 CTS, sull'affidamento diretto alle ODV del trasporto sanitario di emergenza, si collega alle due pronunce citate nella parte in cui prevede che l'affidamento diretto si giustifica purché le ODV assicurino «un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza».

26 Gli ETS, sono identificati dal d.lgs. n. 117/2017 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). Su tema v., tra gli altri, L. COMPORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo Settore*, Bologna, 2022; A. FUSARO, *Gli enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, Milano, 2022.

trasparenza e pubblicità, parità di trattamento, efficacia<sup>27</sup>) – per così dire – “depurato” dei profili economico-utilitaristici<sup>28</sup>.

Tuttavia, in un primo momento, la corretta applicazione di tali disposizioni è stata ostacolata dalla giurisprudenza amministrativa<sup>29</sup> che ha ritenuto doverosa un'interpretazione in chiave pro-concorrenziale<sup>30</sup> anche delle norme del Codice del Terzo Settore, fino al punto di suggerirne la disapplicazione «ove queste non po[tessero] in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto unionale»<sup>31</sup>.

Come noto, questa prospettiva – fortemente criticata in dottrina<sup>32</sup> – è stata superata solo a seguito della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale<sup>33</sup> che ha valorizzato l'apertura dell'ordinamento europeo rispetto al principio di solidarietà e, accogliendo alcune ricostruzioni dottrinali, ha ricondotto gli istituti regolati da Codice del Terzo Settore al modello dell'amministrazione condivisa.

---

27 Cfr. l'art. 56, comma 3, d.lgs. 117/2017.

28 Cfr. l'art. 56, commi 2 e 4, d.lgs. n. 117/2017 che pongono le condizioni affinché le modalità di rimborso delle spese sostenute dalle ODV e APS siano tali da escludere la generazione e la corresponsione di corrispettivi e, dunque, l'esistenza di profili di onerosità del rapporto.

29 Cfr. il parere del Consiglio di Stato, Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 2052. Negli stessi termini Tar Toscana, 1 giugno 2020, n. 666 su cui v. S. FRANCA, *Le convenzioni con il Terzo settore tra gratuità del rapporto e regime dei rimborsi*, in *Impresa sociale*, 4, 2020, p. 94 ss; Tar Toscana, sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260; Cons. Stato, sez. V., 7 gennaio 2021, n. 208.

30 A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, cit., p. 648.

31 Cfr. Consiglio di Stato, Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 2052: «La disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi 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 il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni».

32 Cfr. G. ARENA ET AL., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in <http://www.nonprofitonline.it/detail.asp?c=1&p=0&id=4561>.

33 Corte costituzionale n. 131 del 2020 su cui, per i profili rilevanti in questa sede v. G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3, 2020, p. 1449; 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*, *Quaderni di Terzius*, Napoli, 2020; S. PELLIZZARI – C. BORZAGA (a cura di), *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, Euricse, 2020; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021; L. GORI, *Gli effetti giuridici a «lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Impresa sociale*, 3, 2020.

In tal senso si è affermato che nei rapporti tra la pubblica amministrazione e gli enti del terzo settore, lo Stato può «*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*»<sup>34</sup>.

La Corte, dunque, ha delineato la netta distinzione tra le norme del Codice dei contratti pubblici, ispirate a logiche di mercato e le norme del Codice del Terzo settore, che danno attuazione ai principi di solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale, ponendo le basi per una 'pacifica' convivenza dei due regimi.

#### **2.4. Gli interventi normativi diretti al coordinamento tra il Codice dei Contratti Pubblici e Codice del Terzo Settore e le conferme della CGUE**

L'orientamento della giurisprudenza costituzionale è stato confermato prima dal legislatore, che ha introdotto alcune norme di coordinamento tra i due Codici<sup>35</sup>, successivamente dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali che ha elaborato specifiche Linee Guida<sup>36</sup> per agevolare l'applicazione degli istituti della co-progettazione, co-programmazione e delle convenzioni, affermandone la alternatività rispetto alle procedure contrattuali comparative<sup>37</sup>.

Nello stesso senso si sono pronunciati l'Autorità Nazionale Anticorruzione, nelle Linee Guida n. 17/2022<sup>38</sup> e il Consiglio di Stato che (con il parere n. 802/2022) ha dato atto dell'evoluzione del quadro normativo, riconoscendo espressamente che alcuni sistemi di gestione e di affidamento dei servizi sociali

---

<sup>34</sup> Corte cost. sent. n. 131 del 2020.

<sup>35</sup> Con il d.l. n. 76/2020 c.d. "decreto semplificazioni", convertito in l. 11 settembre, n. 120/2020, il legislatore aveva modificato gli artt. 30, 59 e 140 del d. lgs. n. 50/2016, stabilendo che agli strumenti collaborativi previsti per regolare i rapporti tra gli Enti del Terzo Settore e le amministrazioni pubbliche si applicava la legge n. 241/1990

<sup>36</sup> D.M. n. 72 del 3 marzo 2021, recante *Linee Guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d. lgs. n. 117/2017*.

<sup>37</sup> Nel D.M. 72/2021 si precisa, infatti, che è rimessa alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni la scelta di ricorrere alle regole del codice dei contratti pubblici ovvero a quelle del CTS, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e tutela della concorrenza.

<sup>38</sup> Linee guida ANAC n. 17/2022 recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*», approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 382 del 27 luglio 2022 disponibili in <http://anticorruzione.it>

sono esclusi dall'applicazione delle regole della concorrenza e del mercato<sup>39</sup>. Infine merita ricordare che la Corte di Giustizia è recentemente intervenuta confermando questa linea evolutiva. Più in particolare, in un caso relativo al nostro ordinamento ha affermato la compatibilità con il diritto europeo dell'art. 57 d.lgs. n. 117/2017<sup>40</sup>, che consente l'affidamento diretto alle sole organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Inoltre, in un caso relativo all'ordinamento spagnolo, ha avallato un'interpretazione estensiva dei margini di discrezionalità che le direttive del 2014 lasciano agli Stati membri nella selezione degli operatori *non profit* a cui riservare la partecipazione alle procedure "alleggerite" per l'affidamento dei servizi sociali (ex artt. 74-77 dir. 24/2014/UE)<sup>41</sup>.

Per quanto interessa in questa sede, da questa evoluzione si ricava che il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo settore rappresentano due corpi normativi equi-ordinati che, complessivamente considerati, offrono alle

---

39 Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, 12 aprile 2022, n. 802 reso sullo schema delle Linee Guida di ANAC n. 17/2022 (in <https://welforum.it/wp-content/uploads/2022/06/PARERE-802-CONSIGLIO-DI-STATO.pdf>): «La Sezione osserva che sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociale 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».

40 Cfr. Corte giust. UE, 7 luglio 2022, C-213/21 e C-214/21, *Emergenza Italy cooperativa sociale*, ove l'art. 57 CTS è considerato compatibile con l'art. 10 lett. h) della direttiva 24/2014), nella parte in cui riserva alle sole Organizzazioni di volontariato l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario di emergenza, escludendo che vi possano rientrare altre organizzazioni non lucrative, quali le cooperative sociali che prevedono nei loro statuti la possibilità di distribuire utili ai loro membri (anche se nella forma di ristorni ai soci). Su tale pronuncia, in senso critico, v. E. ZAMPETTI, *Servizio di trasporto sanitario di emergenza e cooperative sociali. Osservazioni a margine di CGUE, 7 luglio 2022, C213/21 e C-214/21*, in *Riv. it. dir. pubbl., com.*, 4, 2022, p. 522 ss.

41 Corte di giustizia, 14 luglio 2022, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)*, C-436/20), con cui la CGUE ha affermato che il regime alleggerito per gli appalti dei servizi sociali (previsto dagli artt. 74-77 delle direttiva n. 24/2014) consente agli Stati di concludere accordi di collaborazione per la fornitura di servizi di assistenza alla persona, a fronte del rimborso dei costi effettivamente sostenuti, anche con enti *non profit* che non posseggono tutti i requisiti previsti dall'art. 77, a condizione che il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività di tali enti contribuisca in modo effettivo al fine sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio, e nel rispetto del principio di trasparenza. In dottrina v. S. PELLIZZARI, *Forme di collaborazione tra enti pubblici e Terzo settore: la Corte di giustizia valorizza la discrezionalità degli Stati membri per un miglior bilanciamento tra solidarietà, efficienza e concorrenza*, in *Ist. del federalismo*, 4, 2022, p. 1021 ss.

P.A. una pluralità di strumenti alternativi per la gestione delle attività e dei servizi di cui sono responsabili.

### **3. L'amministrazione condivisa secondo l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici**

L'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici conferma gli approdi appena ricordati.

In particolare, si rimarca che gli istituti disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017 non rientrano nel campo di applicazione del CCP e si attesta la piena equi-ordinazione dei modelli di amministrazione condivisa, richiamando le matrici teoriche e definendone – non senza qualche ambiguità – l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, gli elementi caratterizzanti e le condizioni di ammissibilità.

#### **3.1. Le matrici teoriche: solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale nell'accezione «positiva» e «cooperativa»**

In primo luogo va segnalato che l'art. 6, in accoglimento di alcune osservazioni critiche avanzate sulla versione contenuta nello schema preliminare<sup>42</sup>, codifica per la prima volta (a livello di legislazione statale) l'espressione «amministrazione condivisa» elaborata dalla dottrina<sup>43</sup> e richiamata anche nella sentenza n. 131 del 2020. In questo modo si evoca, chiaramente, l'accezione *positiva e cooperativa* del principio di sussidiarietà orizzontale che si differenzia dalle altre

---

42 Il cui testo era il seguente: «In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Gli affidamenti di tali attività agli enti non lucrativi avvengono nel rispetto delle disposizioni previste dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e non rientrano nel campo di applicazione del codice».

43 Elaborata da Gregorio Arena a partire dall'impostazione di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Cfr., almeno, G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit.; *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 178 ss; *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006; *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia tra cittadini e Istituzioni*, Milano, 2020; e da ultimo G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022.

due declinazioni teoriche proposte in dottrina, di recente definite «economica» e «sociale»<sup>44</sup>.

Sintetizzando molto gli esiti di un'ampia elaborazione dogmatica, che non è possibile approfondire in questa sede, è opportuno richiamare gli elementi essenziali per mettere a fuoco i tratti caratterizzanti della nozione codificata dalla norma, utili ad orientarne l'interpretazione.

Come noto, in via generale, la dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà è considerata equivalente a quella verticale nella misura in cui pone un criterio procedurale per identificare chi sia il soggetto più idoneo a svolgere una determinata attività<sup>45</sup>, secondo uno schema ascendente orientato dal valore della prossimità all'individuo.

Tuttavia, mentre la dimensione verticale serve a ripartire le competenze tra soggetti omogenei (le istituzioni politiche territoriali) quella orizzontale è chiamata a ordinare i rapporti fra entità disomogenee: gli individui, i corpi intermedi, lo Stato.

Fermi restando questi elementi su cui vi è consenso generale, il principio è stato sviluppato nella riflessione teorica e nelle applicazioni positive secondo tendenze differenti.

Nella prima accezione (c.d. «economica»), ispirata dal pensiero liberale, il principio ha come tratto prevalente «una valenza negativa» e «astensionista» che giustifica il «non intervento del potere pubblico se non quando ricorra il presupposto della insufficienza delle capacità o delle possibilità individuali, ovvero quando vi sia una minaccia alle libertà degli individui»<sup>46</sup>. Si tratta della prospet-

---

44 Per questa efficace classificazione delle diverse accezioni del principio di sussidiarietà v. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 3 ss e già ID., *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2, 2018, p. 21 ss. Sulle matrici filosofiche e giuridiche delle sussidiarietà orizzontale v. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., p. 51 ss.

45 V. G.U. RESCIGNO, *Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2002, p. 5 ss; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, Rom, Treccani, 2004.

46 Sulla visione liberale del principio di sussidiarietà v. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 3 ss che critica questa visione richiamando gli scritti di M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2014, p. 517; A. D'ATENA, *La declinazione*

tiva che ha ispirato la regolazione dei servizi di interesse economico generale<sup>47</sup> secondo processi di progressiva liberalizzazione dei mercati ed esternalizzazione delle attività di servizio pubblico.

La seconda accezione (c.d. «sociale»<sup>48</sup>), pur condividendo l'impostazione di fondo (*i.e.* la non ingerenza statale in attività che possono essere svolte autonomamente dai privati) è influenzata dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica e dal valore da essa attribuita al pluralismo sociale e al principio di solidarietà. Tali elementi conducono a completare il principio di una *valenza positiva* (l'unica che emerge dal diritto positivo<sup>49</sup>) che enfatizza l'utilità di un intervento statale finalizzato a sostenere e promuovere l'attività degli individui<sup>50</sup>.

Nella dottrina giuridica italiana questa visione si è legata alla nozione di «amministrazione obiettivata»<sup>51</sup> che riduce fortemente la distinzione tra pubbli-

---

*verticale e quella orizzontale del principio di sussidiarietà*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. I, Napoli, 2012 p. 608-610; G.U. RESCIGNO, *Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 5 ss.

47 Su cui, nell'ambito di una letteratura molto vasta, si veda almeno D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371; ID., *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi «a rete»*, Milano, 2007; E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; V. altresì i contributi raccolti nella parte II e nella parte IV del volume M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016.

48 Riconducibile a G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati tra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, 1308-1309; ID., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, p. 1752; ID., *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, p. 85 ss.

49 Come osserva A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., pp. 75-78 dall'art. 118, comma 4, Costituzione e dalle normative (anche precedenti) che hanno dato attuazione al principio di sussidiarietà emerge soltanto la valenza positiva del principio, mentre – come osserva anche F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit. - l'accezione negativa è frutto di interpretazioni dottrinali influenzate dalle linee di politica del diritto dominanti tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000.

50 A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., pp. 62-65.

51 V. F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'Amministrazione*, 1978, ora in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, 3467 e ss; e la recente riflessione di L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 235; B. GILIBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università*, in *Persona e Amministrazione*, 1, 2019, p. 72 ss (specie pp. 72-82).

co e privato nella legittimazione a svolgere l'attività di interesse generale<sup>52</sup>. Secondo questa impostazione «la qualità pubblica della funzione amministrativa non deriva dall'essere intestata ad un soggetto pubblico, bensì dal fatto di costituire adempimento di compiti che sono pubblici in quanto individuati dall'ordinamento nell'interesse della collettività»<sup>53</sup>.

Così obiettività, dunque, la funzione amministrativa si 'sgancia' dal suo rapporto esclusivo con l'organizzazione pubblica e si 'apre' all'apporto delle autonomie sociali, direttamente legittimate (dall'art. 2 della Costituzione) a concorrere con pubblici poteri nell'assolvimento della attività di interesse generale, in modo autonomo (cioè non in veste di *munus*) e tendenzialmente paritario.

In questa prospettiva la potenziale problematicità della sovrapposizione tra ciò che è pubblico (in virtù di decisioni delle istituzioni a ciò legittimate dall'ordinamento democratico) e ciò che è di interesse generale<sup>54</sup>, è risolta mediante l'integrazione funzionale dei soggetti privati nelle forme di azione dei pubblici poteri<sup>55</sup>. Non a caso è la visione che sottende il sistema (c.d. integrato) di erogazione dei servizi sanitari e sociali, realizzati rispettivamente con le riforme degli anni '90 e con la l. n. 328 del 2000.

La stessa concezione paritaria del rapporto fra individuo e pubblici poteri e del principio di solidarietà sono alla base della terza declinazione della sussidiarietà

---

52 Secondo la concezione di «amministrazione come funzione dell'organizzazione sociale» cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., pp. 1751-1762.

53 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 1754.

54 Come evidenziato in dottrina, l'aspetto più problematico della sussidiarietà orizzontale è che opera tra entità non omogenee: da un lato «attività pubbliche» che costituiscono compiti diretti a soddisfare interessi pubblici in virtù di decisioni delle istituzioni a ciò legittimate dall'ordinamento democratico, dall'altro le attività di interesse generale dei cittadini e delle loro associazioni, che pur orientate a fini altruistici (e perciò idonee a tutelare interessi generali) rimangono pur sempre espressione di autonomia privata. In questa prospettiva si veda C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 5 ss e, più di recente, F. TRIMARCHI BANFI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2, 2018, p. 212 -213, p. 215-216. Per una approfondita analisi della nozione di interesse generale e dei tratti che la differenziano da quella di interesse pubblico si veda D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, 2013, p. 219 ss.

55 Attraverso istituti quali la partecipazione dei soggetti privati alla attività di programmazione e il concorso nel sistema di gestione dei servizi che sono stati previsti dalla l. n. 328/2000. Sul punto vedi A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 166 ss e, più di recente, E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, p.p. 15-80.

diarietà orizzontale (definita «cooperativa»), a cui si deve l'elaborazione del concetto di «amministrazione condivisa»<sup>56</sup>. Questa impostazione valorizza ulteriormente la portata *positiva* della sussidiarietà quale criterio che implica il dovere delle amministrazioni di favorire l'iniziativa spontanea e disinteressata degli individui, concepiti come «cittadini attivi» disposti ad impegnarsi nello svolgimento di attività che non soddisfano esclusivamente i propri interessi, ma anche quelli di altri individui o di una data collettività e, in questo senso, si considerano mossi da istanze solidaristiche<sup>57</sup>.

In tale prospettiva, ove le attività pubbliche e le attività di interesse generale si sovrappongono, si aprono spazi per rapporti di collaborazione fra poteri pubblici e soggetti privati (singoli o associati), che hanno caratteristiche inedite: non si risolvono nella delega (*i.e.* nell'esternalizzazione) né implicano una preferenza per l'attività dei privati<sup>58</sup>, ma richiedono «un diverso modo di amministrare», ovvero un cambiamento delle forme e degli strumenti dell'intervento e della responsabilità pubblica.

In questo modello, infatti, la P.A. non si limita ad affidare a terzi lo svolgimento di determinate attività (controllandone *ex post* l'operato), ma collabora in tutte le fasi di ideazione e realizzazione degli interventi di cui è co-responsabile.

D'altra parte, rimane fermo che i privati (cittadini attivi e organizzazioni del pluralismo sociale) se sono pienamente liberi di svolgere attività di interesse generale in forme autonome<sup>59</sup>, quando si tratta di soddisfare interessi che siano anche pubblici (nel senso sopra richiamato) devono inserirsi in sedi istituzionali deputate a verificarne la idoneità e l'adeguatezza<sup>60</sup>.

---

56 Cfr. bibliografia citata *supra* nota n. 43.

57 Sul punto, per tutti, v. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit. e, da ultimo, G. ARENA, *Cittadini si diventa. Come produrre senso civico e nuovo capitale sociale*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 61 ss.

58 Che ad esempio caratterizza il sistema dei *voucher* per l'acquisto delle prestazioni dai privati accreditati previsto dalla l. 328 del 2000.

59 In base agli artt. 38, comma 4, e 41, comma 1, della Costituzione.

60 Tali sedi istituzionali sono gli strumenti che danno attuazione al modello: dai patti di collaborazione, alla co-programmazione e co-progettazione, ai sistemi di accreditamento etc.. Per un'analisi generale v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G.

Ebbene, codificando il concetto di «amministrazione condivisa», la norma in esame sembra evocare quest'ultima declinazione della sussidiarietà orizzontale, richiamando implicitamente anche le prassi applicative che ne hanno costituito la sede di emersione e, in particolare, oltre agli istituti disciplinati dal titolo VII del CTS, l'esperienza dei patti di collaborazione per la gestione dei beni comuni<sup>61</sup>.

Tuttavia, come vedremo subito, non tutte le clausole utilizzate nel testo delle norma sembrano pienamente coerenti con questa impostazione.

#### **4. Un'occasione mancata: la prudente delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo**

Un primo elemento critico in tal senso riguarda l'ambito soggettivo di applicazione.

La norma si riferisce ai rapporti instaurabili tra la pubblica amministrazione e gli Enti del Terzo settore (d'ora in poi anche ETS) disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017, lasciando dunque fuori tanto gli operatori *profit* quanto eventuali organizzazioni non lucrative che non abbiano i requisiti per essere qualificati come ETS ai sensi del medesimo decreto. Si tratta di una delimitazione disallineata rispetto ad altre discipline positive<sup>62</sup>, ad esempio rispetto all'art. 3, comma

---

ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 65 ss.

61 Su cui, tra i molti, v. G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'età della condivisione La collaborazione tra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, 2015; G. ARENA, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia tra cittadini e Istituzioni*, Milano, 2020, R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Torino, 2020; P. CHIRULLI, *Sussidiarietà e collaborazione «amministrata» nei beni comuni urbani*, in P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), *La co-città*, Napoli, 2018, p. 55 ss. M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, p. 559 ss.; R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Ist. federalismo.*, 2017, pp. 640-641; ; F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi giuridici. Contributi al diritto delle città*, Bologna, 2017; G. GARDINI, *Alla ricerca della città "giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 24, 2020, spec. 74-78; F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comunali urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n. 2, 2016, p. 271 ss; G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torino, 2022, pp. 252-265; S. PROFETI, G. PAVANI, C. TUBERTINI, *Le città collaborative ed eco-sostenibili. Strumenti per un percorso multidisciplinare*, Bologna, 2023.

62 L'amministrazione condivisa è riconosciuta a livello positivo da diversi ordini disciplinari. Il primo è quello rappresentato dall'art. 3, comma 5, del Testo unico degli Enti Locali; il secondo è quello rappresentato dai regolamenti comunali per la disciplina della collaborazione fra amministrazione locale e cittadini per la cura e la gestione dei beni comuni urbani (elaborati sul

5, del Testo Unico degli Enti Locali<sup>63</sup> e ai regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani<sup>64</sup> che, facendo riferimento “ai cittadini e alle loro formazioni sociali”, ‘aprono’ anche a ulteriori figure organizzative non lucrative; ovvero, all’opposto, si differenziano alcune legislazioni regionali che includono gli operatori *profit* nelle procedure di co-programmazione e co-progettazione<sup>65</sup>.

La scelta, analoga a quella compiuta nel recente decreto in materia di servizi locali di rilevanza economica<sup>66</sup>, è stata probabilmente dovuta alla difficoltà di definire le entità che ‘stanno fuori’ dal CTS; ma non è pienamente condivisibile, perché lascia fuori tanti soggetti giuridici che non posseggono i requisiti per essere qualificati tali e legittima un canale di rapporti privilegiato con alcuni soltanto degli esponenti della società civile.

---

modello del regolamento approvato a Bologna nel 2014); il terzo ordine disciplinare è il Codice del terzo settore e il quarto è rintracciabile in alcune leggi regionali, in particolare di Lazio (l. 10 del 2019) e Toscana (l. 65 del 2020), per un’analisi puntuale v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell’amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L’amministrazione condivisa*, 2022, p. 74 ss. Inoltre, va ricordato il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14 *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città* che ha previsto una pluralità di strumenti pattizi per l’attuazione della sicurezza urbana nei quali possono essere coinvolti anche soggetti privati (cfr. art. 5, comma 2, lett. a) e art. 7, comma 1). Al riguardo v. R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, p.p. 212-217.

63 Cfr. art. 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267: «I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali».

64 Sul punto, tra i molti, v. A. NERVI, *La gestione dei beni comuni urbani. Modelli normativi*, in R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, Soveria Mannelli, 2020, p. 48; P. MICHIARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L’esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2016, p. 3.

65 In questi termini v. art. 11 e 13 L. reg. Toscana n. 65/2020 che prevede la possibilità che ai procedimenti di co-programmazione e di co-progettazione possano partecipare anche soggetti che operano per finalità lucrative. Sulla legge Toscana v. F. SANCHINI, *Il ruolo della legge regionale nella definizione dei rapporti p.a. – enti del Terzo settore. La “primogenitura” della Regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>). Più in generale v. L. GORI, *La legislazione regionale del Terzo settore. Una panoramica*, in *Impresa sociale*, 3, 2023 (<https://www.rivistaimpresasociale.it/rivista/numero/rivista-num-3-2023>).

66 Cfr. Part. 18 del D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica* sui rapporti di partenariato collaborativo con gli enti del terzo settore. Sulla recente riforma v. A. MOLITERNI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amm.*, 4, 2023, p. 478 ss.

È vero, infatti, che si tratta di enti mossi da istanze solidaristiche, disposti a mettere a disposizione le proprie risorse per lo svolgimento di attività di interesse generale «secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico» (Corte cost. 131 del 2020). Tuttavia sono pur sempre soggetti privati, per definizione non in grado di rappresentare l'intera società civile, e che perseguono un interesse sì generale, ma pur sempre *general-privato*<sup>67</sup>, che dunque seppur convergente (nelle finalità e nei modi) rimane *distinto* dall'interesse pubblico che l'amministrazione è tenuta a definire e tutelare in concreto. Del resto, la «comunanza di interessi da perseguire» fra tali soggetti e gli enti pubblici non è un aspetto che può essere predicato in via generale e astratta per tutti gli ETS (come al pari negato per tutti gli enti *profit*), ma andrà verificato rispetto al singolo progetto o intervento da realizzare<sup>68</sup>.

Pertanto, se le ragioni dell'esclusione dei soggetti *profit* sono comprensibili alla luce dei caratteri di questi istituti (v. *infra* § 4), non altrettanto si può dire per gli enti esponenziali del c.d. privato-comunità.

Pertanto, dato che la prima parte dell'articolo in esame è riferibile anche a istituti ulteriori a quelli previsti dagli artt. 55-57 del CTS<sup>69</sup> (che la norma richiama soltanto nella seconda parte), mi pare si sia persa l'occasione per legitti-

---

67 Cfr. C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, cit., p. 5 ss.

68 Non è infatti pienamente condivisibile il passaggio in cui la Corte costituzionale, nella sentenza n. 131 del 2020 giustifica la riserva agli enti del Terzo settore degli istituti collaborativi previsti dal titolo VII del CTS affermando che «(...) la originale e innovativa (nella sua attuale ampiezza) forma di collaborazione che si instaura mediante gli strumenti delineati dall'art. 55 CTS richiede, negli enti privati che possono prendervi parte, 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». (punto 2.2. del *Considerato in diritto*). È vero, infatti, che la natura di ETS può senz'altro essere garanzia delle loro estraneità da logiche di profitto, ma non si può escludere in astratto che non vi siano operatori *profit* disposti a partecipare a determinati partenariati per spirito di liberalità o a titolo gratuito; inoltre non pare potersi sostenere che la natura di ETS valga di per sé a far presumere la comunanza di interessi con l'amministrazione, la quale invece dovrà essere valutata, caso per caso, in relazione al tipo di intervento da realizzare.

69 Per i quali la Corte costituzionale, al momento, ha avallato una riserva a favore del ETS, in particolare, sulla base delle considerazioni riportate nella nota precedente, ha affermato che: «agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS: esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica» (punto 2.2. del *Considerato in diritto*).

mare rapporti che sono previsti da fonti secondarie e che già da tempo si svolgono nella prassi<sup>70</sup>, mancando così di offrire una norma generale che sarebbe stata utile per le amministrazioni interessate a sperimentare questo tipo di rapporti, ma frenate proprio dall'assenza di una base normativa di livello primario.

E le conseguenze sotto tutt'altro che irrilevanti. La prassi applicativa (relativa ai patti di collaborazione ma non solo) dimostra, infatti, che le amministrazioni hanno scarsa consapevolezza della funzione di fondamento e di indirizzo che i principi costituzionali in sé svolgono rispetto all'attività amministrativa non autoritativa e, spesso, sono scettiche se non del tutto 'chiuse' rispetto alla possibilità di esercitarla in forme atipiche. Anche per questo motivo sarebbe stato opportuno dare all'art. 6 una portata soggettiva più ampia.

### **5. L'impropria definizione dell'ambito di applicazione oggettivo**

Ancora più problematica è la definizione dell'ambito di applicazione oggettivo che la norma delimita «in relazione ad attività a spiccata valenza sociale».

Si tratta di un'espressione incongruente rispetto a quella di «attività di interesse generale» prevista dall'art. 118, comma 4 Cost., che riconosce il principio di sussidiarietà orizzontale, nonché dall'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017 che definisce l'ambito di azione degli Enti del Terzo settore.

L'espressione potrebbe essere intesa come diretta a restringere l'operatività del modello, stabilendo che le P.A. possono far ricorso a strumenti di amministrazione condivisa (ulteriori a quelli disciplinati dal titolo VII del CTS) solo per quelle attività che abbiamo una "spiccata valenza sociale"<sup>71</sup>. Tuttavia

---

<sup>70</sup> Penso in particolare, all'esperienza della co-gestione dei beni comuni urbani, ma anche alle c.d. cooperative di comunità previste da alcune normative regionali e pienamente avallate dalla Corte costituzionale come organismi che, anche quando non acquisiscono la qualifica di ETS, le amministrazioni locali possono coinvolgere in partenariati collaborativi seppur con forme diverse da quelle previste dall'art. 55 d.lgs. 117/2017 che il legislatore nazionale ha riservato agli ETS. Sulle cooperative di comunità v. P. A. Mori, J. Sforzi (a cura di), *Imprese di comunità. Innovazione istituzionale, partecipazione e sviluppo locale*, Bologna, 2018.

<sup>71</sup> Così è stata intesa dai primi commentatori: v. F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.Labsus.org*, 17 aprile 2023, che la imputa alla volontà di limitare «lo spazio di autonomia di definire l'amministrazione condivisa che va oltre il codice del

tale interpretazione, oltre che foriera di incertezze (che cosa si intende per valenza sociale? quando può dirsi spiccata?)<sup>72</sup>, non pare né giustificata né ammissibile sul piano sistematico.

Sotto il primo profilo va osservato che la tipizzazione legale delle attività di interesse generale, oggi prevista dall'art. 5 d.lgs. n. 117/2017, ha in parte ridimensionato la problematicità del rapporto tra “attività pubbliche” e “attività di interesse generale”, rispettivamente svolte e perseguiti dai cittadini attivi e dalle loro formazioni sociali<sup>73</sup>.

In particolare, il fatto che l'ambito delle “attività di interesse generale” sia legalmente predeterminato e modificabile con procedure che coinvolgono le istituzioni politiche<sup>74</sup>, assicura un filtro ‘politico-democratico’ agli spazi di possibile integrazione tra le dimensioni del pubblico e quelle del generale, nei quali possono inserirsi rapporti collaborativi tra P.A. ed ETS. Pertanto, un'ulteriore limitazione degli stessi (peraltro operata come un concetto giuridico indeterminato, suscettibile di diverse interpretazioni) non pare giustificata sul piano sistematico.

Né in senso contrario può deporre il fatto che la locuzione sia stata ripresa letteralmente dalla sentenza n. 131 del 2020. In quella sede, la Corte costituzionale utilizza l'espressione riferendosi ai margini di discrezionalità che, in base alle sentenze Spezzino e CASTA, il legislatore europeo lascia agli Stati membri nell'apprestare modelli organizzativi diversi rispetto a quelli realizzati mediante le procedure contrattuali pro-concorrenziali; e nell'argomentazione fa

---

terzo settore».

<sup>72</sup> Segnalate già nei commenti alla versione contenuta nello schema preliminare di Codice dei contratti pubblici cfr. G. MAROCCHI, A. SANTUARI, *Terzo Settore e p.a.: dal nuovo codice dei contratti pubblici più dubbi che certezze*, 16 dicembre 2022, e L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore* 12 gennaio 2023, in [www.cantiereterzosettore.it](http://www.cantiereterzosettore.it)

<sup>73</sup> Nel senso sopra richiamato al § 3.1.

<sup>74</sup> Il riferimento è al procedimento di modifica dell'elenco delle attività di interesse generale previsto nell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 117/2017. *Contra* v. D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del terzo settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, p. 545 che attribuisce natura meramente esemplificativa all'elenco legislativo, a cui si può obiettare però che se l'elenco fosse meramente esemplificativo non vi sarebbe stato motivo per disciplinare uno specifico procedimento legislativo per la sua modifica.

riferimento agli istituti della co-programmazione e co-progettazione, di cui all'art. 55 del CTS, che possono essere attivati in tutte le attività di interesse generale tipizzate dal richiamato art. 5 CTS.

Infine, e soprattutto, tale interpretazione è difficilmente sostenibile data la prevalenza gerarchica dell'art. 118, comma 4, della Costituzione in coerenza del quale la norma in commento deve essere interpretata: se gli istituti disciplinati dall'art. 6 CCP sono attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale non può che applicarsi per la realizzazione delle attività (che l'ordinamento qualifica) di interesse generale.

Per tali ragioni, pare corretto sostenere che l'inciso non è idoneo ad escludere dall'ambito di applicazione della norma gli ambiti materiali tipizzati dall'art. 5 CTS. Si dovrà perciò operare un'interpretazione costituzionalmente orientata ed attribuirgli portata estensiva, così da ritenere che possa legittimare l'attivazione di modelli di amministrazione condivisa (ulteriori a quelli previsti dal titolo VII del CTS) anche per attività che, seppur estranee all'elenco dell'art. 5 CTS, abbiano una "spiccata rilevanza sociale" in base al giudizio discrezionale dell'amministrazione procedente.

Nondimeno è facile prevedere che l'interpretazione che si affermerà (quale che sia), sarà foriera di incertezze applicative e di orientamenti difformi; motivo per cui sarebbe stato decisamente preferibile utilizzare l'espressione codificata a livello costituzionale e sarebbe auspicabile una modifica correttiva.

Rispetto ai conflitti interpretativi che potranno sorgere, si può però considerare che trattandosi di un profilo attinente ad una scelta politico-discrezionale dell'amministrazione, il sindacato giurisprudenziale non potrà riguardare il merito (se l'attività abbia o meno "spiccata valenza sociale"), ma soltanto l'adeguatezza della motivazione sul punto, nonché l'effettiva sussistenza dei caratteri e delle condizioni a cui, come vedremo subito, la norma collega la legittimità dei rapporti in esame.

## 6. I caratteri dei modelli di amministrazione condivisa secondo l'art. 6 CCP

L'art. 6 CCP qualifica gli strumenti dell'amministrazione condivisa come «modelli organizzativi privi di rapporti sinallagmatici e fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli ETS».

Se il richiamo alla dimensione organizzativa è senz'altro da apprezzare, gli altri due incisi paiono l'uno insufficiente, l'altro impreciso e perciò potenzialmente fuorvianti.

### 6.1. L'importanza del riferimento alla dimensione organizzativa

L'espressione «modello organizzativo» sembra risentire delle scelte qualificatorie compiute dalla legislazione regionale che per prima ha disciplinato il modello<sup>75</sup> e richiama la questione della loro incerta qualificazione giuridica.

Come noto, si tratta di strumenti diversi<sup>76</sup> ricondotti da alcuni Autori alla categorie degli atti non autoritativi soggetti al diritto privato (ex art. 1, comma 1-bis l. 241 del 1990)<sup>77</sup>, da Altri agli accordi di diritto pubblico (ex art. 11 e 12 l. 241 del 1990)<sup>78</sup>. Quest'ultima interpretazione, prevalente in dottrina, sembrava essere stata accolta - per gli istituti regolati dal Codice del Terzo settore - dal diritto positivo a seguito della modifica dell'art. 30 del d.lgs. 50/2016 e delle linee guida ministeriali del 2021.

---

75 Cfr. l'art. 2, co. lett. a) della L. reg. Lazio n. 10 del 2019 definisce l'amministrazione condivisa come il «modello organizzativo che, attuando il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, consente a cittadini e amministrazione di condividere risorse e responsabilità per lo svolgimento di attività di interesse generale».

76 Sul tema v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 98.

77 In questi termini, con riferimento ai patti di collaborazione v. A. GIUSTI, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, Soveria Mannelli, 2020, p. 19 ss; R.A. ALBANESE, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino, 2020, p. 247284.

78 In questi termini con riferimento ai patti di collaborazione v. F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, pp. 272-276; A. NERVI, *La gestione dei beni comuni urbani. Modelli normativi*, cit., p. 40 ss; E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2, 2019, p. 357. Per tale qualificazione applicata alle convenzioni previste dagli artt. 56 e 57 del CTS v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., p. 98.

Tuttavia, il riferimento alla dimensione organizzativa, contenuto nell'art. 6, evoca una nozione più ampia, suscettibile di dare fondamento a soluzioni applicative diverse e differenziabili in relazione ai beni e/o agli interventi che ne costituiscono l'oggetto.

È verosimile ritenere, infatti, che il “modulo organizzativo” possa essere ‘composto’, a seconda dei casi, da atti formali di diversa natura giuridica: accordi di diritto pubblico se la fattispecie richiede l'esercizio di un potere discrezionale, atti - unilaterali o consensuali - di natura non autoritativa o ancora contratti di diritto privato (con comunione di scopo, cfr. *infra* § 6.2.). In ogni caso la sottoscrizione (o l'elaborazione) dei vari atti sarà preceduta da trattative e/o procedimenti svolti in applicazione delle norme che li regolano.

Non solo. La formula elastica utilizzata può dare copertura anche a strumenti atipici (come per molto tempo sono stati gli stessi patti di collaborazione), può legittimare anche modifiche dell'organizzazione interna delle amministrazioni pubbliche, in linea con le proposte ricostruttive avanzate di recente in dottrina<sup>79</sup>.

## **6.2. La *ratio* dell'assenza di profili sinallagmatici: la “comunione di scopo” come tratto caratteristico del rapporto**

Il secondo elemento distintivo del modello, è indicato in termini negativi: deve trattarsi di moduli «privi di rapporti sinallagmatici».

È significativo al riguardo, e merita di essere valorizzato, il fatto che l'art. 6 non menzioni la categoria della non onerosità e che (diversamente dall'art. 56 CTS) non subordini i partenariati in esame alla valutazione di maggior convenienza rispetto al ricorso al mercato; ciò dimostra la volontà di non accogliere

---

<sup>79</sup> M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Ist. del federalismo*, 3, 2022, p. 573 ss; C. TUBERTINI, *Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2019, pp. 971 ss.

le improprie interpretazione che erano state prospettata dalla giurisprudenza amministrativa<sup>80</sup>.

L'inciso va dunque inteso facendo riferimento alla nozione civilistica di sinallagma, ossia diretto ad escludere che i rapporti consensuali eventualmente instaurati siano caratterizzati da corrispettività<sup>81</sup> e interdipendenza delle prestazioni<sup>82</sup>, categorie che – nell'impostazione codicistica – rappresentano degli elementi caratteristici dei contratti di scambio.

In questa prospettiva la norma è pienamente coerente con i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale ed europea in materia.

Nella sentenza n. 131 del 2020 si afferma, infatti, che il modello di amministrazione condivisa «non si basa sulla corresponsione di prezzi e di corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla *convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private* per la programmazione e la progettazione, *in comune*, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, *secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico*»<sup>83</sup>.

---

80 Cfr. il parere del Consiglio di Stato, Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 2052. Negli stessi termini Tar Toscana, 1 giugno 2020, n. 666; Tar Toscana, sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260; Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208. Con un'impropria interpretazione della categoria della gratuità, si era sostenuto che potesse considerarsi non economico, dunque 'fuori dal mercato' e sottratto alla disciplina degli appalti, soltanto il servizio gestito in perdita, sul presupposto per cui «solo la sicura esclusione di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi utilizzati dall'ente e con l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale anche se finalizzato al servizio stesso, sarebbero in grado di dimostrare l'oggettiva assenza dell'economicità del rapporto». In questa prospettiva si equiparava a un corrispettivo anche il mero rimborso delle spese effettivamente sostenute e dei costi sopportati per erogare le prestazioni. Sul punto v., tra gli altri, D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, cit., pp. 186-195.

81 Per il codice civile, infatti, la corrispettività è lo scambio reciproco di beni e servizi, attraverso un unico strumento negoziale. Sul punto v. R. SACCO, C. DE NOVA, *Il contratto*, IV edizione, Vicenza, 2016, p. 1433-1437 che richiamano A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 145.

82 Nei contratti con prestazioni corrispettive tra le prestazioni «si stabilisce (...) uno speciale nesso logico, che è la corrispettività e che consiste nella interdipendenza fra esse, per cui, ciascuna parte non è tenuta alla propria prestazione, senza che sia dovuta la prestazione dell'altra» così v. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 234; ovvero l'una prestazione, come è stato detto, è «in funzione» di quella della controparte, così v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, p. 787.

83 Cfr. Corte cost. 131 del 2020 punto n. 2.1. del *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti).

Per altro verso, dalla giurisprudenza europea emerge che un rapporto può essere escluso dall'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti soltanto se non ha natura onerosa, la quale sussiste ove «ciascuna delle parti si impegni a eseguire una prestazione in cambio di un'altra» e dunque sia pattuita la corresponsione di corrispettivi quali «controprestazioni dirette della prestazione da realizzare»<sup>84</sup>.

Da ciò deriva che affinché un rapporto consensuale non sia considerato oneroso (e quindi equiparabile all'appalto) se uno dei contraenti partecipa mediante l'erogazione di una somma di denaro, tale somma non può costituire un prezzo per gli apporti dedotti dalle altre parti, ma può soltanto andare a coprire i costi da queste effettivamente sostenuti<sup>85</sup>. Come è evidente, dunque, anche nella prospettiva della Corte di Giustizia Europea, le categorie dell'interdipendenza delle prestazioni e dell'onerosità sono strettamente legate.

Tutto ciò non significa naturalmente che nei rapporti di amministrazione condivisa debba essere assente qualsiasi profilo di scambio – perché, al contrario, eventuali impegni reciproci tra la P.A. e il privato che condividono la gestione di un servizio, potrebbero esser utili<sup>86</sup>. Quel che è necessario è che gli even-

---

84 Cfr. Corte di giustizia, 14 luglio 2022, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio* (ASADE), C-436/20, punto n. 67. In termini analoghi si veda Corte Giust. CE 12 luglio 2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti e a.*, ove è stato osservato come «il carattere oneroso del contratto si riferisca alla controprestazione erogata dalla pubblica autorità interessata a motivo della realizzazione delle opere che costituiscono oggetto del contratto di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva e che sono destinate ad entrare nella disponibilità della detta autorità». Sulla stessa linea v. Corte Giust. CE, 18 gennaio 2007, causa C-220/05, *Auroux e a.*, laddove si afferma che «l'onerosità di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata all'imprenditore a motivo della realizzazione delle opere previste dall'amministrazione aggiudicatrice»; Corte Giust. UE, 29 novembre 2007, causa C-119/06, ove si afferma che «il carattere oneroso di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata dall'autorità pubblica interessata a motivo dell'esecuzione delle prestazioni dei servizi che costituiscono oggetto del contratto e delle quali tale autorità sarà la beneficiaria».

85 Come abbiamo ricordato nei §§ 2.3-2.4., si tratta dei principi che la CGUE ha elaborato nelle sentenze Spezzino e CASTA che hanno portato il legislatore italiano a definire il regime dei rimborsi delle convenzioni tra P.A. e ETS ex artt. 56, 57 del CTS. In giurisprudenza v. da ultimo, Tar Lazio (Latina), sez. I, 28 marzo 2022, n. 280.

86 La Corte costituzionale, infatti, non esclude del tutto l'esistenza di profili sinallagmatici, afferma infatti: «la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico» (corsivi aggiunti).

tuali impegni non siano configurati in termini di corrispettività e interdipendenza (*i.e.* non devono rispondere alla logica *do ut des* o *do ut faces*) e che siano assenti finalità lucrative. Conseguentemente le somme eventualmente corrisposte dalla P.A. non possono rappresentare un “prezzo” per l’impegno profuso dal privato (e costituire per questo un utile), ma devono essere ‘indipendenti’ dallo stesso o, al più, limitarsi a coprire i costi effettivamente sostenuti e documentati<sup>87</sup>.

La *ratio* che sottende questo assetto è chiara: tutte le risorse messe a disposizione dalle parti (pubbliche e private) devono essere destinate alla realizzazione del servizio o dell’intervento, dunque devono andare a beneficio (non dei contraenti ma) dei destinatari dello stesso, ossia delle persone destinatarie dell’attività co-realizzata.

Se questo è vero, dunque, l’assenza di sinallagma si traduce (in positivo) nella necessaria natura collaborativa del rapporto, che non deve basarsi sullo scambio ma sulla “comunione di scopo”<sup>88</sup>.

---

87 In questo modo la norma è coerente anche con l’art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 che condiziona il ricorso ai partenariati collaborativi alla «sussistenza delle circostanze che, nel caso concreto, determinano *la natura effettivamente collaborativa del rapporto*» nonché al fatto che «le risorse pubbliche da mettere a disposizione degli enti del Terzo settore [non] risultino, complessivamente considerate, superiori al rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli previsti ai fini dell’esecuzione del rapporto di partenariato».

88 Come noto, la categoria dei “contratti con comunione di scopo” è stata elaborata dalla dottrina civilistica «per contrapposizione a quella dei contratti a prestazioni corrispettive (ovvero sinallagmatici o di scambio): in questi ultimi la prestazione di una parte è scambiata con la prestazione dell’altra, sicché ciascuna prestazione trova causa e giustificazione nell’altra, con la quale si trova in rapporto di reciprocità ed interdipendenza; nei primi, invece, la prestazione di una parte non è effettuata per ottenere in cambio quella dell’altra, ma tutte le prestazioni lo sono per conseguire, attraverso lo svolgimento di una successiva attività di varia natura, uno scopo comune alle parti», v. in questi termini A. FICI, *I presupposti negoziali dell’amministrazione condivisa: profili di diritto privato*, 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*, cit., p. 79; V. ROPPO, *Il contratto*, 2a ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, e P. Zatti, Milano, 2011, p.418-419. Secondo F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2019, p. 66 nei contratti con comunione di scopo «le prestazioni di ciascuna delle parti sono dirette al conseguimento di uno scopo comune e si differenziano dai contratti di scambio nei quali le parti perseguono scopi contrapposti (lo scopo del compratore è l’acquisto della cosa, quello del venditore è il conseguimento del prezzo)». Sul tema si veda anche lo studio di R. CIPRIANI, *I contratti con comunione di scopo*, Torino, Giappichelli, 2020 relativo ai contratti con comunione di scopo non diretti a costituire un organismo collettivo.

Rimane, tuttavia, da definire come far emergere, nella fonte costitutiva dei relativi rapporti, la natura collaborativa (*i.e.* la comunione di scopo); aspetto che la disposizione in esame non contribuisce a chiarire, perché – come vedremo subito – la clausola utilizzata per definire in positivo tali modelli è imprecisa e perciò potenzialmente fuorviante.

### 6.3. L'equivoco richiamo alla «condivisione della funzione amministrativa»

Il riferimento alla «condivisione della funzione amministrativa» appare improprio.

In primo luogo perché se la chiamata in sussidiarietà dei privati è senz'altro possibile nello svolgimento di attività materiali e di funzioni di prestazione<sup>89</sup>; molto più problematico è il suo riconoscimento rispetto alle funzioni di regolazione<sup>90</sup>. Ma soprattutto perché è ampiamente consolidato, in dottrina e in giurisprudenza, nonché confermato dal diritto positivo, che nel paradigma dell'amministrazione condivisa l'oggetto della condivisione tra autorità pubblica e soggetti privati non è la funzione in sé (che rimane di esclusiva titolarità pubblica), ma le modalità di esercizio della stessa<sup>91</sup>.

Nel quadro del dibattito dottrinale, nonostante non siano mancate interpretazioni che potevano apparire divergenti<sup>92</sup>, può dirsi oggi pacifico che il

89 Così v. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., p. 20, secondo cui «da sussidiarietà orizzontale non si applica alle funzioni pubbliche e cioè a quelle attività che consistono nell'imporre obblighi o divieti o nell'esentare da obblighi o divieti (naturalmente si parla di obblighi o divieti imposti naturalmente da autorità pubbliche in base a Costituzione od a leggi conformi a Costituzione)»; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., p. 12: «le attività di interesse generale sono altra cosa rispetto alle funzioni amministrative di cui al primo comma dell'art. 118, anche se in parte coincidono».

90 Cfr. A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, pp. 1031-1049.

91 Cfr., tra gli altri, A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, cit., p. 638-639; F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., p. 78; M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, cit., 114; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 7; C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, cit., pp. 22-28.

92 A. D'ATENA, *Sussidiarietà e autonomie funzionali*, in *Impresa e Stato*, 1998, nn. 44-45; F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza". Il principio di sussidiarietà nel nuovo art.118*, Comunicazione al Convegno "118: Cittadini attivi per una nuova amministrazione", Roma 7-8 febbraio 2003 pubblicato in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003.

principio di sussidiarietà orizzontale non modifica né ridimensiona il ruolo degli enti pubblici quali soggetti depositari di compiti costituzionalmente necessari, chiamati ad individuare il modo migliore per attuare in concreto gli interessi pubblici normativamente definiti.

Ciò del resto è dimostrato dalle norme positive che disciplinano strumenti di amministrazione condivisa. Si pensi ad esempio all'art. 55 del CTS, che nel disciplinare la co-programmazione e la co-progettazione, ne intesta la titolarità alla P.A. – non causalmente – definita precedente.

Nello stesso senso depone l'art. 3, comma 5, TUEL, secondo cui Comuni e Province «svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali». Come è stato osservato, «lo slittamento semantico da funzioni ad attività», operato nella disposizione, conferma che «le funzioni restano attribuite esclusivamente agli enti locali, ma le attività che le sostanziano possono essere svolte anche attraverso le iniziative dei cittadini»<sup>93</sup>.

Ciò determina almeno due significative implicazioni.

La prima è che spetta al soggetto pubblico la scelta sull'*an*, sul *quid*, sul *quomodo*, in base a valutazioni di adeguatezza nei singoli casi e con possibili differenziazioni nei diversi contesti.

La seconda è che l'attività di interesse pubblico-generale che si svolge mediante partenariato collaborativo è doverosa solo per la P.A., mentre per i privati coinvolti è il frutto di una decisione libera e dunque rivedibile e modificabile nel tempo (nei limiti, ovviamente, di eventuali vincoli consensualmente assunti). Ne deriva che la parte pubblica deve comunque essere in grado di garantire gli interventi anche nell'ipotesi in cui il privato decida di 'sfilarsi'.

Tanto considerato sul quadro costituzionale e legislativo in cui si inserisce la norma in esame, il termine «funzione amministrativa» non può che essere

---

<sup>93</sup> In questi termini v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., p. 78 che aggiunge: «è possibile sostenere che l'amministrazione condivisa delinea la ricerca di risorse ulteriori con la partecipazione dei cittadini per svolgere al meglio le proprie funzioni».

inteso in senso a-tecnico e gli atti che daranno attuazione ai relativi moduli organizzativi non potranno che prender atto delle diverse responsabilità di soggetti pubblici e di soggetti privati.

Ciò non toglie che sarebbe stato preferibile usare una diversa espressione, che richiamasse «la *collaborazione* all'esercizio delle attività»; scelta che peraltro sarebbe stata coerente, sul piano sistematico, con quanto affermato nella sentenza n. 131/2020 (che come ricordato fa riferimento alla «*convergenza di obiettivi e ...aggregazione di risorse pubbliche e private*»), con quanto previsto nella recente disciplina sui servizi pubblici locali (cfr. art. 18, d.lgs. n. 201/2022), e, più in generale, con il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1 l. 241/1990 che ha codificato il principio di collaborazione nel rapporto amministrativo<sup>94</sup>.

## **7. Le condizioni di ammissibilità**

L'ultima parte della norma, anche in questo caso richiamando quasi letteralmente la sentenza n. 131 del 2020, pone le condizioni di ammissibilità del modello.

Con la previsione per cui è necessario che i moduli in questione «contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali» si pone un criterio di adeguatezza sostanziale diretto ad orientare il soggetto pubblico nella scelta.

Ciò è conforme non solo alle definizioni giurisprudenziali e dottrinali del modello, ma anche al principio di cui è espressione. Opera, infatti, per la sussidiarietà orizzontale il medesimo criterio che vale per la sussidiarietà verticale, ossia l'adeguatezza dell'intervento in sussidiarietà allo scopo determinato<sup>95</sup>. Spetterà, dunque, agli enti pubblici responsabili definire le finalità da perseguire

---

<sup>94</sup> Cfr. l'art. 1, comma 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

<sup>95</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit.. Sui rapporti tra principio di adeguatezza e principio di sussidiarietà verticale v. M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione* in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 283 ss.

e i parametri su cui misurare l'*idoneità alle attività da co-realizzare* tanto dei soggetti privati che degli istituti giuridici individuati, dandone specifica motivazione<sup>96</sup>.

Al riguardo possono essere d'aiuto le tecniche elaborate dalle scienze economico-aziendali, e sempre più consolidate a livello interno e internazionale<sup>97</sup>, sugli strumenti di misurazione dell'impatto sociale delle attività con finalità solidaristiche; strumenti che aprono ulteriori spazi di valutazione tecnica, con quel che ne deriva in termini di sindacabilità in sede giurisdizionale<sup>98</sup>. È significativo però, e merita di essere sottolineato, che si faccia riferimento alla categoria dell'effettività – che rafforza il criterio di adeguatezza – e che non sia stata riproposta la problematica clausola (contenuta nell'art. 56 CTS) della maggior convenienza «rispetto al ricorso al mercato» che, seppur 'riallineata' al sistema in via interpretativa<sup>99</sup>, è foriera di un'idea (dis-paritaria) dei rapporti tra esternalizzazione e partenariati collaborativi che il nuovo codice dei contratti pubblici supera del tutto.

Le altre due condizioni imposte dalla norma riguardano invece elementi procedurali.

In primo luogo si prescrive che gli Enti del Terzo Settore con cui la P.A. intende avviare il rapporto collaborativo siano scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione e trasparenza.

---

96 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 2018, p. 216-217, *op. cit.*, 2020, p. 22, nota n. 70.

97 V. il Dossier *Valutazione e dintorni*, in *Impresa sociale*, 1, 2022 (<https://www.rivistaimpresasociale.it/dossier/valutazione-e-dintorni>) e il report dell'OCSE, *Social Impact Measurement for the Social and Solidarity Economy*, 2021 reperibile al seguente indirizzo: <https://www.oecd.org/cfe/leed/social-economy/social-impact-measurement-for-the-sse.htm>.

98 Sul tema del potere di valutazione tecnica rimangono fondamentali per l'impostazione del problema i volumi di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Trento, 1995. Da ultimo si vedano i contributi raccolti in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021.

99 In base alla tesi secondo cui la valutazione della maggiore convenienza delle convenzioni rispetto al «ricorso al mercato», prevista dall'art. 56 del CTS, non deve tenere conto solo del parametro economico ma anche di indicatori di efficacia sociale. In questi termini cfr. A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici*, cit., p. 161; A. LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra P.A. e terzo settore nel sistema delle fonti*, in A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti fra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, cit., p. 42. Tale interpretazione è stata accolta nelle Linee Guida del Min. del Lavoro, adottate con D.M n. 72 del 2021.

La previsione è di piana interpretazione e del tutto coerente sul piano sistematico. Gli istituti disciplinati dal Codice del Terzo Settore (che l'art. 6 richiama nella seconda parte), soddisfano già le esigenze di imparzialità e trasparenza, richiedendo lo svolgimento di procedure comparative, sulla base di criteri predeterminati sottoposti a obblighi di pubblicità. Il richiamo in questa sede vale perciò a indicare che eventuali altri istituti, che siano posti in essere sulla base di questa norma generale, dovranno rispondere ai medesimi principi.

### **7.1. Il senso del rinvio al principio del risultato**

Più problematico è, invece, il riferimento al principio del risultato sia perché quest'ultimo si riferisce espressamente alle procedure di affidamento dei contratti pubblici sia perché i modelli di amministrazione condivisa appaiono antitetici rispetto ad alcuni valori richiamati nell'art. 1 del codice, quali la regolazione pro-concorrenziale e il raggiungimento di alcuni obiettivi dell'Unione Europea (*i.e.* tutela delle libertà economiche, principio della massima apertura al mercato).

Per tali ragioni, in alcuni commenti è stato paventato il rischio di una interpretazione riduttiva di questo inciso che potrebbe portare a «ritenere che il principio del risultato imponga una sorta di comparazione fra ricorso all'amministrazione condivisa e applicazione degli istituti del codice dei contratti pubblici: vale a dire, in tanto si può applicare l'amministrazione condivisa in quanto, comunque, gli esiti siano equivalenti»<sup>100</sup>.

Un tale approdo non è però sostenibile posto che, come rilevato dallo stesso commentatore citato, negherebbe la *ratio* stessa dell'amministrazione condivisa. Inoltre è apertamente smentita dalla relazione illustrativa dello schema definitivo di codice, in cui l'articolo 6 è presentato come applicazione di un modello equi-ordinato ma alternativo a quello dei contratti pubblici<sup>101</sup>. Di con-

<sup>100</sup> Così v. L. GORI, *Come il codice dei contratti pubblici riconosce il rapporto con il Terzo settore*, 16 maggio 2023 in <https://www.cantiereterzosettore.it/>

<sup>101</sup> Cfr. la relazione illustrativa *Relazione agli articoli e agli allegati* pp. 18-20 disponibile qui: [https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019\\_F001.pdf&leg=XIX](https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019_F001.pdf&leg=XIX)

seguenza non è possibile procedere ad una comparazione per i molti aspetti (tempi e modi di coinvolgimento dei partner privati, costi, durata etc.) che differenziano nettamente i moduli di amministrazione condivisa dagli istituti disciplinati dal codice dei contratti pubblici. Merita invece considerazione un'altra lettura, in base alla quale ai rapporti di amministrazione condivisa si applicherebbe soltanto il comma 4 dell'art. 1 CCP<sup>102</sup>, il cui richiamo opererebbe in termini di rafforzamento «della responsabilità dei funzionari pubblici intenzionati a ricorrere all'amministrazione condivisa, che grazie all'art. 6 potrebbero così motivare e spiegare il ricorso alla soluzione concreta di amministrazione condivisa, senza dover per forza ricercare l'appiglio specifico legislativo a cui ancorare la scelta»<sup>103</sup>.

Questa seconda interpretazione pare condivisibile, almeno in parte. L'idea, infatti, è che l'art. 1 del codice dei contratti non possa essere considerato applicabile nella sua interezza perché i valori che esprime e gli obiettivi che pone devono essere necessariamente calati sulle caratteristiche dei partenariati collaborativi e, dunque, devono essere interpretati in modo coerente con le finalità che con questi si intende perseguire. Questa convinzione si fonda su due ordine di ragioni.

Come osservato, dalla relazione illustrativa emerge che gli istituti di amministrazione condivisa sono attuazione degli spazi di discrezionalità lasciati agli Stati membri e sottratti all'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti<sup>104</sup>. Pertanto, anche in base a tale documento (che esprime l'intenzione del legislatore) si ricava che rispetto ai rapporti a cui si applica l'art. 6 non possono

---

102 Cfr. Part. 1, comma 4, CCP: «Il principio del risultato è il criterio attraverso cui si stabilisce l'esercizio del potere discrezionale e l'individuazione della regola da applicare al caso concreto al fine di valutare la responsabilità del personale e l'attribuzione degli incentivi secondo la contrattazione collettiva».

103 F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.Lab-sus.org*, 17 aprile 2023.

104 La relazione illustrativa richiama espressamente: i Considerando nn. 28, 117 e 118 della direttiva 2014/24; l'art. 10, lettera h), della stessa direttiva, intitolato «Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi»; l'art. 77 della direttiva citata, intitolato «Appalti riservati per determinati servizi» e le sentenze del CGUE sui casi CASTA del 2016, *Falck* del 2019 e *Italy Emergenza Cooperativa Sociale* del 2022.

operare direttamente i principi del comma 3 dell'art. 1, riferiti espressamente al settore dei contratti pubblici.

Nello stesso senso depone il richiamo espresso nell'art. 6 ai principi di sussidiarietà orizzontale (che ha insito il valore della prossimità) e quello di solidarietà sociale (cui si lega il richiamo all'assenza di finalità utilitaristiche), così come altre espressioni inserite (o non inserite) nel testo della norma (v. §§ 6.2.) che rendono immediatamente chiaro che, rispetto a tali istituti, alcuni valori richiamati dall'art. 1 sono necessariamente recessivi.

In definitiva, anche a voler ritenere che l'art. 1 sia applicabile nella sua interezza, è possibile sostenere che le regole in esso contenute devono essere calibrate sulle caratteristiche dei moduli di amministrazione condivisa.

Pertanto, dal momento che il rispetto delle esigenze di imparzialità, trasparenza e buon andamento (richiamate nell'art. 1 CCP) è imposto già dallo stesso art. 6, il rinvio al principio del risultato serve a precisare che anche quando l'amministrazione realizza un servizio mediante un partenariato collaborativo con un Ente del Terzo Settore l'obiettivo primario che deve perseguire è la individuazione della soluzione che garantisca la migliore e più celere<sup>105</sup> soddisfazione degli interessi dei cittadini a cui quell'attività è rivolta. Eventuali altri obiettivi, che pur possono orientare l'amministrazione nella scelta (*ivi* compreso il *favor* verso il privato *non profit*), assumono carattere strumentale rispetto all'obiettivo principale di erogazione del miglior servizio a favore degli amministratori.

## **8. Considerazioni conclusive**

In conclusione, al netto delle incoerenze e dei 'disallineamenti' sistematici su cui ci siamo soffermati – e che in alcuni casi (v. §§ 5. e 6.3) meriterebbero interventi di modifica da parte del legislatore – il nuovo codice dei contratti pub-

---

<sup>105</sup> Fermo restando che, per le ragioni indicate nel testo, anche la valutazione dell'esigenza di tempestività va svolta tenendo conto delle caratteristiche dei rapporti collaborativi: sulla base di valutazioni comparative tra strumenti omogenei nonché secondo un criterio di proporzionalità dei mezzi individuati rispetto alle finalità che l'ente pubblico intende realizzare.

blici rappresenta un passaggio significativo per il consolidamento normativo degli strumenti di amministrazione condivisa.

In primo luogo, perché il combinato disposto degli artt. 6 e 7, comma 1, conferma che nella realizzazione delle attività e dei servizi di cui sono responsabili le pubbliche amministrazioni sono discrezionalmente libere di scegliere fra due forme di gestione alternative ma del tutto equi-ordinate. Una modalità di gestione esternalizzata, che valorizza i principi di efficienza economica e concorrenza tra operatori economici secondo le logiche di mercato, e una modalità di gestione collaborativa, che valorizza i principi di solidarietà e di collaborazione.

In secondo luogo, perché l'art. 6 contribuisce a chiarire che i tratti caratterizzanti di questa seconda modalità sono: cooperazione e assenza di sinallagma. Ciò significa che gli atti giuridici posti in essere per la costituzione dei rapporti, quale che sia la loro natura giuridica, non rispondono alla funzione dello scambio (*do ut des - do ut facies*), ma a quello della “comunione di scopo” ovvero della condivisione (di diritti, obblighi e responsabilità) per la realizzazione in comune di un determinato intervento.

Ciò implica, dal lato del soggetto pubblico, la necessità di collaborare con il privato sia nella fase di definizione che in quella di esecuzione e realizzazione del servizio dell'intervento, continuando ad essere parte attiva e co-responsabile diretta della gestione anche nella fase di esecuzione. E in questo risiede, a mio giudizio, la principale potenzialità di questi nuovi partenariati collaborativi che – se correttamente attuati - possono davvero rappresentare una “terza via” tra la erogazione diretta dei servizi (spesso non sostenibile sul piano economico-finanziario) e la loro esternalizzazione. Una terza via che – merita evidenziare – nel settore sociale (ri)avvicina l'organizzazione dei servizi al progetto costituzionale che li prevede sotto la diretta responsabilità (anche gestionale) delle istituzioni pubbliche.

L'effettiva riuscita del modello si gioca però sulla capacità di definire in concreto, nel quadro dei singoli rapporti, gli elementi che definiscano l'assetto di interessi in termini di comunione di scopo e di co-responsabilità in tutte le fasi (dalla progettazione fino alla esecuzione), nonché di individuare i meccanismi rimediali più adeguati<sup>106</sup>. Le linee guida ministeriali (d.m. 31 marzo 2021, n. 72) offrono alcune indicazioni utili in tal senso, ma la prassi applicativa dimostra che le amministrazioni non sono ancora sufficientemente consapevoli e competenti in materia<sup>107</sup>. Anche per questo motivo è positivo che il codice dei contratti pubblici contribuisca a legittimare questo nuovo modello di partenariato, che si pone in linea con i più recenti sviluppi sovranazionali in materia di promozione dell'economia sociale<sup>108</sup> e a cui è auspicabile che le amministrazioni facciano ampio ricorso.

---

106 Si tratterà di individuare gli eventuali contenuti e i rimedi, da azionare qualora venga meno l'accordo tra le parti, che siano coerenti con la natura collaborativa del rapporto. Non si ignora che non si tratta di un'operazione semplice, posto che la categoria dei contratti con comunione di scopo riceve solo saltuaria considerazione nel codice civile (es. art. 1420 c.c.), salvo che non si tratti di contratti associativi costitutivi di una persona giuridica, caso nel quale si applicherà la disciplina propria della figura istituita. Pertanto, per i contratti che non costituiscono una autonoma figura soggettiva, per la qualificazione dell'assetto negoziale e l'individuazione della disciplina applicabile, seguendo il metodo tipologico (su cui v. R. SACCO, C. DE NOVA, *Il contratto*, IV edizione, Vicenza, 2016, p. 1401-1432) sarà necessario innanzitutto procedere in negativo, escludendo le norme incompatibili (*i.e.* quelle esplicitamente riferite o riferibili ai contratti di scambio), e poi operare un raffronto con lo schema tipo (o parti dello schema tipo) dei contratti associativi; fermo restando, naturalmente, che la qualificazione operata dalle parti è soggetta al controllo giudiziale. Si tratta di una prospettiva tutta da esplorare, su cui non è possibile impegnarsi in questa sede, ma che pare decisiva per l'effettiva realizzabilità dei partenariati collaborativi.

107 Cfr. A. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, cit., p. 661; G. MAROCCHI, *Il peggior nemico dell'amministrazione condivisa*, in *forum di Impresa sociale*, 21 ottobre 2022, (<https://www.rivistaimpresasociale.it/forum/articolo/il-peggior-nemico-dell-amministrazione-condivisa>) che illustrando un caso, afferma: «il peggior nemico dell'amministrazione condivisa sono le co-progettazioni fatte male, quelle che sembrano appalti, quelle in cui si deve competere più che collaborare».

108 Cfr. la proposta di *Raccomandazione del Consiglio sullo sviluppo di condizioni quadro per l'economia sociale*, del 29 settembre 2023 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13287-2023-INIT/it/pdf>) che rappresenta un'altra importante tappa del percorso di promozione dell'Economia Sociale, iniziato con il lancio del Piano d'Azione per l'Economia Sociale da parte della Commissione nel dicembre 2021 (*Social Economy Action Plan UE* <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1537&langId=en>), e portato avanti con la risoluzione dell'OIL (v. *Resolution concerning decent work and the social and solidarity economy*) del giugno 2022, la raccomandazione della commissione sul Percorso di Transizione per l'Economia Sociale e di Prossimità (*Transition Pathway for the Proximity and Social Economy*) del novembre 2022 e la risoluzione delle Nazioni Unite (*Promoting the social and solidarity economy for sustainable development*) dell'aprile 2023.