

Osservatorio Politiche pubbliche per le Autonomie

Osservatorio Politiche pubbliche per le Autonomie

Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a referaggio (*blind peer review*)
.

Direttore: prof. Francesco Manganaro, professore ordinario di Diritto amministrativo e pubblico, Università Mediterranea di Reggio Calabria

Condirettori

Prof. Giuseppe Tropea, prof.ssa Vincenza Caracciolo La Grotteria

Comitato scientifico

Francesco Astone, Jean Bernard Auby, Estefania Maria de Quiroz Barboza; Antonio Barone, Vittoria Berlingò, Carlos Botassi, Giuseppe Caia, Marco Calabrò, Marco Cammelli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Guido Corso, Fulvio Cortese, Angela Costaldello, Carlos Balbín, Carlos Botassi, Maria Teresa Carballeira Rivera, Sabino Cassese, Mario P. Chiti, Maria Cristina Cavallaro, Giovanna Colombini, Giandomenico Comporti, Alfredo Contieri, Maria De Benedetto, Giacinto della Cananea, Daria de Pretis, Marina D'Orsogna, Marco Dugato, Enrico Follieri, Fabrizio Fracchia, Fabio Francario, Gabriella De Giorgi Cezzi, Diana Urania Galetta, Carlo Emanuele Gallo, Loredana Giani, Marcella Gola, Guido Greco, Nicola Gullo, Maria Immordino, Roberta Lombardi, Marco Mazzamuto, Fabio Merusi, Giuseppe Morbidelli, Remo Morzenti Pellegrini, Nino Paolantonio, Sergio Perongini, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Pier Luigi Portaluri, Margherita Ramajoli, Mauro Renna, Anna Romeo, Fabio Saitta, Aldo Sandulli, Maria Alessandra Sandulli, Franco Gaetano Scoca, Anna Simonati, Mario Spasiano, Fabrizio Tigano, Michele Trimarchi, Bruno Tonoletti, Francesco Tuccari, Jacques Ziller.

Comitato editoriale

Rocco Parisi; Giuseppe Carlo; Cristina Fragomeni; Francesca Saraceno; Debora Bellocco

Osservatorio Politiche pubbliche per le Autonomie

Fascicolo 1/2025

In questo numero del fascicolo vengono affrontati alcuni dei temi centrali del diritto pubblico e privato contemporaneo. Si apre con un approfondimento dedicato alla storia e all'evoluzione delle istituzioni degli enti locali, per poi passare all'analisi dell'organizzazione amministrativa nelle sue principali articolazioni. Uno spazio specifico è riservato all'istituto del whistleblowing, strumento ormai essenziale per la tutela della legalità e la prevenzione della corruzione.

Si esaminano inoltre le peculiarità degli enti pubblici in forma societaria, mettendo in luce le dinamiche che caratterizzano questo modello gestionale. Segue un contributo sugli appalti pubblici, con particolare attenzione ai criteri di determinazione della base d'asta.

Chiude il fascicolo una riflessione sul diritto di famiglia alla luce della riforma Cartabia, che ha introdotto significative innovazioni nei procedimenti e nelle tutele.

L'insieme dei contributi offre così un quadro articolato e aggiornato su questioni di crescente rilevanza per studiosi, operatori e amministratori.

INDICE

- ***Gli enti pubblici***, di F. Manganaro, p. 3 – 13;
- ***L'organizzazione amministrativa***, di F. Manganaro, p. 14 - 21;
- ***Il whistleblowing: un istituto in evoluzione tra riflessioni dottrinali e novità giurisprudenziali***, di A. Ripepi, p. 22 – 31;
- ***Gli enti pubblici in forma societaria***, di R. Parisi, p. 32 - 43;
- ***La determinazione della base d'asta su cui applicare il ribasso: il risvolto sociale dei costi della manodopera***, di G. Scotti, p. 44 – 52;
- ***Il diritto di famiglia alla luce della Riforma Cartabia: profili sostanziali***, di A.G. Caloiero, p. 53 - 66.

Gli enti locali

Francesco Manganaro

ABSTRACT

Il contributo analizza l'evoluzione del principio di autonomia nel sistema istituzionale italiano, dalle sue origini ottocentesche, segnate dal centralismo amministrativo del Regno sabaudo e poi dello Stato unitario, fino alla piena affermazione del modello autonomistico nella Costituzione repubblicana e nelle successive riforme. Vengono ripercorse le principali tappe normative – dalla legge comunale e provinciale del 1865 alla legge n. 142/1990, fino alla riforma del Titolo V del 2001 e alla legge Delrio del 2014 – evidenziando il progressivo riconoscimento delle autonomie territoriali e funzionali e la ridefinizione dei rapporti tra Stato e enti locali. Particolare attenzione è dedicata al principio di sussidiarietà e al nuovo assetto delle funzioni amministrative tra i diversi livelli di governo.

ABSTRACT [EN]

The paper analyzes the evolution of the principle of autonomy within the Italian institutional system, from its 19th-century origins marked by the administrative centralism of the Savoy Kingdom and the early unified State, to the full affirmation of the autonomist model in the Republican Constitution and subsequent reforms. It retraces the main legislative milestones—from the Municipal and Provincial Law of 1865 to Law No. 142/1990, the 2001 constitutional reform of Title V, and the Delrio Law of 2014—highlighting the progressive recognition of territorial and functional autonomies and the redefinition of relations between the State and local authorities. Particular attention is given to the principle of subsidiarity and to the new distribution of administrative functions among the different levels of government.

Gli enti locali

Francesco Manganaro*

SOMMARIO: 1. Il principio autonomistico. 2. La struttura amministrativa precedente alla Costituzione. 3. L'autonomia nella Costituzione repubblicana. 4. La riforma degli enti locali nella legge 8 giugno 1990, n. 142. 5. La riforma del titolo V della Costituzione. 6. La funzione amministrativa tra Stato ed autonomie locali. 7. La funzione amministrativa degli enti locali.

1. Il principio autonomistico

Il principio di autonomia caratterizza il nostro ordinamento istituzionale.

Al termine **autonomia** sono stati attribuiti molteplici significati, ma qui si intende per autonomia istituzionale, la capacità dell'ente di individuare gli interessi che intende tutelare, avendo capacità di emanare proprie norme (autonomia normativa), di poter avere un'organizzazione (autonomia organizzativa) e risorse proprie (autonomia finanziaria)¹. Tra enti autonomi non possono sussistere rapporti di gerarchia, ma di pariordinazione, anche se l'ordinamento può prevedere forme di sostituzione dell'ente autonomo che non compia le sue funzioni.

Hanno autonomia istituzionale sia gli enti territoriali che quelli per cui il territorio non è elemento costitutivo. Sono **enti autonomi territoriali** lo Stato, le Regioni, le Province, le Città metropolitane, i Comuni: il territorio è anche il limite entro cui i loro atti hanno efficacia. Sono **enti autonomi non territoriali**, ad esempio, le Università, le istituzioni scolastiche, le Camere di commercio.

Per **autonomie locali** o governi locali si intendono quei particolari enti territoriali che godono di autonomia politica ed hanno organi rappresentativi della volontà popolare².

L'autonomia istituzionale è la capacità di un soggetto pubblico di avere un proprio indirizzo politico - amministrativo, individuando autonomamente gli interessi da perseguire e godendo di propria capacità finanziaria ed organizzativa. L'autonomia istituzionale degli enti locali si configura come un vero governo locale, poiché <<l'organo fondamentale degli enti locali territoriali è il popolo in corpo elettorale>> (Giannini)³, cosicché essi attingono dalla propria comunità la legittimazione ad un autonomo indirizzo politico-amministrativo, anche in contrasto con quello statale.

L'evoluzione storica degli enti locali nel nostro ordinamento è stata caratterizzata da un conflitto tra accentramento statale ed autonomia dei governi locali. La legislazione statale uniforme è il presupposto di un accentramento istituzionale, che riconduce tutta l'attività amministrativa allo Stato; le esigenze autonomistiche vengono invece garantite da una legislazione che consente un regime giuridico differenziato, adattabile da ogni governo locale alle proprie esigenze.

Le vicende storiche dell'autonomia istituzionale nel nostro ordinamento coincidono con la storia stessa del diritto amministrativo e la discussione sull'autonomia riflette le diverse opinioni sulla natura del diritto amministrativo in uno Stato nazionale. Nelle ricostruzioni teoriche che identificano il diritto con lo Stato (V.E. Orlando)⁴, non vi è posto per l'autonomia istituzionale: la gerarchia delle fonti crea la supremazia della legge statale, ponendo gli enti territoriali in una condizione di

* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi Mediterranea di Reggio Calabria.

¹ G. Berti, *Art. 5*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), I, 1975, 277. Sul punto: M.S. Giannini, *Autonomia (teoria gen. e dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959; A. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 30 ss.; R. Bifulco, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 132 ss.; F. Benelli, *Art. 5*, in *Commentario breve alla Costituzione* (a cura di S. Bartole - R. Bin), Padova, 2008.

² S. Romano, *Il Comune*, 1908 ed ora in *Scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, 426 ss.; P. Aimò, *Stato e poteri locali in Italia. Dal 1948 a oggi*, Roma, 2010, 31.

³ M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano 1970.

⁴ V. E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, II^a ed., Firenze, 1982.

soggezione. A questa visione si contrappone quella istituzionale, che valorizza le collettività locali come soggetti dotati di autonomia giuridica (Santi Romano)⁵.

Per questo è necessario ricostruire, seppure per cenni, la complessa storia degli enti locali dall'Unità d'Italia fino ai nostri giorni.

2. La struttura amministrativa precedente alla Costituzione

Il modello amministrativo del Regno sardo piemontese, archetipo del futuro modello nazionale, ha una rigida struttura centralistica, ben rappresentata dalla legge 23 marzo 1853, n. 1483, che stabiliva un'articolazione dell'amministrazione centrale attorno ai Ministeri, mentre quella periferica prevedeva la nomina di un prefetto, cui spettava il potere di vigilare sugli enti locali della provincia, cosicché gli enti locali erano sottoposti al rigido controllo dello Stato⁶.

Per quanto concerne gli enti locali, il r.d. 23 ottobre 1859, n. 3702 (cd. decreto Rattazzi) regolava l'amministrazione locale del Regno di Sardegna, suddividendo il territorio, sul modello francese, in province, circondari, mandamenti e comuni. Ogni provincia era guidata da un governatore (poi rinominato, col r.d. n. 250 del 1860, Prefetto), nominato dal re, che non solo era organo periferico dello Stato, ma anche capo dell'esecutivo provinciale. Anche il Sindaco era di nomina regia, benché il consiglio fosse elettivo.

La l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. a) è la prima legge comunale e provinciale dello Stato unitario⁷ ed estende a tutto il nuovo Stato nazionale il preesistente sistema accentrato, sottoponendo tutti gli enti locali alle stesse limitazioni previste nello Stato sardo piemontese. Si assiste ad uno svuotamento di funzioni delle amministrazioni periferiche, che pure non vengono soppresse, conservando formalmente il potere statutario⁸ o i caratteri degli antichi liberi Comuni⁹. Si ripropone la distinzione territoriale in circondari, mandamenti e comuni ed il prefetto resta l'organo governativo per eccellenza, con vastissimi poteri di controllo e coordinamento dell'attività delle province, oltre ad essere anello di collegamento tra istanze localistiche e controllo centrale¹⁰.

Tale accentramento veniva ritenuto necessario in questa fase per realizzare un apparato statale unitario più adeguato alle nuove esigenze dello Stato unitario¹¹. Per questo tutta l'organizzazione amministrativa era improntata in funzione centralistica, sulla base di ben precise scelte politiche, tanto che solo quattro Ministeri avevano strutture periferiche proprie. Per il resto, le attività, come il controllo dell'ordine pubblico e il controllo degli enti locali, rientravano nella rete capillare delle prefetture nelle province e delle sottoprefetture nei circondari¹².

L'insofferenza degli enti locali verso il rigido controllo statale portò Cavour alla istituzione di una commissione presso il Consiglio di Stato a cui affidò il compito di procedere ad una riforma amministrativa che tenesse conto delle istanze centralistiche così come di quelle della periferia: in questa occasione il ministro Farini propose, senza successo, l'istituzione delle regioni come unione di più province.

Fu il governo Crispi che, nel corso del biennio 1888-1890, varò una serie di leggi con le quali riuscì a realizzare la c.d. 'seconda unificazione amministrativa', che di fatto rafforzava massicciamente il potere dell'esecutivo sull'organizzazione dell'amministrazione pubblica, benché modificasse in senso autonomistico l'organizzazione locale. Con la l. 30 dicembre 1888, n. 5865, la

⁵ S. Romano, *Il Comune*, 1908 ed ora in *Scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, 426. E tuttavia anche questa teoria, pur configurando gli enti territoriali come originari, li considera enti autarchici di sola amministrazione

⁶ S. Sepe (a cura di), *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana*, Roma, 2007, p. 50 e ss..

⁷ F. Staderini, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2005, p. 35.

⁸ F. Fabrizzi, *La Provincia: storia istituzionale dell'ente locale più discusso. Dall'unificazione amministrativa alla caduta della Destra storica*, in www.federalismi.it.

⁹ G. Galasso, *Comune (storia)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, p. 169; F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, Firenze, 2008, 8 e ss..

¹⁰ S. Sepe, *op. cit.*, 71

¹¹ P. Aimò, *Stato e poteri locali in Italia. Dal 1948 a oggi*, Roma, 2010, 31.

¹² S. Sepe, *op. cit.*, 70 ss.

Deputazione provinciale divenne elettiva con un proprio presidente, che non era più il prefetto; il sindaco, non più di nomina regia, veniva eletto dal consiglio comunale per i comuni capoluogo di provincia o con più di 10.000 abitanti.

Nonostante le riforme, la situazione non mutò, visto che l'autonomia locale, almeno fino alla fine dell'Ottocento, continuava ad essere fortemente soggetta al controllo del governo e l'esercizio della funzione amministrativa era rigidamente uniforme in tutto il territorio nazionale. La scelta di sottoporre tutti gli enti locali ad una disciplina unitaria non solo favorì l'accentramento statale, ma soprattutto non tenne conto che le diverse dimensioni, storie, tradizioni e collocazioni geografiche degli enti locali avrebbero richiesto una disciplina differenziata, come peraltro già notava la dottrina più avveduta¹³.

La centralizzazione statale divenne ancora più evidente nel periodo fascista. In base alle leggi 4 febbraio 1926, n. 237 e 27 dicembre 1928, n. 2962, gli organi comunali vennero sostituiti dal podestà ed dalla consulta comunale, mentre quelli della Provincia divennero il preside ed il rettore: tutti i quattro organi erano di nomina governativa, venendo meno così ogni rappresentatività del corpo elettorale locale.

Il Testo unico sugli enti locali r.d. 3 marzo 1934, n. 383 armonizzò l'intero sistema amministrativo alla nuova realtà istituzionale, consolidando definitivamente i principi del centralismo, della netta subordinazione del potere legislativo a quello esecutivo, prendendo apertamente atto dell'abolizione delle elezioni. Il Prefetto assumeva il ruolo fondamentale di rappresentante del Governo e di controllo sugli enti locali, con poteri che gli consentivano di annullare gli atti o di sciogliere gli organi e tutto ciò non soltanto sulla base di un controllo di legittimità, ma di un vero e proprio controllo di merito. Perciò, ogni potere autonomistico scompariva nell'omogeneità ed uniformità dell'amministrazione statale¹⁴.

3. L'autonomia nella Costituzione repubblicana

La situazione cambia radicalmente con l'avvento della Repubblica. Dal dibattito sviluppatosi in Assemblea costituente tra le diverse ipotesi di governo locale emerge una formula assai articolata di livelli di governo sub statali, più adeguata alle nuove esigenze rappresentative dei singoli territori¹⁵.

L'art. 5 della Costituzione del 1948 non solo riconosce e valorizza le autonomie locali, ma impone alla Repubblica di adeguare <<i>i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento</i>>. La forza di tale previsione è tale che l'art. 5 Cost. è stata definito <<norma guida della lettura di tutta la Costituzione>>¹⁶.

Il sistema di governo locale viene strutturato nel Titolo V della parte seconda della Costituzione, con l'istituzione *ex novo* di un nuovo livello di governo, le Regioni, e la conferma dei preesistenti enti locali.

Il costituente tenta di risolvere il contrasto tra unità ed autonomia attraverso la previsione di una legge statale generale di principi (art. 128 Cost.), che, uniforme su tutto il territorio nazionale, lasci comunque agli enti locali un ampio margine di regolamentazione propria, in nome di una differenziazione territoriale per consentire a questi enti di tutelare e realizzare autonomamente i propri interessi.

¹³ S. Romano, *Il Comune*, cit., 436

¹⁴ Cfr. P. Aimo, *op. cit.*, 59 ss.; F. Bonini, *op. cit.*, 46 ss.; S. Sepe, *op. cit.*, 13 ss.

¹⁵ M.S. GIANNINI, *Autonomia (teoria gen. e dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959; A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 30 ss.; R. BIFULCO, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 132 ss.; F. BENELLI, *Art. 5*, in *Commentario breve alla Costituzione* (a cura di S. Bartole - R. Bin), Padova, 2008.

¹⁶ G. Berti, *Art. 5*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), I, 1975, 277. Sul punto: M.S. Giannini, *Autonomia (teoria gen. e dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959; A. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 30 ss.; R. Bifulco, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 132 ss.; F. Benelli, *Art. 5*, in *Commentario breve alla Costituzione* (a cura di S. Bartole - R. Bin), Padova, 2008.

Tuttavia, la forza dirompente del principio autonomistico sancito dal Costituente viene attenuato dall'inerzia del legislatore ordinario.

Le Regioni vengono istituite solo nel 1970 ed il reale trasferimento di funzioni avviene ancora dopo con i decreti legislativi 616 e 617 del 1977. Per concretizzare l'autonomia comunale prevista dall'art. 128 Cost. bisognerà aspettare addirittura la l. 8 giugno 1990 n. 142, che riforma gli enti locali, ancora sottoposti, fino a quel momento, al vecchio T.U. n. 383 del 1934.

E' evidente che il sistema autonomistico, previsto dal costituente, inizia a svilupparsi con significativi ritardi in un sistema amministrativo ancora fortemente accentrato, sebbene la dottrina già osservi che una politica autonomistica sia l'unica strada per garantire la crescita democratica dell'ordinamento repubblicano, per un pluralismo comunitario, in cui la funzione amministrativa venga svolta da tutti i soggetti dell'ordinamento, senza che la sovranità costituisca elemento costitutivo solo dello Stato¹⁷.

4. La riforma degli enti locali nella legge 8 giugno 1990, n. 142.

La riforma degli enti locali del 1990 costituisce una effettiva rottura col passato, nonostante gli inevitabili limiti di una legislazione che, per la prima volta dal 1865, intende attuare una vera autonomia locale, dando concretezza al dato costituzionale.

Invero, la riforma era stata preceduta e, perciò, influenzata dalla **Carta europea delle autonomie locali**, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1985 e ratificata nel nostro Paese con l. 30 dicembre 1989, n. 439¹⁸.

L'art. 3 della Carta configura innovativamente l'autonomia locale come il diritto e la capacità effettiva delle collettività locali di regolamentare ed amministrare una parte importante degli affari pubblici. L'autonomia connessa alle **collettività locali** - e non agli enti che le rappresentano - attribuisce ad esse titolarità giuridica.

L'art. 3 della Carta aggiunge ancora che le funzioni vengono attribuite alle collettività locali <<nell'ambito della legge>> ed <<a favore della popolazione>>: il primo inciso va ovviamente interpretato come il potere di enti sovralocali di dettare principi generali a garanzia di livelli essenziali di prestazioni analoghi per tutte le collettività locali; il secondo inciso introduce la necessità che l'attività amministrativa (tutta, ma in maniera più evidente, quella degli enti più prossimi ai cittadini) abbia come fine di compiere attività volte a realizzare le esigenze della popolazione, introducendo come metro di giudizio delle attività e degli atti la rispondenza ai bisogni sociali¹⁹.

L'art. 4 c. 3 della Carta continua nella profonda innovazione normativa quando afferma che di massima le funzioni debbono essere esercitate dalle **autorità più vicine ai cittadini**, anticipando quanto poi sarà stabilito sia della l. 142/90 che dal Trattato di Maastricht. Con lungimiranza la Carta prefigura l'idea dei livelli essenziali delle funzioni quando afferma, che l'eventuale assegnazione di una responsabilità ad un'altra autorità è possibile, ma deve tenere conto dell'ampiezza e della natura del compito e delle esigenze ed efficacia ed economia, come poi verrà stabilito, nel nostro ordinamento, dalla l. 59/97 (cd. legge Bassanini 1) e dalla riforma costituzionale del 2001.

L'autonomia è garantita per l'abolizione dei controlli statali (art. 8) e la possibilità che le collettività territoriali possano difendere la loro sfera di attribuzioni davanti ad un giudice (art. 11).

Si giunge così, nel nostro ordinamento alla legge n. 142 del 1990 di **riforma degli enti locali**.

L'influenza della Carta europea dell'autonomia si riscontra nella disposizione che attribuisce l'autonomia alle comunità locali (art. 2, c. 1) e, solo di riflesso, agli enti che le rappresentano²⁰.

¹⁷ F. Benvenuti, *Le autonomie locali nello Stato moderno*, in *Il nuovo osservatore*, 1962 ed ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2006, 2233 ss.

¹⁸ Integrata poi da un nuovo protocollo addizionale, ratificato con l. 8 giugno 2023, n.77.

¹⁹ G. Berti, *Vecchia amministrazione e nuove opinioni*, in *Scritti per M. Nigro*, II, Milano, 1991, 101.

²⁰ M. A. Sandulli - V. Italia, *Commento all'art. 3 del testo unico degli enti locali*, in AaVv., *Testo unico degli enti locali*, Milano, 2000, 17 ss.

Traducendo in norme nazionali i principi della Carta europea, l'art. 2 della l. 142/90 afferma che gli enti locali curano lo sviluppo della comunità che rappresentano: non più, dunque, esecutori dell'unica funzione amministrativa di cui è solo titolare lo Stato²¹, ma soggetti autonomi in grado di determinare i propri interessi e tutelarli ai fini dello sviluppo delle collettività locali che rappresentano.

Le novità introdotte sono molteplici e significative. Si realizza un'**autonomia normativa**, attribuendo agli enti locali il potere di emanare Statuti propri, che definiscono i rapporti tra gli organi, le forme di partecipazione popolare, il modo di gestione dei servizi pubblici. A questo scopo, vengono ridotti i controlli esterni sugli atti degli enti locali, fino alla loro totale eliminazione, avvenuta con la riforma costituzionale del 2001. La legge attribuisce agli enti locali **autonomia organizzativa**, consentendo di modificare, senza più il controllo statale, l'organizzazione degli uffici e dei servizi. Il punto debole della riforma è la mancanza di una effettiva **autonomia finanziaria**, in quanto le risorse degli enti locali sono, ancora oggi, per la maggior parte, dovute a trasferimenti statali o a quote di partecipazione su tributi statali²².

Oltre a rafforzare i profili autonomistici, la l. 142/90 introduce radicali modifiche a cui, in questa sede, si può solo accennare. La legge attribuisce maggiori poteri al Sindaco, rafforzando le sue prerogative rispetto al Consiglio, dando spunto alla introduzione della elezione diretta prevista nella l. 81/93; prevede, per la prima volta, forme significative di partecipazione popolare, in analogia a quanto stabilito dalla coeva legge sul procedimento amministrativo; prevede le unioni di comuni, anche al fine di gestire in maniera più adeguata funzioni e servizi; separa la politica dall'amministrazione, affidando alla politica funzioni di indirizzo e controllo ed all'amministrazione compiti gestionali; introduce nuove forme di gestione dei servizi pubblici locali, come le società miste.

La riforma degli enti locali del 1990 imbocca una strada che porta rapidamente ad altri numerosi interventi normativi tesi a realizzare un sistema autonomistico, cosicché nel successivo ventennio si assiste ad un impetuoso sviluppo normativo, molto più consistente di quanto non sia stato in tutto il secolo precedente. La produzione legislativa più rilevante – la prima legge cd. Bassanini n. 59/1997 per il conferimento di funzioni alle Regioni ed agli enti locali per la semplificazione amministrativa; i decreti legislativi conseguenti (soprattutto il d.lgs. 112/1998); le successive leggi Bassanini 127/1997, 191/1998 e 50/1999; il d.lgs. 77/1995 sull'ordinamento contabile degli enti locali, il d.lgs. 286/1999 sui controlli interni; il Testo unico degli enti locali d.lgs. 267/2000 - prelude alla riforma costituzionale del titolo V della Costituzione del 2001.

5. La riforma del titolo V della Costituzione

La legge costituzionale n. 3 del 2001 modifica integralmente il titolo V della Costituzione, concretizzando un modo diverso di rapporti tra livelli di governo.

La riforma della Costituzione è il naturale epilogo di un percorso autonomistico iniziato con la legge 142/90 e, contemporaneamente, dà inizio ad un nuovo assetto istituzionale, in cui si rafforza il ruolo delle autonomie locali, perché i principi regolatori dell'autonomia non sono più rinvenibili, come previsto nell'originario art. 128 Cost., in una legge delle Repubbliche, ma direttamente in Costituzione, agli articoli 114 e 118 Cost.²³: mentre l'autonomia rimaneva pur sempre limitata da una

²¹ G. Berti, *Amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1994, 115 segg.

²² L'insufficienza delle risorse finanziarie ha comportato un consistente numero di dissesti finanziari nei Comuni: per questo il legislatore ha previsto modalità per superare tale fase critica, anche con il commissariamento degli enti. Secondo i dati dell'Osservatorio dell'Università di Venezia Ca' Foscari circa sessantasei sono attualmente in dissesto, novanta hanno superato la fase del dissesto, trecento hanno attuato le procedure di riequilibrio.

²³ Nella sterminata letteratura immediatamente successiva alla riforma costituzionale, si segnalano: M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, 1273; S. Cassese, *L'amministrazione nel nuovo titolo quinto della Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1193; B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, 2002; F. Pizzetti, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino, 2002; G. Berti - G. C. De Martin (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Roma, 2002; P. Bilancia

legge generale della Repubblica, seppure di principi, ora la forza espansiva dell'art. 5 Cost. trova più profondo significato nella garanzia costituzionale

Lo Stato è considerato un livello territoriale della Repubblica, alla stregua degli altri enti territoriali (art. 114 Cost.) con una differenza quantitativa, relativa al territorio, e non più qualitativa. I Comuni diventano titolari della funzione amministrativa (art. 118 Cost.), che può essere differenziata ed adeguata alle reali esigenze dei singoli territori, esercitata secondo il principio di sussidiarietà verticale, che comporta il trasferimento della competenza assegnata quando l'ente non è in grado di esercitarla.

La riforma, completando quanto iniziato con la l. 142/90, rafforza l'autonomia normativa, attribuendo un fondamento costituzionale alla potestà normativa degli enti locali ("I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione": art. 114, c. 2 Cost.); individua nel livello di governo più vicino ai cittadini, il Comune, il soggetto titolare della funzione amministrativa e, di conseguenza, ridefinisce il criterio residuale del riparto delle funzioni a favore degli enti territoriali minori (art. 118 Cost.); costituzionalizza il principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale (art. 118 Cost.); dà fondamento costituzionale alla potestà normativa degli enti locali ("I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite": art. 117, c. 6 Cost.); elimina i controlli esterni di legittimità sui singoli atti, abrogando l'originario art. 130 Cost., che attribuiva ad un organo regionale tale controllo; riconosce l'autonomia finanziaria degli enti locali (art. 119 Cost.).

6. La funzione amministrativa tra Stato ed autonomie locali

Nella ripartizione tra livelli di governo, la funzione amministrativa, ai sensi dell'art. 118 Cost., spetta ai Comuni. Questa scelta trova fondamento normativo nella citata Carta delle autonomie locali, nel Trattato di Maastricht (art. 3B del Trattato di Maastricht, poi confluito nell'art. 5 Trattato UE) e nell'art. 3 del Testo unico sugli enti locali n. 267/2000, in cui è stata trasfusa la l. 142/90²⁴.

Conformemente a tali precedenti normativi, l'art. 118 Cost. attribuisce la funzione amministrativa ai Comuni, congiuntamente con l'individuazione di meccanismi atti a garantirne un esercizio ottimale, ove il livello comunale non sia territorialmente adeguato. Infatti, lo stesso art. 118 Cost. precisa che tali funzioni possono essere conferite con legge, in via ascendente, a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato <<per assicurarne l'esercizio unitario ... sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza>>.

Si configura così, a livello costituzionale, il principio di **sussidiarietà verticale** con l'attribuzione "dal basso" della competenza amministrativa, ma con la possibilità di modificazioni dovute ad un migliore esercizio delle attività e dei servizi. L'esercizio ottimale di alcune funzioni in materia di ambiente, ad esempio, potrebbe essere assicurato a livello regionale o provinciale. Si tratta, secondo la dottrina prevalente, di un criterio procedurale per l'attribuzione della funzione, che può essere anche "bidirezionale", cioè non solo dal basso verso l'alto (dal Comune allo Stato), ma anche in senso inverso.

Con i principi di **adeguatezza e differenziazione**, il costituente prende atto che l'eterogeneità degli enti territoriali impedisce un'astratta attribuzione di materie a tutti gli enti territoriali in maniera

– F. Pizzetti, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; G. Sala, *Sul carattere dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 11 ss.; Aa. Vv., *Regioni ed enti locali dopo la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione*, (a cura di L. Chieffi e G. Clemente di San Luca), Torino, 2004; Aa. Vv., *L'attuazione del titolo V della Costituzione. Atti del I Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2005; F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)*, in *Regioni*, 2005, 57.

²⁴ Di recente: L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2023; R. Bin, G. Falcon (a cura di), *Diritto regionale*, Bologna, 2024; E. Carloni, F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, II^a ed., Milano, 2025.

eguale. Si consente così al legislatore ordinario di differenziare l'attribuzione di funzioni amministrative tra gli stessi enti nominalmente identici, ma di fatto con territori e popolazione differenziati. Bisogna tenere conto della popolazione e dell'estensione territoriale più che del nome dell'ente a cui la funzione viene attribuita; infatti, in Italia, vi sono Comuni più grandi e con maggiore popolazione di una Provincia o di una Regione, ma anche Comuni di piccolissime dimensioni e con esiguo numero di abitanti: perciò, l'attribuzione delle stesse funzioni a tutti i Comuni non avrebbe senso, in quanto quelli di piccole dimensioni non sarebbero in grado di esercitarle e quelli più grandi potrebbero averne di maggiori.

L'applicazione congiunta dei principi di adeguatezza e differenziazione ha consentito al legislatore ordinario di attribuire funzioni amministrative ai Comuni, solo ove essi, attraverso forme di cooperazione, si associno per l'esercizio di quella determinata funzione o di un particolare servizio pubblico.

Se la sussidiarietà verticale è un modo di ripartizione delle funzioni tra diversi livelli di governo, la **sussidiarietà orizzontale** è un principio regolatore dei rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni.

L'art. 118 c. 4 prevede che gli enti pubblici territoriali favoriscano l'iniziativa autonoma dei cittadini singoli o associati per l'esercizio di attività di interesse generale: l'azione delle pubbliche amministrazioni viene limitata ai casi in cui non sia possibile realizzare le medesime cose da parte dei soggetti privati.

Il sistema descritto ha, negli anni, comportato diversi conflitti istituzionali tra Stato e Regioni e tra le Regioni e gli enti locali, poiché la determinazione dei confini di competenza delle singole materie è spesso controverso. Il rimedio possibile passa attraverso il rafforzamento dei luoghi di raccordo tra i diversi livelli di governo. A questo scopo sono state costituite tre **Conferenze**: la conferenza Stato – Regioni (l. 23 agosto 1988, n. 400), la conferenza Stato-città e autonomie locali (Dpcm 2 luglio 1996), la conferenza unificata Stato- Regioni – enti locali (d.lgs. 281/1997). Nelle conferenze, secondo la specifica disciplina di ognuna di esse, si discutono le proposte del governo che possono incidere sulle competenze regionali o su quelle degli enti locali. Regioni ed enti locali esprimono pareri su tali proposte, ma ciò che conta è che le conferenze sono soprattutto luoghi di mediazione politica, necessaria anche al fine di evitare conflitti innanzi alla Corte costituzionale.

7. La funzione amministrativa degli enti locali

Approfondiamo ora la ripartizione della funzione amministrativa tra i diversi livelli di governo, descrivendola sinteticamente, dal basso verso l'alto e ricordando che ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. p) Cost., le funzioni fondamentali degli enti locali vanno determinate con legge statale.

Al **Comune** spettano in via prioritaria tutte le funzioni amministrative (art. 118 Cost.), salvo quelle che richiedono l'unitario esercizio a livello regionale (art. 4, d.lgs. 267/2000).

Le **funzioni amministrative** dei Comuni possono essere proprie oppure conferite con legge statale o regionale (art. 118, c. 2 Cost.) oppure fondamentali (art. 117, c. 2 lett. p), attribuite agli enti locali con legge statale.

L'elencazione delle funzioni fondamentali, una volta indicate nella l. 5 maggio 2009, n. 42 Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione²⁵ e nei successivi decreti legislativi di attuazione, si rinviene ora nella l. 135/2012. L'art. 19 di questa legge stabilisce che spettano ai Comuni: *a)* organizzazione generale dell'amministrazione, gestione finanziaria e contabile e controllo; *b)* organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico

²⁵ Sul punto: L. Antonini, *La rivincita della responsabilità. A proposito della nuova legge sul federalismo fiscale*, in *Quad. suss.*, 2009, 1 ss.; R. Bifulco, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in *www.astrid-online.it*; E. Iorio, S. Gambino, G. D'Ignazio, *Il federalismo fiscale. Commento articolo per articolo alla legge 5 maggio 2009, n. 42*, Rimini, 2009; G. Rivosecchi, *La determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali: un elemento di incertezza nella via italiana al federalismo fiscale*, in *www.federalismi.it*.

comunale; c) catasto, ad eccezione delle funzioni mantenute allo Stato dalla normativa vigente; d) la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale; e) attività, in ambito comunale, di pianificazione di protezione civile e di coordinamento dei primi soccorsi; f) l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi; g) progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall'articolo 118, quarto comma, della Costituzione; h) edilizia scolastica per la parte non attribuita alla competenza delle province, organizzazione e gestione dei servizi scolastici; i) polizia municipale e polizia amministrativa locale; l) tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e compiti in materia di servizi anagrafici nonché in materia di servizi elettorali e statistici, nell'esercizio delle funzioni di competenza statale; servizi in materia statistica.

Ricordiamo, come sopra accennato, che non vi è un'effettiva autonomia finanziaria dei Comuni, che godono di risorse trasferite dallo Stato e perciò l'identificazione delle materie di competenza dei Comuni, significa, in negativo, che ogni altra eventuale attività che i Comuni volessero svolgere, al di fuori delle materie indicate, dovrà essere da essi finanziata.

Quanto agli **organi**, il sistema elettorale prevede due modalità di elezione secondo che il Comune abbia meno o più di 15.000 abitanti. Nel primo caso, viene eletto sindaco chi ha ottenuto il maggior numero di voti ed il consiglio è composto per due terzi dai componenti che hanno ottenuto più voti nella lista del sindaco eletto e per un terzo dai candidati delle altre liste. Per i comuni con più di 15.000 abitanti, l'elezione è più complessa. Viene eletto sindaco alla prima votazione chi ha ottenuto la maggioranza assoluta dei voti, ma se ciò non accade i due candidati più votati al primo turno andranno al ballottaggio dopo quindici giorni, risultando eletto chi avrà avuto il maggior numero di voti. A ciascun candidato sindaco possono essere associate una o più liste elettorali ed è ammesso il c.d. voto disgiunto, cioè il voto per un candidato sindaco e contemporaneamente per un candidato consigliere di una lista diversa da quelle che appoggiano il candidato sindaco. Se un candidato sindaco viene eletto al primo turno, le liste che lo sostengono ricevono il 60% dei seggi in consiglio, ove però abbiano ottenuto almeno il 40% dei voti validi, e sempre che nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate abbia superato il 50% dei voti validi. Ciò comporta che, in alcuni casi il sindaco eletto possa non avere una sua maggioranza in consiglio comunale. Il Sindaco nomina e revoca gli assessori. Il consiglio viene sciolto a) quando vengano compiuti atti contrari alla Costituzione o per gravi e persistenti violazioni di legge, nonché per gravi motivi di ordine pubblico; b) quando non possa essere assicurato il normale funzionamento degli organi e dei servizi per le seguenti cause: 1) impedimento permanente, rimozione, decadenza, decesso del sindaco o del presidente della provincia; 2) dimissioni del sindaco; 3) cessazione dalla carica per dimissioni contestuali, ovvero rese anche con atti separati purché contemporaneamente presentati al protocollo dell'ente, della metà più uno dei membri assegnati, non computando a tal fine il sindaco; 4) riduzione dell'organo assembleare per impossibilità di surroga alla metà dei componenti del consiglio; c) quando non sia approvato nei termini il bilancio; quando emergono concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso.

In Italia i Comuni sono attualmente 7.896 di cui il 70% ha meno di 5.000 mila abitanti (c.d. comuni polvere), 136 con popolazione superiore ai 50 000 abitanti, di cui 44 con più di 100.000 abitanti.

L'alto numero di Comuni di piccole dimensioni territoriali o con scarso numero di abitanti induce il legislatore a favorire l'esercizio comune di funzioni amministrative.

Per una dimensione ottimale dei servizi, il legislatore ha stabilito che l'attribuzione delle funzioni ai Comuni possa avvenire solo ove essi abbiano determinate soglie di popolazione e/o di territorio, favorendone l'aggregazione.

Già la legge di riforma degli enti locali n. 142 del 1990 (poi trasfusa nel T.U. 267 del 2000) aveva previsto diverse forme associative tra enti locali. La **convenzione** (art. 30 del T.U. 267/2000) è una forma di accordo tra i Comuni per la realizzazione associata delle funzioni; **l'unione di Comuni**

(art. 32 T.U. 267/2000) è la creazione di un nuovo ente locale costituito da più Comuni allo scopo di esercitare le funzioni, con nuovi organi che sostituiscono quelli dei precedenti Comuni.

La **Provincia**, nel testo costituzionale e nella disciplina contenuta nel Testo unico degli enti locali (d.lgs. 267/2000) costituisce un ente intermedio tra Comune e Regione con funzioni in parte di gestione amministrativa (ad esempio, in materia di ambiente) ed in parte di programmazione del territorio con il coinvolgimento dei Comuni.

Da lungo tempo si era già discusso della utilità di mantenere un ente intermedio tra Comune e Regione e più volte il legislatore ha tentato di ridurne le funzioni, non potendo del tutto sopprimerle con legge ordinaria, in quanto costituzionalmente previste²⁶.

La situazione è totalmente cambiata con l'emanazione della l. 7 aprile 2014, n. 56 (cd. legge Delrio), che modifica radicalmente il sistema degli enti locali²⁷.

Si tratta di una riforma complessiva che riduce le funzioni e la legittimazione popolare delle Province, contemporaneamente istituendo le Città metropolitane.

Quanto alle **funzioni**, rimangono alle Province quelle fondamentali (art. 1, c. 85, l. 56/14): a) pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, nonché tutela e valorizzazione dell'ambiente, per gli aspetti di competenza; b) pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, autorizzazione e controllo in materia di trasporto privato, in coerenza con la programmazione regionale, nonché costruzione e gestione delle strade provinciali e regolazione della circolazione stradale ad esse inerente; c) programmazione provinciale della rete scolastica, nel rispetto della programmazione regionale; d) raccolta ed elaborazione di dati, assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali; e) gestione dell'edilizia scolastica; f) controllo dei fenomeni discriminatori in ambito occupazionale e promozione delle pari opportunità sul territorio provinciale.

La maggiore novità è che gli **organi** non sono più eletti direttamente dal corpo elettorale. Il Presidente ed il Consiglio provinciale – composto da dieci a sedici consiglieri in rapporto alla popolazione - vengono eletti dai sindaci e dai consiglieri dei Comuni della provincia tra gli stessi Sindaci e consiglieri e durano in carica rispettivamente quattro e due anni. Il Consiglio mantiene le funzioni di indirizzo e controllo, l'Assemblea dei sindaci poteri propositivi, consultivi e di controllo secondo quanto stabilito nello statuto.

La rappresentatività indiretta degli organi e la riduzione delle funzioni depotenziano il ruolo delle Province e rafforzano la centralità dei Comuni al contempo prevedendo forme di aggregazione di essi.

La stessa legge istituisce dieci **Città metropolitane** (Roma, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria), fissando un termine obbligatorio per la loro costituzione e determinando funzioni ed organi di governo di questo nuovo ente.

Invero, le città metropolitane, come nuovi enti di area vasta, erano già state istituite dalla legge di riforma degli enti locali n. 142/90 e previste dalla riforma costituzionale del 2001, ma tuttavia non erano mai state costituite per l'ostruzionismo di Comuni e Province, che avrebbero dovuto cedere le proprie funzioni alla città metropolitana.

²⁶ L'art. 15 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148, prevedeva la soppressione delle Province con popolazione inferiore a 300.000 abitanti o superficie inferiore a 3.000 chilometri quadrati e la riduzione della metà dei componenti di consigli e giunte; il successivo art. 23 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214, svuotava di funzioni le Province, attribuendo ad esse solo quella di indirizzo e coordinamento dell'attività dei Comuni e sostituiva gli organi elettivi con consiglieri eletti dai Consigli comunali facenti parte della provincia; infine, l'art. 17 del d.l. 95 del 6 luglio 2012, convertito in l. 135/2012 (cd. spending review) tornava a prevedere la razionalizzazione delle Province con la soppressione di quelle che non avevano un certo numero di abitanti o un certo territorio, da definire con successivi provvedimenti governativi.

²⁷ P. Forte, *Il percorso costitutivo delle città metropolitane: nascita di un ente territoriale*, in *Ist. del fed.*, 2, 2014, 333 ss.; A. Spadaro, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, in *www.federalismi.it*, 14 gennaio 2015; F. Pizzetti, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto. Il diverso ruolo e l'opposto destino delle Città metropolitane e delle Province*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015; C. Tubertini, *L'attuazione regionale della legge 56/2014: verso un nuovo assetto delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 1, 2016; G. Gardini, *Crisi e nuove forme di governo territoriale*, in *Astrid Rassegna*, n. 1/2016.

Gli **organi** di governo delle nuove città metropolitane (Sindaco metropolitano, Consiglio metropolitano e Conferenza metropolitana) sono tutti organi di secondo grado nel senso che non è prevista l'elezione diretta, se non per il Sindaco, ma con procedimento assai aggravato che non è mai stato attuato; di fatto sono divenuti Sindaci delle Città metropolitane i Sindaci dei comuni capoluoghi di ogni città metropolitana.

La legge 56/2014 ha suscitato numerose perplessità, soprattutto sulle elezioni indirette di secondo grado degli organi. La legittimità della legge è stata, in un primo momento, affermata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 50 del 2015, ma poi la stessa Corte, con sentenza n. 240 del 2021, ha ritenuto che il sistema elettorale introdotto dalla legge poteva giustificarsi al momento della decisione assunta nel 2015, poiché sarebbe stata prossima la riforma costituzionale dovuta alla richiesta di referendum per la modifica della Costituzione, ma l'esito negativo del referendum è il motivo per cui ora la Consulta ritiene necessario riformare la legge Delrio.

Le nuove Città metropolitane sostituiscono territorialmente le Province, ma hanno poteri e funzioni ben più ampie, soprattutto in materia di assetto del territorio, di regolazione urbanistica ed infrastrutturale e di organizzazione dei servizi a rete, tanto che le Regioni sono tenute a trasferire alle Città metropolitane materie o parti di materie di cui prima erano titolari.

Sono **funzioni** della Città metropolitana (art. 44, legge Delrio): a) adozione e aggiornamento annuale di un piano strategico triennale del territorio metropolitano, che costituisce atto di indirizzo per l'ente e per l'esercizio delle funzioni dei comuni e delle unioni di comuni compresi nel predetto territorio, anche in relazione all'esercizio di funzioni delegate o assegnate dalle regioni, nel rispetto delle leggi delle regioni nelle materie di loro competenza; b) pianificazione territoriale generale, ivi comprese le strutture di comunicazione, le reti di servizi e delle infrastrutture appartenenti alla competenza della comunità metropolitana, anche fissando vincoli e obiettivi all'attività e all'esercizio delle funzioni dei comuni compresi nel territorio metropolitano; c) strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano. D'intesa con i comuni interessati la città metropolitana può esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive; d) mobilità e viabilità, anche assicurando la compatibilità e la coerenza della pianificazione urbanistica comunale nell'ambito metropolitano; e) promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale, anche assicurando sostegno e supporto alle attività economiche e di ricerca innovative e coerenti con la vocazione della città metropolitana come delineata nel piano strategico del territorio di cui alla lettera a); f) promozione e coordinamento dei sistemi di informatizzazione e di digitalizzazione in ambito metropolitano.

Invero, le Città metropolitane non sono una nuova forma di ente provinciale, ma costituiscono un nuovo modello di ente territoriale, analogo a quello delle città metropolitane europee, che consente una gestione coordinata su tutto il territorio di propria competenza, essendo altresì legittimate a rapporti diretti con le istituzioni dell'Unione europea, senza intermediazione della Regione²⁸.

²⁸ F. Pizzetti, *Le città metropolitane per lo sviluppo strategico del territorio: tra livello locale e livello sovranazionale*, in www.federalismi.it, 17 giugno 2015.

L'organizzazione amministrativa

Francesco Manganaro

ABSTRACT

Il contributo analizza l'evoluzione delle amministrazioni pubbliche italiane, dalle origini storiche legate alla necessità di curare gli interessi collettivi fino all'attuale configurazione del settore pubblico. Dopo aver richiamato le prime forme organizzative premoderne, si esamina la nascita della burocrazia moderna e del pubblico impiego quale strumento essenziale per l'attuazione dei diritti e delle funzioni amministrative. Vengono poi ripercorse le principali tappe di sviluppo dell'amministrazione nazionale, dal modello fortemente accentrato dell'età post-unitaria e fascista all'ampliamento del settore pubblico con enti economici e autorità indipendenti.

Il contributo approfondisce inoltre le alterne vicende dell'intervento statale in economia, dalle politiche produttive e dirigiste alle liberalizzazioni e privatizzazioni degli anni Novanta, fino all'affermazione del modello dello Stato regolatore. Infine, viene affrontato il complesso tema della nozione di ente pubblico e della pluralità delle amministrazioni esistenti, alla luce delle riforme più recenti (in particolare la legge Madia del 2015), sottolineando come l'efficienza e la trasparenza dell'azione amministrativa rappresentino oggi una condizione imprescindibile per la qualità della democrazia e la tutela dei diritti dei cittadini.

ABSTRACT [EN]

The paper analyzes the evolution of Italian public administrations, from their historical origins, rooted in the need to safeguard collective interests, to the current configuration of the public sector. After reviewing the early premodern organizational forms, the paper examines the emergence of modern bureaucracy and public employment as essential instruments for implementing rights and administrative functions. It then traces the main stages of national administration development, from the highly centralized model of the post-unification and Fascist periods to the expansion of the public sector with economic entities and independent authorities.

The paper also explores the shifting role of state intervention in the economy, from production-oriented and dirigiste policies to the liberalizations and privatizations of the 1990s, culminating in the establishment of the regulatory state model. Finally, the paper addresses the complex issue of the notion of a public entity and the plurality of existing administrations, in light of recent reforms (particularly the 2015 Madia law), highlighting how efficiency and transparency in administrative action today represent indispensable conditions for the quality of democracy and the protection of citizens' rights.

L'organizzazione amministrativa

Francesco Manganaro*

SOMMARIO: 1. Le organizzazioni necessarie per la cura degli interessi pubblici – 2. La molteplicità delle amministrazioni pubbliche – 3. Lo sviluppo delle amministrazioni pubbliche nell'ordinamento nazionale – 4. L'ampliamento del settore pubblico – 5. Le alterne vicende dell'intervento pubblico in economia – 6. Autonomia e superamento del centralismo statale – 7. Le attuali riforme amministrative.

1. Le organizzazioni necessarie per la cura degli interessi pubblici

In tutte le epoche e le civiltà, gruppi di persone che volevano costituire una comunità organizzata hanno avuto bisogno di qualcuno che curasse gli interessi collettivi. Così già nell'antica civiltà fluviale mesopotamica o egizia, la raccolta e l'uso delle acque serviva ai bisogni essenziali; nelle città dell'antica Grecia i consessi deliberativi avevano bisogno di chi realizzasse le opere concrete; nella storia romana l'organizzazione militare richiedeva un'adeguata riscossione delle tasse.

In sostanza, ogni gruppo organizzato ha necessità di qualcuno che curi in concreto gli interessi generali.

Tuttavia, quelli appena citati sono esempi di una forma ancora arcaica di gestione degli interessi, in cui il titolare del potere (il re, il console ecc.) affida la gestione di un settore amministrativo a chi offre un compenso: un rapporto di tipo privatistico che lega le due parti, una delle quali delega all'altra una funzione o un servizio.

L'evoluzione e razionalizzazione di questo principio – esposto nei termini sintetici qui necessari – si ha definitivamente con la creazione delle amministrazioni pubbliche negli Stati dell'Europa continentale del XVIII secolo. Vengono così destinati alla cura degli interessi generali i dipendenti pubblici, cioè un gruppo di persone esperte con un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'ente di appartenenza. Nasce il pubblico impiego e si crea la burocrazia che, lungi dalla cattiva fama tramandata anche in una lunga tradizione letteraria, costituisce la struttura fondamentale per la nascita dei moderni Stati costituzionali.

I diritti, riconosciuti nelle Carte fondamentali, vengono regolati dalle assemblee legislative con atti normativi, ma hanno bisogno, per la loro effettiva attuazione, di un corpo di dipendenti pubblici, esplicitamente dediti all'esercizio della funzione amministrativa.

L'evoluzione degli interessi tutelati è rapidamente crescente nell'Ottocento - Novecento. Negli Stati sociali molti interessi generali diventano interessi pubblici, che le amministrazioni curano direttamente, come nei casi esemplari della sanità e dell'istruzione. Quanto più il catalogo dei diritti si estende, tanto più vengono create strutture amministrative in grado di soddisfarli, cosicché la pubblica amministrazione cresce in misura esponenziale, in forme e modelli organizzativi molto variegati.

Per di più, nel nostro ordinamento, la nuova ripartizione dei livelli di governo sancita nel novellato art. 114 Cost. (Stato, Regioni, Province, Città metropolitane, Comuni) stratifica livelli differenziati di amministrazioni pubbliche, con complessi intrecci interistituzionali, spesso coincidenti nella gestione degli interessi pubblici¹. Inoltre, l'evoluzione europea del nostro ordinamento comporta un ulteriore

* Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi Mediterranea di Reggio Calabria

¹ Tra i tanti: G. MELIS, F. MERLONI, *Cronologia della pubblica amministrazione italiana (1861-1992)*, Bologna, 1995; M. R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012. Di recente: R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle*

livello di gestione degli interessi pubblici, a volte parallelo a volte compartecipe con le amministrazioni nazionali.

Il quadro sommariamente tracciato rivela che è sempre necessaria la cura degli interessi generali in una collettività organizzata, ma che questo tipo di gestione deve essere razionalizzata con la creazione di strutture che curino in maniera professionale tali interessi a servizio della collettività.

Che poi le amministrazioni siano regolate dal diritto privato (come avviene negli ordinamenti di *common law*) o da un diritto speciale quale il diritto amministrativo, è un'ulteriore questione dovuta alle tradizioni giuridiche dei singoli ordinamenti ed è sempre meno rilevante per l'attuale costante avvicinamento o sovrapposizione delle due modalità di regolazione.

In conclusione, la realizzazione di interessi altrui è la caratteristica principale dell'attività delle pubbliche amministrazioni. Esse non sono titolari di proprie situazioni giuridiche tutelate, perché la loro attività è sempre funzionalizzata, cioè volta a soddisfare interessi altrui, che possono essere singoli, collettivi o generali secondo quanto previsto dall'ordinamento giuridico.

Fatta questa sintetica premessa generale, possiamo passare ad individuare le grandi linee di sviluppo dell'ordinamento nazionale e la natura degli enti pubblici.

2. Lo sviluppo delle amministrazioni pubbliche nell'ordinamento nazionale

E' opportuno spiegare in che modo sia nato ed ampliato il settore delle amministrazioni pubbliche nel nostro Paese per poter fare, poi, alcune riflessioni sull'attuale situazione delle pubbliche amministrazioni e sul controverso concetto di ente pubblico.

Il punto di partenza dell'analisi storica è costituito dall'Unità d'Italia e dalle cosiddette leggi dell'unificazione amministrativa, contenute nei cinque allegati della l. 2248 del 1865. I numerosi ed approfonditi studi sulla storia delle amministrazioni pubbliche dimostrano come l'originaria struttura del nascente Stato nazionale si configura nel Ministero, organizzazione che cura un singolo settore amministrativo sotto la guida del Ministro, un Giano bifronte, in quanto soggetto politico, facente parte del Governo che gode della fiducia parlamentare, ma nello stesso tempo organo amministrativo, capo e superiore gerarchico della struttura del proprio Ministero².

L'organizzazione per ministeri - importata nell'ordinamento nascente dallo Stato sabaudo e di conseguenza dal sistema francese a cui quello sabaudo si ispirava - è un modello assolutamente accentrato, in cui gli interessi pubblici hanno tutela e realizzazione sull'intero territorio nazionale. Si tratta dell'esempio tipico di struttura accentrata, in quanto il Ministro costituisce il superiore gerarchico delle strutture locali che da esso dipendono ed a cui può impartire ordini e direttive, potendo anche annullarne gli atti.

Il sistema prevede la sottoposizione degli organi periferici dello Stato (Intendenza di finanza, Questura ecc.) al controllo governativo tramite il Prefetto in ogni singola Provincia, come già previsto dai decreti Ricasoli dell'ottobre 1861, che estendevano a tutte le nuove province del regno quanto già previsto dalla legge comunale e provinciale Rattazzi del 1859 per il regno sabaudo.

L'accentramento statale è completato dalla nuova disciplina degli enti territoriali, sottoposti, nel nuovo Stato nazionale, al controllo governativo. La l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. a) è la prima legge comunale e provinciale dello Stato unitario ed estende a tutto lo Stato il sistema accentrato, assoggettando gli enti locali alle stesse limitazioni previste nello Stato piemontese. Si assiste ad uno svuotamento di funzioni delle amministrazioni periferiche preunitarie, che pure non vengono

pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. 1, Firenze, 2016, in particolare F. SAITTA, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazione e lo Stato nazionale: i profili evolutivi*, ivi, 37 ss.; A. M. CHIARIELLO, *L'organizzazione centrale dello Stato ed il modello ministeriale*, ivi, 223 ss.; G. F. COCA, *Considerazioni sulla evoluzione dell'organizzazione amministrativa*, ivi, 639 ss.

² Sul punto, più ampiamente, si veda il cap. 4 di questa Sezione

sopprese, conservando formalmente il potere statutario³ o i caratteri degli antichi liberi Comuni⁴. Si ripropone la distinzione territoriale in circondari, mandamenti e comuni ed il prefetto resta l'organo governativo per eccellenza, con vastissimi poteri di controllo e coordinamento dell'attività delle province, oltre ad essere anello di collegamento tra istanze localistiche e controllo centrale.

L'accentramento statale diviene ancora più marcato nel periodo fascista.

In base alle leggi 4 febbraio 1926, n. 237 e 27 dicembre 1928, n. 2962, gli organi comunali e quelli provinciali diventano tutti di nomina governativa. Il Testo unico sugli enti locali R.D. 3 marzo 1934, n. 383 adatta il sistema amministrativo alla nuova realtà istituzionale, rafforzando il centralismo, la subordinazione del potere legislativo a quello esecutivo, prendendo apertamente atto dell'abolizione delle elezioni. Il prefetto assume il ruolo fondamentale di rappresentante del governo e di controllo sugli enti locali, con poteri che gli consentono di annullare gli atti anche per vizi di merito o di sciogliere gli organi⁵.

3. L'ampliamento del settore pubblico

Oltre agli enti pubblici territoriali, il panorama delle amministrazioni si arricchisce degli enti pubblici non territoriali, i cui compiti si estendono all'intero territorio nazionale. Alla fine degli anni Venti del Novecento vengono costituiti alcuni grandi enti pubblici nazionali in materia di previdenza della invalidità o della vecchiaia dei lavoratori (l'attuale INPS) oppure in materia di assicurazioni sulla vita (INA). Si tratta sempre di enti pubblici che non svolgono attività commerciali, ma una funzione sociale di cura di interessi collettivi.

Si enuclea così l'ibrida figura dell'ente pubblico economico, un soggetto che produce beni e servizi alla stregua di un soggetto privato, ma sottoposto ad una speciale regolazione pubblicistica quanto alla sua costituzione (per legge) ed alla sua eventuale estinzione (non può fallire). Siamo nel periodo della grande crisi economica del 1929 ed il governo, per sostenere le imprese nazionali, acquisisce o crea imprese commerciali, sottoposte al controllo pubblico attraverso holding (IRI, ENI, EFIM) che ne detengono la maggioranza azionaria. Ed è così che lo Stato-azionista inizia a produrre beni per il mercato (dalle autovetture Alfa Romeo ai panettoni Alemagna) al fine di sostenere un mercato in crisi strutturale.

E' evidente il cambio di paradigma realizzato con enti pubblici economici, ora inseriti come soggetti privati nel mercato, a differenza degli enti pubblici tradizionali. Così facendo, peraltro, si sottraeva ai Ministeri di larga parte delle attività di loro competenza in settori economici strategici, anche al fine di sottrarre quote di potere alla burocrazia ministeriale fedele alla monarchia, creando una nuova classe dirigente contigua al governo fascista.

In quegli stessi anni si presenta un altro modello di struttura amministrativa che, poi avrà grande espansione: le Autorità amministrative indipendenti.

L'archetipo di tali Autorità si fa risalire alla Banca d'Italia ed all'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni (ISVAP). Esse, per la loro autorevolezza, non vengono inserite nella catena gerarchica dei Ministeri, ma svolgono un'attività in autonomia dal governo. A questo fine, si individuano modalità peculiari di nomina degli organi di vertice delle Autorità, in maniera che se ne garantisca l'autonomia.

Questo modello si estenderà a dismisura negli anni Novanta del secolo scorso, quando l'amministrazione, in forza di un processo di liberalizzazione del mercato, diventerà sempre meno produttrice di beni e servizi e sempre più soggetto regolatore di settori economici. Nasceranno così, tra le altre, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), l'Autorità per le garanzie

³ F. FABRIZZI, *La Provincia: storia istituzionale dell'ente locale più discusso. Dall'unificazione amministrativa alla caduta della Destra storica*, in www.federalismi.it.

⁴ G. GALASSO, *Comune (storia)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, p. 169; F. BONINI, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, Firenze, 2008, 8 e ss..

⁵ Sul punto: si veda oltre

nelle comunicazioni (AGCOM), l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI, oggi ARERA).

4. Le alterne vicende dell'intervento pubblico in economia

L'unificazione nazionale, avvenuta con le leggi del 1865, nell'estendere la legislazione piemontese al neonato Stato unitario, non solo perseguiva lo scopo di unificazione normativa, ma anche quello di creare un mercato unico. Certo si discute ancora oggi sul modo in cui tale unificazione del mercato sia avvenuta, poiché le misure protezionistiche introdotte ed il regime della tassazione ebbero lo scopo di favorire e tutelare la nascente industrializzazione di una parte del Paese, creando o accentuando squilibri ancora oggi attuali. In questo modo si manifesta la prima storica contraddizione quanto all'unificazione, poiché le misure volte a costruire un mercato unico nazionale finiscono per produrre una netta divisione nell'economia del Paese

Agli inizi del Novecento, anche grazie alle idee degli ordoliberali di Friburgo, la connessione tra diritto ed economia produce l'idea di una costituzione economica. Lo sviluppo economico del Paese, appena unificato, ha bisogno di nuovi soggetti pubblici in grado di realizzare prima di tutto infrastrutture per gli investimenti, come avviene con la creazione dell'Azienda delle Ferrovie dello Stato nel 1905.

Si pone già – seppure in embrione – una questione che condiziona gli eventi futuri: in uno Stato che vuole essere dispensatore di beni per realizzare il fine dell'eguaglianza la spesa pubblica cresce esponenzialmente e finisce per condizionare la stessa realizzazione dei diritti, tanto che si comincia a parlare di diritti “finanziariamente condizionati”.

La moltiplicazione dei soggetti pubblici di uno Stato interventista-produttore è di tutta evidenza nella ricostruzione successiva alla prima guerra mondiale e soprattutto con l'avvento del regime fascista, come si è sopra ricordato, con la creazione delle holding-società pubbliche, considerati enti pubblici economici. La gestione in parallelo di settori economici attraverso i ministeri e gli enti pubblici economici rivela già quanto possano essere differenziate e compresenti nello stesso periodo storico e sul medesimo territorio forme diverse di rapporto tra soggetti pubblici e realtà economiche.

Si completa così, peraltro, lo strumentario di soggetti pubblici attraverso cui lo Stato interviene nell'economia: dall'ente pubblico-ministero all'azienda-organo fino alla holding pubblica.

Negli anni Sessanta e Settanta del Novecento il miglioramento delle condizioni economiche è dovuto allo sviluppo della produzione industriale e manifatturiera, conseguente all'intraprendenza di una parte dell'imprenditoria italiana, ma fortemente sostenuta da cospicue sovvenzioni statali, da scelte politiche volte al rafforzamento di alcuni settori merceologici, dal miglioramento della condizione infrastrutturale del Paese, preconditione necessaria di ogni sviluppo economico e sociale. Si realizza così un nuovo tipo di intervento pubblico in ambito economico in cui, allo Stato produttore, si affianca uno Stato-finanziatore o uno Stato-maieutico che aiuta e sostiene lo sviluppo. È significativo osservare come le forme di intervento possano intrecciarsi e sovrapporsi, cosicché ad esempio, la scelta di privilegiare il trasporto su gomma coinvolga sia un'azienda di Stato quale l'Alfa Romeo sia una grande azienda privata come la Fiat.

Negli anni Novanta, l'esigenza di allontanare la politica dalla gestione, dà luogo alle privatizzazioni degli enti pubblici ed alla liberalizzazione dei mercati in nome della garanzia della concorrenza, considerata presupposto di una migliore qualità dei prodotti. Si assiste così al “ritiro dello Stato” dalla produzione diretta di beni, creando un nuovo modello di Stato-regolatore, che si limita a dettare regole per le aziende che competono sul libero mercato. A questo contribuisce in maniera determinante la sempre più forte presenza del diritto euro-unitario, che vede nello Stato finanziatore (ad esempio, con gli aiuti di Stato) un pericolo per un mercato aperto alla concorrenza.

Sono gli anni delle vere o presunte liberalizzazioni e privatizzazioni, della riforma del sistema bancario, della modifica del sistema di contabilità pubblica, dell'apertura del mercato dei servizi pubblici locali, della creazione di un ampio numero di Autorità amministrative indipendenti.

5. L'ente pubblico

La molteplicità delle forme di amministrazioni pubbliche rende del tutto difficile definire gli esatti elementi qualificanti la nozione di **ente pubblico**.

La dottrina ha cercato di definirne i contorni, indicando alcuni elementi caratterizzanti, ma, al tempo stesso, rilevando che tutte le possibili definizioni non sono del tutto adeguate ad una precisa configurazione dell'ente pubblico.

Ad esempio, il perseguimento del fine pubblico non è elemento esclusivamente attribuito all'ente pubblico, poiché gli interessi generali possono anche essere curati attraverso soggetti privati (ad esempio, scuola o sanità privata); non basta neppure considerare come ente pubblico quello che è finanziato con risorse pubbliche, poiché anche i soggetti privati convenzionati sono destinatari di finanziamenti pubblici; non è sufficiente neppure che gli organi di gestione dell'ente siano nominati da organi politici, poiché vi sono, ad esempio, enti sub regionali o enti lirici in cui la nomina politica degli organi di governo non ne determina la natura pubblicistica; infine, neppure la tesi secondo cui sono enti pubblici quelli sottoposti al controllo della Corte dei conti, poiché tale controllo si estende anche agli enti privati convenzionati.

Si è perciò fatto ricorso al concetto di **organismo di diritto pubblico** che contempla una serie di elementi perché si possa qualificare un ente come pubblico⁶.

Cercando una soluzione sul punto, potrebbero essere considerati enti pubblici quelli così qualificati dallo stesso legislatore.

Questa evenienza, non sempre considerato sufficiente, si è in effetti avverata per una indiretta conseguenza dovuta alla disciplina comunitaria.

La l. costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, ha introdotto un nuovo comma all'art. 97 della Costituzione, secondo cui, come richiesto dall'ordinamento euro-unitario, le pubbliche amministrazioni devono assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Questa norma che ha la chiara finalità di limitare l'eccesso del debito pubblico al fine di garantire le risorse necessarie per le future generazioni, serve a valutare se, ogni anno, i singoli Paesi dell'Unione si attengono al c.d. Patto di stabilità che annualmente prevede una crescita del debito pubblico non superiore al 2 o 3 % rispetto all'anno precedente.

Tale disciplina ha prodotto un effetto indiretto sulla definizione di ente pubblico. Infatti per valutare se il bilancio statale abbia tenuto conto o meno del Patto di stabilità, ogni Paese ha dovuto redigere un bilancio complessivo di tutti gli enti pubblici.

Per compiere questa operazione è stato necessario censire tutti gli enti pubblici, inseriti in un elenco che li ripartisce secondo la loro struttura (Enti governativi, degli enti locali, Agenzie ecc.).

L'Istituto italiano di statistica ha pubblicato nel 2024 la più aggiornata e completa elencazione delle amministrazioni pubbliche, pur se i dati fanno riferimento all'anno 2020⁷, che, secondo le indicazioni dell'Unione europea, contiene un elenco dettagliato al fine di creare un bilancio unico consolidato delle amministrazioni pubbliche nazionali⁸.

L'elenco comprende **12.780 amministrazioni pubbliche**, con 104 mila sedi di lavoro e 3 milioni e 396 mila dipendenti.

La molteplicità e differenziazione delle amministrazioni pubbliche verrà esposta più oltre in dettaglio (cap. 4), limitandosi qui ad una mera elencazione.

Le Amministrazioni centrali comprendono gli organi di livello costituzionale (Camere, Corte costituzionale ecc.), i Ministeri, le Agenzie fiscali (Demanio, Dogane e monopoli, Entrate), gli enti di regolazione della attività economica (ad esempio: Agenzia per le erogazioni in agricoltura), enti produttori di servizi economici (come l'Azienda nazionale delle strade), le Autorità amministrative indipendenti (come Autorità nazionale anticorruzione o Autorità per il controllo del Mercato), gli enti

⁶ Vedi, *infra* sez. 2, par. 4

⁷ ISTAT, Rapporto sulle istituzioni pubbliche 2024, a cura di A. de Panizza e S. Lombardi, Roma, 2024.

⁸ Si veda anche: L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009.

a struttura associativa (come l'Associazione nazionale di Comuni o la Conferenza dei Rettori delle Università), gli enti produttori di servizi assistenziali, ricreativi e culturali (come il Comitato olimpico nazionale o la Croce Rossa italiana), gli enti e gli istituti nazionali di ricerca (come il Consiglio nazionale delle ricerche), gli istituti zooprofilattici sperimentali.

Passando alle amministrazioni locali vengono enumerate le Comunità montane, le Unioni di comuni; le agenzie ed i consorzi per il diritto allo studio universitario; le agenzie ed enti per il turismo; le agenzie ed enti regionali del lavoro; le agenzie ed enti regionali e provinciali per la formazione, la ricerca e l'ambiente; le agenzie regionali per la rappresentanza negoziale; le agenzie regionali per le erogazioni in agricoltura; le agenzie regionali sanitarie e aziende ed enti di supporto al servizio sanitario nazionale; gli enti di governo dei servizi idrici e/o dei rifiuti; le autorità portuali; le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie, policlinici e istituti di ricovero e cura a carattere scientifico pubblici, le aziende sanitarie locali; le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e unioni regionali; i consorzi tra amministrazioni locali; i parchi nazionali, consorzi ed enti gestori di parchi e aree naturali protette; i consorzi interuniversitari di ricerca; le agenzie ed enti regionali di sviluppo agricolo; le fondazioni lirico-sinfoniche, teatri nazionali e di rilevante interesse culturale; università e istituti di istruzione universitaria pubblici; altre amministrazioni locali; enti nazionali di previdenza e assistenza sociale.

L'elenco pedissequamente riportato serve a dimostrare la sterminata quantità di amministrazioni pubbliche, la varietà degli interessi tutelati, la multiforme struttura giuridica degli enti, la stratificazione su diversi livelli di governo.

Molte volte si è ciclicamente tentato di attuare riforme amministrative ad ampio raggio, con esiti più o meno positivi.

E' qui il caso di ricordare per cenni l'ultima riforma generale attuata con la legge delega n. 124/2015 (meglio nota come legge Madia) che autorizza il governo ad emanare una serie di atti normativi per una riforma complessiva dell'amministrazione; il governo, in forza della delega, ha emanato una consistente serie di decreti legislativi, regolando diverse e varie situazioni⁹. I contenuti normativi della riforma costituiscono oggetto delle parti specifiche di questo volume.

Qui è sufficiente rilevare alcune linee di tendenza. Uno dei principali scopi perseguiti è quello della semplificazione, incidendo sui tempi, riorganizzando strutture, rafforzando il sistema delle dichiarazioni sostitutive di atti amministrativi (SCIA) o di silenzio assenso. La modifica della disciplina della *performance* e delle sanzioni in materia di dipendenti delle pubbliche amministrazioni mira a migliorare con incentivi e sanzioni l'impegno della burocrazia. Il rafforzamento delle misure di accesso civico portano a compimento – pure con notevoli difficoltà applicative – la linea tracciata originariamente dalla disciplina prevista dalla legge sul procedimento (l. 241/90) e poi ripresa dalle norme anticorruzione (d.lgs. 33/2013). Di rilevante importanza, infine, la riforma del settore delle

⁹ D. Lgs. 10/2016 cd. Tagliarelli; D. Lgs. 97/2016 Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza; D. Lgs. 116/2016 Modifiche in materia di licenziamento disciplinare con Decreto correttivo D. Lgs. 118/2017; D. Lgs. 126/2016 Norme in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA); D. Lgs. 127/2016 Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza dei servizi; D. Lgs. 169/2016 Norme in materia di riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le autorità portuali; D. Lgs. 171/2016 Dirigenza sanitaria con Decreto correttivo D. Lgs. 126/2017; D. Lgs. 174/2016 Codice di giustizia contabile; D. Lgs. 175/2016 Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica con Decreto correttivo D. Lgs. 100/2017; D. Lgs. 177/2016 Razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato; D. Lgs. 179/2016 Modifica e integrazione del codice dell'amministrazione digitale; D. Lgs. 222/2016 Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, SCIA, silenzio assenso e comunicazione; D. Lgs. 218/2016 Semplificazione delle attività degli enti pubblici di ricerca; D. Lgs. 219/2016 Riordino delle funzioni e del finanziamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; D.P.R. 194/2016 Norme per la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi; D. Lgs. 43/2017 - Disciplina del Comitato italiano paraolimpico; D. Lgs. 74/2017 Modifiche al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 sulla valutazione della performance; D. Lgs. 75/2017 Modifiche e integrazioni al Testo Unico del pubblico impiego, di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; D. Lgs. 95/2017 Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia; D. Lgs. 97/2017 Corpo nazionale dei vigili del fuoco; D. Lgs. 98/2017 Documento unico di proprietà degli autoveicoli.

società a partecipazione pubblica, negli anni oggetto di frammentarie disposizioni in una materia in cui diritto pubblico e privato sono totalmente sovrapposte e la totale modifica del processo contabile.

È troppo presto per compiere valutazioni sul complesso delle riforme messe in atto dal legislatore. Non c'è dubbio, tuttavia, che oggi la “questione amministrativa” debba essere posta al centro dell'attenzione del Paese, poiché imprese e cittadini lamentano la lentezza dell'azione amministrativa ed i relativi costi economici e sociali. La stratificazione degli enti di governo e la conseguente complessità dell'azione amministrativa determina allungamento dei tempi procedurali. Le misure di semplificazione, quale la conferenza dei servizi, non hanno finora avuto gli esiti sperati, costituendo a loro volta, motivo di prolungamento dei tempi procedurali. La pluralità di livelli di governo rende ineluttabili conflitti di competenza e sovrapposizioni di funzioni e – vieppiù dopo la mancata riforma costituzionale conseguente al referendum del 2016 - si rende ineluttabile una seria riforma dei livelli di governo, anche attraverso modificazioni/accorpamenti territoriali.

Invero, la questione amministrativa si presenta oggi come la questione della democrazia, nel senso che attività amministrative che soddisfino interessi generali sono il fondamento della fiducia che il cittadino ripone nelle istituzioni. La mancanza di servizi essenziali, lo squallore delle periferie, i casi di malasanità, le vicende giudiziarie connesse alla corruzione producono sfiducia nelle amministrazioni pubbliche, minando finanche la fiducia nelle istituzioni democratiche ed essendo concausa di disaffezione dalla partecipazione politica ed amministrativa.

Perciò, conoscere le amministrazioni e garantirne il buon funzionamento è una questione che interessa tutti coloro che hanno a cuore la democrazia e la tutela dei diritti nel nostro Paese.

Il whistleblowing: un istituto in evoluzione tra riflessioni dottrinali e novità giurisprudenziali

Antonino Ripepi

ABSTRACT

Il contributo analizza l'evoluzione dell'istituto del whistleblowing, dalle sue origini etico-morali alla sua attuale configurazione giuridica come strumento di trasparenza e tutela dell'interesse pubblico. Viene esaminato il rapporto tra dovere di fedeltà del lavoratore e diritto-dovere di segnalazione, alla luce del d.lgs. n. 24/2023 e della giurisprudenza più recente.

ABSTRACT [EN]

The paper analyzes the evolution of the whistleblowing institution, from its ethical and moral origins to its current legal configuration as a tool for transparency and the protection of the public interest. It examines the relationship between the employee's duty of loyalty and the right-duty to report wrongdoing, in light of Legislative Decree No. 24/2023 and the most recent case law.

Il whistleblowing: un istituto in evoluzione tra riflessioni dottrinali e novità giurisprudenziali

Antonino Ripepi

SOMMARIO: 1. Il whistleblowing: inquadramento generale. 2. Segnalazione di illeciti e situazioni giuridiche soggettive coinvolte. 3. Whistleblowing e canali di segnalazione. 4. Whistleblowing e giurisprudenza più recente. 5. Conclusioni.

1. Il whistleblowing: inquadramento generale

Il *whistleblowing* è un istituto che interessa molteplici discipline, tra le quali il diritto, l'economia, la scienza politica, la filosofia morale e la politica. Da tale vocazione poliedrica deriva l'indiscusso interesse che la dottrina ha riservato, in tempi recenti, a tale istituto¹.

Esso, infatti, pone questioni – innanzitutto – di carattere etico. Sostanzandosi nella rivelazione di un illecito, o, secondo la più moderna e ormai diffusa nozione di corruzione amministrativa², di un fatto moralmente riprovevole e sintomo di *maladministration* (pubblica o privata), esso «è stato a lungo considerato con diffidenza quando non in maniera negativa e perfino riprovevole»³.

Si consideri, al proposito, che il *whistleblower* potrebbe anche agire in adempimento di un dovere morale (ammesso che non sia mosso da calcoli egoistici), ma, in ogni caso, si registra una violazione del dovere di lealtà nei confronti dell'organizzazione alla quale l'individuo appartiene, nella maggior parte dei casi nella veste di lavoratore⁴.

L'istituto è stato, invero, oggetto di analisi (anche) da parte della dottrina giuslavoristica⁵ in punto di compatibilità con il suddetto dovere e con l'art. 2105 c.c., che costituisce riferimento normativo applicabile sia al lavoro alle dipendenze di privati che al pubblico impiego contrattualizzato⁶.

¹ N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, LDE, n. 2/2020; per l'ordinamento nazionale, G. DAMIRI, *Il sistema di protezione del whistleblower nel panorama normativo italiano*, Ratio iuris; a livello monografico, si rinvia all'ampia disamina di E. BUSUITO, *La nuova disciplina del whistleblowing*, Wolters Kluwer, 2023; per gli aggiornamenti relativi al d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, si veda D. TAMBASCO, *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, Giuffrè, 2023.

² Per la quale si rinvia a E. CARLONI, *Corruzione (prevenzione della)*, voce, in *Enc. Dir., I Tematici, Funzioni amministrative*, Giuffrè, 2022, 321: «È in ogni caso chiaro che quando si parla di corruzione al di fuori dell'aula di un tribunale si tende a fare riferimento di norma a molto più che non lo specifico reato».

³ F. F. TUCCARI, *Il whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione*, *AmbienteDiritto*, n. 4/2020, 8. Autorevole dottrina osservava: «strumenti come il whistleblowing (denunce anonime) alimentano un clima di sospetto che non giova al buon andamento degli uffici» (M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, RTDPub, n. 1/2020, 173). Il problema è stato avvertito anche nel diritto del lavoro, al punto da disciplinare, con l'art. 3 St. lav., modalità e limiti mediante i quali il datore di lavoro può acquisire da un dipendente la notizia dell'inadempimento di un collega per scongiurare episodi di delazione: M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della L. 30 novembre 2017*, n. 179, ADL, n. 1/2018, 96.

⁴ Nella sua opera *Business Ethics*, Norman Bowie sostiene che «whistleblowing (...) violates a prima facie duty of loyalty to one's employer» (N. BOWIE, *Business Ethics*, Prentice Hall, 1982, 140).

⁵ M. T. CARINCI, *Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*, WP CSDLE "Massimo D'Antona" - 106/2014; A. SITZIA, *La protezione del "whistleblower" nel settore privato: la legge 179 del 2017 nella prospettiva europea*, LDE, n. 2/2019; A. BOSCATI, *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di A. DELLA BELLA - S. ZORZETTO, Giuffrè, 2020, 357 ss.

⁶ Mentre per il pubblico impiego non contrattualizzato trova applicazione l'art. 13 D.P.R. n. 3/1957.

Nonostante una prima tesi, di origine dottrinale, tenda a limitare gli obblighi di fedeltà ai soli profili di divieto di concorrenza e di rivelazione di notizie espressamente previsti dalla disposizione⁷, la giurisprudenza afferma un contenuto più ampio dell'obbligo di cui all'art. 2105 c.c.⁸. Esso tende, in tale prospettiva, a identificarsi con la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede che incombono sul dipendente nell'esecuzione del rapporto, facendo il paio con il dovere di diligenza del lavoratore, che si riferisce anche ai vari doveri strumentali e complementari che concorrono a qualificare il rapporto obbligatorio di durata⁹.

In definitiva, nell'approccio giurisprudenziale consolidato, l'obbligo di fedeltà va inteso in senso ampio e si estende a comportamenti che, per la loro natura e le loro conseguenze, appaiono in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva¹⁰.

Orbene, in tale contesto, recuperando le antiche figure del delatore romano e del sicofante greco, chi rivela notizie riguardanti il proprio ambiente lavorativo è stato tradizionalmente considerato alla stregua di un traditore o sabotatore¹¹.

Tuttavia, non sussiste unanimità in dottrina sul punto. In coerenza con un generale processo di rivalutazione del *whistleblower*¹², un Autore ha sostenuto che «è legittimo che un'impresa privata abbia come scopo primario e diretto quello di massimizzare il profitto, non quello di massimizzare il benessere della comunità, purché ovviamente ciò avvenga nell'alveo del giuridicamente lecito»¹³; in caso di illecito, invece, il dipendente sarebbe tenuto a recidere il legame di complicità con l'altrui condotta censurabile.

Nel caso in cui, invece, lo scenario dell'illecito sia una PA, si assiste a una rimodulazione dei doveri del segnalatore, in quanto non viene in rilievo un'impresa privata, che persegue il proprio (sia pur lecito) interesse particolare in concorrenza con altri, bensì un Ente che persegue fini generali, nell'ambito del quale «salta la barriera del dovere *prima facie* di lealtà all'organizzazione e ai suoi scopi»¹⁴ e si impone il dovere di perseguire interessi sovraindividuali anche sotto il profilo (etico, prima ancora che giuridico) della correttezza dell'azione amministrativa e del buon andamento.

D'altronde, in dottrina¹⁵ è stato sottolineato come l'obbligo di fedeltà si atteggi diversamente nel settore del pubblico impiego, ove campeggiano l'art. 98 Cost. e il d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, in quanto questi ultimi non costituiscono semplicemente parte costitutiva di un'organizzazione produttiva, ma sono al servizio della Nazione¹⁶, con tutto ciò che ne consegue in punto di obbligo/facoltà di segnalazione.

⁷ S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale)*, voce, *Enc. Dir.*, vol. XXIII, 1973; M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, voce, *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, 1987, 343 ss.

⁸ Cass. 10 febbraio 2015, n. 2550.

⁹ Cass. 7 ottobre 2019, n. 24976.

¹⁰ Cass. 30 ottobre 2017, n. 25759; Cass. ord. 11 febbraio 2021, n. 3543.

¹¹ T. D. MIETHE, *Whistleblowing at Work. Tough Choices in Exposing Fraud, Waste, and Abuse on the Job*, Routledge, 2019, 11 ss.

¹² Per il quale si veda R. NADER, che qualifica il *whistleblower* «as a man or a woman who, believing that the public interest overrides the interest of the organization that he/she serves, blow the whistle that the organization is involved in corrupt, illegal, fraudulent, or harmful activity» (R. NADER, *Introduction*, in R. NADER - P.J. PETKAS - K. BLACKWELL, *Whistleblowing. The Report of the Conference on Professional Responsibility*, Grossman, 1972, VII).

¹³ F. FERRARO, *L'etica del whistleblowing tra impresa privata e Pubblica Amministrazione*, in *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità* cit., 438. Un'ipotesi problematica, che ha particolarmente interessato gli Stati Uniti, concerne la denuncia di una violazione *antitrust*, da parte dei dipendenti, a carico della società nella quale sono impiegati: a tutela degli stessi, si è istituito nella disciplina *antitrust*, accanto alla *corporate leniency policy*, la cd. *individual leniency policy* (A. FRIGNANI, *Finalmente una legge generale sul whistleblowing: luci ed ombre*, *DI*, n. 1/2018, 57).

¹⁴ F. FERRARO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵ A. BOSCATI, *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore* cit., 364.

¹⁶ B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, 2007. F. MERLONI - R. CAVALLO PERIN, *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, 2009; F. MERLONI - L. VANDELLI,

Resta, invece, discusso se il segnalatore di illeciti possa o debba identificarsi con una figura “eroica”, nel senso della pretermissione del proprio egoistico interesse a vantaggio di quello generale, anche a costo di subire ripercussioni negative.

Sul punto, mentre alcuni studiosi discutono di «piccolo samaritanesimo», in quanto il *whistleblower* fa esattamente quello che la morale gli richiede, senza cercare di fare di più¹⁷, la giurisprudenza della Corte EDU afferma che il motivo dietro le azioni dell’impiegato segnalatore è un altro fattore determinante per decidere se una particolare rilevazione dovrebbe essere protetta o no. Per esempio, una rivelazione motivata da una lagnanza personale o un antagonismo personale o l’aspettativa di un vantaggio personale, incluso un guadagno pecuniario, non giustificerebbe un livello particolarmente forte di protezione¹⁸.

Sul diverso terreno dell’analisi economica del diritto, la condotta del *whistleblower* è stata esaminata alla luce del paradigma dell’analisi costi/benefici.

A prescindere da qualsiasi coazione giuridica, infatti, il segnalatore potrebbe essere mosso dall’intento di perseguire l’interesse generale così come da pulsioni egoistiche, che non possono essere escluse *a priori*; tuttavia, nell’ambito del proprio calcolo di convenienza economica, il *whistleblower* dovrà anche considerare i fattori avversi (tra i quali il «timore di ritorsioni», come recita il considerando n. 1 della Direttiva UE 2019/1937; la «scarsa fiducia nell’efficacia della segnalazione», menzionata dal considerando n. 63; il timore di danneggiare i colleghi¹⁹).

Per tali ragioni, si è discusso lungamente circa l’opportunità di prevedere gratificazioni, economiche e non, che possano incentivare il segnalatore.

Alcuni Stati lo hanno recisamente negato, in quanto i rispettivi ordinamenti costituzionali pongono a carico dello stesso un “dovere civico”²⁰ che non può essere strumentalizzato in base a logiche economicistiche; altri, come nel caso degli Stati Uniti, lo ammettono, riconoscendo che il movente egoistico, consistente nella volontà di conseguire un premio, in denaro o altro, spesso ha una funzione determinante²¹. Infine, sussiste una terza via mediana, che consiste nell’introduzione di riconoscimenti solo morali, quali i certificati di merito²².

L’esame delle precedenti teorie produce ripercussioni teoriche e applicative in ambito giuridico, da vagliare alla luce dei modelli normativi prescelti dal nostro legislatore.

2. Segnalazione di illeciti e situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi, Passigli, 2010; M. GALDI, *La corruzione come disvalore costituzionale*, *federalismi.it*, n. 20/2019, 10.

¹⁷ M. DAVIS, *Some Paradoxes of Whistle-Blowing*, *Business&Professional ethics Journal*, vol. 15, n. 1, 8: «*if they are Samaritans, they are good Samaritans*».

¹⁸ C. EDU 12 febbraio 2008, ric. n. 14277/04, Guja c. Moldavia.

¹⁹ Un elenco completo, in dottrina, è fornito da F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell’anticorruzione*, *Dir. pen. proc.*, n. 4/2018, 481-482: difficoltà di avanzamento di carriera e di ottenere un nuovo lavoro a causa del *blacklisting* di cui può essere vittima il segnalante; timore di episodi di *retaliation* in ufficio, come l’essere silenziosamente messo da parte dai colleghi (ad esempio, attraverso l’esclusione dalle *mailing list*, dagli eventi sociali o dal solidaristico rapporto di “colleganza”); timore che la segnalazione configuri violazione delle clausole di riservatezza e di fedeltà o paura di non avere a disposizione sufficienti elementi di riscontro dell’illecito; resistenza al ritorno o alla permanenza in un luogo di lavoro diventato irrimediabilmente ostile.

²⁰ Si pensi, in relazione al nostro ordinamento, all’art. 2 Cost., che «richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

²¹ I filosofi del diritto discorrono di funzione promozionale del medesimo: A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, 2010, 16 ss.

²² Ad esempio, Israele: lo evidenzia S. ZORZETTO, *Costi e benefici del whistleblowing: questioni di policy e premiali*, in A. DELLA BELLA - S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità cit.*, 477.

Al di là dei precetti morali e della convenienza economica, infatti, occorre indagare se il segnalante sia gravato da un dovere/obbligo giuridico o se venga in rilievo una facoltà o un dovere civico, non sanzionabile in caso di inerzia.

Sul punto, si rileva l'obbligatorietà della segnalazione in capo ai dipendenti pubblici in caso di commissione di illeciti (art. 2, co. 1, lett. a del d.lgs. n. 24/2023)²³. Lo stesso pare desumersi dagli artt. 8 e 13, co. 8, d.p.r. n. 62/2013, il primo riferito ai dipendenti in generale, il secondo ai dirigenti in particolare).

Nel novero degli "illeciti", oltre ai fatti contrassegnati da rilievo penale, amministrativo, civile, disciplinare e contabile, si possono includere anche condotte rientranti nell'ampio concetto di *maladministration* precedentemente richiamato²⁴, sia alla luce dell'interpretazione sistematica imposta dal nuovo concetto di corruzione amministrativa, sia della formulazione ampia della Direttiva 2019/1937/UE, il cui considerando 1 richiama «minacce o pregiudizi al pubblico interesse» e, dunque, non solo gli «illeciti» in senso stretto²⁵.

Nel settore privato, invece, un vero e proprio dovere giuridico di segnalazione pare configurarsi solo in caso di posizioni di garanzia a fronte della commissione di reati (come imposto dall'art. 40, co. 2, c.p.) e, nel caso, in cui sia integrata una fattispecie di responsabilità amministrativa da reato dell'ente, laddove l'obbligo di segnalazione sia prescritto dal modello di organizzazione e gestione di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001.

Inoltre, si osserva che il *whistleblowing* in ambito privato potrebbe essere imposto, in termini di vero e proprio obbligo, dall'adempimento del contratto di lavoro, e, segnatamente, dall'art. 2105 c.c., già richiamato in sede di esame delle teorie generali sulla materia.

Infatti, lungi dal ritenere il segnalatore alla stregua di un "traditore", appare ragionevole ritenere che, nell'ipotesi di commissione di illeciti o irregolarità in ambito aziendale, il dipendente sia tenuto alla comunicazione degli stessi nell'interesse dell'organizzazione, laddove la stessa possa subirne pregiudizio²⁶.

Nei diversi casi in cui, invece, sia la stessa segnalazione a rappresentare una violazione dell'obbligo di fedeltà, l'apparente antinomia può essere superata alla luce del diritto di critica, riconducibile all'art. 21 Cost., purché siano riscontrabili i presupposti della verità oggettiva dei fatti e della continenza sostanziale e formale, «intendendo per continenza sostanziale la corrispondenza dei fatti alla verità, sia pure non assoluta ma soggettiva e per continenza formale la misura nell'esposizione dei fatti, in modo da non recare danno al decoro dell'impresa o dell'ente»²⁷.

²³ Di «illeciti» discorreva anche l'abrogato art. 54-bis d.lgs. n. 165/2001.

²⁴ Si pensi al tipico esempio consistente nell'anticipazione della trattazione di pratiche amministrative rispetto all'ordine fisiologico. Si richiama la bibliografia citata in nota 1.

²⁵ Occorre dare atto che, secondo parte della dottrina, gli artt. 54-bis d.lgs. n. 165/2001 e 8 d.p.r. n. 62/2013 non presentano ambiti applicativi coincidenti, in quanto «il codice di comportamento generale individua l'oggetto della segnalazione semplicemente nelle (eventuali) situazioni di illecito, mentre il citato art. 54-bis, pur avendo anch'esso ad oggetto "condotte illecite", precisa di riferirsi specificamente a segnalazioni effettuate "nell'interesse dell'integrità dell'amministrazione"» (R. PATUMI, *Whistleblowing e codici di comportamento*, *Azienditalia*, n. 3/2021, 534); tuttavia, l'osservazione sembra superabile sulla scorta degli argomenti delineati nel testo.

Tali argomentazioni, alla luce della recente abrogazione del cit. art. 54-bis, sono estensibili all'art. 2, co. 1, lett. a d.lgs. n. 24/2023, che attrae nella sfera delle violazioni rilevanti gli illeciti (espressamente menzionati dai nn. 1, 2, 3) anche lesivi degli interessi finanziari dell'Ue o il mercato interno e la concorrenza (nn. 4 e 5).

²⁶ Infatti, «il contenuto dell'obbligo di fedeltà si identifica, in sostanza, con un dovere di condotta del lavoratore conforme alla fiducia che il datore deve poter riporre nella persona del prestatore di lavoro» (A. BOSCATI, *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in A. DELLA BELLA – S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità* cit., 363).

²⁷ P. SALAZAR, *La segnalazione di illeciti integra comportamento sanzionabile? Commento a Cassazione Civile, Sez. lav., 24 gennaio 2017, n. 1752, LG, n. 6/2017, 584.*

Il legame con il diritto di critica appare rafforzato dal nuovo art. 15 d.lgs. n. 24/2023, che accorda protezione al *whistleblower* il quale si sia reso autore di «divulgazioni pubbliche» alle condizioni previste dalla disposizione (assenza di riscontri da parte degli organi preposti; rischio di ritorsione; urgenza di intervento causata da pericolo per il pubblico interesse).

Pertanto, proprio la fattispecie dell'obbligo di fedeltà consente di constatare come venga in rilievo una situazione giuridica "incipiente", integrante contestualmente un obbligo e l'espressione di un diritto fondamentale²⁸. Il *whistleblowing*, infatti, può atteggiarsi, in prospettiva più ampia, sia alla stregua di strumento di *governance*, consentendo di rafforzare l'*accountability* verso i governati, sia quale diritto della persona, secondo approccio *human rights oriented*²⁹.

Anche l'ANAC, nell'ambito delle Linee guida in tema di *whistleblowing*, sembra condividere tale approccio, evidenziando che la nuova disciplina di cui al Decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24, garantisce «la manifestazione della libertà di espressione e di informazione, che comprende il diritto di ricevere o di comunicare informazioni nonché la libertà e il pluralismo dei media», senza tralasciare l'indubbia valenza anticorruptiva e di *governance* dell'istituto³⁰.

Nello stesso senso depone la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo: si pensi al caso *Voskuil v. The Netherlands*, in cui si legge che la tutela predisposta per il segnalante risponde all'esigenza di tutelare il diritto del cittadino di ricevere informazioni su metodi impropri nell'esercizio del pubblico potere³¹.

Inoltre, fuori dai casi prima menzionati, e cioè nelle organizzazioni private, laddove non sussistano posizioni di garanzia e non venga in rilievo un illecito rilevante ai fini della responsabilità amministrativa da reato dell'ente, sembrano delinearsi spazi per una posizione di dovere civico³² o facoltà.

È quanto ha evidenziato la dottrina: «il lavoratore non assumerebbe la veste di whistleblower qualora denunciasse un fatto che seppur corrispondente ad un illecito da parte del datore di lavoro non sia assimilabile a un illecito rilevante» ai sensi del d.lgs. n. 231/2001³³.

3. Whistleblowing e canali di segnalazione.

²⁸ Si esprime in termini di «diritto-dovere» M. FREDIANI, *La delazione protetta quale diritto-dovere alla segnalazione d'allarme*, LG, n. 3/2018, 221.

²⁹ Ben espresso da N. PARISI: «In questa prospettiva – non tanto, dunque, perché leva per far emergere illegalità o irregolarità – chi segnala dev'essere protetto: perché esercita un diritto, non perché usa di una facoltà» (N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in A. DELLA BELLA – S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità* cit., 17).

³⁰ ANAC, *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali – procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, 7.

Più in generale, il recentissimo d.lgs. n. 24/2023 è intervenuto sull'assetto normativo esistente in molteplici direzioni: ha specificato l'ambito soggettivo di applicazione e ha ampliato il novero dei soggetti tutelati (art. 3); ha espanso l'ambito oggettivo, consistente nelle violazioni rilevanti ai fini della protezione (art. 2); ha disciplinato in modo dettagliato i canali di segnalazione (art. 4 ss.); ha dedicato un apposito Capo, il terzo, alle misure di protezione e sostegno; ha ridisegnato il sistema sanzionatorio amministrativo (art. 21).

³¹ Sebbene, nel caso di specie, fosse rilevante l'intermediazione della stampa: «Without such protection, sources might be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest and, as a result, the vital public-watchdog role of the press might be undermined» (Corte EDU, *Voskuil v. The Netherlands*, 22 novembre 2007). Inoltre, in quel caso sono espressamente fatte salve prevalenti esigenze di interesse pubblico («The order to disclose a source could only be justified by an overriding requirement in the public interest»).

³² L'espressione è utilizzata dall'art. 48 Cost. in relazione al diritto al voto per individuare una situazione giuridica non coercibile, ma moralmente doverosa (G. PASSANITI, *Il "non voto" dei friulani all'estero: l'annosa questione del Voto come "dovere civico" all'esame della Corte costituzionale*, *Forum costituzionale*, 2005, 2); essa, pertanto, si presta a descrivere la situazione in cui versa il whistleblower nei limitati casi in non sia gravato da un obbligo giuridico di segnalazione.

³³ M. VITALETTI, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, *DRI*, n. 2/2019, 500.

Considerato il quadro teorico di fondo, occorre osservare che la segnalazione può essere effettuata anche mediante canali diversi da quelli contemplati dall'art. 6 D. Lgs. n. 24/2023, ma con il limite generale della proporzionalità, valutato in base all'interesse pubblico e alle esigenze che spingono il segnalatore civico ad agire.

Infatti, la giurisprudenza nazionale evidenzia che *«la segnalazione può essere avanzata con ogni mezzo (ovvero anche in maniera non riservata), purché le modalità di trasmissione e diffusione della segnalazione siano rispettose dei principi di proporzionalità (in relazione alla gravità dell'illecito segnalato e alla consistenza degli elementi posti a sostegno della segnalazione) e di adeguatezza (in relazione alla finalità di garantire una tutela effettiva degli interessi pubblici che vengono in rilievo nella specifica vicenda)»*³⁴.

In dottrina si è rimarcata la necessità di accurata predisposizione dei *Whistleblowing schemes* all'interno dei modelli organizzativi, cioè di procedure operative interne inerenti ai flussi informativi della segnalazione, che deve avere l'obiettivo precipuo di proteggere il segnalante in buona fede e la sua riservatezza, nonché di reagire efficacemente nei confronti di chi viola tali misure e dell'autore di segnalazioni infondate che, al contrario, sia in mala fede.

Si tratta, infatti, di elementi integrativi dell'organizzazione dell'ente che servono a dimostrare il buon funzionamento dei meccanismi di interazione interna volti a prevenire la commissione di reati, una volta conosciuti i segnali di rischio, ovvero finalizzati ad attivare prontamente gli strumenti di reazione contemplati dall'ente³⁵.

Peraltro, com'è stato opportunamente segnalato³⁶, la scelta del canale di segnalazione non è più rimessa alla discrezionalità del *whistleblower*, in quanto uno degli obiettivi fondamentali della legge è quello di favorire in modo prioritario l'utilizzo del canale interno, e quindi è consentito di ricorrere alla segnalazione esterna solo nel caso in cui sussistano le condizioni di cui all'art. 6, D.Lgs. n. 24/2023 e precisamente: a) non è prevista, nell'ambito del suo contesto lavorativo, l'attivazione obbligatoria del canale di segnalazione interna ovvero questo, anche se obbligatorio, non è attivo o, anche se attivato, non è conforme a quanto previsto dall'art. 4; b) la persona segnalante ha già effettuato una segnalazione interna ai sensi dell'art. 4 e la stessa non ha avuto seguito; c) la persona segnalante ha fondati motivi di ritenere che, se effettuasse una segnalazione interna, alla stessa non sarebbe dato efficace seguito ovvero che la stessa segnalazione possa determinare il rischio di ritorsione; d) la persona segnalante ha fondato motivo di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse.

Tuttavia, come segnalato, laddove vengano in rilievo interessi pubblici, la giurisprudenza ammette anche mezzi "atipici" di segnalazione.

4. Whistleblowing e giurisprudenza più recente.

Il riferimento corre, innanzitutto, a TAR Lazio, Sez. III-ter, nella sentenza 12 marzo 2024, n. 4967, ove viene in rilievo la questione della legittimità dei provvedimenti di sospensione cautelare dal servizio, prima, e successiva destituzione, poi, adottati dalla parte resistente nei confronti del ricorrente, il quale assumeva che tali atti rappresentassero gli ultimi di una lunga e pervicace serie di misure pregiudizievoli intraprese in suo danno dall'Amministrazione in un'ottica ritorsiva, per aver questi contrastato e poi contestato, internamente ed esternamente, le decisioni di parte resistente in merito alla c.d. truffa dei diamanti da investimento, invocando in proprio favore le tutele previste per il *whistleblower*.

³⁴ TAR Lazio, Sez. I-quater, 7 gennaio 2023, n. 235.

³⁵ G. GRASSO – A. RIPEPI, *op. cit.*, pp. 7-8.

³⁶ C. LOMBARDI – G. FIORILLO, *L'istituto del whistleblowing negli Enti locali*, in *Azienditalia*, 4/2024, p. 543.

Occorre focalizzare l'attenzione sul motivo di ricorso con cui il ricorrente invoca le tutele previste dalla normativa sul *whistleblowing*, con particolare riguardo alla scriminante relativa alla divulgazione pubblica di documenti coperti da segreto.

Secondo la prospettazione di parte, infatti, la diffusione di materiale riservato si sarebbe resa necessaria dopo i tentativi di denuncia esperiti per altra via, al fine di rendere di pubblico dominio le condotte illecite omissive di alcuni esponenti di parte resistente nella gestione della vicenda diamanti.

Orbene, il TAR Lazio muove dal richiamo di quel consistente indirizzo giurisprudenziale per il quale, in base all'art. 54-*bis* d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, disposizione oggi abrogata ma *ratione temporis* vigente³⁷, non possono escludersi automaticamente dalle tutele avverso gli atti ritorsivi quelle segnalazioni che - pur rivestendo una forma impropria rispetto ai canali appena richiamati - siano volte a sottoporre agli organi di controllo (interni, Rpct, e esterni, autorità giudiziaria e ANAC) condotte che integrano contemporaneamente una violazione dei diritti del lavoratore e al contempo fatti illeciti (e per ciò stesso lesive degli interessi pubblici).

Tuttavia, nel caso di specie, richiamando le coordinate teoriche tracciate nei precedenti paragrafi, non sussisteva un diritto o facoltà del dipendente a operare attraverso segnalazioni "atipiche", cioè mediante interviste televisive.

L'intervista rilasciata dal ricorrente a una nota trasmissione televisiva rappresenta, piuttosto, una segnalazione di notizie coperte da segreto con modalità eccedenti rispetto alle finalità di eliminazione dell'illecito e al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine.

Infatti, la divulgazione pubblica, come quella avvenuta nella specie, deve rappresentare l'*extrema ratio*, possibile solo una volta esperiti infruttuosamente gli strumenti previsti per la segnalazione tipica: anche ammettendo che le segnalazioni di ottobre e novembre 2019 avessero i requisiti per una segnalazione *whistleblowing*, la segnalazione esterna ad ANAC è stata fatta dall'interessato solo ad agosto 2022, ben oltre l'intervista andata in onda a dicembre 2021 o gli stessi contatti con i giornalisti che il ricorrente ha riconosciuto di avere già a novembre 2019.

Non ravvisandosi, quindi, motivi che avrebbero potuto giustificare la decisione di procedere ad una segnalazione atipica pubblica, deve ritenersi che l'iniziativa del ricorrente, anche laddove mossa dall'intenzione di perseguire l'integrità dell'operato dell'amministrazione, sia stata del tutto sproporzionata e inadeguata rispetto alle finalità perseguite dalla normativa in materia di *whistleblowing*, le cui tutele, pertanto, non sono applicabili al caso di specie.

Cadenze argomentative del tutto simili valgono per la recente ordinanza della Corte di Cassazione³⁸ che ha pronunciato su un caso in cui il lavoratore aveva rivelato a un giornalista di una nota testata giornalistica i contenuti di una denuncia effettuata dal lavoratore medesimo all'ANAC in qualità di *whistleblower*, divulgandoli con modalità eccedenti rispetto alle finalità della L. n. 179/2017, *ratione temporis* applicabile.

La Suprema Corte, nel caso in esame, ha ritenuto la comunicazione a organi di stampa della denuncia all'ANAC (ossia di notizie e documenti comunicati all'organo deputato a riceverli, oggetto di segreto aziendale, professionale o d'ufficio) era avvenuta con modalità eccedenti rispetto alle finalità dell'eliminazione dell'illecito, proprio per la rivelazione al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine, ciò che ha determinato il rigetto del ricorso.

Pertanto, il ricorrente non poteva vantare alcun diritto alla tutela, in quanto, alla radice, non era gravato da un dovere di comunicazione dell'illecito attraverso modalità sproporzionate ed eccedenti.

³⁷ M. ASARO, *Dipendenti pubblici: i limiti della tutela del whistleblower*, *Labor*, 25 febbraio 2023.

³⁸ Cass., sez. lavoro, 5 aprile 2024, n. 9138.

Per quanto riguarda, invece, la segnalazione di “illeciti propri”, deve ritenersi che anche in questo caso il dirigente disponga dei generali poteri di licenziamento per giusta causa o di sospensione cautelare dal servizio, a seconda della fattispecie che venga in rilievo.

Il riferimento è a quella pronuncia che ha negato l'applicazione delle tutele in esame a una dipendente di un ente ospedaliero che, dopo aver svolto per un certo numero di anni la propria attività di infermiera professionale presso un ente privato senza essere a ciò autorizzata, veniva sanzionata disciplinarmente con la sospensione per quattro mesi³⁹.

Ella aveva sostenuto la tesi dell'applicabilità della disciplina in tema di *whistleblowing* al lavoratore segnalante illeciti endoaziendali, sul presupposto che la sua autodenuncia si traducesse in una partecipazione alla tutela dell'interesse dell'integrità della Pubblica amministrazione, funzionale all'emersione dei fenomeni di corruzione e *mala gestio* e che tale tutela non le potesse essere negata in quanto l'art. 54-bis, co. 1, d.lgs. n. 165/2001 nega tale protezione solo al pubblico dipendente che segnala illeciti con finalità di calunnia e di diffamazione.

Tuttavia, in dottrina si è osservato, con argomentazioni assolutamente condivisibili, che la normativa in materia di *whistleblowing* protegge il lavoratore che segnala illeciti dalle sanzioni che potrebbero derivare a suo carico secondo le norme disciplinari o da reazioni ritorsive dirette e indirette conseguenti alla sua denuncia, ma non fonda un'esimente per gli autonomi illeciti che il lavoratore, da solo o in concorso con altri, abbia commesso, potendosi al più valutare il ravvedimento operoso o la collaborazione ai fini della individuazione della giusta sanzione da irrogare allo stesso⁴⁰.

Anche la Direttiva 2019/1937/UE, prevedendo all'art. 19 il «divieto di qualsiasi forma di ritorsione», è finalizzata ad impedire conseguenze sfavorevoli per chi segnala illeciti in ambito lavorativo, ma non costruisce esimenti rispetto agli illeciti che il lavoratore avesse in ipotesi commesso da solo o con altri⁴¹.

L'impostazione è condivisa dalla recente pronuncia della Suprema Corte, in cui si legge che non può considerarsi *whistleblower* chiunque segnali un illecito o una irregolarità, ma soltanto colui che segnala condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, il che implica una conoscenza sopravvenuta legata al rapporto di lavoro, laddove l'autore dell'illecito è (ovviamente) a conoscenza del medesimo e decide in un momento successivo di confessarlo.

5. Conclusioni

In definitiva, il *whistleblowing* non è più percepito come un mero atto di delazione, ma si è affermato come un istituto giuridico, etico ed economico essenziale per la tutela dell'interesse pubblico e l'integrità delle organizzazioni.

Inizialmente, l'atto di segnalazione è stato inquadrato in una tensione irrisolta con il dovere di fedeltà del lavoratore. Tuttavia, questa visione è stata superata, specialmente nel settore pubblico, dove l'interesse primario a servire la Nazione e a garantire il buon andamento dell'amministrazione prevale sulla lealtà all'ente. Il *whistleblowing* si configura qui come un vero e proprio diritto-dovere, essenziale per far emergere non solo reati, ma anche fenomeni di *maladministration*.

Nel tempo, la normativa, con il recepimento della Direttiva europea nel D.Lgs. n. 24/2023, ha rafforzato l'istituto, confermandone la duplice valenza: è uno strumento di governance (anticorruzione) e, allo stesso tempo, un'espressione del diritto fondamentale alla libertà di espressione e informazione. Tale tutela, tuttavia, non è incondizionata.

³⁹ Cass., sez. lavoro, 31 marzo 2023, n. 9148.

⁴⁰ G. DAMIRI, *Il sistema di protezione del whistleblower nel panorama normativo italiano*, Ratio iuris, p. 17.

⁴¹ G. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing. Una lettura comparatistica dei principali strumenti di prevenzione della corruzione*, RTDPE, 2014, p. 589.

Il sistema normativo e la giurisprudenza hanno stabilito che la protezione del segnalante è strettamente legata all'uso di canali appropriati e al principio di proporzionalità. La legge intende favorire in via prioritaria l'utilizzo del canale interno all'organizzazione. Il ricorso alla divulgazione pubblica (ad esempio, tramite stampa o televisione) è considerato un'*extrema ratio*, legittima solo quando gli altri canali si sono rivelati inefficaci o quando sussiste un rischio imminente per l'interesse pubblico. Le recenti pronunce giurisprudenziali hanno, infatti, chiarito che la tutela decade se il segnalante agisce con modalità eccedenti e sproporzionate rispetto al fine di eliminare l'illecito.

Infine, è cruciale sottolineare che la normativa sul *whistleblowing* è concepita per tutelare il lavoratore da eventuali ritorsioni subite a causa della denuncia di illeciti altrui. Essa non costituisce un'esimente per chi segnala un illecito commesso da sé stesso (autodenuncia). Sebbene la confessione possa essere valutata ai fini della sanzione disciplinare, la protezione non può estendersi a neutralizzare le conseguenze giuridiche delle violazioni commesse dal segnalante stesso, il quale non può dirsi tutelato ai sensi di una legge pensata per chi denuncia condotte di terzi.

In sintesi, l'evoluzione normativa ha istituzionalizzato il *whistleblowing* come un pilastro dell'integrità, ma l'effettiva applicazione delle tutele richiede un rigoroso rispetto delle procedure e della proporzionalità da parte del segnalante, a conferma che i diritti del singolo sono esercitabili pienamente solo in armonia con le finalità di buon funzionamento dell'organizzazione e dell'interesse collettivo.

Gli enti pubblici in forma societaria

Rocco Parisi

ABSTRACT

Il contributo analizza la figura degli enti pubblici in forma societaria e la complessa interazione tra diritto pubblico e diritto privato derivante dall'utilizzo di modelli societari per l'esercizio di funzioni pubbliche. Viene esaminato il *d.lgs. n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica)*, che disciplina limiti, finalità e forme della partecipazione pubblica, distinguendo tra società a partecipazione e controllo pubblico, *in house* e miste. L'analisi si estende, infine, alle figure euro-unitarie dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica, volte ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza anche per soggetti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici.

ABSTRACT [EN]

The paper examines the phenomenon of public entities organized in corporate form and the complex interaction between public and private law arising from the use of corporate models to perform public functions. It focuses on Legislative Decree No. 175/2016 (Consolidated Act on Publicly Owned Companies), which defines the limits, purposes, and forms of public shareholding, distinguishing between publicly participated, publicly controlled, in-house, and mixed companies. Finally, the analysis extends to the EU-based concepts of bodies governed by public law and public undertakings, aimed at ensuring compliance with the principles of transparency and competition even for entities that are formally private but substantively public.

Gli enti pubblici in forma societaria

Rocco Parisi*

Sommario: 1. Gli enti pubblici in forma societaria; 2. La disciplina sulla partecipazione pubblica in società nel d.lgs. n. 175/2016; 3. Le società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016: le società a partecipazione pubblica e le società a controllo pubblico; 3.1. (segue) Le società *in house*; 3.2. (segue) Le società miste; 4. L'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica

1. Gli enti pubblici in forma societaria.

Le difficoltà inerenti alla individuazione di una nozione generale ed univoca di “pubblica amministrazione”¹ risultano viepiù acute dalla possibile estensione della categoria *de qua* a soggetti formalmente privati, destinatari di competenze, funzioni e poteri pubblici.

La questione ha assunto una rilevanza sempre crescente, soprattutto a partire dagli anni novanta del novecento², contestualmente ai processi di trasformazione degli enti pubblici economici in società di capitali detenute o partecipate dallo Stato (c.d. privatizzazione formale), seguiti solo in alcuni casi dalla cessione ai privati delle azioni societarie detenute dallo Stato (cd. privatizzazione sostanziale).

Il processo di privatizzazione, peraltro, è andato ben oltre l'ambito dell'attività d'impresa, interessando progressivamente anche enti preposti a settori di interesse pubblico attraverso lo svolgimento di attività amministrativa propriamente intesa³.

Sicché, il ricorso sempre crescente a modelli privatistici per lo svolgimento di funzioni pubbliche ha reso più evanescente la demarcazione *in parte qua* tra diritto comune e diritto amministrativo⁴, alimentando il dibattito **sull'ammissibilità di enti pubblici in forma societaria**.

Al riguardo, la Costituzione, pur demandando all'apparato amministrativo la cura dell'interesse pubblico attraverso lo svolgimento di funzioni e poteri pubblicistici (art. 97 Cost.), non impone una riserva organizzativa pubblicistica in materia⁵, lasciando perciò aperta la possibilità (al legislatore, prima, e alle amministrazioni, poi) di attribuire a soggetti privati (appositamente istituiti) lo svolgimento di funzioni pubbliche.

Neppure l'ordinamento dell'Unione Europea esclude che gli Stati membri operino attraverso modelli organizzativi privati, a patto che ciò non pregiudichi la parità di trattamento tra le imprese pubbliche e gli altri operatori economici privati, soprattutto per ciò che concerne la tutela della concorrenza⁶ ed il divieto degli aiuti di Stato⁷.

Si comprende, dunque, come la mancanza di una netta preclusione costituzionale ed europea abbia reso particolarmente controversa la questione relativa all'ammissibilità di enti pubblici in forma societaria⁸. Non si trascurino, peraltro, le notevoli ricadute applicative, in ordine ad esempio allo statuto (civile o amministrativo) a cui assoggettare l'attività e gli atti adottati dagli enti; all'applicazione della disciplina sui contratti pubblici, soprattutto in riferimento all'obbligo di

* Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università Unimarconi di Roma

¹ Sul tema, si veda D. Sorace, *Un'idea di amministrazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, fasc. 1, 2016, 451 ss.

² Cfr. d.l. n. 333/1992 (conv. in l. n. 359/1992), con cui è stata disposta la trasformazione in società per azioni dei più importanti enti pubblici economici all'epoca esistenti (IRI, INA ed ENEL).

³ Al riguardo, si vedano *ex multis*: il d.l. n. 269/2003 (conv. in l. n. 326/2003), con cui è stata trasformata la Cassa depositi e prestiti in CDP s.p.a.; il d.l. n. 138/2002 (conv. in l. n. 178/2002), con cui è stato trasformato l'Ente nazionale per le strade in Anas s.p.a.; la l. n. 144/1999, con cui è stato trasformato l'Ente nazionale di assistenza al volo in ENAV s.p.a.

⁴ Cfr. R. Rordorf, *Le società “pubbliche” nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423.

⁵ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Società pubbliche e organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in V. Cerulli Irelli, M. Libertini (a cura di), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, 2019, 95 ss.

⁶ Cfr. artt. 101 ss. del TFUE.

⁷ Cfr. artt. 107 ss. del TFUE.

⁸ Cfr. G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2003, 801 ss.*

espletare una gara pubblica per la scelta del contraente; all'applicazione della disciplina sul reclutamento del personale; al regime di responsabilità degli amministratori sociali per i danni cagionati nell'esercizio delle rispettive funzioni; all'assoggettamento al controllo della Corte dei Conti; all'applicazione della disciplina in materia di prevenzione e contrasto della corruzione nel settore pubblico.

Alla stregua di un primo e risalente orientamento, dovrebbe negarsi l'ammissibilità di enti pubblici in forma societaria, soprattutto in virtù della inconciliabilità tra la causa lucrativa, connaturata al modello societario, ed il perseguimento dell'interesse collettivo, a cui l'ente pubblico è istituzionalmente preposto.

Secondo la tesi ormai consolidata, invece, lo scopo lucrativo della società non sarebbe *ex se* ostativo alla qualificazione pubblicistica dell'ente, essendo possibile che, a determinate condizioni, la società partecipata (*recte*: controllata) da una pubblica amministrazione possa assumere una **natura pubblicistica**. Sicché, la veste societaria rappresenterebbe un modulo organizzativo "neutro", non incompatibile di per sé con il fine pubblico a cui l'ente è preposto⁹.

Lungo il solco appena tracciato, è stata proposta una **nozione "funzionale" e "cangiante" di pubblica amministrazione**, per cui il medesimo soggetto societario può essere considerato come pubblica amministrazione solo per taluni profili e per determinate attività, permanendo per il resto la natura privatistica ed il conseguente assoggettamento alla disciplina di diritto civile. Tralasciando dunque qualsivoglia preclusione formalistica, la qualificazione di un ente viene condotta in concreto, di volta in volta, attraverso un approccio sostanziale, di matrice euro-unitaria¹⁰, attento a considerare – da un lato – i caratteri sostanziali dell'ente scrutinato e – dall'altro lato – il regime giuridico da applicare e la *ratio* ad esso sottesa¹¹.

Ammessa l'astratta configurabilità di enti pubblici in veste societaria e fermo restando che la mera partecipazione pubblica in società non è elemento *ex se* sufficiente ad attribuire natura pubblica all'ente¹², sono stati individuati i seguenti **requisiti** in presenza dei quali un organismo societario può essere sostanzialmente ricondotto al novero degli enti pubblici: **i)** istituzione della società da parte della legge, ovvero da parte di una pubblica amministrazione su specifica autorizzazione legislativa; **ii)** predeterminazione da parte della legge della denominazione e dello scopo sociale; **iii)** erogazione in favore dell'ente di finanziamenti pubblici e conseguente assoggettamento ad un sistema di controlli pubblici; **iv)** partecipazione pubblica maggioritaria; **v)** assoggettamento ad un regime giuridico da cui derivi, non solo la mera alterazione del modello societario di diritto comune, bensì la piena attrazione dell'ente societario nell'orbita pubblicistica.

Peraltro, come si vedrà nei paragrafi successivi, l'attribuzione di una natura pubblicistica "a geometria variabile" nei confronti di enti societari risulta ad oggi confermata dalla previsione legislativa di talune figure societarie a partecipazione pubblica assoggettate, in generale, alla disciplina comune delle società di capitali e, per taluni specifici profili, ad un regime speciale para-pubblicistico (generalmente contenuto nel d.lgs. n. 175/2016).

2. La disciplina sulla partecipazione pubblica in società nel d.lgs. n. 175/2016.

In passato si era registrato un ricorso smisurato delle pubbliche amministrazioni al modello societario, inteso come vero e proprio modulo organizzativo strumentale allo svolgimento di funzioni pubbliche, da cui era scaturita una proliferazione incontrollata di società a partecipazione pubblica.

⁹ Tali argomentazioni sono state sostenute a più riprese dai giudici di Palazzo Spada. Tra le tante pronunce, si segnala, in particolare Cons. St., Sez. VI, n. 1206/2001, in cui il supremo Consesso ha preso posizione sulla natura giuridica di Poste s.p.a.

¹⁰ Cfr. S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915 ss.; G. Sala, *Nozione "cangiante" di ente pubblico e giurisdizione: in tema di società in house*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1463 ss.

¹¹ Cfr. TAR Palermo, Sez. I, n. 2132/2021; Cons. St., Sez. VI, n. 2660/2015.

¹² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 17287/2006.

Ne è conseguito, anzitutto, che la nozione stessa di “società pubblica”¹³ abbia perso progressivamente una specifica valenza descrittiva, ricomprendendo al suo interno una serie vasta ed eterogenea di enti privati accomunati unicamente dalla forma societaria e dalla partecipazione pubblica.

Peraltro, il ricorso dilagante delle amministrazioni allo strumento societario ha portato a problemi sistematici di non poca rilevanza, specie in riferimento alla tutela della concorrenza ed ai principi di imparzialità e di buon andamento amministrativo. Invero, l'erogazione diffusa, indiscriminata ed inefficiente di risorse pubbliche da parte del socio pubblico all'interno di società di capitali ha posto evidenti profili di criticità rispetto alla tutela della concorrenza ed alla *par condicio* tra operatori economici, collocando le società partecipate dalle amministrazioni in una posizione di ingiustificato privilegio rispetto alle altre società operanti sul mercato. A ciò si aggiunga che la gestione sovente inefficiente delle partecipazioni pubbliche ha condotto ad un sensibile appesantimento della spesa pubblica, divenuto via via insostenibile nel contesto di recessione e di crisi economica che a partire dai primi anni duemila ha interessato il Paese.

Sicché, superando la frammentarietà che aveva caratterizzato i precedenti interventi normativi, **il d.lgs. n. 175/2016 (c.d. “Testo unico in materia di società partecipate- TUSP”)**, adottato in attuazione della delega contenuta nella legge n. 124/2015 (c.d. “legge Madia”), ha introdotto una disciplina organica ed unitaria della materia¹⁴.

In generale, la disciplina del testo unico pare prioritariamente volta ad **arginare il fenomeno della partecipazione pubblica in società**, limitando fortemente la capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni di istituire società ovvero di acquisire o mantenere partecipazioni in società già costituite, onde garantire il rispetto del regime concorrenziale e delle esigenze di buon andamento e di razionalizzazione della spesa pubblica¹⁵.

Un primo limite riguarda il **modello societario** a cui le pubbliche amministrazioni possono partecipare, circoscritto alle sole “società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa”¹⁶.

Il TUSP impone, inoltre, un fondamentale **limite teleologico** alla partecipazione pubblica in società, atteso che le amministrazioni pubbliche possono costituire o acquisire partecipazioni in società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi <<solo ove strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali>>¹⁷.

Fermo restando il predetto limite finalistico, la partecipazione pubblica in società è inoltre consentita unicamente ove sia preordinata allo **svolgimento di una delle attività** determinate dalla legge¹⁸, ovvero: **i)** produzione di servizi di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; **ii)** progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; **iii)** realizzazione e gestione di un'opera pubblica, ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso l'istituzione di una società a partecipazione mista pubblico-privata; **iv)** autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni; **v)** svolgimento di servizi di committenza¹⁹.

¹³ Sul tema delle società pubbliche e sull'iter storico-giuridico che ha interessato le società pubbliche in Italia, si veda M. Cammelli, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., Annali*, V, Milano, 2012, 1190.

¹⁴ Al riguardo, si veda G. Caia, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica- il commento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 5, 601 ss.

¹⁵ Sul tema, si veda B.G. Mattarella, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2018, 5 ss.

¹⁶ Cfr. art. 3 del d.lgs. n. 175/2016.

¹⁷ Cfr. art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016.

¹⁸ Al riguardo, A. Maltoni, *Le società in house nel t.u. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. e app.*, n. 1/2017, 3, rileva che il vincolo relativo alla tipologia di attività svolta presuppone quello finalistico, ritenendo peraltro che l'elenco delle attività riportato dall'art. 4, comma 2, del TUSP abbia carattere tassativo.

¹⁹ Cfr. art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016.

L'effettività dei predetti limiti è garantita dall'imposizione in capo all'amministrazione di uno stringente **onere di motivazione** degli atti deliberativi con cui viene determinata la costituzione di società o l'acquisizione di partecipazioni in società già costituite, dovendo essere puntualmente esplicitati: *i)* la strumentalità della partecipazione societaria al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico; *ii)* le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria; *iii)* la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, nonché con la disciplina dell'Unione Europea²⁰.

L'atto deliberativo, una volta adottato, deve essere pubblicato sul sito istituzionale dell'amministrazione ed inviato tempestivamente all'Autorità *antitrust*, che potrà impugnarlo direttamente in sede giurisdizionale *ex art. 21-bis* della legge n. 287/1990 ove lo ritenga lesivo della concorrenza e del mercato, ed alla Corte dei Conti, chiamata a svolgere un controllo preventivo sull'effettiva sussistenza dei presupposti legittimanti la partecipazione pubblica in società, sulla sostenibilità finanziaria della scelta e sulla sua compatibilità con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. L'amministrazione non può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione prima che la Corte dei Conti abbia svolto tale controllo preventivo, salvo che la Corte ometta di pronunciarsi entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto deliberativo, decorso il quale l'amministrazione può procedere in ogni caso.

Dall'inadempimento di tali obblighi procedimentali derivano sanzioni civili molto rigorose. Infatti, ove l'atto deliberativo non venga adottato o risulti illegittimo, l'amministrazione è tenuta a liquidare la propria partecipazione societaria, mentre ove la partecipazione pubblica risulti essenziale per il conseguimento dell'oggetto sociale ne deriva la nullità della società ai sensi dell'art. 2332 c.c.²¹.

Al riguardo, la giurisprudenza ha posto talune precisazioni molto importanti in merito al riparto di giurisdizione sugli atti deliberativi ed istitutivi delle società a partecipazione pubblica. Invero, superando il contrasto interpretativo emerso in passato²², la questione è stata risolta sulla base della distinzione tra atti amministrativi prodromici alla vicenda societaria, con cui l'ente delibera di costituire la società o di parteciparvi, ed atti negoziali, attraverso cui l'ente pone in essere l'atto societario (costitutivo o modificativo). I primi, in quanto atti amministrativi espressione di una scelta discrezionale, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo²³. Gli atti negoziali, invece, essendo adottati dall'amministrazione nell'esercizio della capacità negoziale di diritto privato, sono devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario²⁴.

Deve rilevarsi, inoltre, che dall'annullamento degli atti amministrativi prodromici ("a monte") non deriva automaticamente la caducazione del negozio giuridico ("a valle") – c.d. effetto caducante –, bensì un'invalidità derivata – c.d. effetto viziante – che deve essere dedotta dinanzi al G.O., quale giudice avente giurisdizione sugli atti negoziali.

Sempre al fine di limitare il ricorso a partecipazioni pubbliche ingiustificate ed inefficienti, il TUSP²⁵ ha introdotto un preciso **obbligo di razionalizzazione** ordinaria delle partecipazioni pubbliche in società, per cui le amministrazioni sono tenute, entro il 31 dicembre di ogni anno, a svolgere un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni ed a redigere un piano di riassetto per la razionalizzazione, soppressione o fusione delle medesime partecipazioni ove risulti che: *i)* le partecipazioni in società non sono strumentali al perseguimento delle finalità ed allo svolgimento delle attività determinate dal TUSP; *ii)* le società partecipate sono prive di dipendenti o presentano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; *iii)* le società partecipate svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; *iv)* le società partecipate hanno conseguito, nel triennio precedente, un

²⁰ Cfr. art. 5 del d.lgs. n. 175/2016.

²¹ Cfr. art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 175/2016.

²² Cfr. Cons. St., Ad. Plen., n. 10/2011; Cass. civ., Sez. Un., n. 30167/2011.

²³ Cfr. Cons. St., Sez. V, n. 578/2019; TAR Milano, Sez. I, n. 1213/2021.

²⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 5424/2021.

²⁵ Cfr. art. 20 del d.lgs. n. 175/2016.

fatturato medio non superiore a un milione di euro; **v)** le società partecipate, ad eccezione di quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale, hanno prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; **vi)** sussistono esigenze di contenimento dei costi di funzionamento.

Il provvedimento di analisi ed il piano di riassetto devono essere trasmessi al Ministero dell'economia ed alla Corte dei Conti; la loro mancata adozione da parte degli enti locali è punita con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria fino a cinquecentomila euro, fatto salvo il danno erariale.

3. Le società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016: le società a partecipazione pubblica e le società a controllo pubblico

Il TUSP distingue all'interno della macro-categoria delle società pubbliche diverse forme societarie, a seconda della diversa incidenza manifestata dalla partecipazione pubblica in società²⁶:

- **società a partecipazione pubblica**: rappresentano la tipologia più ampia (ed onnicomprensiva) di società pubblica, il cui presupposto è costituito dalla titolarità in capo all'amministrazione di rapporti che attribuiscono la qualità di socio, ovvero di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi;

- **società a controllo pubblico**: si tratta di società in cui l'amministrazione pubblica, non limitandosi a detenere quote partecipative, esercita sulla compagine societaria i poteri di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile;

- **società in house**: si tratta di società (generalmente) a totale partecipazione pubblica, sulle quali l'amministrazione esercita un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi e che realizzano nei confronti dell'amministrazione controllante la parte prevalente della propria attività;

- **società miste**, ovvero società a partecipazione mista pubblico-privata, in cui il socio privato, selezionato mediante apposite procedure pubbliche "a doppio oggetto", detiene una quota di partecipazione non inferiore al trenta per cento;

- **società quotate**, ovvero società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati.

La scelta del legislatore è stata di assoggettare tutte le società partecipate e controllate dall'amministrazione alla disciplina di diritto comune contenuta nel codice civile, fatte salve le disposizioni speciali e derogatorie previste dal TUSP²⁷.

Pertanto, il regime speciale del TUSP non si applica in maniera uniforme a tutte le tipologie societarie sopra individuate, bensì in maniera diversificata, a seconda della diversa "significatività" ed "incidenza" della partecipazione pubblica in società. In particolare, alle disposizioni fondamentali generalmente applicabili a tutte le società a partecipazione pubblica (v. disciplina esaminata nel paragrafo precedente), si affiancano talune disposizioni indirizzate alle sole società a controllo pubblico ed alle società *in house*, ovvero a quei modelli societari in cui la preminenza dei poteri esercitati dal socio pubblico pone delle deroghe particolarmente evidenti rispetto all'archetipo societario di diritto privato.

Ne consegue, logicamente, che le disposizioni speciali dettate per le società a controllo pubblico si applicano *a fortiori* alle società *in house*, le quali infatti sono connotate da un controllo pubblico (analogo) ancor più permeante e, dunque, da un maggiore livello di specialità.

Venendo all'esame della disciplina dettata dal TUSP, si prevede anzitutto l'applicazione alla **società a controllo pubblico** delle disposizioni in materia di trasparenza amministrativa di cui al d.lgs. n. 33/2013, onde consentire la piena conoscibilità delle risorse utilizzate e dei risultati ottenuti da tali enti.

Alle società a controllo pubblico si rivolgono, inoltre, talune disposizioni sulla composizione dell'organo amministrativo. Al riguardo, l'art. 11 impone che i componenti degli organi

²⁶ Cfr. art. 2 del d.lgs. n. 175/2016.

²⁷ Cfr. art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016.

amministrativi e di controllo siano in possesso di particolari requisiti di onorabilità, professionalità ed autonomia, fermo restando l'applicazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 39/2013 sulla inconfiribilità e sulla incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni. Inoltre, la nomina degli amministratori delle società a controllo pubblico, che non può ricadere sui dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti, dev'essere effettuata nel "rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno"²⁸.

Viene altresì previsto un limite massimo ai compensi da corrispondere agli amministratori, ai dirigenti ed ai dipendenti delle società a controllo pubblico: a tal fine, le società vengono classificate in cinque fasce in base a criteri dimensionali e vengono individuati per ciascuna fascia i compensi massimi che possono essere erogati. A ciò si accompagna il divieto di corrispondere ad amministratori e dirigenti delle società *de quibus* indennità o trattamenti di fine mandato ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Il TUSP riporta altresì una precisa disciplina in merito alle procedure concorsuali a cui possono essere sottoposte le società pubbliche. In particolare, oltre a prevedere la generale applicabilità a tutte le società a partecipazione pubblica della disciplina civilistica sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza²⁹, sono state introdotte, con precipuo riferimento alle società a controllo pubblico, apposite procedure di allerta e di prevenzione della crisi aziendale³⁰.

Ulteriori disposizioni speciali sono riportate in riferimento al reclutamento ed alla gestione del personale, le quali risultano permeate da una chiara *ratio* pubblicistica. Invero, ai sensi dell'art. 19 del TUSP, il reclutamento di personale presso le società a controllo pubblico deve avvenire secondo criteri e procedure predeterminate dalle stesse società con propri provvedimenti, nonché nel rispetto dei canoni di trasparenza, pubblicità, imparzialità e dei principi previsti dall'articolo 35, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001³¹ per l'assunzione di personale presso le pubbliche amministrazioni³². Ove l'assunzione sia stata effettuata in violazione delle predette procedure e dei principi stabiliti, è prevista la nullità, ai fini retributivi, dei contratti di lavoro stipulati³³. Peraltro, superando le incertezze interpretative registrate in passato, viene demandata al giudice ordinario la giurisdizione sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico (e nelle società *in house*).

L'art. 19 disciplina, inoltre, un'ipotesi di trasferimento "in mobilità" del personale (*ex art. 30 del d.lgs. n. 165/2001*) tra la società controllata e l'amministrazione controllante, per cui in caso di reinternalizzazione dei servizi in precedenza affidati alla società controllata, l'amministrazione

²⁸ Cfr. art. 11, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016.

²⁹ Cfr. art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016.

³⁰ Cfr. artt. 6, comma 2, e 14, commi 2 e ss., del d.lgs. n. 175/2016. Sul punto, si veda M. Ferroni, *Le procedure concorsuali nel testo unico delle società a partecipazione pubblica*, in *Nomos*, n. 2/2020.

³¹ Ai sensi dell'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 "Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali; e-ter) possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento di alta specializzazione, il possesso del titolo di dottore di ricerca o del master universitario di secondo livello. In tali casi, nelle procedure sono individuate, tra le aree dei settori scientifico-disciplinari definite ai sensi dell'art. 17, comma 99, della legge 15 maggio 1997, n. 127, afferenti al titolo di dottore di ricerca o al master universitario di secondo livello, quelle pertinenti alla tipologia del profilo o livello di inquadramento".

³² Cfr. art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016.

³³ Cfr. art. 19, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016.

controllante, prima di effettuare nuove assunzioni, deve procedere al riassorbimento del personale già dipendente pubblico a tempo indeterminato e transitato alle dipendenze della società interessata dal processo di reinternalizzazione. Giova rimarcare che, onde evitare indebite elusioni al principio fondamentale del concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego (v. art. 97 Cost.), la procedura *de qua* può essere disposta soltanto nei confronti di quei soggetti che, prima di transitare alle dipendenze della società controllata, fossero già dipendenti pubblici a tempo indeterminato, avendo già superato un concorso pubblico.

Infine, si prevede che, anche al fine di far fronte alle esigenze collegate all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, si applicano al personale dipendente delle società controllate e degli enti pubblici gli istituti del comando e del distacco³⁴, che comunque non possono avere durata superiore ad un anno e dovranno essere conclusi entro il 31 dicembre 2026³⁵.

3.1. (segue) *Le società in house*

Le **società in house**³⁶ rappresentano un modello particolarmente speciale e derogatorio rispetto all'archetipo civilistico, in cui il controllo esercitato dall'amministrazione risulta ancor più qualificato rispetto a quello previsto dall'art. 2359 del c.c., essendo "analogo" a quello esercitato dall'ente pubblico su una propria articolazione interna³⁷.

Invero, le società *in house* sono enti **solo formalmente privati**, in quanto aventi la veste societaria, ma **sostanzialmente pubblici**, in quanto riconducibili ad una struttura organizzativa dell'amministrazione controllante. La compenetrazione strutturale e gestionale tra amministrazione e società *in house* è tale che sul piano sostanziale non v'è alcuna alterità soggettiva tra i due enti, atteso che la società viene considerata come una *longa manus* dell'amministrazione, partecipando della medesima natura pubblica.

La figura in esame è stata elaborata e definita nei suoi tratti costitutivi dall'ordinamento dell'Unione Europea, al precipuo fine di individuare quei soggetti giuridici che, in quanto sostanzialmente privi di terzietà rispetto all'amministrazione controllante, possono essere destinatari di affidamenti diretti di contratti pubblici, in deroga all'obbligo della gara pubblica.

Gli elementi costitutivi delle società *in house*, elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE³⁸ e successivamente formalizzati dalle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014, sono stati recepiti nell'ordinamento interno, risultando ad oggi cristallizzati agli articoli 2, comma 2, lett. o) e 16 del TUSP.

Primo presupposto è costituito dal **controllo analogo** esercitato dall'amministrazione sulla società, assimilabile a quello svolto dall'ente pubblico su una propria articolazione interna. Si tratta, in particolare, di un controllo strutturale particolarmente intenso, in virtù del quale l'amministrazione incide in maniera determinante sulle scelte strategiche, organizzative e gestionali della società³⁹. Il

³⁴ Cfr. art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 e art. 56 del d.P.R. n. 3/1957.

³⁵ Cfr. art. 19, comma 9-bis, del d.lgs. n. 175/2016, introdotto dall'art. 1, comma 898, della legge n. 197/2022.

³⁶ Per un approfondimento sulle società *in house* e su alcune questioni giuridiche ancora oggi dibattute, si rimanda, senza pretesa di esaustività, a: M. Antonioli, *La società in house tra governance e struttura dopo il Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, fasc. 1, 2025, 79 ss.; E. Caruso, *Per una rilettura funzionale del rapporto in house: riflessi sul controllo analogo*, in *Giur. Comm.*, fasc.1, 2024, 126 ss.; B.G. Mattarella, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, fasc. 4, 2023, 1283 ss.; A. Ilacqua, *L'in house nelle recenti riforme amministrative*, in *Foro Amm.*, fasc. 11, 2016, 2805 ss.

³⁷ Sul rapporto tra il controllo analogo ed il controllo di cui all'art. 2359 c.c., si veda K. Martucci, *La nozione di controllo pubblico nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, I, 2022, 105 ss.

³⁸ Si segnalano, al riguardo, le fondamentali pronunce della Corte di Giustizia UE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal s.r. c. Comune di Viano*; 11 gennaio 2005, C-26/09, *Stadt Halle*; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*.

³⁹ Si veda, al riguardo, R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 51 ss.

controllo analogo può essere anche “congiunto”, in quanto esercitato da più amministrazioni nei confronti dello stesso ente societario (c.d. “*in house* frazionato”)⁴⁰.

In secondo luogo, è richiesta la **partecipazione pubblica totalitaria** della compagine societaria⁴¹. La partecipazione di capitali privati è consentita solo in via residuale, ove espressamente prevista dalla legge, e a patto che da essa non derivi in capo al socio privato alcun potere di controllo o di veto, né un’influenza determinante sulla società.

Ulteriore requisito è integrato dal c.d. “vincolo di prevalenza”, per cui la società *in house* deve svolgere la **parte prevalente della propria attività**, ovvero oltre l’80% del fatturato, nei confronti dell’amministrazione controllante. La *ratio* di tale requisito è da rinvenire nell’esigenza di evitare che l’ente *in house*, quale soggetto giuridico destinatario di risorse pubbliche e perciò posto in una posizione di privilegio rispetto agli altri operatori privati, possa operare liberamente sul mercato, causando una grave distorsione della concorrenza. A presidio del vincolo di prevalenza, si prevede che la sua violazione integri un’ipotesi di grave irregolarità gestionale degli amministratori societari ai sensi dell’art. 2409 del codice civile⁴². Peraltro, la società può sanare l’irregolarità derivante dal superamento del predetto limite, rinunciando, entro tre mesi dalla data in cui essa si è manifestata, a parte dei rapporti giuridici instaurati con i soggetti terzi (in modo tale da ricondurli entro la soglia del 20% del fatturato), sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunciando agli affidamenti diretti da parte dell’ente pubblico controllante.

La specialità giuridica delle società *in house* si riflette su numerosi profili attinenti all’organizzazione ed all’attività di tali enti, tra cui ad esempio il regime giuridico di responsabilità degli amministratori societari per danni cagionati al patrimonio sociale in conseguenza di atti di *mala gestio*⁴³.

Sul punto, l’art. 12 del TUSP ha introdotto un’apposita disciplina, recependo gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁴. In particolare, la norma diversifica il regime (civile/amministrativo) di responsabilità applicabile, a seconda che la fattispecie lesiva sia stata realizzata all’interno di società partecipate dall’amministrazione, ovvero nell’ambito di società *in house*.

Nel primo caso, i componenti degli organi di amministrazione e controllo sono assoggettati alle azioni civili di responsabilità previste dagli artt. 2932 ss. del codice civile, fermo restando l’eventuale responsabilità amministrativa per danno erariale del rappresentante dell’ente pubblico all’interno della società che, trascurando di esperire tempestivamente gli strumenti di tutela previsti dall’ordinamento civile, abbia arrecato un pregiudizio al valore della partecipazione pubblica in società.

Di converso, ove l’evento lesivo sia stato realizzato da un amministratore di società *in house*, risulta integrata nei suoi confronti un’ipotesi di responsabilità amministrativa per danno erariale.

A ben vedere, la differenziazione del regime di responsabilità si fonda proprio sulla distinta natura giuridico-sostanziale che caratterizza le società pubbliche partecipate e le società *in house*. Nel primo caso, la società di capitali continua a costituire un soggetto giuridico sostanzialmente distinto ed autonomo rispetto all’ente pubblico partecipante, con conseguente autonomia giuridica sia dei rapporti instaurati dalla società con i propri amministratori sociali (che infatti non sono direttamente riferibili al socio pubblico), che patrimoniale, permanendo una netta distinzione tra il patrimonio societario e quello dell’ente pubblico. Diversamente, nell’ambito delle società *in house*, venendo meno qualsivoglia terzietà sostanziale tra società ed ente controllante, gli amministratori societari

⁴⁰ I presupposti dell’*in house* frazionato (o a controllo congiunto) sono stati delineati dalla Corte di Giustizia UE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*.

⁴¹ Sul punto, TAR Venezia, Sez. III, n. 480/2024 ha sostenuto l’assenza dei requisiti dell’*in house* nei confronti di una società, pur a totale partecipazione pubblica, il cui statuto consentiva (pro futuro) la partecipazione di soggetti privati.

⁴² Cfr. art. 16, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016.

⁴³ Al riguardo, si veda M. Passalacqua, *Il regime delle responsabilità nelle società partecipate alla luce del principio europeo di neutralità nei rapporti Stato-mercato*, in *Federalismi*, n. 2/2020.

⁴⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 26283/2013 e n. 26806/2009.

risultano legati all'ente pubblico da un rapporto giuridico diretto (assimilabile ad un vero e proprio rapporto di servizio), mentre sul piano patrimoniale non è rinvenibile alcuna distinzione (ma, tuttalpiù, una mera separazione) tra il patrimonio societario ed il patrimonio dell'ente pubblico. Per tali ragioni, il pregiudizio cagionato dall'amministratore di società *in house* è assimilabile al danno erariale causato da un dipendente pubblico al patrimonio dell'amministrazione di appartenenza, integrando perciò un'ipotesi di responsabilità amministrativa di cui è chiamata a conoscere la Corte dei Conti⁴⁵.

3.2. (segue) Le società miste.

Le società miste sono costituite da capitale pubblico-privato e sono appositamente istituite dall'amministrazione per l'esecuzione di specifici contratti di appalto o di concessione, in alternativa all'affidamento *in house* ed all'esternalizzazione mediante gara pubblica, in ossequio al modello del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (c.d. "PPPI")⁴⁶.

Il ricorso al PPPI attraverso società miste, in luogo dell'esternalizzazione del servizio, presenta taluni vantaggi per l'amministrazione, consentendole di costituire con il privato una struttura societaria stabile per la gestione del servizio, attingendo direttamente alle risorse materiali, alle competenze tecniche ed al *know how* del partner privato.

Tuttavia, in passato il modello *de quo* aveva posto problemi di compatibilità con la concorrenza del mercato, atteso che le amministrazioni, soprattutto locali, avevano sovente proceduto ad affidamenti diretti nei confronti delle società miste, senza previo espletamento della gara pubblica, sovrapponendo così tale modello a quello dell'*in house*. Di conseguenza, difettando in capo alle società miste i requisiti stringenti che, come si è visto, consentono di attribuire agli enti *in house* natura sostanzialmente pubblica giustificando la deroga all'affidamento mediante gara pubblica, la giurisprudenza ne aveva negato l'ammissibilità⁴⁷.

Sicché, le istituzioni dell'UE⁴⁸ hanno progressivamente individuato i caratteri in presenza dei quali è consentito alle amministrazioni ricorrere alle società a partecipazione mista per l'affidamento di specifici servizi pubblici, onde conformare tale modello al principio concorrenziale. Tali indicazioni sono state recepite dalla giurisprudenza amministrativa⁴⁹ e cristallizzate dal legislatore nell'art. 17 del TUSP, il quale infatti individua puntualmente i **presupposti** che legittimano la costituzione di società miste preordinate alla produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato⁵⁰.

In primo luogo, l'amministrazione deve espletare a monte una **"gara a doppio oggetto"**, involgente al contempo sia la scelta del socio con cui costituire la società mista (c.d. "socio operativo") che l'affidamento del servizio. La partecipazione privata **non può essere inferiore al 30%** del capitale sociale.

Il socio provato deve possedere tutti i requisiti generali di qualificazione previsti dalla legge per lo svolgimento dell'appalto o della concessione da affidare. A tal fine, il bando di gara deve

⁴⁵ Tali argomentazioni sono state svolte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nelle già citate sentenze n. 26283/2013 e n. 26806/2009.

⁴⁶ Sulle società miste e sul modello del partenariato pubblico privato, si veda N. Aicardi, *Società miste e affidamento di contratti pubblici*, in *Giur. Comm.*, fasc. 4, 2020, 756 ss.

⁴⁷ Si veda, al riguardo, C.G.A.R.S., n. 589/2006.

⁴⁸ Cfr. Commissione europea, libro verde del 30 aprile 2004, C- 327/2004 e comunicazione C-6661/2007 del 5 febbraio 2008; Corte di Giustizia UE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*, e 22 dicembre 2010, C-215/09, *Mehiläinen Oy*.

⁴⁹ Si veda al riguardo Cons. St., Sez. II, parere n. 456/2007; Cons. St., Ad. Plen., n. 1/2008; Cons. St., Sez. V, n. 7214/2010;

⁵⁰ Cfr. S. Valaguzza, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023, 159 ss.; G. Montedoro, M. Giordano, *Le società nel "partenariato pubblico privato"*, in V. Donativi (diretto da), *Trattato delle società*, IV, Milano, 2022, 805 ss.; V. Neri, *La società mista pubblico-privato*, in R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2018, 131 ss.; G.A. Fois, A. Riccardi, *La società mista con contratto di partenariato pubblico privato nel testo unico e nel nuovo codice degli appalti*, in F. Fimmanò, A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, 741 ss.

specificare i requisiti tecnici, finanziari e professionali richiesti sia per la partecipazione in società che per lo svolgimento dell'attività da affidare.

L'oggetto sociale della società mista deve riferirsi **esclusivamente** all'esecuzione dell'appalto o della concessione affidata dall'amministrazione partecipante e deve rimanere immutato per tutta la durata del contratto.

Infine, la partecipazione societaria deve avere **durata** non superiore a quella dell'appalto o della concessione da affidare. Lo statuto societario deve prevedere lo scioglimento del rapporto in caso di risoluzione del contratto di appalto.

Ebbene, proprio l'obbligo di indire la gara a doppio oggetto e la stretta correlazione che viene ad instaurarsi tra partecipazione societaria e contratto da affidare, consente di rendere compatibile il modello del PPPI al regime concorrenziale.

È evidente, infatti, che, a differenza del modello *in house*, non si realizza alcun affidamento diretto in favore delle società miste, atteso che il servizio viene affidato pur sempre all'esito di una gara pubblica, espletata "a monte" ed involgente, al contempo, la scelta del socio privato.

Inoltre, la durata temporalmente circoscritta del rapporto societario, parametrata a quella del contratto da eseguire, consente di evitare il consolidamento di posizioni di indebito privilegio in favore del socio privato rispetto agli altri operatori del mercato.

4. L'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica

Un'ulteriore qualificazione in chiave pubblicistica di soggetti giuridici societari è riconducibile alle figure degli organismi di diritto pubblico e delle imprese pubbliche.

Si tratta di istituti di elaborazione euro-unitaria, volti ad attribuire, in presenza di specifici requisiti sostanziali, natura pubblicistica ad enti societari, al precipuo fine di assoggettarli alla disciplina pro-concorrenziale sui contratti pubblici.

Dunque, sussistendo i presupposti all'uopo delineati dall'UE ed oggi recepiti dal legislatore nazionale, le società sono considerate alla stessa stregua delle amministrazioni, sia pur limitatamente al settore dei contratti pubblici, e, per l'effetto, sono tenute ad indire una gara pubblica per l'affidamento di contratti di appalto o di concessione nei settori ordinari (per gli organismi di diritto pubblico) e nei settori speciali (per le imprese pubbliche)

È evidente che l'assoggettamento di enti privati alle regole pro-concorrenziali dell'evidenza pubblica, se, da un lato, è preordinato a tutelare la concorrenza del mercato rispetto a possibili affidamenti di contratti disposti da soggetti connotati da tratti para-pubblicistici, dall'altro lato, restringe sensibilmente la libertà negoziale dei medesimi enti societari, privandoli della possibilità di scegliere il contraente con cui stipulare, restringendo sensibilmente la libertà di iniziativa economica privata costituzionalmente garantita ex art. 41 Cost.

Si comprende, dunque, l'importanza di individuare (in astratto) ed accertare (in concreto) i requisiti sostanziali che, lasciando trasparire una significativa "devianza pubblicistica" dell'ente societario, consentono di qualificarlo come organismo di diritto pubblico o impresa pubblica, legittimando la restrizione della relativa libertà negoziale.

Al riguardo, è definito **organismo di diritto pubblico**⁵¹ qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria: **i)** dotato di capacità giuridica; **ii)** sottoposto ad una influenza pubblica dominante, integrata ove risulti (alternativamente) che l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure che la gestione societaria sia soggetta al controllo di questi ultimi, ovvero che l'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; **iii)** istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale.

⁵¹ Cfr. art. 1, comma 1, lett. e) dell'allegato I.1 al d.lgs. n. 36/2023.

Venendo all'esame dei predetti requisiti, in disparte il possesso della capacità giuridica, la **sottoposizione ad influenza pubblica dominante** costituisce il c.d. elemento strutturale, che può dirsi integrato allorquando ricorra (alternativamente) una delle seguenti condizioni: **i)** finanziamento pubblico maggioritario da parte dello Stato o di altri enti pubblici, inteso come qualsivoglia erogazione pubblica concessa senza vincolo di sinallagmaticità ed in misura superiore alla metà delle entrate complessivamente registrate dalla società nell'arco temporale considerato⁵²; **ii)** controllo pubblico sulla gestione societaria; **iii)** potere dell'amministrazione pubblica di nominare oltre la metà dei membri degli organi societari di amministrazione, direzione o controllo.

In secondo luogo, in virtù del **c.d. requisito teleologico**, è necessario che l'ente sia stato istituito *ad hoc* per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di attività a natura non commerciale o industriale.

Orbene, considerato che non tutti gli interessi generali sono privi di carattere industriale o commerciale, è all'uopo necessario che sia condotta una doppia verifica, volta ad accertare la sussistenza di entrambi gli elementi in esame⁵³. Sul punto, è stato rilevato che l'interesse ha carattere generale quando presenta un significativo impatto sulla collettività, mentre l'assenza del carattere industriale o commerciale sussiste ove l'ente privato non operi in condizioni normali di mercato, non perseguendo scopi di lucro e, soprattutto, non assumendo in prima persona il rischio economico derivante dalla propria attività. Sotto tale ultimo profilo, dunque, ai fini della qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico, è necessario che le scelte societarie siano guidate da criteri diversi da quelli di stretta economicità ed efficienza, non assumendo la società direttamente su di sé i rischi economici delle scelte effettuate, destinati a ricadere sull'amministrazione controllante⁵⁴.

A ben vedere, proprio la sussistenza di tali caratteri giustifica l'assoggettamento degli enti *de quibus* all'obbligo della gara pubblica, onde evitare che gli affidamenti realizzati, non essendo obiettivamente guidati da logiche imprenditoriali ed economiche, possano alterare indebitamente la concorrenza del mercato.

Le **imprese pubbliche**, invece, sono soggetti giuridici che, in quanto assoggettati ad un'**influenza pubblica dominante**, sono tenuti a rispettare la disciplina sui contratti pubblici per affidamenti nei settori speciali (*id est*: gas ed energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, porti ed aeroporti, servizi postali)⁵⁵.

In particolare, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. f) dell'allegato I.1 al d.lgs. n. 36/2023 (c.d. "Codice dei contratti pubblici"), l'influenza pubblica dominante può essere desunta ove l'amministrazione eserciti sulla società prerogative proprietarie, ovvero detenga una partecipazione finanziaria, o, ancora, ove emerga dalle norme che disciplinano la società. L'influenza pubblica dominante, invece, è presunta quando l'amministrazione: *i)* detiene la maggioranza del capitale societario; *ii)* controlla la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni sociali; *iii)* ha il potere di designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza della società.

⁵² Cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. V, 3 ottobre 2000, C-380/98, *University of Cambridge*.

⁵³ Cfr. Corte di Giustizia UE, 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria*; Corte di Giustizia UE, Sez. V, 22 maggio 2003, C-18/01, *Taitotalo Oy*.

⁵⁴ Cfr. TAR Firenze, Sez. I, n. 928/2021; Cass. civ., Sez. Un., n. 8673/2019; Cons. St., Sez. V, n. 7031/2018.

⁵⁵ Cfr. artt. 146 ss. del d.lgs. n. 36/2023.

La determinazione della base d'asta su cui applicare il ribasso: il risvolto sociale dei costi della manodopera

Gianluca Scotti

ABSTRACT

Il contributo analizza in chiave sistematica e critica l'incidenza dei costi della manodopera nella determinazione dell'importo posto a base di gara, con particolare riferimento alla disciplina di cui all'art. 41, comma 14, d.lgs. n. 36/2023 e ss.mm.ii. e alle sue implicazioni operative. L'analisi prende avvio dal quadro normativo di riferimento e dalle prime interpretazioni fornite dalle autorità amministrative (MIT e ANAC); ripercorre poi l'evoluzione giurisprudenziale, caratterizzata da orientamenti contrastanti dei TAR e da soluzioni intermedie del Consiglio di Stato, sino alla sentenza Cons. Stato, sez. V, 25 settembre 2025, n. 5712, che afferma l'inclusione dei costi della manodopera nella base d'asta su cui calcolare il ribasso offerto dall'operatore economico. La ricostruzione evidenzia come la soluzione adottata, pur volta a bilanciare la tutela del lavoro con la libertà d'impresa e le esigenze di semplificazione amministrativa, presenti margini di criticità, specie sul piano della coerenza letterale e della *ratio* della norma.

PAROLE CHIAVE: costi della manodopera, base d'asta, importo posto a base di gara, importo assoggettato a ribasso.

ABSTRACT [EN]

The paper provides a systematic and critical analysis of the impact of labor costs on the determination of the contract's starting price, with particular reference to Article 41, paragraph 14, of Legislative Decree no. 36/2023 and subsequent amendments, as well as its practical implications. The analysis begins with the regulatory framework and the first interpretations offered by administrative authorities (MIT and ANAC); it then traces the jurisprudential developments, marked by divergent approaches of the Regional Administrative Courts (TAR) and intermediate solutions of the Council of State, up to the ruling of the Council of State, Fifth Section, 25 September 2025, n. 5712, which states that labor costs must be included in the contract's starting price on which the bidder's discount is calculated. The reconstruction highlights how the chosen solution, while aimed at balancing labor protection with entrepreneurial freedom and the needs of administrative simplification, still raises critical issues, particularly regarding the textual coherence and the underlying rationale of the rule.

KEYWORDS: *labour costs, tender base value, contract award base amount, amount subject to bid reduction.*

***La determinazione della base d'asta su cui applicare il ribasso:
il risvolto sociale dei costi della manodopera***

Gianluca Scotti*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo di riferimento – 3. L'evoluzione interpretativa delle autorità amministrative – 4. I primi approdi giurisprudenziali – 5. La risoluzione giurisprudenziale e le motivazioni del Consiglio di Stato n. 5712/2025 – 6. Profili problematici e applicativi con analisi critica della soluzione del Consiglio di Stato

1. Introduzione

La disciplina dei contratti pubblici in Italia si caratterizza per un continuo e profondo sviluppo normativo volto a coniugare principi di concorrenza e trasparenza con esigenze di efficienza e di tutela dell'interesse pubblico; un dinamismo evolutivo che, tuttavia, richiede un rapido adattamento alle nuove discipline e genera, talvolta, problemi interpretativi dalle rilevanti ricadute pratiche ed economiche.

Il più recente approdo è rappresentato dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36¹, successivamente integrato e corretto con il d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209².

Colpisce, peraltro, che a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore del nuovo Codice il legislatore abbia avvertito la necessità di intervenire nuovamente in maniera copiosa e incisiva sulla disciplina dei contratti pubblici; circostanza questa che testimonia, da un lato, la complessità della materia e, dall'altro, la difficoltà di definire un assetto realmente stabile.

In questo scenario, particolare rilievo assume la disciplina dei costi della manodopera, i cui principali riferimenti si rinvencono negli artt. 11, 41, 108 e 110 d.lgs. n. 36/2023.

Con tali disposizioni il legislatore ha inteso assicurare un presidio forte alla dimensione sociale degli appalti, riconoscendo che la tutela del lavoro costituisce non soltanto un diritto fondamentale di rango costituzionale, ma anche un interesse pubblico primario, insuscettibile di essere sacrificato a logiche meramente economiche³.

I principali problemi interpretativi si sono registrati nell'applicazione della disposizione di cui all'art. 41, comma 14, collocata nella parte dedicata ai livelli e ai contenuti della progettazione. La disposizione detta prescrizioni indirizzate alla stazione appaltante, alla quale impone di individuare e stimare i costi della manodopera e di tenerne conto nel determinare l'importo posto a base di gara su cui applicare il ribasso complessivo offerto dall'operatore economico.

L'art. 41, comma 14, dispone infatti che: *«Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»*.

* Avvocato specialista per le professioni legali, funzionario amministrativo presso stazione appaltante.

¹ DECRETO LEGISLATIVO 31 marzo 2023, n. 36 recante *«Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici»* (G.U. n. 77 del 31/03/2023 - Suppl. Ordinario n. 12).

² DECRETO LEGISLATIVO 31 dicembre 2024, n. 209 recante *«Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36»*. (G.U. n. 305 del 31/12/2024 - Suppl. Ordinario n. 45).

³ Non a caso, la disciplina dei costi della manodopera si affianca ad altri istituti introdotti o rafforzati dal nuovo Codice, come le clausole sociali (art. 57), in coerenza con gli obiettivi del PNRR e con la crescente attenzione europea al rispetto dei diritti dei lavoratori nei contratti pubblici.

La questione controversa non riguarda tanto la possibilità per l'operatore economico di indicare costi della manodopera inferiori rispetto a quelli stimati dalla stazione appaltante, possibilità pacificamente ammessa dall'Ordinamento⁴, quanto piuttosto la diversa problematica della loro collocazione all'interno della base d'asta e, dunque, se gli stessi debbano essere inclusi ovvero esclusi, al pari degli oneri della sicurezza, dall'importo posto a base di gara su cui si applica il ribasso offerto dall'operatore economico.

L'ultimo inciso della disposizione ha contribuito ad alimentare l'incertezza interpretativa atteso che, se da un lato la prima parte della norma afferma *expressis verbis* che i costi della manodopera sono «*scorporati dall'importo assoggettato al ribasso*», dall'altro la previsione finale sembra ammettere una ribassabilità mediata subordinata alla dimostrazione di efficienza organizzativa.

La giurisprudenza amministrativa è stata più volte chiamata a intervenire sul punto, sino alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, che ha affrontato la questione nei seguenti termini: «*l'importo posto a base di gara è comprensivo dei costi della manodopera; su tale importo va applicato il ribasso complessivo offerto dall'operatore economico*».

Il punto centrale è l'impatto che la disciplina e soprattutto l'interpretazione giurisprudenziale ha sugli operatori economici e, in modo ancora più diretto, sui lavoratori che prestano attività per gli aggiudicatari.

Il ribasso applicato a una base d'asta che include i costi della manodopera incide, in ultima analisi, sulla tutela dei minimi salariali e sulla garanzia di condizioni lavorative dignitose.

Pertanto, in tale ottica, il problema non è solo tecnico, ma ha un risvolto sociale e costituzionale.

2. Il quadro normativo di riferimento

La disciplina dei costi della manodopera nel Codice dei contratti pubblici si ricava da un insieme di disposizioni che vanno lette in modo sistematico, in quanto esprimono un unico disegno volto a rafforzare la tutela del lavoro nell'ambito dell'evidenza pubblica.

Gli articoli di riferimento sono, in particolare, l'art. 11, l'art. 41 commi 13 e 14, nonché gli artt. 108, comma 9, e 110, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023.

L'art. 11 stabilisce che al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni deve essere applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale di settore stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Tale norma attua la previsione contenuta nella legge delega n. 78/2022, la quale ha inteso garantire l'applicazione dei CCNL *leader* al fine di assicurare un effettivo presidio alle condizioni economiche e normative dei lavoratori e scongiurare fenomeni di *dumping* contrattuale⁵. La relazione illustrativa al Codice chiarisce che la scelta legislativa non si traduce in un'estensione *erga omnes* del contratto collettivo, ma «*condiziona l'accesso al mercato pubblico all'accettazione di determinate condizioni minime di tutela, coerenti anche con l'art. 41 Cost., nella parte in cui subordina la libertà di iniziativa economica al rispetto dell'utilità sociale*»⁶.

L'art. 41, collocato nella parte del Codice dedicata alla progettazione, rafforza questa impostazione richiamando espressamente le tabelle ministeriali del costo medio del lavoro elaborate

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665: «*Persino nel nuovo codice, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1, secondo comma, lett. t) della l. n. 78 del 2022, ha previsto "in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso", è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale, così armonizzando il criterio di delega, con l'art. 41 Cost.*».

⁵ Cfr. Relazione illustrativa al Codice, trasmessa alla Camera dei Deputati il 5 gennaio 2023 (accessibile al link: https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019_F001.pdf&leg=XIX).

⁶ Sul piano costituzionale, l'art. 36 Cost. garantisce al lavoratore il diritto a una retribuzione proporzionata e sufficiente; l'art. 41 limita l'iniziativa economica privata qualora contrasti con l'utilità sociale o con la dignità umana.

dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali quale parametro per la determinazione dei costi della manodopera da parte delle stazioni appaltanti (comma 13). A tal uopo, il d.lgs. n. 209/2024, all'art. 1, comma 1, lett. g), ha precisato che nella determinazione di tali costi si deve tener conto anche della dimensione e della natura giuridica delle imprese, così da rendere la stima maggiormente aderente alla realtà del mercato e da evitare la predisposizione di basi d'asta che non consentano la formulazione di offerte sostenibili⁷.

La norma inoltre, come anticipato nell'introduzione, prescrive l'obbligo per le stazioni appaltanti di individuare e stimare i costi della manodopera nei documenti di gara e stabilisce che tali costi, unitamente a quelli della sicurezza, siano «scorporati» dall'importo assoggettato a ribasso, pur mantenendo la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale (comma 14).

Specularmente l'art. 108, comma 9, impone agli operatori economici, a pena di esclusione, di indicare i costi della manodopera nell'offerta economica, unitamente agli oneri aziendali di sicurezza. Come evidenziato dall'ANAC, *«il fondamento sostanziale dell'obbligo risiede nella tutela del lavoro e nella verifica della congruità dell'offerta: l'indicazione dei costi consente infatti di valutare la sostenibilità economica della proposta e di prevenire ribassi occulti a scapito delle condizioni dei lavoratori»*⁸.

L'art. 110, comma 1, disciplina infine la verifica di congruità delle offerte sospette di anomalia, stabilendo che la valutazione debba tenere conto anche dei costi dichiarati dagli operatori economici nel modello dell'offerta ai sensi dell'art. 108.

Il quadro che emerge è quello di un sistema a tre livelli nel quale la stazione appaltante individua i costi della manodopera secondo parametri normativamente predeterminati, l'operatore economico li dichiara nell'offerta e l'amministrazione, infine, vaglia la sostenibilità delle dichiarazioni rese in sede di verifica dell'anomalia. Si tratta di un presidio di responsabilità che traduce in chiave operativa il principio costituzionale della tutela del lavoro e che dimostra come la determinazione dei costi della manodopera non sia riducibile ad un'operazione di mero calcolo, rappresentando invece un vero e proprio elemento di garanzia costituzionale e sociale, la cui incidenza sul ribasso e sul prezzo finale dell'appalto rimane il terreno di maggiore frizione interpretativa, come dimostra l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni.

3. L'evoluzione interpretativa delle autorità amministrative

Attese le prime incertezze sull'interpretazione dell'art. 41, comma 14, d.lgs. n. 36/2023 la prassi applicativa ha mostrato sin da subito l'esigenza di chiarimenti, che sono giunti tanto dall'Autorità nazionale anticorruzione quanto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Il Bando tipo n. 1/2023, approvato con delibera ANAC n. 309 del 27 giugno 2023⁹, ha rappresentato il primo strumento operativo di indirizzo¹⁰. Esso anzitutto dispone l'inclusione dei costi

⁷ Cfr. Relazione tecnica al d.lgs. 209/2024, accessibile al link: <https://www.sentenzeappalti.it/2024/11/12/correttivo-codice-appalti-relazione-illustrativa-relazione-tecnica-e-testo-bollinato-dlgs-36-2023/>.

⁸ Parere n. 318 del 30 luglio 2025, in cui l'Autorità ha chiarito che rientrano nell'obbligo dichiarativo anche le procedure di gare a prezzo fisso, nelle quali l'offerta equivale a modulo di accettazione del prezzo determinato dalla Stazione Appaltante.

⁹ Il Codice dispone che l'ANAC, attraverso bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche (art. 222, comma 2). Inoltre, prevede che successivamente all'adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi e che le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo (art. 83, comma 3).

¹⁰ Il bando-tipo n. 1/2023 è vincolante per le procedure aperte per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

della manodopera nell'importo posto a base di gara¹¹ e contestualmente impone all'operatore economico di indicare in sede di offerta il costo della manodopera, prevedendo che, qualora tale costo risulti difforme rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante, l'offerta viene sottoposta alla verifica di anomalia ex art. 110 del Codice¹². La nota illustrativa¹³ ha chiarito che i costi della manodopera e della sicurezza, pur dovendo essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, non ne risultano automaticamente esclusi in quanto la norma ammette che il ribasso complessivo possa derivare da una più efficiente organizzazione aziendale, purché ciò non comporti la violazione dei trattamenti salariali minimi inderogabili¹⁴.

Questa impostazione è stata rafforzata con le successive delibere dell'ANAC, in particolare con la n. 528 del 15 novembre 2023¹⁵ e con n. 174 del 10 aprile 2024¹⁶, l'Autorità ha affermato che i costi della manodopera fanno parte della base d'asta su cui applicare il ribasso percentuale offerto, pur dovendo essere quantificati e indicati separatamente.

A seguito delle modifiche apportate al Codice dal d.lgs. n. 209/2024, l'ANAC ha poi posto in consultazione il testo aggiornato del Bando tipo n. 1/2023¹⁷.

A conferma della linea interpretativa già avallata, l'art. 3 del bando-tipo è stato proposto in termini ancor più netti: *«L'importo a base di gara comprende i costi della manodopera [...]. I costi della manodopera non sono ribassabili se non per dimostrate ragioni attinenti ad una più efficiente organizzazione aziendale o a condizioni fiscali e contributive di maggior favore che non comportano penalizzazioni per la manodopera. [...] Il ribasso percentuale offerto dall'operatore economico è calcolato sull'importo a base di gara comprensivo dei costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante»*.

Parallelamente, anche il MIT si è espresso in diverse occasioni precisando che l'offerta economica non può limitarsi al ribasso sull'importo al netto della manodopera, dovendo invece comprendere anche tale voce come componente interna e verificabile¹⁸ sicché, in via speculare, l'importo a base di gara deve essere costruito includendo i costi della manodopera, che la stazione appaltante è tenuta a stimare come parametro¹⁹.

¹¹ Art. 3: *«L'importo a base di gara comprende i costi della manodopera che la stazione appaltante ha stimato pari ad € [...] i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso»*.

¹² Art. 17 Lett. c): *«Ai sensi dell'articolo 41 comma 14 del Codice i costi della manodopera indicati al punto 3 del presente disciplinare non sono ribassabili. Resta la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale o da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera»*.

¹³ Consultabile al link: <https://www.anticorruzione.it/-/delibera-n.-309-del-27-giugno-2023-bando-tipo-n.1-2023>.

¹⁴ Cfr. punto 28 *«Al fine di facilitare le operazioni di valutazione della componente economica dell'offerta, è stato ritenuto più agevole applicare il ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi di manodopera ribadendo che questi ultimi non sono soggetti a ribasso. Eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall'operatore nell'offerta saranno, poi, oggetto di verifica. Ai sensi dell'articolo 110, comma 4, in tale sede non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge e agli oneri di sicurezza di cui»*.

¹⁵ Nella Delibera n. 528 del 15 novembre 2023, l'ANAC afferma che *«l'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui stabilisce che i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, deve essere letto ed interpretato come volto a sancire l'obbligo della Stazione appaltante di quantificare ed indicare separatamente, negli atti di gara, i costi della manodopera che, tuttavia, continuano a far parte dell'importo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dall'operatore per definire l'importo contrattuale»*.

¹⁶ Nella Delibera n. 174 del 10/04/2024, l'ANAC ha ribadito che *«i costi della manodopera, indicati dalla Stazione appaltante e scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, fanno parte dell'importo a base di gara, su cui va applicato il ribasso percentuale offerto dai concorrenti»*.

¹⁷ Cfr. Comunicato del Presidente del 14 gennaio 2025, riguardante l'impatto del decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209 ("decreto correttivo") sulle clausole del Bando-tipo n. 1/2023.

¹⁸ Parere n. 2154 del 19 luglio 2023.

¹⁹ Codice parere: 2505, data emissione: 17/04/2024: *«L'importo assoggettato a ribasso comprende i costi della manodopera, ma la stazione appaltante è tenuta a indicare, come parametro, quanti sono questi costi. Es: importo a base di gara euro 100, di cui manodopera 30 (nel presente esempio si prescinde da IVA e costi/oneri sicurezza, riferendosi solo ai costi della manodopera a fini esemplificativi). Il concorrente dovrà formulare un "ribasso complessivo" a norma*

Il passaggio decisivo si è avuto con la delibera ANAC n. 146 del 9 aprile 2025, in cui l'Autorità - prendendo atto della sussistenza di un contrasto interpretativo sull'art. 41, comma 14, d.lgs. n. 36/2023 e dell'alternanza di due orientamenti principali: da un lato quello che legge «scorporati» come «esclusi» dalla base d'asta e dall'altro quello che lo interpreta come «*indicati separatamente*» ma comunque inclusi nella base ribassabile - ha dichiarato di aderire al secondo di essi.

L'ANAC ha sottolineato l'esigenza di semplificazione e omogeneità delle operazioni di gara giacché se i costi della manodopera fossero esclusi dalla base ribassabile si determinerebbe una frammentazione delle offerte economiche, con operatori che formulerebbero ribassi solo sulla parte al netto della manodopera e altri che li estenderebbero anche a tale componente. Ciò renderebbe le offerte non omogenee, complicando la comparazione e appesantendo le procedure.

L'Autorità ha infine richiamato il principio di bilanciamento tra la tutela del lavoro e la libertà di iniziativa economica affermando che escludere in modo assoluto i costi della manodopera dal ribasso equivarrebbe a negare ogni rilevanza alle scelte organizzative e gestionali degli operatori, in contrasto con l'art. 41 Cost.

Resta così confermata la linea interpretativa già accolta nel bando-tipo dell'ANAC e nei pareri del MIT, secondo la quale l'«*importo a base di gara*» è sempre comprensivo dei costi della manodopera, pur con la precisazione che la loro riduzione è subordinata a rigorose giustificazioni in sede di verifica di anomalia.

4. I primi approdi giurisprudenziali

L'applicazione concreta dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36/2023 ha determinato sin dall'inizio un acceso contrasto giurisprudenziale, che ha visto alternarsi soluzioni opposte, tanto da configurare distinti orientamenti interpretativi.

Secondo il primo di essi la non ribassabilità dei costi della manodopera, normativamente prevista, non impone implicitamente anche lo scorporo di questi ultimi dalla base d'asta²⁰. È stato così precisato che «*l'art. 1 comma 2 lett. t) della Legge delega (n. 78 del 2022) dispone che le stazioni appaltanti devono prevedere "in ogni caso, che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso", ma – nell'imporre alle stazioni appaltanti l'obbligatorietà dello scorporo, cioè la necessità di separata quantificazione e indicazione degli stessi – non ne fa discendere anche l'assoluta intoccabilità dei costi della manodopera come fissati dalle stazioni appaltanti, dovendo invece intendersi che la finalità della norma della legge delega sia quella di obbligare le stazioni appaltanti ad evidenziare separatamente il costo della manodopera, per garantirne una tutela rafforzata, ed in ultima analisi di salvaguardare il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima, tutelato dall'art. 36 della Costituzione*»²¹.

Dopo queste prime pronunce, il filone prevalente è stato quello opposto, che ha letto in senso letterale la disposizione, ritenendo i costi della manodopera esclusi dall'importo assoggettato a ribasso.

Il TAR Salerno, con la sentenza 11/01/2024 n. 147, pur non prendendo espressa posizione sul dibattito in relazione all'art. 41, non ha contestato, nel caso sottoposto al suo esame, la scelta della stazione appaltante di precludere il ribasso sui costi della manodopera.

dell'art. 41, c. 14 del Codice dei contratti pubblici, ma a sua volta, dovrà indicare, come proprio costo, i costi della manodopera».

²⁰ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, sentenza 19 dicembre 2023, n. 378: «*Tale soluzione, solo in apparenza distonica rispetto alla natura non ribassabile dei costi della manodopera, è in realtà conforme all'impianto generale della norma di rango primario, posto che l'art. 41, comma 14, del nuovo Codice dei contratti pubblici, se da un lato afferma che i "costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso" (cosa che è stata puntualmente fatta nella formulazione dei documenti della gara per cui è controversia), dall'altro consente comunque all'operatore economico "di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"*».

²¹ TAR Toscana, Firenze, sentenza 29 gennaio 2024, n. 120.

Il TAR Calabria, sede staccata di Reggio Calabria, con le sentenze n.ri 119 e 120 dell'08/02/2024, ha evidenziato la sussistenza di due concetti distinti e non sovrapponibili ovvero «l'importo posto a base di gara», nell'individuare il quale la stazione appaltante deve prevedere anche il costo della manodopera, e l'«importo assoggettato al ribasso» dal quale, invece, i costi della manodopera devono essere scorporati. Nelle indicate pronunce viene precisato che *«questo, tuttavia, non esclude che, per come espressamente previsto dal Legislatore in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza della precedente normativa in tema di appalti, ciascun concorrente possa, in via separata rispetto "all'importo assoggettato al ribasso" (ovvero quello sul quale applicare la percentuale di ribasso percentuale), esporre una cifra, a titolo di costi della manodopera, inferiore rispetto a quella che la stazione appaltante ha previsto ex ante nell'ambito del più ampio importo posto a base di gara»*²².

Il contrasto giurisprudenziale è giunto al suo apice con le sentenze gemelle del Consiglio di Stato n.ri 9254 e 9255 del 19 novembre 2024. In queste decisioni, la Sezione V ha coniato il principio della *«scorporabilità temperata»*, riconoscendo che i costi della manodopera restano inclusi nella base d'asta, ma possono essere oggetto di ribasso in via mediata, solo attraverso la verifica di anomalia²³. Il Consiglio di Stato ha quindi tentato di conciliare il dato testuale con i principi costituzionali, da un lato assicurando la protezione dei minimi salariali e, dall'altro, salvaguardando la libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.

In questo quadro già articolato e complesso si inserisce la sentenza del TAR Calabria, Reggio Calabria, n. 759 del 13/12/2024, in cui è stato affermato che applicare il ribasso su una base d'asta comprensiva dei costi della manodopera comporta la violazione del principio della immutabilità dell'offerta economica dovendo, a tal fine, riferirsi alle dichiarazioni negoziali di volontà quali risultano dalle indicazioni rese dall'operatore economico nel modello dell'offerta, ove vengono esplicitati anche i costi della manodopera.

Tale decisione, come si vedrà nel prosieguo, è stata oggetto di impugnazione ed è stata riformata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 5712/2025, la quale ha segnato un punto di svolta nella ricostruzione interpretativa della norma.

5. La risoluzione giurisprudenziale e le motivazioni del Consiglio di Stato n. 5712/2025

La pronuncia n. 5712 del 25 settembre 2025 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato rappresenta, ad oggi, l'approdo più chiaro e sistematico in materia di costi della manodopera, ponendosi come sentenza di sintesi e di chiarificazione rispetto al contrasto giurisprudenziale sviluppatosi nei mesi precedenti.

La decisione trae origine dall'impugnazione della sentenza del TAR Calabria, Reggio Calabria, n. 759/2024, che aveva avallato un'interpretazione dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36/2023 nel senso di distinguere concettualmente tra l'importo complessivo a base di gara e l'importo assoggettato a ribasso, dal quale i costi della manodopera andrebbero sottratti, salva la possibilità per l'operatore economico di indicare dei costi della manodopera inferiori a quelli stimati dalla stazione appaltante.

Il Consiglio di Stato, in termini chiari e netti, afferma che *«è da escludere che [...] l'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023 abbia dettato la regola - opposta a quella operante nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 - che i costi della manodopera debbano essere esclusi dall'importo a base di gara su cui applicare il ribasso offerto dall'operatore economico per indicare l'importo contrattuale oggetto della sua offerta economica complessiva»* (punto 4.2.1.). In motivazione viene data una peculiare lettura del termine *«scorporati»*, si legge infatti che *«l'indicazione fornita dal*

²² Tale impostazione è stata ulteriormente consolidata da un gruppo di decisioni più recenti (*ex multis*: TAR Puglia-Lecce, 19 marzo 2025, n. 434; TAR Emilia-Romagna, Parma, 20 marzo 2025, n. 111; TAR Sardegna, 18 marzo 2025, n. 250; TAR Lazio, 17 marzo 2025, n. 5508).

²³ Si legge in motivazione: *«l'importo posto a base di gara comprende i costi della manodopera; il ribasso complessivo può incidere anche su di essi, purché sia dimostrato che deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»*.

legislatore alle stazioni appaltanti non è quella di sottrarre i costi della manodopera al ribasso, bensì di individuarli, cioè quantificarli ai sensi del comma 13, e di “scorporare” gli stessi dall’importo soggetto a ribasso, cioè di indicare separatamente i medesimi, così come quantificati, rispetto all’importo (complessivo) soggetto a ribasso. Tuttavia, quest’ultimo, cioè l’importo a base di gara - ai sensi del primo periodo - comprende anche i costi della manodopera. In sintesi, la novità rispetto al testo dell’art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016 consiste soltanto nel fatto che i costi della manodopera sono indicati separatamente, ma tale indicazione separata non li sottrae al ribasso»²⁴.

Il Consiglio di Stato, pur riconoscendo la non univocità letterale della disposizione normativa, come dimostrato dall’uso della congiunzione «e» nel riferirsi contestualmente ai costi della manodopera e a quelli della sicurezza, ha ritenuto di dover operare una lettura costituzionalmente orientata, coerente sia con i principi di tutela del lavoro (artt. 35 e 36 Cost.), sia con i principi di libertà di iniziativa economica e di concorrenza (art. 41 Cost.). Ampio rilievo è attribuito alla *ratio legis* evincibile sia dalla legge delega n. 78/2022, che all’art. 1, comma 1, lett. t), impone di garantire la massima tutela dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici, sia dai lavori preparatori del Codice del 2023 e del decreto correttivo del 2024. Da tale prospettiva, i giudici chiariscono che «una interpretazione letterale e restrittiva finirebbe per determinare una sostanziale sterilizzazione del principio di concorrenza, precludendo all’operatore economico di dimostrare l’efficienza organizzativa che può riflettersi sui costi del personale» (punto 13.1 della sentenza).

Il Collegio ha quindi affermato che i costi della manodopera continuano a far parte integrante della base d’asta, sulla quale si calcola il ribasso percentuale, ma che la loro riduzione è ammessa soltanto in presenza di giustificazioni puntuali e verificabili. Viene chiarito, infatti, che «la ribassabilità dei costi della manodopera non è esclusa in assoluto, ma condizionata alla dimostrazione, da parte dell’operatore, di specifici fattori organizzativi o di vantaggio contributivo-fiscale, che non incidano in alcun modo sui minimi salariali e sulle garanzie inderogabili di legge» (punto 14.2 della sentenza). La pronuncia valorizza, inoltre, le esigenze di semplificazione procedurale e di omogeneità nella valutazione delle offerte. Il Consiglio osserva che «ricomprendere i costi della manodopera nella base d’asta consente alle stazioni appaltanti di evitare complesse e artificiose operazioni di comparazione tra offerte strutturalmente disomogenee» (punto 15.4 della sentenza). Una tale soluzione risulta, secondo il Collegio, più coerente con i principi di trasparenza, speditezza ed efficienza dell’azione amministrativa e con l’obiettivo di ridurre il contenzioso.

In conclusione, la n. 5712/2025 segna un punto fermo nel dibattito, sancendo che i costi della manodopera fanno parte della base di gara e possono essere ribassati, ma solo in presenza di giustificazioni adeguate. Come rileva la stessa decisione, «la soluzione adottata realizza un punto di equilibrio tra la tutela della manodopera, valore costituzionale primario, e la libertà di iniziativa economica, che non può essere neutralizzata nella sua capacità competitiva» (punto 16.1 della sentenza).

La sentenza assume dunque una funzione di indirizzo non soltanto per le stazioni appaltanti, chiamate a recepirne i principi nelle proprie procedure, ma anche per gli operatori economici, che vedono chiarito l’ambito entro il quale esercitare la propria libertà di formulazione dell’offerta.

²⁴ Tale esegesi è seguita anche puntuali indicazioni operative: «- l’operatore economico deve indicare separatamente il proprio costo della manodopera (come d’altronde era già sancito dall’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 e, attualmente, dall’art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023: cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 31 dicembre 2024, n. 10547), essendo onerata di tale indicazione separata (a differenza di quanto previsto dall’art. 23 del d.lgs. n. 50 del 2016) anche la stazione appaltante (ai sensi dell’art. 41, comma 14, secondo periodo); - per l’operatore economico, così come per la stazione appaltante, “l’importo posto a base di gara” è comprensivo dei costi della manodopera (ai sensi dell’art. 41, comma 14, primo periodo); su tale importo va applicato il ribasso “complessivo” offerto dall’operatore economico, con la possibilità per quest’ultimo, in specie quando il “proprio” costo della manodopera è inferiore a quello della stazione appaltante, di “dimostrare che il ribasso complessivo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale” (ai sensi dell’art. 41, comma 14, terzo inciso, da leggersi anche in riferimento a quanto previsto per la verifica di anomalia dell’offerta dall’art. 110)».

6. *Profili problematici e applicativi con analisi critica della soluzione del Consiglio di Stato*

L'analisi condotta, senza alcuna pretesa di esaustività, vuole mettere in luce come la questione dei costi della manodopera nel Codice dei contratti pubblici ruoti attorno a un nodo interpretativo ben preciso, incentrato sul quesito se la base d'asta cui applicare il ribasso offerto dall'operatore economico debba includere o meno tali costi.

È questo, più ancora che la riconosciuta possibilità dell'operatore economico di indicare in sede di offerta valori inferiori rispetto a quelli stimati dalla stazione appaltante, il punto nevralgico sul quale si è giocato il contrasto giurisprudenziale e interpretativo.

La soluzione interpretativa fatta propria dall'ANAC e recepita dal Consiglio di Stato, che riserva ai costi della manodopera un trattamento distinto rispetto ai costi della sicurezza, appare infatti come una torsione sistematica, giustificata con l'esigenza di conciliare la tutela del lavoro con la libertà d'impresa, ma non pienamente coerente con la lettera della legge.

In questo senso, i motivi addotti tanto dall'ANAC quanto dal Consiglio di Stato, ivi inclusa la ragione di semplificazione operativa e la finalità di responsabilizzazione dell'operatore economico, pur apprezzabili sotto il profilo dell'efficienza amministrativa, non affrontano in maniera dirimente la *ratio* originaria della norma, che è quella di non consentire sottostime retributive che si ripercuoterebbero negativamente sulla dignità del lavoro.

A ben vedere, il dibattito si è complicato anche per la sovrapposizione tra due aspetti distinti ma talvolta confusi: da un lato, la ribassabilità dei costi della manodopera (o meglio la possibilità per l'operatore economico di indicare importi inferiori rispetto a quelli stimati dalla stazione appaltante); dall'altro, la corretta modalità di composizione della base d'asta su cui calcolare il ribasso percentuale, questione tutt'altro che coincidente con la prima.

L'accostamento tra i due profili ha alimentato incertezza e oscillazioni interpretative.

Sul piano operativo, l'interpretazione che qui appare più convincente è quella che riconosce al termine «*scorporati*» un significato univoco, valido tanto per i costi della sicurezza quanto per quelli della manodopera; entrambi devono essere sottratti dalla base d'asta ribassabile come richiesto dalla norma.

La differenza risiede non nella loro collocazione contabile, bensì nel regime di ribassabilità atteso che mentre i costi della sicurezza restano intangibili, i costi della manodopera possono essere indicati dall'operatore in misura inferiore a quella stimata, purché nel rispetto dei minimi salariali e sempre previa verifica.

Non va dimenticato, infatti, che a mente degli artt. 108, comma 9, e 110, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 36/2023, le stazioni appaltanti hanno un obbligo di verifica dei costi della manodopera rispetto ai minimi tabellari, che costituisce condizione essenziale per l'aggiudicazione e che opera finanche autonomamente rispetto alla verifica di anomalia dell'offerta.

Alla luce di tali considerazioni, la soluzione del Consiglio di Stato, pur apprezzabile per lo sforzo di sistemazione e bilanciamento, lascia aperti margini di perplessità.

La sensazione è che la spinta degli interessi alla semplificazione e alla responsabilizzazione degli operatori economici abbia prevalso, in un quadro sinallagmatico, sulla esegesi letterale e sulla *ratio* di tutela propria dell'art. 41, comma 14.

Nell'attesa di un intervento chiarificatore del Legislatore, resta da capire se il compromesso raggiunto sarà in grado di assicurare davvero la protezione dei lavoratori senza indebolire la certezza delle regole di gara.

Il diritto di famiglia alla luce della Riforma Cartabia: profili sostanziali

Antonietta Giulia Caloiero

ABSTRACT

Questo studio analizza il Decreto Legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, noto come Riforma Cartabia, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 17 ottobre 2022. L'obiettivo della ricerca è valutare le implicazioni della riforma nel contesto del diritto di famiglia, con particolare attenzione alla tutela del benessere del minore e del nucleo familiare. Il lavoro confronta la definizione giuridica di famiglia con l'evoluzione sociale del concetto, evidenziando convergenze e divergenze tra prospettiva normativa e realtà sociale, incluse le famiglie non tradizionali. L'analisi si avvale di fonti bibliografiche, studi antropologici, psicologici e sociologici, nonché di interviste con esperti del diritto minorile. La ricerca mette in luce come la Riforma Cartabia rappresenti un primo passo verso l'allineamento dell'Italia agli standard europei in termini di efficienza e garanzia dei diritti, pur sottolineando le sfide ancora presenti nell'inclusione delle forme familiari emergenti.

ABSTRACT [EN]

This study analyzes Legislative Decree No. 149 of October 10, 2022, known as the Cartabia Reform, published in the Official Gazette on October 17, 2022. The research aims to evaluate the reform's implications in the context of family law, with particular attention to the protection of minors and the family unit. The study compares the legal definition of family with the evolving social concept, highlighting convergences and divergences between normative and social perspectives, including non-traditional families. The analysis draws on bibliographic sources, anthropological, psychological, and sociological studies, as well as interviews with experts in juvenile law. The research shows that the Cartabia Reform represents a first step toward aligning Italy with European standards in terms of efficiency and the guarantee of rights, while also highlighting ongoing challenges in the recognition of emerging family forms.

Il diritto di famiglia alla luce della Riforma Cartabia: profili sostanziali

Antonietta Giulia Caloiero

SOMMARIO: Introduzione - 1. Perché esiste la Riforma Cartabia? - 2. Le modifiche sostanziali nel diritto di famiglia alla luce della Riforma Cartabia. - 3. La famiglia (o le famiglie) dal punto di vista antropologico. - 4. La famiglia (o le famiglie) dal punto di vista psicologico. - 5. La Riforma Cartabia è sufficiente per il riconoscimento delle “famiglie”? - 6. I vantaggi e gli svantaggi della Riforma Cartabia - Conclusioni.

Introduzione

Questo studio pone un’analisi del **Decreto Legislativo 10 ottobre 2022, n. 149**, conosciuto anche come **Riforma Cartabia**, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 17 ottobre 2022.

In questo lavoro di ricerca, è emerso come *un cambiamento a livello legislativo fosse atteso da anni*, sia da parte di coloro che hanno incoraggiato l’introduzione del decreto legislativo analizzato che da parte di coloro che condividevano l’opinione opposta.

Qui, è stata mostrata la presenza di una *volontà da parte dei politici italiani nel portare l’Italia, dal punto di vista giuridico, al pari passo con gli altri paesi membri dell’Unione Europea*, accogliendo le critiche mosse da parte della CEDU e della Commissione Europea per l’Efficienza della Giustizia: tutto questo, si mostrerà possibile solo se avverrà l’applicazione dei concetti di garanzia e rapidità (concetti approfonditi nel primo capitolo).

Oltre a proporre un nuovo argomento di discussione nel contesto del diritto nel lettore, soprattutto se legato al **diritto di famiglia** (e al riconoscimento di forme plurime di famiglia), l’obiettivo di questo studio è la descrizione degli aspetti più importanti da considerare nel contesto di *tutela del benessere del minore e del nucleo familiare in cui è nato o da cui è stato adottato*.

L’argomento è qui proposto attraverso il confronto tra la definizione dell’*istituto della famiglia* indicata dall’ordinamento giuridico e il concetto di *famiglia* che si è sviluppato negli ultimi tempi *dal punto di vista sociale*.

Infatti, nel seguente studio è stato possibile evidenziare come il punto di vista giuridico, insieme a quello sociale abbia molti argomenti in comune, tra questi *l’identificazione del nucleo familiare idoneo per un corretto sviluppo psico-emotivo del minore che abbia alla base l’affetto e il rispetto reciproco tra i membri familiari*.

Allo stesso tempo, è stato possibile evidenziare il fatto che argomenti come l’esistenza di forme di famiglia (che si “diversificano” da quella considerata come “tradizionale”) siano ancora lontani da una *accettazione sostanziale* da parte dell’ordinamento giuridico italiano. Infatti, in questo studio, viene svolta un’*analisi del nucleo familiare dal punto di vista antropologico, psicologico e sociologico*, smentendo stereotipi e false credenze legate alle famiglie composte dalle coppie omosessuali.

Tutto questo, con la consapevolezza che la Riforma Cartabia può essere vista, a livello effettivo, come un primo passo verso la strada della “*civiltà moderna*”; ma che (si spera) non diventi l’ultimo.

Le informazioni utili per questo studio sono state individuate sia da fonti bibliografiche che da file e siti internet istituzionali. Quindi, è stata posta in attenta lettura un insieme di saggi introduttivi

al Decreto Legislativo, e anche saggi di antropologia – in lingua originale e/o in edizioni tradotte – e analisi da parte di psicologi e sociologi.

Inoltre, per avere una visione complementare dell'argomento (soprattutto, per quanto riguarda la comprensione di vantaggi e svantaggi dell'introduzione della Riforma), alcuni specialisti del diritto di famiglia sono stati intervistati dall'autore. I professionisti in questione sono i seguenti:

- il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, Dott. Roberto Placido Di Palma;
- il Presidente del Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria, Presidente Dott. Marcello D'Amico;
- la giudice togata, la Dott.ssa Mirella Schillaci;
- il giudice togato, il Dott. Paolo Ramondino;
- l'Avv.ta Francesca Panuccio Dattola.

Questa tesi di laurea è strutturata in quattro capitoli:

- primo capitolo: motivazioni che hanno spinto verso l'introduzione della Riforma Cartabia, e descrizione delle modifiche apportate, specialmente a vari articoli del Codice Civile;
- secondo capitolo: approfondimento del paragrafo 4.2. del capitolo precedente ("Le "famiglie" o la "famiglia"?"), condotto attraverso l'analisi dal punto di vista antropologico, sociologico e psicologico del nucleo familiare;
- terzo capitolo: interpretazioni dei vantaggi e degli svantaggi che dovrebbero verificarsi/già avvenuti, dal momento dell'introduzione della Riforma nell'ordinamento italiano.
- quarto capitolo: conclusioni.

1. Perché esiste la Riforma Cartabia?

Nella storia dell'ordinamento giuridico italiano esiste una considerevole quantità di cambiamenti che hanno portato alla concezione moderna di *diritto delle persone delle famiglie*¹.

Un esempio è l'introduzione della "*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*" (L. 1° dicembre 1970, n.898), seguita anni dopo dalle "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli", contenute nella L. 8 febbraio 2006, n.542, (introduzione del principio di *bigenitorialità* – eccetto che nei casi di grave pregiudizio per i minori). E altri esempi ancora.

La Riforma Cartabia non è altro che l'ultimo atto di questa serie di cambiamenti nella quotidianità; tuttavia, questo non vuol dire che non sia possibile la presenza di altri.

Quest'ultima affermazione è dimostrabile con la mancata parificazione tra matrimoni e unioni civili, oltre che il mancato riconoscimento dei diritti dei figli per le coppie dello stesso sesso (figli di uno dei componenti della coppia o nati per mezzo della procreazione assistita) e del cosiddetto

¹ «L'osservazione sistematica delle riforme susseguitesi negli anni '10 mostra come, per quanto attiene alla relazione di coppia, si è passati dall'unico modello fondato sul matrimonio a una pluralità di modelli ben differenziati tra loro, quali il matrimonio, l'unione civile tra persone dello stesso sesso, le convivenze anagraficamente dichiarate o meno tra persone di diverso o dello stesso sesso, mentre, per quanto riguarda i figli, è accaduto esattamente il contrario, atteso che la riforma Bianca ha abolito le parti zioni che contrassegnavano il rapporto di filiazione a seconda che i genitori fossero o meno uniti in matrimonio». Si veda file:///C:/Users/labmo/Downloads/legaleDoc_i11200827_NLCC_00142432_2023_04_05_1054_PDF%20(1).pdf, pag. 1.

“*genitore sociale*” – una genitorialità basata sull’esercizio delle funzioni genitoriali in capo a soggetti che si occupino della prole sul presupposto della relazione affettiva².

Anche l’istituto dell’adozione persegue l’idea di necessità di nuove riforme, dato che questo è vietato da parte di persone non sposate/non conviventi registrate o non, dunque singole.

Senza poi dimenticare l’assenza nell’ordinamento giuridico italiano del riconoscimento del diritto all’eutanasia, sebbene sia presente il cosiddetto testamento biologico, con la L. 22 dicembre 2017, n. 219 (“*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”)³. In questo caso, dunque, è possibile indicare la presenza di una cosiddetta “*ipocrisia giuridica*”.

Le altre motivazioni che hanno spinto verso una riforma di questo tipo è la situazione qui descritta.

Tra i paesi nel Consiglio d’Europa, l’Italia ha il numero più alto di condanne da parte della Corte Europea per i Diritti dell’Uomo (CEDU) per la sua gestione del diritto di famiglia, in particolare per il numero eccessivo di casi di affidamento al servizio sociale, giustificato da provvedimenti del giudice considerati troppo generici.

Inoltre, è presente un report della Commissione Europea per l’Efficienza della Giustizia (*European Commission for the Efficiency of Justice - CEPEJ*) che ha evidenziato appunto l’esistenza di problemi di efficienza giudiziaria nel contesto italiano, soprattutto per quanto riguarda il tempo medio di definizione dei procedimenti.

Con 1230 condanne dal 1959, l’Italia è il paese nel Consiglio d’Europa con il più alto numero di condanne per irragionevole durata dei processi, e anche per durata media del processo finale in appello da parte della CEDU - 1.167 giorni (tre anni e due mesi), contro una media europea di 121 giorni (quattro mesi)⁴.

Queste accuse suggeriscono la violazione di due articoli della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: l’art. 6, “*Diritto a un equo processo*”, primo comma [«*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge*»];

- L’art. 8, che garantisce il “*Diritto al rispetto della sfera personale e familiare*”, secondo comma, [l’intervento dell’autorità pubblica, non solo debba essere previsto nelle condizioni stabilite dalla legge, ma anche che ciò “*costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*”⁵].

Dunque, risulta legittima, la richiesta di riforme da parte sia di professionisti del diritto, sia anche di comuni cittadini, da tempo ormai esasperati per gli effetti delle problematiche socio-

² anche se, è possibile estrapolare la tutela giuridica, in questo caso applicata, nei seguenti istituti: art. 44, comma 1 della L. 4 maggio 1983, n.184 l’adozione del figlio del coniuge (“I minori possono essere adottati anche [...] dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell’altro coniuge”); ex art. 252, comma 1 del codice civile l’inserimento familiare (“Qualora il figlio [...] nato fuori dal matrimonio di uno dei coniugi sia riconosciuto durante il matrimonio il giudice [...] decide in ordine all’affidamento del minore e adotta ogni altro provvedimento a tutela del suo interesse morale e materiale”); ex art. 291, comma 1 del codice civile l’adozione del maggiorenne (“L’adozione è permessa alle persone che non hanno discendenti legittimi [o legittimati], che hanno compiuto gli anni trentacinque e che superano almeno di diciotto anni l’età di coloro che essi intendono adottare”).

³ Si veda <https://www.salute.gov.it/portale/dat/dettaglioContenutiDat.jsp?id=4954&area=dat&menu=vuoto>

⁴ 11 Si veda <https://www.ilsole24ore.com/art/lentezza-processi-e-giustizia-penale-come-tela-penelope-AEZu4uTC>

⁵ Si veda https://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/documentazione/Convention_ITA.pdf

economiche presentate; e queste riforme dovrebbero avere come scopo la “*semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile*”, “*nel rispetto delle garanzie del contraddittorio*”⁶

Le premesse teoriche portano il legislatore alla creazione di una riforma, la cui efficacia si basi sulla conciliazione dei concetti di **garanzia** (no a eccessi che porterebbero al blocco di processi importanti, come interpretazioni letterali o comunque ispirate dalla formulazione di norme prive di buon senso); e **rapidità** (tempi certi e ragionevoli che siano rispettosi di quelli delle persone coinvolte affinché si abbia un percorso di accompagnamento condiviso)⁷.

2. Le modifiche sostanziali nel diritto di famiglia alla luce della Riforma Cartabia

Qui segue una lista delle principali modifiche sostanziali nel diritto di famiglia, in seguito all'introduzione della Riforma Cartabia:

1. Il “nuovo” giudice e la responsabilità genitoriale: il giudice, mantenendo comunque un ruolo centrale nella decisione e nella stesura della sentenza finale, da un modello di tradizionale “solitario” diventa gestore della complessità, con uno staff di collaboratori che lo aiutino nello studio e diventino un elemento di raccordo con le attività di cancelleria. Inoltre, ci si dedica all'analisi della definizione impropria di “*decadenza della responsabilità genitoriale*”, (artt. 330 e seguenti del codice civile), introdotta nell'ordinamento giuridico italiano grazie al d.lgs.154/2013, per sostituire la definizione usata di “*patria potestà*” - insieme di poteri attribuito al padre per l'istruzione e l'educazione dei figli – qui, però, è indicato come questa definizione non corrisponda al contenuto degli articoli, ossia la descrizione del procedimento di intervento sulle facoltà e i poteri connessi all'esercizio della responsabilità⁸.

2. Art. 156 c.c.: garanzie, sequestro e tutela: se i primi tre commi e l'ultimo sono rimasti invariati, il quarto, quinto e sesto comma hanno visto la loro abrogazione in quanto il loro contenuto è stato spostato nei seguenti articoli del codice di procedura civile: art. 473-bis n. 36⁹ (regolamenti su garanzie, sequestro e ipoteca) e art. 473-bis n.37¹⁰ (pagamento dell'assegno dal mese successivo a cui è stata effettuata la notificazione).

⁶ B. DE FILIPPIS, Il nuovo diritto di famiglia dopo la Riforma Cartabia, Padova 2024, 3

⁷ Si veda, 23, <https://cnoas.org/wp-content/uploads/2024/01/Riforma-Cartabia-02-1.pdf>

⁸ provvedimenti adottati ai sensi del presente articolo hanno funzione di impedire che i figli subiscano pregiudizi, ma non hanno valenza liberatoria degli obblighi dai quali il soggetto è gravato in quanto genitore. Si vedano gli artt. 4, 9, 10, 16, 23, 25, 50, 51, 52 della L. 4 maggio 1983 n. 184 (inizialmente denominata “Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori”, dal 2001 “Diritto del minore ad una famiglia”). Dalle note dell'art. 330 c.c., <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-primi/titolo-ix/capo-i/art330.html?q=330+cc&area=codici>

⁹ Testo: «I provvedimenti, anche se temporanei, in materia di contributo economico in favore della prole o delle parti sono immediatamente esecutivi e costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Se il valore dei beni ipotecati eccede la cautela da somministrare, si applica il secondo comma dell'articolo 96. Il giudice può imporre al soggetto obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di contributo economico. Il creditore cui spetta la corresponsione periodica del contributo, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni in ordine all'adempimento, può chiedere al giudice di autorizzare il sequestro dei beni mobili, immobili o crediti del debitore. Qualora sopravvengano giustificati motivi il giudice, su istanza di parte, può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti. I provvedimenti di cui al secondo, terzo e quarto comma sono richiesti al giudice del procedimento in corso o, in mancanza, ai sensi dell'articolo 473 bis 29.»

¹⁰ Testo: «Il creditore cui spetta la corresponsione periodica del contributo in favore suo o della prole, dopo la costituzione in mora del debitore, inadempiente per un periodo di almeno trenta giorni, può notificare il provvedimento o l'accordo di negoziazione assistita in cui è stabilita la misura dell'assegno ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al soggetto obbligato, con la richiesta di versargli direttamente le somme dovute, dandone comunicazione al debitore inadempiente. Il terzo è tenuto al pagamento dell'assegno dal mese successivo a quello in cui è stata effettuata la notificazione. Ove il terzo non adempia, il creditore ha azione esecutiva diretta nei suoi confronti per il pagamento delle somme dovute. Qualora il credito dell'obbligato nei confronti dei suddetti terzi sia stato già pignorato al momento della

3. Obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia e concorso nel mantenimento: Nel caso di inadempimento di quest'obbligo, interviene la novità introdotta dalla Riforma dell'art. 145 del codice civile: in particolare, nell'ultimo comma viene stabilito l'intervento del giudice "su istanza di chiunque vi ha interesse", ai sensi del secondo comma dell'art. 316-bis¹¹.

4. Ascolto del minore: l'art. 336-bis del codice civile è stato interamente abrogato, dato che la disciplina ora è contenuta nei seguenti articoli: *art. 473-bis n. 4 del codice di procedura civile* (ascolto di un minorenne con un'età inferiore ai dodici anni da parte di un giudice, a patto che la sua volontà non vada in contrasto con l'interesse superiore di un suo benessere psico-fisico e sociale)¹²; *art. 473-bis n.5 del codice di procedura civile* (possibilità di avere una registrazione audio-visiva dell'ascolto del minore); *art. 152-quinquies delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile* ("regole tecniche per la registrazione audiovisiva, la conservazione e l'inserimento nel fascicolo informatico"); *art. 152-quater delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile* (partecipazione all'ascolto da parte dei difensori, del curatore e del pubblico ministero).

5. Emancipazione e inabilitazione, amministrazione di sostegno: sono presenti le modifiche dei seguenti articoli: *art. 394 c.c.* (vengono spostate al giudice tutelare le competenze autorizzative prima tipiche del tribunale)¹³; *art. 395 c.c.* (è rimosso il riferimento all'autorizzazione del tribunale)¹⁴; *art. 397 c.c.* (viene indicata la figura del giudice tutelare come quella che può autorizzare l'esercizio di un'impresa commerciale da parte del minore emancipato – con, anche, l'approvazione del curatore)¹⁵; *art. 425 c.c.* (il soggetto inabilitato che potrà proseguire con lo svolgimento di un'attività di impresa, con l'assistenza del curatore)¹⁶.

6. Affidamento dei figli minori e mediazione familiare: la Riforma ha toccato l'art. 337-ter nel seguente punto: infatti, una volta resi noti gli accordi tra i genitori che non fossero contrari al *favor minoris*, il giudice deve prenderne atto - soprattutto se derivanti da un percorso di mediazione familiare – nel rispetto del principio di autodeterminazione. La presenza della mediazione familiare¹⁷-

notificazione, all'assegnazione e alla ripartizione delle somme tra l'avente diritto al contributo e gli altri creditori provvede il giudice dell'esecuzione, il quale tiene conto anche della natura e delle finalità dell'assegno.»

¹¹«In caso di inadempimento il presidente del tribunale o il giudice da lui designato, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole».

¹²L'art. 473-bis.6, rubricato «Rifiuto del minore a incontrare il genitore», alla cui stregua «Quando il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice procede all'ascolto senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto e può disporre l'abbreviazione dei termini processuali. Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegate o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l'altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale». Dal tenore della rubrica, che si riferisce al rifiuto di «incontrare il genitore» sembra che la norma si riferisca a procedimenti di separazione e divorzio, ma non può escludersi una sua più estesa applicazione.» Si veda file:///C:/Users/labmo/Downloads/legaleDoc_i11200827_NLCC_00142432_2023_04_05_1054_PDF%20(1).pdf

¹³citazione al terzo comma: «Per gli altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, oltre il consenso del curatore, è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare.»

¹⁴sostituzione con la figura del giudice tutelare: «Nel caso in cui il curatore rifiuta il suo consenso, il minore può ricorrere al giudice tutelare, il quale, se stima ingiustificato il rifiuto, nomina un curatore speciale per assistere il minore nel compimento dell'atto».

¹⁵modifica simile a quella attuata al quinto comma dell'art. 320 c.c.: «L'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato [2195] se non con l'autorizzazione del giudice tutelare».

¹⁶«L'inabilitato può continuare l'esercizio dell'impresa commerciale soltanto se autorizzato dal giudice tutelare. L'autorizzazione può essere subordinata alla nomina di un istitutore.» - La gestione dell'impresa passa interamente all'istitutore per ogni tipo di atto relativo alla stessa, salvo quanto precisato nell'autorizzazione giudiziale che faccia permanere in capo all'inabilitato od al curatore dello stesso.

¹⁷ «L'art. 473-bis.10, rubricato «Mediazione familiare», dispone che «Il giudice può, in ogni momento, informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e invitarle a rivolgersi a un mediatore, da loro scelto tra le persone iscritte nell'elenco formato a norma del disco sezioni di attuazione del presente codice, per ricevere informazioni circa le finalità, i contenuti e le modalità del percorso e per valutare se intraprende dirlo. Qualora ne ravvisi l'opportunità, il

grazie alla modifica del testo del Decreto legislativo 4 marzo del 2010, n. 28 - svolta da professionisti specializzati, garantisce la diminuzione del rischio di “manipolazione” dell’accordo tra i coniugi; aumentando, di conseguenza, la probabilità che esso provenga da un’autodeterminazione equilibrata.

7. **Art. 403 del codice civile (allontanamento del minore dall’ambiente familiare da parte della pubblica autorità):** la Riforma, oltre a procedere con la riscrittura del comma già presente, che diverrà il primo di otto, nel quale si giustifica l’intervento delle autorità nei casi di “grave pregiudizio e pericolo per l’incolumità psico-fisica” del minore, vede l’aggiunta dell’espressione “emergenza di provvedere”, esplicando così la tempestività dell’intervento. Tutti i commi (tranne l’ultimo) indicano delle tempistiche da rispettare durante la procedura di allontanamento e le possibili conseguenze nei casi di violazione delle stesse.

8. **Art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile e disposizioni transitorie:** ha visto poche modifiche da parte della Riforma, principalmente una sostituzione al primo comma dei riferimenti agli artt. 710 c.p.c. 46 e 9 della legge divorzile con quelli riguardanti i procedimenti per la modifica di precedenti provvedimenti dettati a tutela del minore. Tutti i commi (tranne l’ultimo) indicano delle tempistiche da rispettare durante la procedura di allontanamento e le possibili conseguenze nei casi di violazione delle stesse.

9. **Tribunale delle persone, dei minorenni e delle famiglie:** in sostituzione del Tribunale per i minorenni come è conosciuto. Assorbirà le competenze attribuite al TM; e, anche, svolgerà funzioni prima attribuite al TO in materia di stato e capacità delle persone e delle famiglie. Inoltre, qui confluiranno le competenze del giudice tutelare. Sono stati necessari settantadue articoli, tutti rubricati sub 473 bis c.p.c., con progressivi numeri arabi, contenuti, insieme all’art. 473 ter, nel nuovo titolo IV bis del libro II, intitolato: “*Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*”¹⁸. Nel primo articolo del titolo IV bis è stata inserita la definizione dell’ambito cui si applicano le nuove norme (procedimenti che, prima diversamente disciplinati, sono ora tutti soggetti al nuovo e unico rito). Si tratta di procedimenti attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, del giudice tutelare e del tribunale per i minorenni. Sono però, esclusi i procedimenti di adozione e in materia di immigrazione.

3. La famiglia (o le famiglie) dal punto di vista antropologico

Il termine “*famiglie*” nella definizione di “*Tribunale delle persone, dei minorenni e delle famiglie*” indica il **riconoscimento di tutti i modelli familiari**, che si basavano sulla vita in comune e sui rapporti affettivi anziché definizioni aprioristiche (coppie unite in matrimonio, unioni civili, convivenze registrate e non registrate)¹⁹.

Tuttavia, non pochi sono stati gli ostacoli nella normalizzazione - meglio dire, “accettazione” – di queste “nuove” famiglie: infatti, alcune forze politiche hanno insistito (e, ancora oggi, insistono) nell’accettazione di un unico tipo di famiglia, ossia quello indicato erroneamente come “tradizionale/naturale” – definita anche come “etero normativa”.

Ogni epoca storica, infatti, ha offerto la propria versione di nucleo familiare; andando oltre a quella di «un insieme di persone, legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, affiliazione, tutela o da vincoli affettivi, che dimorano abitualmente sotto lo stesso tetto» (sebbene, al

giudice, sentite le parti, e otte nuoto il loro consenso, può rinviare l’adozione dei provvedimenti di cui all’articolo 473-bis.22 per consentire che i coniugi, valendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolari rife rimenato alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli»”.
file:///C:/Users/labmo/Downloads/legaleDoc_i11200827_NLCC_00142432_2023_04 05_1054_PDF%20(1).pdf

¹⁸ B. DE FILIPPIS, op. cit., 7.

¹⁹ B. DE FILIPPIS, op. cit., 7.

giorno d'oggi, stia venendo riconosciuto anche il concetto di famiglia con quello di «una singola persona, la quale provvede in tutto o in parte con i propri mezzi di sussistenza al soddisfacimento dei bisogni individuali»²⁰.

Il nucleo familiare è stato oggetto di studio anche dell'antropologia; disciplina in cui, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, gli studiosi ricercavano nei sistemi primitivi della parentela «*le origini dell'organizzazione sociale, ipotizzando in modo del tutto soggettivo una serie di stadi evolutivi*»²¹.

I principali studiosi in materia sono i seguenti:

4. **Henry Summer Maine**, giurista e sociologo britannico che, con il saggio *Ancient Law* (1861), descrisse la famiglia come «il gruppo elementare» da cui si svilupparono, come «un sistema di cerchi concentrici», forme sempre più complesse di organizzazione sociale (la gens, la tribù e, infine, lo Stato)²²;

5. **John Ferguson McLennan**, etnologo scozzese, e **Johann Jakob Bachofen**, antropologo svizzero, che con i saggi *Primitive Marriage* (1865) e *Das Mutterrecht* («il Matriarcato» - 1861) spiegò come la priorità della discendenza matrilineare si fosse presentata in seguito a una fase iniziale di promiscuità sessuale, che impediva di stabilire la paternità biologica; e che, in seguito, fosse stato imposto il principio della paternità, considerato «superiore»²³;

6. **Lewis Henry Morgan**, etnologo e antropologo statunitense, che nel saggio *Ancient society* (1877), confronta la società degli Irochesi (dove le donne avevano un ruolo dominante) con quella greco-romana;

- **Bronislaw Malinowski**, antropologo e sociologo polacco che, nel saggio *Sex and repression in savage society* (1927), riflette su come il complesso di Edipo e le altre manifestazioni dell'inconscio possano mostrarsi nelle società matrilineari;

- **Alfred Reginald Radcliffe-Brown**, antropologo inglese che, nel saggio *Structure and function in primitive society* (1952) studia le regole riguardanti l'appartenenza a un gruppo di discendenza e le sue funzioni all'interno della società, oltre che dare una «definizione di matrimonio»²⁴;

- **Claude Lévi-Strauss**, antropologo ed etnologo francese che, con il saggio *Les structures élémentaires de la parenté* (1949), indica il ruolo decisivo della proibizione dell'incesto – limitazione voluta dall'uomo, riconosciuta come universale – e fornisce un'analisi dei meccanismi di scambio e cooperazione, creati in seguito ad alleanze tra gruppi umani.

È dall'insieme di questi studi che si arriva anche al concetto di parentela come *un vincolo che lega vari individui tra loro*; ed è classificabile in almeno tre tipi: **parentela di consanguineità** (presupposto biologico manifesto nella discendenza genealogica; però, è possibile una distinzione tra una consanguineità naturale e una consanguineità sociale - es: genitori adottivi); **parentela di affinità** (per effetto di una norma sociale o giuridica - esempio: parenti affini vengono indicati i parenti acquisiti per mezzo del matrimonio); **parentela relazionale** (relazione personale verso una determinata persona)²⁵.

Assieme alla definizione e la distinzione di varie tipologie di parentela, si arriva alla classificazione di due tipologie di famiglie:

²⁰Si veda <https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia/>

²¹B. BERNARDI, Uomo, cultura, società. Introduzione agli studi demo-etno-antropologici, 233.

²²Si veda <https://www.bibliomanie.it/public/uploads/2021/07/Ancient-Law-di-Henry-Sumner-Maine-di-Piero-Venturelli.pdf>, 4.

²³Si veda <https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia/>

²⁴B. BERNARDI, op. cit., 240.

²⁵B. BERNARDI, op. cit., 234, 235

1) **Famiglia nucleare:** *il nucleo basilare della parentela e della società*²⁶, le cui funzioni principali, secondo l'antropologo statunitense George Murdock, sono: *riproduttiva* (generare e allevare figli); *sessuale* (i rapporti sessuali tra i coniugi); *educativa* (insegnamento della cultura, delle credenze e dei valori della società in cui si vive alla discendenza); *economica* (ogni membro si assicura il necessario per vivere attraverso il lavoro, diviso in base alle proprie competenze e capacità psico-fisiche).

2) **Famiglia estesa o composta:** è composta da più nuclei familiari. Esistono vari tipi di famiglie estese: ***famiglia poliginica*** (composta da un uomo sposato con più donne); ***famiglia poliandrica*** (composta da una donna sposata con più uomini²⁷).

Negli ultimi anni, però, si sta assistendo alla comparsa di nuove tipologie di famiglia: *famiglia "ricostruita"* (composta dai coniugi e dai figli avuti da precedenti relazioni); *coppie senza figli*; *coppie eterosessuali non sposate* (con o senza figli comuni); *famiglia monogenitoriale* (per motivi come vedovanza, divorzio, pratiche di fecondazione assistita o di adozione, con figli); *coppie dello stesso sesso* (con figli biologici o adottati); *famiglie miste o straniere* (costituite da coniugi entrambi stranieri, o da un coniuge italiano e uno straniero).

Alcune di queste forme familiari sono riassumibili in un'unica forma di vita di coppia presente ossia la convivenza more uxorio, o "*famiglia di fatto*".

In alcuni Stati occidentali le unioni informali hanno ottenuto anche legittimazione giuridica; invece, in Italia, dove l'istituzione matrimoniale è tutelata dalla stessa Costituzione, l'unica forma di coppia riconosciuta dal diritto è quella fondata sul matrimonio²⁸.

Dopo un'approfondita analisi della famiglia nel corso della storia, si arriva ad un'analisi del concetto di *famiglia nell'epoca post-moderna*, vista come una ***realtà sociale***, nella quale si registrano sensibili cambiamenti negli aspetti socio-culturali e legali, caratterizzanti la vita quotidiana²⁹.

Inoltre, **l'analisi giuridica della famiglia nei vari sistemi europei** ha evidenziato come il diritto matrimoniale contemporaneo conservi i requisiti essenziali del diritto romano classico: il raggiungimento dei potenziali coniugi di un'età minima prestabilita; l'assenza di parentela entro un certo grado (scarse o nulle probabilità di commettere incesto); il libero consenso al matrimonio – unito a quello dei genitori o del tutore, qualora uno dei futuri sposi non abbia raggiunto la maggiore età³⁰.

Per comprendere le nuove dinamiche familiari che stanno caratterizzando il mondo post moderno, è necessario analizzare i seguenti elementi:

1. ***formazione della famiglia:*** i giovani si allontanano dalla famiglia di origine sempre più tardi, per motivi quali la scarsa presenza di opportunità lavorative e un aumento spropositato dei mutui o degli affitti;

2. ***sviluppo e la persistenza della famiglia:*** nel rapporto di coppia si accettano condizioni completamente diverse dalle tradizioni culturali che hanno caratterizzato in passato l'istituto del matrimonio (intolleranza alle violenze o all'adulterio, emancipazione femminile, ecc.), e sorgono difficoltà nel fare figli, soprattutto per l'aumento dei costi di vita o delle pressioni psicologiche imposte dalla società.

²⁶B. BERNARDI, op. cit., 259, 261.

²⁷B. BERNARDI, op. cit., 263, 264.

²⁸Art. 29 Cost. italiana, comma 1: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Si veda <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-i/titolo-ii/articolo-29>.

²⁹Si veda <https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia/>

³⁰Si veda <https://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia/>

3. **rottura ed eventuale ricostruzione della famiglia:** il numero di separazioni e divorzi è in costante aumento; dunque, aumentano le famiglie indicate come “ricostruite” (è descritto più avanti in cosa consiste).

4. **La famiglia (o le famiglie) dal punto di vista psicologico**

Rispetto a quale norma considerata “normale” – considerata, dunque, “tradizionale”, “regolare”, “legittimo” – è da considerare “nuovo”, sinonimo di “insolito”, “singolare”, “strano”?

È necessario sottolineare, infatti, che la famiglia deve essere considerata un costrutto complesso, pluralistico proprio in relazione alla registrazione dei vari tipi di famiglie che, negli ultimi tempi, stanno vedendo il loro riconoscimento sociale e giuridico. È paragonabile all’identificare una forma di famiglia come etero-normativa, o “naturale”, induce ad attribuire alle altre tipologie che si discostano l’espressione “contro natura”; implicando, dunque, un’interpretazione che indica la “naturalità” come un principio “vero”, di per sé evidente.

In conclusione, dunque, è possibile affermare che la famiglia nucleare eterosessuale è una (non l’unica) delle tante forme possibili di organizzazione dei rapporti primari nel nostro contesto socio-culturale.

Evidenziare le differenze tra forme familiari/genitoriali sarebbe necessaria per costruire in modo più efficiente una cultura che veda la pluralità come valore, ricchezza e opportunità – al contrario di ora, che vede solo minacce di crisi e disordini. È bene, dunque, ricordare che la famiglia funzionale è quella in cui i legami che la compongono offrono sicurezza, cura, sostegno, co-costruzione di adeguati processi educativi e di sviluppo (responsabilità, sensibilità, affettività sana, sforzo nella mediazione e ricomposizione di inevitabili conflitti, condivisione)³¹.

Si hanno queste principali definizioni psicologiche di famiglia:

5. il pediatra e pedagogista italiano **Marcello Bernardi**: famiglia come il “*nucleo affettivo originario*” di un individuo, *il primo gruppo sociale di cui l’individuo farà parte fin dalla sua nascita*.

6. il pediatra e psicoanalista inglese **Donald W. Winnicott** famiglia come *l’unità di base della società*, in cui i membri si trovano in una condizione di interdipendenza³².

7. lo psichiatra e psicoanalista russo-americano **Nathan W. Ackerman**: famiglia come una “*membrana semipermeabile*”, attraverso cui avviene uno scambio selettivo di informazioni tra i membri della famiglia stessa e il mondo esterno³³.

Le domande a cui si è voluto rispondere, però, in tutela al benessere del minore sono state: *qual è la relazione tra l’esercizio della funzione genitoriale e l’orientamento omosessuale? E, se esiste, si può spiegare la reciproca influenza di tali costrutti sociali?*

Nel cercare delle risposte, è doveroso comprendere quali siano le principali competenze che caratterizzano una buona genitorialità, descritte dall’autrice **Graziella Fava Vizziello** (2003):

- 1) *garanzia delle funzioni di base;*
- 2) *risonanza e sintonizzazione affettiva con l’altro/a;*
- 3) *imposizione di norme, regole e routine strutturanti;*

³¹Si veda https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-punto-di-vista-della-psicologia-su-famiglie-genitorialita-omogenitorialita-quali-domande-_656.php

³²Si veda <https://www.igorvitale.org/definizione-di-famiglia-in-psicologia/>

³³ACKERMAN N. W., *Psicodinamica della vita familiare*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, p. 31.

4) *interiorizzazione di positivi modelli operativi interni di sé, dell'altro e delle relazioni da parte del/la figlio/a;*

5) *garanzia di far sentire l'altro/a ancorato a una radice relazionale fatta di storie e narrazioni condivise e da condividere.*

Secondo gli studi condotti, non esistono concreti presupposti concettuali che favorirebbero la capacità a priori di un soggetto eterosessuale nella sua funzione di genitore. In altre parole, *“l'orientamento sessuale dei genitori non ha alcuna ricaduta disfunzionale sulla prole e sul loro percorso evolutivo”*.

Inoltre, le analisi svolte nel corso di più di quarant'anni non riscontrano differenze significative rispetto ai comportamenti di genere, alle preferenze e ai comportamenti sessuali, all'orientamento sessuale della prole educata da genitori omosessuali.

In realtà, l'opposizione da parte di molti all'omogenitorialità sarebbe un indizio di un atteggiamento omofobico, basato principalmente su stereotipi negativi e *false convinzioni socio-culturali naturalistiche, essenzialiste ed eterocentriche*.

Molte associazioni scientifiche, a livello internazionale, hanno espresso la loro autorevole posizione in tema di omogenitorialità:

- **American Academy of Pediatrics (AAP):** *«i bambini cresciuti da genitori dello stesso sesso si sviluppano come quelli cresciuti da genitori eterosessuali. Un bambino che cresce in una famiglia con uno o due genitori gay non corre alcun rischio specifico».*

- **American Psychological Association (APA):** *«l'omosessualità non è un disordine psicologico. [...] I singoli componenti di coppie LGBT+ con figli si dividono in modo equo le questioni inerenti alle cure dei bambini e sono soddisfatti della loro relazione col partner (Patterson, 2000, 2004). Le capacità genitoriali di madri lesbiche e padri gay potrebbero essere superiori a quelle di genitori eterosessuali dello stesso livello».*

- **Department of Justice canadese:** *«la gran parte degli studi mostrano che i bambini che vivono con due madri e i bambini che vivono con un padre e una madre hanno lo stesso livello di competenza sociale».*

- **American Academy of Child and Adolescent Psychiatry (AACAP):** *«non vi è evidenza scientifica a sostegno della tesi secondo cui genitori con orientamento omosessuale o bisessuale siano di per sé diversi o carenti nella capacità di essere genitori, di saper cogliere i problemi dell'infanzia e di sviluppare attaccamenti genitore-figlio rispetto ai genitori con orientamento eterosessuale».*

Per quanto riguarda, invece, la comunità scientifica italiana, si sono espressi:

- **l'Associazione italiana di psicologia (AIP):** *«non sono né il numero né il genere dei genitori – adottivi o no che siano – a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano. In particolare, la ricerca psicologica ha messo in evidenza che ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano conviventi, separati, risposati, single, dello stesso sesso (2011)».*

- **Antonino Ferro, Presidente della Società Psicoanalitica Italiana (SPI):** *«Che ben vengano bambini di coppie che si amano e che siano capaci di buoni accoppiamenti mentali. Non*

sarà il sesso biologico dell'uno o dell'altro ad aver più peso ma le attitudini mentali dell'uno e dell'altro. I figli li faccia chi ha voglia di accudirli con amore (2013)»³⁴.

E tanti altri.

La migliore risposta è l'applicazione di un approccio pluralista; che significa:

1. riconoscere che la funzionalità o disfunzionalità delle famiglie dipende dalla qualità dei legami e dei rapporti che prendono forma nelle famiglie eterosessuali oppure omosessuali;
2. promuovere l'inclusione e la valorizzazione delle differenze;
3. eliminare la centralità della cosiddetta "etero-sessualizzazione" (l'estensione del modello eterosessuale come unico esistente), presente nelle società odierne);
4. favorire la nascita di riconoscimenti (oltre che sostanziali, anche) formali a livello politico, istituzionale e giuridico delle varie forme familiari esistenti³⁵.

5. La Riforma Cartabia è sufficiente per il riconoscimento delle "famiglie"?

Come già visto prima, la Riforma Cartabia è un ulteriore passo in avanti nel riconoscimento, dal punto di vista giuridico, dei cambiamenti socio-culturali che si sono presentati negli ultimi anni. Tra questi, appunto, l'istituzione di vari tipi di famiglie che si discostano da quello indicato generalmente (ed erroneamente) come quello "tradizionale".

L'istituzione del *Tribunale unico per la persona, i minori e la famiglia* rappresenta un ulteriore tentativo di razionalizzare le competenze e garantire una maggiore uniformità di trattamento. Tuttavia, resta da vedere se questa riorganizzazione sarà sufficiente per affrontare le sfide poste dalle diverse forme di famiglie e garantire una tutela adeguata a tutti i minori coinvolti.

Quindi, sebbene la riforma Cartabia rappresenti un importante passo avanti nella modernizzazione del sistema giuridico italiano e nella semplificazione dei procedimenti familiari, non sembra ancora del tutto sufficiente per garantire un pieno riconoscimento delle diverse tipologie di famiglie: infatti, le sfide interpretative e le pratiche che ne derivano indicano la necessità di ulteriori interventi normativi e giurisprudenziali per raggiungere una parità effettiva tra tutte le famiglie, in linea con i principi costituzionali e i diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo.

Ulteriori sviluppi legislativi e giurisprudenziali saranno necessari per completare il percorso iniziato con la riforma.

6. I vantaggi e gli svantaggi della Riforma Cartabia

Sulla carta, la Riforma Cartabia è da considerare una "rivoluzione" legislativa, soprattutto per quanto riguarda la giustizia minorile.

Tuttavia, non poche sono state le critiche mosse alla Riforma.

Per comprenderle meglio, cinque professionisti del diritto hanno espresso il loro consenso nel mostrare il loro punto di vista, basandosi sulla loro esperienza professionale. Le domande a cui hanno risposto sono le seguenti:

³⁴Si veda <https://www.guidapsicologi.it/articoli/la-genitorialita-omobisessuale-i-risultati-inequivocabili-di-43-anni-di-ricerche-scientifiche-internazionali>

³⁵Si veda <https://www.today.it/benessere/psicologia/famiglie-omogenitoriali-una-prospettiva-psicologica-sull-importanza-del-benessere-dei-figli.html>

a) *Era necessaria la presenza della Riforma Cartabia? Quali sono i vantaggi e gli svantaggi riscontrati nell'applicazione della Riforma Cartabia?*

b) *La Riforma Cartabia è da considerare una risposta adeguata alle critiche da parte dell'Unione Europea (citazione, in alcuni punti, allo scandalo di Bibbiano)?*

Ecco le loro risposte:

1. **Dott. Roberto Placido Di Palma:** *Sicuramente la creazione di un tribunale unico che tratti le vicende dei minori e anche della famiglia è qualcosa di estremamente innovativo e, per molti versi, positivo. [...] Tuttavia, non è immaginabile pensare di fare delle riforme così importanti a costo zero. [...] Le preoccupazioni più evidenti riguardano aspetti come i locali, l'aspetto informatico e gli applicativi. [...]*

Per quanto riguarda, invece, gli aspetti positivi, penso che sia *obiettivamente una conquista di civiltà giudiziaria quella di affidare ad un unico tribunale la competenza su queste materie che sono assolutamente molto delicate.*

2. **Dott. Marcello D'Amico:** *L'obiettivo primario della Riforma, certamente positivo, è stato quello di garantire anche nelle procedure svolgentesi davanti al Tribunale per i minorenni un maggiore contraddittorio tra le parti, in ragion della delicatezza che caratterizza la materia di sua competenza. [...]*

Tuttavia, la Riforma Cartabia poteva essere strutturata in modo diverso. [...] Notevoli difficoltà, sotto il profilo della necessaria snellezza e tempestività delle decisioni, si sono poi aggiunte con l'introduzione del sistema informatico "Sicid", che da subito ha comportato, ad esempio, la necessità di far migrare dal vecchio sistema Sigma in quello nuovo migliaia di fascicoli inerenti le procedure di volontaria giurisdizione ancora in corso, con un aggravio di lavoro molto rilevante per le Cancellerie, [...] Il tutto, anche in ragione dell'aumento esponenziale, nell'ultimo anno e mezzo, dei procedimenti da "Codice Rosso" ed ex art. 403 c.c., che richiedono una prontissima risposta.

I fatti che sono successi a Bologna sono stati strumentalizzati per giustificare alcune previsioni normative che, nel tempo, saranno ancora più aggravate, tutte tendenti a sminuire termini proprio tecnici. [...] Come in tutte le categorie, c'è chi opera bene e chi opera male.

3. **Dott. Paolo Ramondino:** *si tratta di modifiche da tempo attese. la percezione che hanno gli operatori del diritto in questo momento, nella prima fase di applicazione della Riforma, è che gli aspetti negativi siano prevalenti. [...] Mancanza, da parte dei decisori politici (Governo e Parlamento), di una non formale, ma effettiva interlocuzione preventiva con chi ha operato e opera nel settore della giustizia minorile. [...] Ha forse pesato in termini negativi l'eco di una campagna mediatica piuttosto insistente, che ha diffuso un'idea della giustizia minorile non esattamente corrispondente alla realtà.*

4. **Dott.ssa Mirella Schillaci:** *Una revisione del sistema, delle leggi che riguardano la famiglia, era necessaria. [...], tuttavia è evidente la considerazione poco attenta da parte del legislatore delle poche norme di riferimento per il tribunale per i minorenni, nonché di quelle che sono le prassi nel tempo consolidate".*

La Cartabia è stata una legge emanata senza avere una piena coscienza e conoscenza sia del contesto su cui incidere in concreto per tutelare i minori, sia degli operatori e degli strumenti a loro disposizione per intervenire fattivamente. [...] *Il legislatore, perché possa essere un legislatore efficace, è chiaro che deve tener conto di quello che le condizioni della società, altrimenti sarà un legislatore che non risolverà i problemi fino in fondo.*

5. Dott.ssa Francesca Panuccio-Dattola: *La Riforma Cartabia ha sicuramente prodotto delle modifiche che possono nel tempo essere utili per realizzare in meglio la tutela del minore, quindi del minore come “soggetto di diritto. [...]*

Oggi parlare di famiglia è complesso. [...] Una volta la famiglia era quella prevista nell'articolo 29 della Costituzione, oggi ci sono le famiglie. [...] *La Riforma ha velocizzato l'attività relativa a questo collocamento che viene operato da parte dei servizi sociali d'urgenza nel caso di grave pregiudizio a un minore in comunità. [...]*

La Riforma avrebbe dovuto intanto tenere presente che, quando parliamo di persone, spesso la persona nel momento della separazione, nel momento di crisi, della rottura, ha dei sentimenti di “rabbia” che poi nel tempo si riportano a delle situazioni più equilibrate. E quindi, probabilmente, era necessario, sotto questo punto di vista, valorizzare di più istituti come la mediazione (come lo stesso servizio sociale), dare dei poteri un po' più ampi rispetto a quello che si ha.

L'elemento prevalente e fondante e che prevale è l'affettività.

Dal punto di vista europeo, i richiami che vengono fatti non riguardano solo casi eclatanti come il caso di Bibbiano; ma, anche, situazioni relative per esempio ai nonni - in alcuni casi non è stato riconosciuto il diritto dei nonni di frequentare i nipoti oppure il tema della sottrazione internazionale non ha trovato adeguata rispondenza nei nostri ordinamenti. ***Se tu, Italia, non ti adegui inevitabilmente ci saranno delle sanzioni pecuniarie, e probabilmente non è solo questo il canale attraverso cui si potrà raggiungere dei risultati.***

Conclusioni

L'obiettivo di descrivere evidenti vantaggi e svantaggi nell'introduzione del decreto legislativo, appare *incompleto*. Se, infatti, aspetti come la necessità di digitalizzare i documenti e l'introduzione dello strumento della mediazione familiare sembrano accompagnare appieno i concetti di garanzia e rapidità della giustizia (almeno, sull'aspetto teorico); dall'altro lato, queste stesse modifiche necessiterebbero di tempo materiale affinché possa avvenire un'analisi concreta dei loro effetti nella società italiana.

Con questo lavoro, inoltre, è evidente come l'intervento dei politici italiani sia avvenuto *senza una consapevolezza completa delle condizioni degli uffici e della burocrazia del paese*, portando, in alcuni punti ad un allungamento delle tempistiche dei procedimenti giuridici.

Questo studio può essere visto come l'ennesima dimostrazione dell'inesistenza di una condizione di “staticità” della società italiana. Basti pensare alle riforme già nominate che hanno permesso il riconoscimento effettivo di cambiamenti nella società (emancipazione femminile, separazione e divorzio, unioni civili, bigenitorialità). ***Il cambiamento, per essere efficace, deve avvenire in modo lento ma deciso.***