

ANNO - XIX



AMBIENTE DIRITTO

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

Fascicolo n. 1/2019 - ISSN 1974-9562

**GLI ACQUISTI INFRA 40.000 EURO E LE PIATTAFORME ELETTRONICHE DI
NEGOZIAZIONE. MARCO TERREI**

**I PRIVATI NELLA GESTIONE DELLE EMERGENZE AMBIENTALI. I patti di
collaborazione. AGOSTINO SOLA**

**TUTELA GIURISDIZIONALE DELLA DISABILITÀ. Il regime di tutela giurisdizionale della
disabilità avverso l'inattuazione del sistema integrato di interventi assistenziali. PIETRO
MAGLIONE**

**NECESSITÀ DELLO SCIoglIMENTO DEL CONSIGLIO COMUNALE IN CASO DI
IMPOSSIBILITÀ DELLA PRIMA CONVOCAZIONE. MARIO TOCCI**

IL DIRITTO ALL'ACQUA NELLE REGIONI. CAMILLA TORRESINI

**A POLÍTICA DE ACOLHIMENTO INFANTIL BRASILEIRA APLICADA NA CIDADE DE
BOA VISTA/RORAIMA. SANDRA REGINA OLIVEIRA PASSOS DE BRAGANÇA FERRO,
JÉSSICA DA SILVA BARRETO, LUZIÊ SOUSA MIRANDA**

AMBIENTEDIRITTO - EDITORE®

ISSN 1974-9562



9 771974 956204



Anno 2019



AmbienteDiritto.it

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

Testata registrata presso il Tribunale di Patti (Reg. n. 197 del 19/07/2006)

ISSN 1974-9562

Direttore responsabile: **Fulvio Conti Guglia**

Direttori scientifici: **Giuseppe Albenzio** Vice Avvocato Generale dello Stato; **Raffaele Chiarelli** Professore Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi Guglielmo Marconi; **Claudio Rossano** Professore Emerito di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Roma La Sapienza.

Comitato Direttivo: **Paolo Bianchi** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Camerino; **Simone Budelli** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Perugia; **Guglielmo Cevolin** Professore Aggregato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine; **Salvatore Cimini** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo; **Angelo Lalli** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi La Sapienza; **Alfredo Morrone** Docente a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi Chieti – Pescara.

Comitato scientifico: **Richard Albert** Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin; **Domenico Amirante** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli; **Gaetano Armao** Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo; **Francisco Balaguer Callejón** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Granada; **Michele Belletti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna; **Mario Bertolissi** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Padova; **Francesca Biondi** Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Milano; **Elena Buoso** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Padova; **Marcello Cecchetti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari; **Cristiano Celone** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo; **Mario Pilade Chiti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze; **Antonio Colavecchio** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia; **Gian Paolo Dolso** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste; **Marina D'Orsogna** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo; **Vera Fanti** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia; **Renato Federici** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Roma La Sapienza; **Leonardo Ferrara** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze; **Diana Urania Galetta**

*Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano; **Giuseppe Garzia** Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Bologna; **Paolo Giangaspero** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste; **Loredana Giani** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Europea di Roma; **Walter Giulietti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi dell'Aquila; **Andrea Gratteri** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pavia; **Dimitris Liakopoulos** Full Professor of European Union Law in Fletcher School of Law and Diplomacy - Tufts University; **Vincenzo Lippolis** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi Internazionali di Roma; **Fabrizio Lorenzotti** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino; **Francesco Longobucco** Professore Associato di Diritto Privato (IUS/01) Università Roma Tre; **Giuseppe Losappio** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli studi di Bari "Aldo Moro"; **Antonella Massaro** Professore Associato Diritto penale (IUS/17) Università degli Studi Roma Tre; **Ludovico Mazzarolli** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine; **Agostino Meale** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari; **Cesare Mirabelli** Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico (IUS/11) Università degli Studi Roma Tor Vergata, Presidente Emerito della Corte costituzionale; **Stefano Nespor** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano; **Dante Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba; **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia; **Gabriel Doménech Pascual** Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia; **Paolo Passaglia** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa; **Aristide Police** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma Tor Vergata; **Nicoletta Rangone** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA; **Cecilia Ricci** Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03) Università degli Studi del Molise; **Maurizio Riverditi** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino; **Raffaele Guido Rodio** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari; **Roberto Romboli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa; **Ugo Salanitro** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania; **Andrea Scella** Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale (IUS/16) Università degli Studi di Udine; **Elisa Scotti** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo - Docente di Diritto dell'Ambiente - (IUS/10) Università degli Studi di Macerata; **Andrea Simoncini** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Firenze; **Sara Spuntarelli** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino; **Dario Elia Tosi** Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Valle d'Aosta; **Duccio Traina** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Firenze; **Silvio Troilo** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bergamo; **Francesco Fabrizio Tuccari** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi del Salento.*

Comitato di redazione: **Antonio Mitrotti** Coordinatore (Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico comparato, Università degli Studi di Teramo); **Daniela Di Paola** (Ministero della Giustizia); **Maria Assunta Icolari** (Ricercatore Università degli Studi G. Marconi di Roma - Resp. Diritto Tributario Ambientale); **Chiara Ingenito** (Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico Comparato Internazionale, Università degli studi di Roma La Sapienza); **Agatino Giuseppe Lanzafame** (Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale Comparato, Università degli studi di Catania); **Olivia Pini** (Docente a contratto in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Modena); **Agostino Sola** (Praticante avvocato presso l'Avvocatura dello Stato); **Leo Stilo** (Docente a contratto in Diritto Amministrativo, Link Campus

University Executive Calabria); **Giacomo Vivoli** (Cultore della materia in Diritto dell'ambiente, Università degli Studi di Firenze).

Elenco dei referees: **Giuseppe Ugo Abate** (Università degli Studi di Palermo); **Xavier Arbos Marin** (Universidad de Barcelona); **Annamaria Bonomo** (Università degli Studi di Bari); **Marco Brocca** (Università degli Studi del Salento); **Marco Calabrò** (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli); **Achille Antonio Carrabba** (Università degli Studi di Bari Aldo Moro); **Gian Franco Cartei** (Università degli Studi di Firenze); **Giovanni Catalisano** (Università degli Studi di Enna Kore); **Marta Cenini** (Università degli Studi dell'Insubria); **Alberto Clini** (Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"); **Juan Carlos Covilla Martínez** (Universidad Externado de Colombia); **Gianni Cortigiani** (Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze); **Simona D'Antonio** (Università degli Studi di Teramo); **Gabriella De Giorgi** (Università degli studi del Salento); **Lorenzo De Gregoriis** (Università degli Studi di Teramo); **Maria Rosaria Di Mattia** (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli); **Ruggero Dipace** (Università degli Studi del Molise); **Enzo Di Salvatore** (Università degli Studi di Teramo); **Caterina Drigo** (Università di Bologna); **Daniela Ferrara** (Università degli studi di Palermo); **Giancarlo Antonio Ferro** (Università degli Studi di Catania); **Gianpaolo Fontana** (Università degli Studi "Roma Tre"); **Biagio Giliberti** (Universitas Mercatorum); **Francesca Guerriero** (Avv. penalista del Foro di Roma); **Anna Rita Iacopino** (Università degli Studi dell'Aquila); **Armando Lamberti** (Università degli Studi di Salerno); **Vito Sandro Leccese** (Università degli Studi di Bari); **Anna Lorenzetti** (Università degli Studi di Bergamo); **Marco Mancini** (Università Ca' Foscari di Venezia); **Donatantonio Mastrangelo** (Università degli Studi di Bari); **Roberto Miccù** (Università degli Studi La Sapienza); **Giulia Milo** (Università degli Studi di Trieste); **Viviana Molaschi** (Università degli Studi di Bergamo); **Alberto Oddenino** (Università degli Studi di Torino); **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** (Centro Universitario Estácio da Amazônia); **Vittorio Pampanin** (Università degli Studi di Pavia); **Paolo Patrito** (Università degli Studi di Torino); **Vincenzo Pepe** (Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli); **Patrizia Pinna** (Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze); **Mauro Pennasilico** (Università degli Studi di Bari); **Oreste Pollicino** (Università Bocconi); **Daniele Porena** (Università degli Studi di Perugia); **Carlo Rapicavoli** (Direttore Generale presso Provincia di Treviso - Direttore ANCI Veneto e UPI Veneto); **Saverio Regasto** (Università degli studi di Brescia); **Pierpaolo Rivello** (Università degli Studi di Torino); **Mariano Robles** (Università degli Studi degli Studi di Bari); **Paolo Rossi** (Università degli Studi di Perugia); **Gianluca Ruggiero** (Università del Piemonte Orientale); **Francesco Emanuele Salamone** (Università degli Studi della Tuscia); **Ciro Sbailò** (Università degli Studi internazionali di Roma); **Maria Stefania Scardigno** (Università degli Studi di Bari); **Alma Lucia Tarantino** (Università degli Studi di Bari); **Marco Terrei** (Centrale di committenza del Comune di Lanciano); **Tommaso Ventre** (LUISS Guido Carli);



AmbienteDiritto.it

MISSION:

Lo scopo principale della Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it (RGA) è quello di favorire il più ampio confronto interdisciplinare - a livello internazionale - nonché lo sviluppo della ricerca scientifica sulle complesse tematiche del Diritto pubblico, in senso esteso ed evoluto, con una particolare, e naturale, predilezione per l'approfondimento della materia 'interdisciplinare' del Diritto ambientale, con i suoi peculiari - e 'naturali' - risvolti costituzionali ed amministrativi (oltre che i 'connaturali' e, alle volte, inscindibili aspetti penalistici e civilistici).

La Rivista, per queste ragioni, accetta sia contributi in italiano che in qualsiasi altra lingua che, ovviamente, sia conosciuta dai referees. I componenti della Rivista, i suoi collaboratori, nonché gli autori - che, secondo le linee ANVUR sono in larghissima parte strutturati presso Università italiane e straniere - fanno parte ed aderiscono alla *mission* a titolo squisitamente gratuito.

*Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo sono stati sottoposti a referaggio doppio cieco conformemente alla **Classe A – ANVUR**.*

AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Law Review - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel +39 0941 421391 - Fax digitale +39 1782724258 - Mob. +39 3383702058 - info (at) ambientediritto.it - (C.C. REA): 182841 - Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore: Fulvio Conti Guglia - C.F.: CNTFLV64H26L308W - P.IVA 02601280833 - Pubblicata in Tortorici dal 2000 Testata registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562 - (BarCode 9 771974 956204) - Pubblicazione quotidiana in formato elettronico - [Copyright AD](#) - AmbienteDiritto - Editore[®]

INDICE:

GLI ACQUISTI INFRA 40.000 EURO E LE PIATTAFORME ELETTRONICHE DI NEGOZIAZIONE. [MARCO TERREI](#) Pag. 7

I PRIVATI NELLA GESTIONE DELLE EMERGENZE AMBIENTALI. I patti di collaborazione. [AGOSTINO SOLA](#) Pag. 19

TUTELA GIURISDIZIONALE DELLA DISABILITÀ. Il regime di tutela giurisdizionale della disabilità avverso l'inattuazione del sistema integrato di interventi assistenziali. [PIETRO MAGLIONE](#) Pag. 36

NECESSITÀ DELLO SCIoglIMENTO DEL CONSIGLIO COMUNALE IN CASO DI IMPOSSIBILITÀ DELLA PRIMA CONVOCAZIONE. [MARIO TOCCI](#) Pag. 35

IL DIRITTO ALL'ACQUA NELLE REGIONI. [CAMILLA TORRESINI](#) Pag. 67

A POLÍTICA DE ACOlhIMENTO INFANTIL BRASILEIRA APLICADA NA CIDADE DE BOA VISTA/RORAIMA. [SANDRA REGINA OLIVEIRA PASSOS DE BRAGANÇA FERRO, JÉSSICA DA SILVA BARRETO, LUZIÊ SOUSA MIRANDA](#) Pag. 91

GLI ACQUISTI INFRA 40.000 EURO E LE PIATTAFORME ELETTRONICHE DI NEGOZIAZIONE

Marco Terrei¹

Abstract: *In the following article we talk about the concept of direct assignment. In the first section we describe the norms concerning the European Community followed by the National regulations of the Codice degli Appalti d.LGS 50/2016. More specifically we analyze circumstances in which the purchases made by the public administration are below 40.000 euros and if said administration is obligated to utilize electronic platforms of negotiation.*

Sommario: **1.** Introduzione. - **2.** L'uso della Posta Elettronica Certificata nelle procedure d'appalto. - **3.** I termini nelle procedure d'appalto. - **4.** Le informazioni e le comunicazioni nella Direttiva 24/2014/UE. - **5.** Le informazioni e le comunicazioni nel Codice dei Contratti D.lgs 50/2016. - **6.** Il Codice dei Contratti e il suo rapporto con il Codice dell'Amministrazione Digitale. - **7.** La segretezza degli invii nelle procedure di appalto. - **8.** Strumenti telematici di negoziazione. - **9.** La segretezza degli invii e il MePA. - **10.** Il comunicato dell'ANAC del 30 ottobre 2018. - **11.** Conclusioni.

1. - Introduzione.

In questo lavoro si cercherà di comprendere se i RUP o i dirigenti della Pubblica Amministrazione, in caso di "affidamenti diretti" infra 40.000, ora e fino al 31 dicembre 2019² 150.000 euro, possono

¹ *Dottore magistrale in Scienze Politiche Internazionali e delle Amministrazioni, Master in Diritto Amministrativo, consulente nella materia degli appalti, cultore nella materia del diritto amministrativo;*

² *La legge 30 dicembre 2018, n.145 "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021" al comma 912 dispone che «Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2019, le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 36, comma 2, del medesimo codice, possono procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000*

procedere, per acquisti di lavori, servizi o forniture, al di fuori delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione di cui, all'art. 38 del Codice dei Contratti.

La normativa degli appalti in continua evoluzione e l'introduzione dell'obbligo dell'uso delle piattaforme elettroniche di negoziazione pone dei dubbi di tipo procedurale per gli operatori delle Pubbliche Amministrazioni nelle procedure definite "di modico importo" ove storicamente i RUP e i dirigenti hanno operato con un ristretto numero di operatori economici sulla base di rapporti fiduciari consolidatesi nel tempo e senza porre in essere particolari metodiche di comunicazioni.

Ciò premesso si procederà, partendo dalle norme dell'Unione, ad una ricognizione normativa al fine di identificare i confini entro i quali i soggetti della PA possono operare le loro scelte nel pieno rispetto della loro autonomia contabile e della discrezionalità tecnico/amministrativa ad essi riconosciuta.

Infine verranno analizzate le ultime norme che hanno modificato l'ambito della deroga nell'uso dei mezzi elettronici di negoziazione e le possibili interpretazioni delle stesse e la loro portata.

2. - L'uso della Posta Elettronica Certificata nelle procedure d'appalto.

Prima di affrontare il tema oggetto di questa riflessione è necessario fare una puntualizzazione in merito all'uso della Posta Elettronica Certificata nella gestione degli appalti a seguito dell'entrata in vigore delle nuove norme in materia. Sin dall'inizio della "rivoluzione" posta in essere dal nuovo Codice a molti è sembrato possibile derogare all'uso dei «*mezzi elettronici di informazione e comunicazione*»³ in virtù del fatto che l'uso della PEC garantisce la tracciabilità, oltre alla conservazione, degli invii e delle ricezioni delle mail. Si tenga anche conto del fatto che grazie ad alcune norme di settore, di cui si dirà oltre, la PEC ha assunto un valore legale come mezzo di notifica.

Dalla lettura delle diverse norme che regolano le procedure di appalti, qualunque sia il loro importo, emerge che in tale processo non sarà sufficiente inviare/ricevere il materiale via PEC perché, stabilisce l'art.52 del Codice dei Contratti, che «*In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione*».

Non potendosi garantire in nessun modo l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione appare evidente che a partire dal 18 ottobre 2018 scorso tutte le Amministrazioni devono fare ricorso alle piattaforme elettroniche di negoziazione al fine di garantire tali requisiti.

euro»

³ Formula introdotta nella Direttiva 24/2014/UE e recepita poi nel Codice dei Contratti D.lgs 50/2016.

In merito alla PEC non appare superfluo ricordare che il RUP⁴ o il dirigente non può utilizzare la PEC fornitagli dall'ente per contattare un operatore economico ai fini di un qualunque affidamento perché violerebbe, oltre ad alcuni principi di cui si dirà più avanti, l'insieme delle norme inserite nel D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale - CAD)⁵ perché farebbe venir meno la ragion d'essere del Decreto ed il raggiungimento degli obiettivi⁶ in esso contenuti⁷.

Secondo quanto riportato negli articoli su citati e in applicazione a quanto stabilito dal DPCM 3 dicembre 2013 "Regole tecniche per il protocollo informatico ai sensi degli articoli 40.bis, 41, 47, 57.bis e 71, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n.82 del 2005" che ha posto in essere il processo di informatizzazione delle PA e avviato la sua smaterializzazione il RUP o il Dirigente deve, per le sue comunicazioni con i soggetti da contattare per l'esecuzione di lavori, servizi o forniture servirsi del Servizio di Protocollo Centralizzato⁸ della propria Amministrazione ai fini della tracciabilità delle comunicazioni altrimenti si correrebbe il rischio di porre in essere una "trattativa privata" violando i Principi⁹ costituzionali posti alla base dell'agire

⁴ Il Codice degli Appalti all'art. 31 stabilisce che «Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione» ed in virtù della disposizione contenuta nel medesimo comma la quale dispone che «Fatto salvo quanto previsto al comma 10, il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato» egli procede agli acquisti di cui necessita per il funzionamento della sua struttura o per l'espletamento della sua funzione.

⁵ Nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n.9 del 12.01.2019 è stato pubblicato il Decreto Legislativo 13 dicembre 2017, n.217 "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, concernente modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche." Il quale a poco più di 10 anni dalla sua entrata in vigore ha "aggiornato" il testo di legge completandone la struttura ed aggiornando gli obiettivi.

⁶ Al comma 2 del CAD vengono indicati, sinteticamente, gli obiettivi che il codice intende perseguire infatti prevede che «Lo Stato, le Regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e si organizzano ed agiscono a tale fine utilizzando con le modalità più appropriate e nel modo più adeguato al soddisfacimento degli interessi degli utenti le tecnologie dell'informazione e della comunicazione».

⁷ Si rimanda alla lettura degli articoli 3.bis, commi 1 e 4, art. 40.bis co.1, art. 45 commi 1 e 2, e art. 48 commi 1, 2 e 3 del CAD.

⁸ Come previsto dall'art. 40.bis del CAD il quale prevede che «Formano comunque oggetto di registrazione di protocollo ai sensi dell'articolo 53 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, le comunicazioni che provengono da o sono inviate a domicili digitali eletti ai sensi di quanto previsto all'articolo 3-bis, nonché le istanze e le dichiarazioni di cui all'articolo 65 in conformità alle regole tecniche di cui all'articolo 71».

⁹ In termini di Principi valga per tutti il richiamo al paragrafo 3 rubricato "Principi comuni" delle Linee Guida n. 4 dell'ANAC in cui viene ricordato che «L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi enunciati dagli articoli 30, comma 1, (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione), 34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale) e 42 (prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse) del Codice dei contratti pubblici. Le stazioni appaltanti possono applicare altresì le disposizioni di cui all'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici sulle clausole sociali, tenendo conto anche delle indicazioni che saranno fornite dall'ANAC in uno specifico atto regolatorio» che vengono dettagliatamente spiegati al comma successivo.

della Pubblica Amministrazione - del buon andamento, della legalità e dell'imparzialità - oltre a quelli della pubblicità degli atti¹⁰ e della concorrenza¹¹.

Ovviamente anche le comunicazioni che dovessero avere come destinatario il RUP o il Dirigente dovranno obbligatoriamente passare dal Protocollo dell'ente.

È appena il caso di ricordare che tale innovazione introdotta a partire dal 2015 ha stabilito che le Pubbliche Amministrazioni sono chiamate ad una vera e propria rivoluzione digitale¹² che li ha obbligati a rivedere i propri processi¹³.

Tra gli adempimenti di natura digitale a cui sono state obbligate vi è la digitalizzazione del Registro di Protocollo informatico.

Infatti già dall'ottobre del 2015 vige l'obbligo per le Amministrazioni di inviare in conservazione giornalmente il registro di protocollo, secondo quanto previsto dall'articolo 7, comma 5 delle Regole del DPCM citato.

Tale registro, che fa parte del sistema di gestione informatica dei documenti contiene la registrazione di protocollo di ogni documento ricevuto o spedito dalla PA. Per tale registro è dunque obbligatoria la forma del documento informatico e la conseguente conservazione digitale.

Il relativo documento informatico dovrà possedere le caratteristiche di staticità, immutabilità, integrità, che vengono garantite dal trasferimento dello stesso all'interno del sistema di conservazione.

L'art. 7, c. 5, del DPCM 3.12.2013 "Regole tecniche sul protocollo informatico", in tema di misure di sicurezza dei sistemi di protocollo informatico, richiede che il registro giornaliero di protocollo sia trasmesso al Sistema di Conservazione, entro la giornata lavorativa successiva a quella della sua produzione, garantendone l'immutabilità del contenuto.

Ciò detto appare evidente che questa modalità di processo della posta in arrivo/uscita, pur garantendo la sua tracciabilità, non è in grado di garantire quella integrità alla quale fa riferimento

¹⁰ Nella materia dei contratti la trasparenza è tra i principi cardine dell'*agere* amministrativo, un "faro" da tenere sempre acceso sulle procedure, un portentoso "lubrificante" che può consentire alla macchina amministrativa un perfetto incedere. Nell'ambito di questo specifico settore essa realizza, attraverso norme e adempimenti all'uopo previsti, la conoscibilità e la comprensibilità delle procedure finalizzate a realizzare imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e a far comprendere le scelte rivolte alla cura dell'interesse generale. L'obiettivo di questo lavoro è l'analisi del regime della trasparenza e della pubblicità in materia di contratti pubblici alla luce sia del "decreto trasparenza"³, d. lgs. 33/2013, che della nuova disciplina recata dal codice dei contratti pubblici, d. lgs. 50/2016, per come modificato dal d. lgs. 56/2017. A. CORRADO, *La Trasparenza negli Appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, *Federalismi*, del 03 gennaio 2018.

¹¹ Il settore degli appalti pubblici gioca un ruolo centrale per la stabilizzazione dell'economia del paese. Le procedure concorsuali di spesa, volti a limitare i fenomeni corruttivi, sono essenziali per garantire una trasparente, imparziale ed economica gestione del pubblico denaro, a beneficio della collettività e della qualità e dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni. Le procedure ad evidenza pubblica rappresentano lo strumento principale per assicurare il corretto svolgimento del libero gioco della concorrenza tra gli operatori del mercato che offrono lavori, servizi e forniture alla P.A. A. NAPOLITANO, *Appalti Pubblici e Concorrenza*, in *Salvis Juribus* rivista on line.

¹² In merito ai processi di digitalizzazione che interessa tutta l'area Euro il nostro paese non ha raggiunto quegli standard necessari alla messa a sistema delle infrastrutture alla base di un reale processo di digitalizzazione del Paese infatti sono stati da poco comunicati i risultati del Desi, l'indicatore della Commissione Europea che misura, annualmente, il livello di attuazione dell'Agenda Digitale che rileva i progressi compiuti in termini di digitalizzazione.

L'Italia si posiziona, come l'anno scorso, al 25° posto fra i 28 Stati membri dell'UE. Per maggiori informazioni si visiti il sito della Comunità Europea che riporta i dati dello studio <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>;

¹³ A tal proposito si veda il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione consultabile sul sito dell'AGID;

l'articolo 52 nella parte in cui dispone che «*le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute*»

3. - I termini nelle procedure d'appalto.

Nelle gare d'appalto, qualunque sia il valore, la procedura e la modalità di aggiudicazione i due momenti chiave del processo di individuazione del soggetto aggiudicatario della commessa, oltre agli elementi essenziali della stessa¹⁴, sono le date¹⁵: quella, entro la quale il soggetto o i soggetti coinvolti nella procedura devono inoltrare la richiesta di partecipazione o la loro offerta e la data stabilita dalla Stazione Appaltante, alla quale tali documenti divengono "pubblici" attraverso la loro lettura.

4. - Le informazioni e le comunicazioni nella Direttiva 24/2014/UE.

Al fine di avere una visione complessiva dell'argomento pare utile prendere le mosse dalla normativa europea la quale al Considerando n. 52 della Direttiva 24/2014/UE, descrive quali vantaggi si possono trarre dall'introduzione dei mezzi di comunicazione elettronici, infatti sostiene che «*I mezzi elettronici di informazione e comunicazione possono semplificare notevolmente la pubblicazione degli appalti e accrescere l'efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto. Dovrebbero diventare la norma per la comunicazione e lo scambio di informazioni nel corso delle procedure di appalto in quanto aumentano enormemente le possibilità degli operatori economici di partecipare a procedure d'appalto nell'ambito del mercato interno. A tal fine, è opportuno introdurre l'obbligo di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica e l'obbligo di rendere disponibili in forma elettronica i documenti di gara*».

Evidentemente il documento traccia un ideale percorso il quale tuttavia, al fine di raggiungere quegli obiettivi, auspica, dopo un periodo di trenta mesi, l'introduzione, «*dell'obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte*»¹⁶

Tale approccio viene confermato nel dispositivo e infatti al comma 1 dell'articolo 22, rubricato "Regole applicabili alle comunicazioni" viene confermata la regola di fondo stabilendo che «*Gli Stati*

¹⁴ L'art. 32 del Codice al comma 2 indica, per le procedure "semplificate" di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) che «*nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti*»

¹⁵ L'Allegato XIV al Codice elenca tutti gli elementi "necessari" che i documenti di gara devono contenere e tra questi vi è la data indicata come il «*Termine ultimo per la ricezione delle offerte (procedure aperte) o delle domande di partecipazione (procedure ristrette e procedura competitiva con negoziazione, sistemi dinamici di acquisizione, dialogo competitivo, partenariati per l'innovazione)*» ma anche la seconda «*ora e luogo di apertura delle offerte*» che riguarda invece la "lettura" delle offerte;

¹⁶ la struttura proposta dall'EU suggerisce il mezzo per raggiungere gli obiettivi "I mezzi elettronici di informazione e comunicazione" ma ci indica anche in quali fasi della procedura «*in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte*» tali nuove procedure dovrebbero diventare una consuetudine, prima, e un obbligo, poi:

membri provvedono affinché tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui alla presente direttiva, in particolare la trasmissione in via elettronica, siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente articolo».

Ciò premesso, il legislatore comunitario indica dettagliatamente quali possono essere le specifiche situazioni nelle quali la Stazione Appaltante può derogare alla regola generale ed infatti prevede che i casi “particolari”¹⁷.

Come se non fosse già abbastanza chiaro, al comma 3 del medesimo articolo, viene ampliato quanto precedentemente introdotto in merito a tutte le “fasi della procedura” già indicato nei considerando specificando che «*In tutte le comunicazioni, gli scambi e l’archiviazione di informazioni, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che l’integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione*».

5. - Le informazioni e le comunicazioni nel Codice dei Contratti D.lgs 50/2016.

Il Decreto Legislativo 50/2016 ha recepito le tre nuove Direttive sugli appalti (23/2014/EU, 24/2014/EU e la 25/2014/EU) nel quale vengono stabilite, tra le altre, le regole delle comunicazioni.

L’articolo 40, comma 1 rubricato “Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione” stabilisce, ma solamente in riferimento alle Centrali di Committenza, che «*Le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell’ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici [...]»* mentre al successivo comma 2 viene esteso l’obbligo precisando che «*A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni [...]svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici*».

Procedendo nell’analisi degli articoli afferenti le comunicazioni giungiamo all’art. 52 il quale precisa che «*Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici [...]»*.

La lettura degli articoli sin qui riportati non sembra lasciare spazi ad interpretazioni che permettano delle deroghe sia pure parziali all’uso “*mezzi di comunicazione elettronici*”. Le uniche previste sono quelle che vengono dettagliatamente indicate nel medesimo comma ove si prevede che «*le stazioni appaltanti non sono obbligate a richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell’offerta esclusivamente nelle [...] ipotesi previste*¹⁸.

¹⁷ le situazioni particolari sono: a) a causa della natura specialistica dell’appalto, l’uso di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono in genere gestiti dai programmi comunemente disponibili; b) i programmi in grado di gestire i formati di file adatti a descrivere le offerte utilizzano formati di file che non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti o generalmente disponibili ovvero sono protetti da licenza di proprietà esclusiva e non possono essere messi a disposizione per essere scaricati o per farne un uso remoto da parte dell’amministrazione aggiudicatrice; c) l’utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle amministrazioni aggiudicatrici; d) i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici.

¹⁸ Per una precisa disamina delle deroghe all’uso dei mezzi di comunicazione elettronici si rimanda alla lettura del comma 1, lettera dalla a) alla e).

L'unica ulteriore deroga è prevista al comma 10 per le concessioni ma solo in particolari condizioni.

Il comma 5 del medesimo articolo 52 conferma la natura della richiesta dei mezzi elettronici di comunicazione chiarendo che «*In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute*» riportando fedelmente quanto indicato nella Direttiva.

Dunque la ragione del ricorso ai “*mezzi elettronici di comunicazione*” è indicata con chiarezza ed è quella di garantire [che cosa?] *integrità e riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione* [in quale processo?] *nelle comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte* [da chi?] *dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici* [in quale fase della gara?] *in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione delle offerte.*

Tale approccio interpretativo è fatto proprio anche dall'ANAC¹⁹ il quale, al paragrafo 2. “*Quadro Normativo di Riferimento*” del documento del 19 dicembre 2018 chiarisce che «*La sistemazione delle norme all'interno del Codice, e in particolare dell'art. 52 che figura nella Sezione I, disposizioni comuni, prefigura la volontà del legislatore di prevedere un obbligo generalizzato di utilizzo delle comunicazioni elettroniche, anche riguardo al valore (sopra o sotto soglia) delle procedure. Lo stesso art. 52, nel recepire la corrispondente disposizione comunitaria dell'art. 22, ha precisato che gli obblighi in esame si applicano a tutti i settori, ordinari e speciali (co. 1), e alle concessioni, seppur a determinate condizioni (co. 10, 11 e 12)*»

6. - Il Codice dei Contratti e il suo rapporto con il Codice dell'Amministrazione Digitale.

Prima di procedere oltre è necessario effettuare un “passaggio” all'interno del CAD il quale ha avuto il pregio di guidare la PA nell'era del digitale.

Entrato in vigore il 1° gennaio 2006, il CAD traccia il quadro legislativo entro cui deve attuarsi la digitalizzazione dell'azione amministrativa e sancisce veri e propri diritti dei cittadini e delle imprese in materia di uso delle tecnologie nei rapporti con le Amministrazioni; il CAD contiene anche l'obbligo per l'Amministrazione di snellire le procedure e di rendere tutti i servizi e le comunicazioni interne ed esterne per via telematica.

Come indicato dal FormezPA, in uno dei suoi documenti di studio, in cui sostiene che le riforme hanno messo l'accento sulla capacità delle nuove tecnologie di porsi quale strumento privilegiato di dialogo con i cittadini, con conseguente impatto sui processi di comunicazione e di interazione tra PA e privati, nonché sull'organizzazione e sugli strumenti della PA digitale. Il CAD, pur individuando nella PA il destinatario privilegiato, contiene importanti norme che si rivolgono alla generalità dei soggetti (inclusi cittadini, professionisti e imprese) soprattutto per quanto riguarda l'utilizzo di alcuni strumenti come la PEC, i documenti informatici e le firme elettroniche, idonei a semplificarne i rapporti tra Pubbliche amministrazioni, cittadini e imprese.

¹⁹ Autorità Nazionale Anticorruzione, Atto di Segnalazione n. 7 del 19/12/2018.

Ciò che più colpisce, anche in relazione all'oggetto della presente analisi, è l'introduzione di un nuovo tipo di rapporto della PA con cittadini e imprese

Le disposizioni contenute nel Codice dell'Amministrazione Digitale hanno l'obiettivo di consentire a cittadini e imprese qualunque interazione con gli uffici pubblici in modalità telematica (specialmente via PEC). Quest'ultima, da mezzo alternativo a quello cartaceo, diviene mezzo principale ed esclusivo per le comunicazioni.

Scompare, dunque, l'uso delle comunicazioni cartacee che dovranno essere utilizzate in maniera del tutto residuale e solo laddove sia assolutamente indispensabile.

È nell'articolo 5.bis che si rinviene anche all'interno del CAD il riferimento alle procedure di gara ove è previsto che *«La presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese»*

7. - La segretezza degli invii nelle procedure di appalto.

Il quadro sin qui descritto ci porta verso il focus dell'analisi e cioè stabilire se per le gara/procedure di "affidamento diretto" al sotto dei 40.000 euro, ora innalzato fino al 31 dicembre 2019 a 150.000 euro, sia possibile derogare all'uso della piattaforma elettronica di negoziazione o meno permettendo, ad esempio al singolo RUP o dirigente, di procedere ad una trattativa con uno o più operatori senza avere l'obbligo di utilizzare la piattaforma.

Al fine di dirimere la questione è necessario dare una risposta alla domanda che sin qui è rimasta sullo sfondo dell'intero percorso ricostruttivo: derogare all'uso delle piattaforme elettroniche di negoziazione garantisce la segretezza del contenuto delle PEC fino alla data di apertura dei plichi stabilita dalla Stazione Appaltante o dal RUP?

Evidentemente no.

L'uso della Posta Elettronica Certificata in luogo della posta ordinaria – anche se Raccomandata con avviso di ricevimento - per l'invio delle offerte e/o delle istanze di partecipazione non è in grado di garantire alcunché oltre alla certificazione dell'identificazione del soggetto mittente²⁰ e quello che ha ricevuto tale comunicazione oltre, ovviamente, ai dati relativi l'ora esatta in cui i rispettivi provider hanno emesso/ricevuto la comunicazione.

Ciò premesso chiunque, lungo il processo di comunicazione, può aprire la mail e leggerne il contenuto senza che questo fatto possa essere conosciuto da qualcuno quindi violando palesemente il principio introdotto dalla Direttiva e dal Codice.

8. - Strumenti telematici di negoziazione.

²⁰ Al solo fine di una corretta informazione si ricorda che gli operatori della PA, nel contattare gli operatori economici, devono utilizzare solo le PEC inserite e comunicate alla Camera di Commercio dal titolare dell'impresa ove la stessa ha sede. Solo questa procedura permette di evitare delle frodi a mezzo di PEC fraudolente. Per un approfondimento si veda *“Truffa via Pec, così hanno svuotato i conti correnti”* pubblicato su Agenda Digitale all'indirizzo: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/truffa-via-pec-cosi-hanno-svuotato-i-conti-correnti/>

A questo punto dell'analisi si inserisce la norma dell'art. 37 del Codice dei Contratti la quale al comma 2 recita «*Salvo quanto previsto al comma 1, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 nonché gli altri soggetti e organismi di cui all'articolo 38, comma 1 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente*».

La previsione di questo strumento è da ricondurre all'art. 3 lett. dddd) del Codice il quale offre una definizione degli "strumenti di negoziazione" definendoli come, «*strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di negoziazione:*

1) [...], 2) [...]

3) *il mercato elettronico realizzato da centrali di committenza nel caso di acquisti effettuati attraverso confronto concorrenziale;*

4) *i sistemi realizzati da centrali di committenza che comunque consentono lo svolgimento delle procedure ai sensi del presente codice»*

Anche alla successiva lett. eeee) viene citato lo strumento elettronico di cui si dibatte infatti volendo offrire una definizione di "strumenti telematici di acquisto" e degli "strumenti telematici di negoziazione" sostiene che questi vengono definiti come «*strumenti di acquisto e di negoziazione gestiti mediante un sistema telematico*»

È questo l'ultimo tassello della nostra ricostruzione; il "sistema telematico" di gestione delle gare d'appalto imposto alla Pubblica Amministrazione dal legislatore italiano²¹.

Tali strumenti, come si evince dalla lettura dei vari commi, non sono stati pensati per essere utilizzati nelle procedure di "affidamento diretto" perché utilizzabili al caso in cui si "richiedono apertura del confronto competitivo" tuttavia ben si adattano alla fattispecie "affidamento diretto" per il fatto che la terzietà del soggetto fornitore del software e la struttura della piattaforma è in grado di garantire la segretezza e l'integrità del contenuto della domanda di presentare un offerta, della presentazione di una richiesta di partecipazione, di una presentazione di preventivo o dell'offerta economica grazie all'inviolabilità di tutte le comunicazioni, qualunque sia il contenuto delle stesse.

9. - La segretezza degli invii e il MePA.

La piattaforma MePA di CONSIP SPA e Ministero dell'Economia e delle Finanze messa a disposizione della Pubblica Amministrazione e degli Operatori Economici già da diversi anni assolve perfettamente alla funzione di assicurare "integrità e riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione nelle comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione

²¹ Per chi volesse fare un approfondimento sull'argomento si consiglia M. TERREI, *Piattaforme Elettroniche di Negoziazione per una Pubblica Amministrazione 2.0*, in *Rivista Giuridica Telematica, AmbienteDiritto.it*

elettronici in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione delle offerte”

Fino al 31 dicembre 2018 l’obbligo di ricorso al MePA per tutti gli articoli ivi presenti al di sopra dei 1.000 euro ha rappresentato una certezza e non v’è ragione per mettere in discussione tale dato – a parte il fatto che tale limite è stato innalzato a 5.000 euro – inoltre non v’è ragione di pensare che al di fuori di questo strumento, cioè le piattaforme elettroniche di negoziazione di cui le singole amministrazioni si sono dotate, la regola dovrebbe essere diversa.

In merito all’innalzamento del limite di ricorso al MePA, per chiudere con l’analisi di questo strumento, appare utile chiarire che nell’analisi della questione qui affrontata quest’ultimo, ha una portata limitata rispetto al limite dettato dal comma 450 della Legge 27 dicembre 2006, n.296 la quale prevede che *«Le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione [...]Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici[...]».*

L’attuale norma, che ha innalzato il precedente limite da 1.000 euro a 5.000 euro, stabilisce che per gli acquisti al di sotto dei 5.000 euro la Stazione Appaltante o il RUP possono procedere autonomamente anche senza fare ricorso al MePA. Viene data loro, cioè, la facoltà di derogare all’obbligo che invece permane al di sopra del limite di 5.000 euro.

10. - Il comunicato dell’ANAC del 30 ottobre 2018.

Da ultimo è necessario analizzare il documento del presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione Raffaele Cantone il quale ha pubblicato il seguente comunicato a seguito di diverse richieste di chiarimenti proprio sull’obbligo di utilizzo della piattaforma MePA in riferimento al limite di 1.000 euro (lo si ricorda ora 5.000 euro).

Questo il testo del comunicato:

«Sono giunte richieste di chiarimento in merito all’applicabilità dell’art.40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro.

In particolare, è stato chiesto se, in relazione alla disposizione recata dall’art. 40, co. 2 del Codice, sia consentito, per gli affidamenti infra 1.000 euro, procedere senza utilizzare mezzi telematici, in attuazione di quanto previsto dall’art. 1, co. 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

L’Autorità ritiene che, per gli acquisti infra 1.000 euro, permanga la possibilità di procedere

senza l'acquisizione di comunicazioni telematiche, in forza della disposizione normativa da ultimo citata, non abrogata a seguito dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici»

Al di là dell'applicabilità della deroga, perché di questo si tratta, introdotta dal Presidente Cantone in merito ad una norma primaria, un Decreto Legislativo (art. 40, comma 2 il quale stabilisce che «A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici» ed anche dell'art. 52, comma 1 che precisa «Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione ») in applicazione ad una Direttiva dell'Unione Europea pare evidente che – a parte l'inciso «L'Autorità ritiene che» il comunicato dia la possibilità di derogare alla previsione normativa relativa all'uso dei “mezzi elettronici di informazione e comunicazione” e al “sistema telematico” di gestione delle gare d'appalto facendo fare un salto nel passato a tutto il sistema perché, probabilmente da ora, la maggior parte dei soggetti faranno ricorso a questa “scappatoia” per stare “fuori dal sistema”.

In merito all'obbligo dell'uso delle procedure telematiche e del limite posto dalla legge di bilancio di cui si è detto molti operatori del settore sono apparsi disorientati come dimostra il quesito posto da un utente al Servizio Supporto Giuridico del MIT del 15/10/2018 nel quale viene chiesto di fare chiarezza sul punto, inoltrando il seguente quesito «dal 18 ottobre è previsto che le procedure di gara siano tutte telematiche; il mio dubbio è: la procedura telematica deve essere utilizzata per tutto, ossia procedure aperte, negoziate ma anche per affidamenti diretti fuori MEPA?» al quale l'ufficio risponde «la risposta è affermativa, fatto salvo quanto previsto nel Comunicato del Presidente dell'ANAC del 30/10/2018».

Ci si chiede se, con l'innalzamento della soglia a 5.000 euro dell'obbligo degli acquisti sul MePA, gli operatori della PA potranno effettuare liberamente a mezzo di “trattative dirette” senza obblighi per le comunicazioni e del sistema telematico fino a questo limite visto che la modifica da parte del Governo, intervenuta poco dopo il Comunicato dell'ANAC, agisce proprio in riferimento al limite di cui al comunicato.

In applicazione delle norme di cui sopra parrebbe di sì.

Vale tuttavia la pena ricordare che, nonostante la deroga fino a 5.000 euro di cui si appena chiarito la portata, tutte le considerazioni sin qui effettuate in merito all'uso dei “mezzi elettronici di informazione e comunicazione” e al “sistema telematico” di gestione delle gare d'appalto ci portano ad affermare che da 5.000 euro e fino a 40.000 euro, ed oltre ovviamente, l'insieme delle norme devono essere rispettate²².

11. - Conclusioni.

²² Come confermato dalla stessa ANAC, Atto di Segnalazione n. 7 del 19/12/2018, la quale sostiene che «Qualora si acceda alla tesi dell'applicabilità dell'obbligo di scambio telematico anche nei contratti sotto soglia, non sembrerebbero ad oggi sussistere elementi per escludere gli affidamenti diretti dall'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 40, co. 2, ad eccezione, appunto, di quelli di valore inferiore a 1.000 euro»

Il Diritto, tra le altre, ha la prerogativa di dare certezze al Sistema scrivendo le regole base nelle diverse discipline e la giurisprudenza, grazie alla sua continua opera di adattamento alle mutate esigenze del contesto socio/economico, offre risposte ai casi concreti e particolari.

Negli ultimi anni, nella materia degli Appalti Pubblici tutto questo è mancato per via delle continue modifiche apportate alla norma e soprattutto dal fatto che, oltre ai problemi legati ad una norma primaria lacunosa e non organica, il legislatore ha assegnato all'ANAC e al MIT il compito di "completare" l'assetto normativo attraverso la produzione di norme da fonti secondarie e terziarie²³.

L'analisi condotta nel presente lavoro dimostra che il personale della Pubblica Amministrazione deve, negli Appalti Pubblici di qualsiasi importo²⁴, utilizzare sia i «mezzi elettronici di informazione e comunicazione» che i «sistemi telematici» offerti dai soggetti gestori delle piattaforme elettroniche di negoziazione. Questi ultimi, lo si ricorda, non devono necessariamente essere prodotti e gestiti da soggetti privati²⁵ ma potrebbero essere anche pubblici; di proprietà delle Regioni, per esempio, le quali avrebbero dovuto supportare, con risorse proprie e dello Stato, i comuni in questa delicata fase di transizione verso la digitalizzazione della PA. Purtroppo così non è stato ed anche in questo ambito si è scelto di "scaricare i costi" sulla più piccola unità dello Stato; i comuni.

Il legislatore nazionale dimentica che le trasformazioni in essere richiedono risorse economiche di cui i comuni non dispongono inoltre tali processi richiederebbero personale giovane²⁶, con competenze informatiche e manageriali, assenti nelle piante organiche di questi enti.

Per chiudere, è auspicabile che il Governo accolga l'invito inoltratogli dal Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone nel quale si invita «Anche al fine di favorire la piena attuazione della disciplina comunitaria di cui agli artt. 22 e 90 della Direttiva, l'Autorità segnala inoltre l'opportunità di una modifica normativa tesa a stabilire più chiaramente l'applicabilità degli art. 40, co. 2, del Codice alle procedure sotto soglia, valutando, al contempo, la possibilità di prevedere un regime differenziato per tali procedure come anche per altre situazioni. Fra queste, potrebbero ricomprendersi gli affidamenti diretti ovvero particolari procedure a invito, ad esempio quelle motivate da ragioni di urgenza, per le quali l'utilizzo di comunicazioni elettroniche potrebbe non consentire il rispetto dei canoni di efficienza ed efficacia nell'assegnazione delle commesse»

²³ È solo grazie all'attenta e continua opera del Consiglio di Stato che si è riusciti a fare ordine in merito all'individuazione dei documenti da ritenere vincolanti e quali non vincolanti in merito soprattutto alle Linee Guida dell'ANAC.

²⁴ Tenuto conto, ovviamente, di quanto detto in merito al limite di 1.000 euro (ora 5.000 euro).

²⁵ Sul mercato sono presenti sia soggetti privati che ASMEL. Quest'ultimo nasce come S.R.L. e nel tempo si è trasformato in un consorzio con circa 2100 comuni aderenti il quale è in grado di offrire agli associati un gran numero di servizi a prezzi ridotti.

²⁶ A tal proposito «L'età media dei lavoratori della pubblica amministrazione supera per la prima volta nel 2016 i 50 anni di età fissandosi a 50,34 anni. Nel 2015 l'età media era di 49,88 anni. Lo si legge nelle tabelle del Conto annuale appena pubblicate dalla Ragioneria dello Stato dalle quali emerge che nel 2006, dieci anni prima, l'età media dei travet era di 46,74 anni, quasi quattro in meno. L'età media nel 2016 era alta soprattutto nei ministeri (54,46 anni) e nella carriera prefettizia (54,54). L'età media più bassa è nelle Forze armate con 38,10 anni di media» Il Sole24 ore del 31 gennaio 2018

I PRIVATI NELLA GESTIONE DELLE EMERGENZE AMBIENTALI: I PATTI DI COLLABORAZIONE

Agostino Sola

Abstract: *This article aims to analyze the institution of collaborations agreements: those agreements between Administration and citizens with whom the latter put in place interventions of regeneration or management of urban and territorial common assets and generally in all those emergency situations in which the only public intervention was not able to satisfy the common interest. The main principle that involve the collaborations agreements is the horizontal subsidiarity, a new paradigm for the relationship between citizens and State in which both collaborate to reach the best common interest.*

INDICE: **1.** Il nuovo paradigma dell'amministrazione: la sussidiarietà orizzontale – **2.** I patti di collaborazione – **3.** I patti di collaborazione a tutela dell'ambiente. Alcune esperienze pratiche. - **4.** Conclusioni

1. Il nuovo paradigma dell'amministrazione: la sussidiarietà orizzontale.

La complessità dell'attuale periodo storico²⁷ sta aumentando la sensibilità verso il tema della partecipazione dei cittadini nella gestione della *res publica*, sia attraverso un maggior coinvolgimento nei processi decisionali - l'esempio è quello del *débat public*, sia attraverso la possibilità di attivare percorsi di cittadinanza attiva.

²⁷ Ne sono un chiaro segnale la crisi della rappresentanza politica, il tasso elevato di assenteismo alle elezioni, l'aumento dell'estremismo e la diffidenza e il discredito nei confronti della cosa pubblica e delle istituzioni, nazionali e sovranazionali.

Attraverso la partecipazione dei privati nella gestione degli interessi pubblici si vengono a realizzare forme di democrazia partecipativa ed amministrazione condivisa, concetti simili ma non uguali: con la prima, i cittadini partecipano alle scelte politiche; con la seconda, i cittadini si incontrano con l'amministrazione per realizzare insieme il fine pubblico più idoneo a soddisfare le esigenze locali, non solo decisione ma anche attuazione condivisa delle scelte.

Il modello di amministrazione condivisa è complementare alle forme di democrazia partecipata: con questo paradigma si supera definitivamente il tradizionale sistema amministrativo ottocentesco, fondato sulla contrapposizione tra Stato e cittadino, in favore di un metodo di realizzazione dell'interesse generale di tipo collaborativo²⁸ in cui il cittadino è protagonista²⁹.

L'amministrazione condivisa rappresenta la concreta declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale cristallizzato dall'art. 118 Cost., mediante il quale si prevede che Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato *agevolino e favoriscano* l'iniziativa dei cittadini, singoli o associati, nel perseguimento di attività di interesse generale, *id est* l'interesse dalla comunità di riferimento.

Attraverso il principio di sussidiarietà orizzontale, l'interesse da pubblico, proprio dello Stato-apparato diventa generale, proprio dello Stato-comunità, alla cui individuazione partecipa e collabora la stessa realtà locale di riferimento.

Le applicazioni concrete del principio di sussidiarietà orizzontale svolgono anche una funzione di emancipazione giuridica di esperienze che altrimenti non rivestirebbero rilievo sociale o che, al più, sarebbero confinate nell'autonomia privata. Questo fenomeno prende il nome di autoproduzione sociale di attività di interesse generale, ed è il fenomeno per cui iniziative radicate nelle realtà comunali a livello di quartiere, che nascono come pratiche informali, maturano nel tempo come esempi emblematici di amministrazione condivisa³⁰ e trovano formale riconoscimento, sostegno e promozione da parte dell'amministrazione locale. Le attività di cura dei beni comuni, ad esempio, inizialmente compiute in maniera spontanea ed autonoma dai cittadini sono state in larga parte disciplinate dai Regolamenti comunali, nella definizione dei ruoli e responsabilità dei cittadini e delle amministrazioni.

Tramite queste nuove spinte partecipative³¹ i privati non sono più destinatari dell'attività amministrativa, passivi e portatori di bisogni da soddisfare, ma ne diventano corresponsabili, portatori di risorse e spinte innovative per la realizzazione degli interessi generali.

Non si può prescindere l'analisi del principio di sussidiarietà orizzontale dalla stretta correlazione con i principi contenuti negli artt. 2 e 3 della Costituzione³². Tramite la promozione ed agevolazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini vengono tutelate le formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo e, ponendo in essere attività di natura solidaristica, si rimuovono anche quegli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana. In questo modo viene valorizzato anche un utilizzo sociale della libertà dei singoli, i quali, collaborando al perseguimento dell'interesse generale della collettività, adempiono indirettamente ai doveri inderogabili di

²⁸ G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, p. 29.

²⁹ Secondo il paradigma del nuovo cittadino teorizzato già da Feliciano Benvenuti in F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, p. 23.

³⁰ L'idea viene ripresa da F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dalla sussidiarietà*, in *Diritto e società*, 2/2016, p. 315.

³¹ Si definisce la sussidiarietà orizzontale come luogo di spinte partecipative in G. COTTURRI, *Novità e portata progressiva della sussidiarietà orizzontale nella Costituzione italiana*, in <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/COTT/COTTURRI-Suss-Orizz-Cespe.pdf>, p. 3.

³² M. V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, 2017, 3, pp. 6-7.

solidarietà, di cui all'art. 2 Cost.. Ed in tal senso vi è anche chi riconosce nella sussidiarietà orizzontale una nuova chiave di lettura dell'art. 1 della Costituzione: una riappropriazione della sovranità appartenente al popolo, tramite lo sviluppo di un modello sociale in cui tutti i cittadini concorrono alla definizione dell'interesse generale per promuovere il pieno sviluppo delle capacità individuali.³³

Nel modello condiviso di governo sostenibile dei territori, la partecipazione dei privati si presenta quale snodo imprescindibile delle dinamiche democratiche, il cui terreno d'elezione si ritrova negli enti locali, specialmente i Comuni: la partecipazione democratica diventa uno strumento di "buon governo" per rispondere in maniera ottimale alle esigenze locali e per mobilitare le energie sociali. La domanda, retorica e polemica, è se si può «*pensare di staccare il comune, la sua organizzazione, il modo di svolgere le sue funzioni dalla sussistenza e operatività reale della sua comunità di riferimento*»³⁴. La risposta, ovviamente negativa, trova la sua ragion d'essere nella necessità di costruire elementi di raccordo tra le amministrazioni e le loro comunità, forte della stretta identificazione che si ha tra il Comune e la comunità di riferimento, ove non vi sono, in astratto, interessi contrapposti o mediati, come per gli enti territoriali superiori. Il Comune, dunque, si identifica ed opera per mezzo della propria comunità di riferimento: è l'ente più rappresentativo ed è il luogo ove si sono sempre concretizzati i primi esempi di partecipazione locale³⁵.

Le forme di amministrazione condivisa costituiscono un metodo per rendere efficace e duratura l'azione amministrativa rendendola indipendente dai cambiamenti delle maggioranze consiliari³⁶.

Sulla base di queste spinte, ma anche dell'influsso europeo³⁷, ci si trova innanzi ad un nuovo modello di *governance* urbana che deve tener conto delle nuove esigenze della democrazia e che aspiri alla formazione di cittadini responsabili, attivi e informati per la creazione di una città sostenibile.

Per rispondere al mutamento in atto, si assiste alla diffusione di un nuovo strumento di governo: Regolamenti con i quali i Comuni disciplinano la collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e gestione dei beni comuni, *id est* la base giuridica in cui trovano fondamento i patti di collaborazione, frutto del confronto e dialogo tra enti locali e cittadini. L'ambito in cui i cittadini possono attivarsi ed essere sostenuti dal Comune copre una serie indeterminata di azioni aggiuntive, integrative od ulteriori rispetto ai compiti che l'ente locale è tenuto a svolgere.

³³ G. ARENA, *Amministrazione e società: il nuovo cittadino*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 2017, pp. 44-45.

³⁴ U. ALLEGRETTI, *Modelli di partecipazione e governance territoriale. Prospettive per i processi partecipativi nei comuni dopo le circoscrizioni*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2/2011, p. 207.

³⁵ Il richiamo è alle prime forme di partecipazione locale: le consulte popolari cittadine del 1946, istituite dal Sindaco Dozza ovvero le consulte di quartiere, introdotte da Dossetti fino alla più recente introduzione delle circoscrizioni (l. n. 278/1976). Interessante anche un dato fornito da Labsus nel rapporto 2017 (http://www.labsus.org/wp-content/uploads/2018/01/Rapporto_Labsus_2017.pdf) che ci mostra come la necessità di regolare i rapporti cittadini-amministrazione sia più forte nei Comuni di maggiori dimensioni (oltre i 20.000 abitanti) dove si concentra il 64% dei patti; non si rilevano patti in Comuni al di sotto dei 2.000 abitanti: si è portati a ritenere che, al di sotto di una certa ampiezza del Comune, i patti potrebbero essere considerati superflui a fronte di una maggiore facilità di individuare interventi condivisi grazie alle ridotte dimensioni dell'ente.

³⁶ Uno dei principali ostacoli all'efficacia dell'esercizio delle funzioni amministrative si individua nei continui mutamenti della compagine politica, sin dal livello ministeriale, impedendo di fatto l'attuazione di interventi strutturali profondi e duraturi; è evidente come strumenti e forme di amministrazione condivisa possono superare la frammentarietà politica sottesa all'azione amministrativa.

³⁷ «*Le città europee hanno la responsabilità di costruire un modello di governance urbana che prenda in considerazione le nuove esigenze della democrazia, in particolare nella sua dimensione partecipativa. Rappresentano un potenziale per la necessaria rivitalizzazione democratica delle nostre società*» così la Carta urbana europea II, *Il manifesto per una nuova urbanità*, punto 13, 2008.

2. I patti di collaborazione.

SOMMARIO: 2.a) Introduzione – **2.b)** La natura giuridica dei patti di collaborazione – **2.c)** La formazione dei patti di collaborazione – **2.d)** I beni ad oggetto del patto – **2.e)** La rigenerazione come nuova funzione amministrativa

a) Introduzione

Lo strumento mediante il quale sta trovando grande applicazione il principio di sussidiarietà orizzontale è il patto di collaborazione, adottato dai Comuni per il perseguimento delle finalità di promozione dell'autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale, unico atto in cui amministratori e cittadini ricoprono una posizione paritaria.

Pur trovando fondamento direttamente nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4 della Costituzione e potendo, dunque, operare senza intermediazione normativa, il patto di collaborazione è sempre preceduto da un Regolamento comunale che ne delimita il campo d'applicazione e le modalità di conclusione. È un atto presupposto ma non essenziale³⁸ che trova la propria giustificazione nella necessità di definire a priori interventi e modalità della collaborazione, evitando, in questo modo, possibili sconfinamenti e prevenendo possibili conflittualità negative: i patti, infatti, sono suscettibili di interferire con tutti i settori della vita sociale e, quindi, almeno potenzialmente, potrebbero intersecarsi con tante altre norme, anche primarie, dettate per le diverse materie. Lo strumento regolamentare, infatti, è costruito per fornire una disciplina giuridica di base ad ipotesi di collaborazione molto diverse tra loro.

Il primo caso di regolamento comunale per l'adozione di patti di collaborazione si incontra nel Regolamento di Bologna, presentato nel febbraio 2014, dal quale hanno poi preso ispirazione i successivi. Attualmente i Comuni dotati di Regolamento per l'amministrazione condivisa sono 189 ed i Comuni che hanno avviato la procedura per approvare il Regolamento sono 56; la rilevanza del fenomeno la si riscontra comparando il dato che si aveva nel 2016: i Comuni che si erano dotati di

³⁸ Nella sua introduzione al Rapporto Labsus 2015, il Prof. G. Arena riconosce che «dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico potrebbe sembrare azzardata la scelta, in assenza di leggi in materia, di dare attuazione con un regolamento comunale ad un principio costituzionale», p. 7, in http://www.labsus.org/wp-content/themes/Labsus/media/Rapporto_Labsus_2015_Ammministrazione_condivisa_dei_beni_comuni.pdf.

Ma anche G. ARENA, *Cosa sono e come funzionano i patti per la cura dei beni comuni. Prosegue la riflessione sul diritto dell'amministrazione condivisa*, in <http://www.labsus.org/2016/02/cosa-sono-e-come-funzionano-i-patti-per-la-cura-dei-beni-comuni/>.

F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio, La rigenerazione di beni e spazi urbani – contributo al diritto delle città*, a cura di F. DI LASCIO e F. GIGLIONI, Il mulino, Bologna, 2017, p. 216- 217: «I regolamenti citati costituiscono così una chiara espressione di predisposizione di strumenti finalizzati al raggiungimento di politiche di collaborazione per la rigenerazione di spazi e beni urbani, attraverso cui, in parte, si realizzano i doveri di solidarietà e, in parte, il principio di eguaglianza, come espressi dagli articoli 2 e 3 della Costituzione. In questi termini il principio di legalità si considera ugualmente rispettato pur attraverso un collegamento diretto che l'amministrazione locale pone con la Costituzione, senza il filtro della legge formale».

Anche M. V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, 2017, 3, p. 8.

Regolamenti erano 86, e 78 quelli in fase di approvazione.³⁹ Ben maggiori i numeri dei patti di collaborazione poi stipulati: nel rapporto Labsus 2017 se ne sono rinvenuti 390, attivi e diffusi su tutto il territorio nazionale, ma in realtà i numeri sono molto maggiori.

Nel patto di collaborazione si stabiliscono di volta in volta gli obiettivi della collaborazione, contribuendo così ad avere un sistema che, pur mantenendo una struttura fondamentale unitaria⁴⁰, si differenzia per i contenuti: soggetto proponente⁴¹, diverso utilizzo degli elementi spazio-temporali⁴², modalità di azione, cause di sospensione o interruzione del rapporto, regole per la fruizione del bene, riparto di responsabilità ed eventuali agevolazioni. L'elemento più caratteristico di questa differenziazione, però, si riscontra nei diversi interventi che si intendono realizzare: le attività di interesse generale ad oggetto del patto di collaborazione sono, infatti, molto vaste. Le aree di intervento prevalenti sono l'ambiente e il verde urbano (38%), seguite dall'arredo urbano (25%) e prevedono al loro interno la manutenzione di aree verdi, aiuole, parchi e giardini così come una serie di interventi finalizzati alla cura dell'arredo urbano (panchine, piazze, spazi pubblici). La previsione di questi interventi sul verde urbano è spesso finalizzata anche al perseguimento di diversi interessi ed obiettivi: dall'inclusione sociale (casi in cui la cura del verde è affidata a disabili o anziani) alla cura dei beni culturali (una villa all'interno di un parco).

Non essendo possibile individuare una sola ed unica finalità nei patti di collaborazione, emerge la loro duttilità e versatilità nel contenuto potenziale che li rende strumenti preordinati alla risoluzione concreta di problemi, tanto minuti e circoscritti (tramite piccoli interventi di cura occasionali, che si possono esaurire in una sola prestazione o fornitura episodica), quanto questioni di grande rilevanza e ampiezza.⁴³

Pur nella originalità ed unicità di ciascun patto, si individua un criterio di classificazione in tre categorie, in base agli interventi proposti: interventi di cura, gestione condivisa e interventi di rigenerazione.⁴⁴ Spesso, però, sono gli stessi Regolamenti a definire a quale tipo di intervento potrà

³⁹ I dati citati sono stati ricavati dal sito <http://www.labsus.org/i-regolamenti-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/> (consultato in data 12 febbraio 2019); Labsus è un'associazione senza scopo di lucro che svolge attività di ricerca e promozione del principio di sussidiarietà; ha collaborato alla redazione del Regolamento di Bologna nel 2014.

⁴⁰ Medesimi principi ispiratori, articolazione in proposta e accordo, incontro della volontà del Comune e della cittadinanza attiva ed il fondamento normativo nel Regolamento comunale di riferimento.

⁴¹ Che può essere l'amministrazione stesso ovvero l'iniziativa dei privati, più o meno indirizzata dal Comune.

⁴² L'indagine compiuta nel *rapporto Labsus 2017* cit. dimostra che più della metà dei patti di collaborazione ha una durata non superiore ad un anno (56% dei patti se si sommano gli interventi occasionali, quelli di durata inferiore a un anno e quelli di durata annuale).

⁴³ Un'associazione che propone di prendersi cura della cinta muraria della propria città, con il consenso della soprintendenza dei beni architettonici in quanto bene sottoposto a vincolo; associazioni rappresentative di famiglie con persone disabili che si impegnano sul tema del miglioramento dell'accessibilità urbana per garantire la fruizione della città ad ogni tipo di utenza; le azioni di rigenerazioni di un parco che possono servire a promuovere la cultura della reciprocità tra nuovi e vecchi abitanti di un quartiere; ipotizzare l'uso di uno spazio abbandonato per la semplice ragione che possa ospitare un'attività nuova socialmente utile.

⁴⁴ La distinzione, operata dal Regolamento di Bologna del 2014, sulla base del contenuto del Regolamento di Bologna del 2014, viene riportata da D. CIAFFI e P. BONASORA, *Patti in Italia: Riflessioni in termini qualitativi e primi numeri*, Rapporto Labsus 2016, p. 25, in http://www.labsus.org/wp-content/uploads/2016/01/rapportolabsus16_05.pdf. Gli **interventi di cura** sono «*volti alla protezione, conservazione e manutenzione dei beni comuni urbani per garantirne fruibilità e qualità*», raccolgono quei patti attraverso cui vengono restituiti alla comunità spazi non curati: rappresentano spesso il primo, decisivo, passo per essere cittadini attivi. Nella **gestione condivisa** l'elemento determinante è la capacità di inclusione di altri cittadini e organizzazioni. Diviene più evidente il rapporto di co-progettazione con l'amministrazione comunale per il raggiungimento di obiettivi indicati in maniera esplicita attraverso determinate azioni inclusive. Gli **interventi di rigenerazione**, invece, «*incidono sul miglioramento della qualità della vita nella città*» attraverso patti di collaborazione su beni materiali e immateriali, innescando processi sociali di natura anche economica.

essere rivolto il patto, descrivendone finalità, metodologie, modalità di pubblicità e proponendone suddivisioni in tipologie a seconda dell'entità dell'azione di cura, di eventuali gestioni diversificate e della specificità in ordine alle responsabilità e alle tutele assicurative.⁴⁵

Nella prassi applicativa, tuttavia, si riconoscono due ulteriori categorie di patti di collaborazione, distinte in relazione al grado di complessità degli interventi concordati: il patto di collaborazione ordinario, o semplice, e il patto di collaborazione complesso. Maggiore sarà la complessità degli interventi necessari, maggiormente complessa sarà anche la struttura dei patti di collaborazione.

Il patto di collaborazione ordinario, o semplice, ha ad oggetto interventi di cura di modesta entità, anche ripetuti nel tempo sui medesimi spazi e beni – quali la pulizia, l'imbiancatura, la piccola manutenzione ordinaria, le attività culturali e formative. Il patto di collaborazione complesso, invece, ha ad oggetto interventi di cura o rigenerazione su spazi e beni comuni, aventi un significativo valore storico, culturale o economico, che implicano la messa a punto di attività complesse e/o innovative, tese, più specificamente, al loro recupero, trasformazione e/o gestione continuata nel tempo. Alla minore o maggiore complessità del patto corrisponderà anche un iter procedimentale più o meno semplificato.⁴⁶

b) La natura giuridica dei patti di collaborazione.

La complessità dei patti di collaborazione non risiede tanto nel loro contenuto quanto nella difficile definizione della loro natura giuridica: se in alcuni Regolamenti (Bologna, art. 1, comma 3 del Regolamento) si prevede che «*la collaborazione tra cittadini e amministrazione si estrinseca nell'adozione di atti amministrativi di natura non autoritativa*», in altri (Caserta, art. 1, comma 3 del Regolamento del 2016) si prevede che «*la collaborazione tra cittadini e amministrazione si estrinseca nell'adozione di atti di diritto comune e ove occorra di atti amministrativi*», in altri ancora (Lucca, 2017) non si indaga la natura giuridica dell'atto.

Pur frequente nella maggioranza dei Regolamenti, la tesi per la quale i patti di collaborazione sono definiti atti amministrativi di natura non autoritativa, richiamando così l'art. 1, comma 1bis, l. n. 241/1990 che per l'adozione di tali atti prevede l'applicazione delle norme di diritto privato, presenta

⁴⁵ L'art. 5 del Regolamento di Bologna descrive i patti di collaborazione quale «*strumento con cui Comune e cittadini attivi concordano tutto ciò che è necessario ai fini della realizzazione degli interventi di cura e rigenerazione dei beni comuni*», specificando poi che il contenuto del singolo patto è variabile e va redatto avuto riguardo alle effettive necessità di regolazione che la collaborazione richiede. Evitando una rigida configurazione tassativa del contenuto si garantiscono quelle duttilità e versatilità proprie del patto.

⁴⁶ Ad esempio, si potrebbe rendere necessaria l'acquisizione ordinaria di nulla osta e atti di assenso delle soprintendenze competenti laddove ad oggetto del patto vi siano beni vincolati; la giunta comunale potrebbe essere coinvolta a valutare la sussistenza dell'interesse generale, sottesa alla realizzazione del patto di collaborazione complesso. Il Regolamento di Brescia prevede che nei casi di collaborazione relativa ad attività minimali, il patto di collaborazione può essere sostituito da scambio di corrispondenza sottoscritta da entrambe le parti, qualora sia ritenuta modalità sufficiente da parte del Comune. (Art. 5, Regolamento Brescia).

dei profili critici che non consentono di aderirvi.⁴⁷ Basti pensare che con questa impostazione si preclude la facoltà di recesso dell'amministrazione per sopravvenuti motivi di interesse generale.

In realtà, dunque, è necessario il riconoscimento di poteri di natura pubblicistica in capo al Comune che consentano una costante ponderazione degli interessi pubblici, anche laddove ne sorgano di nuovi, proprio in ragione dell'oggetto dei patti. Anche l'attribuzione di una destinazione funzionale alla soddisfazione dell'interesse generale ai beni oggetto del patto di collaborazione, che non sono nella disponibilità delle parti, avviene in ragione dell'esistenza di interessi pubblici da tutelare nei confronti della comunità di riferimento. Lo stesso riconoscimento ed individuazione dei beni oggetto del patto di collaborazione è frutto di un giudizio discrezionale dell'amministrazione e, come tale, sottoposto alle regole di diritto pubblico.

È più corretto definire, dunque, anche in virtù della loro variabilità contenutistica e della rilevanza degli interessi pubblici sottesi, i patti di collaborazione come accordi atipici espressivi del principio generale di consensualità degli interessi generali⁴⁸.

L'attribuzione di una nuova utilità e la riattivazione dei beni pubblici degradati sono considerabili espressione di un potere discrezionale dell'amministrazione ed in quanto tale, sia perché inserito anche in un modello procedimentale, non appare estraneo al modello degli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. n. 241/1990⁴⁹.

L'atipicità deriva dalla mancata tipizzazione per legge e dall'applicazione di principi originali ed ulteriori, stabiliti nel Regolamento, quali informalità, fiducia reciproca, inclusività, sostenibilità ed autonomia civica, ad esempio.

Tuttavia, i patti di collaborazione non possono essere sussunti *sic et simpliciter* nell'istituto degli accordi amministrativi di cui all'art. 11, l. n. 241/1990, poiché una volta avviato il procedimento non si potrà mai concludere con un provvedimento amministrativo, neppure nel caso in cui non si raggiunga l'accordo. Si ha, dunque, un elemento di distinzione dalla categoria degli accordi in ragione dell'unico esito possibile del procedimento instaurato: si raggiunge un accordo o meno.

⁴⁷ G. ARENA, *Cosa sono e come funzionano i patti per la cura dei beni comuni* in <http://www.labsus.org/2016/02/cosa-sono-e-come-funzionano-i-patti-per-la-cura-dei-beni-comuni/>; F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, MUNUS, 2/2016, pp. 271-313.

⁴⁸ Sul principio generale di consensualità degli interessi generali: M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna: Bononia University Press, 2015, pp. 3-17 e S.A. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e giurisprudenza più recenti*, in *Dir. Amm.* 3/2008, pp. 691-716.

⁴⁹ In questo senso si veda: Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5501, secondo cui la legge 7 agosto 1990, n. 241 disciplina nell'art. 11 gli accordi tra privati e pubblica amministrazione. Sotto la comune dizione di accordi sono richiamati (e succintamente disciplinati) sia moduli più propriamente procedimentali - cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio della potestà, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale - veri e propri contratti ad oggetto pubblico in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà (*idem*, sentenza Cons. Stato n. 5492/2015); Tar Pescara, 12 marzo 2015, n. 107, secondo cui non è vero in senso assoluto che la pubblica amministrazione non può concludere accordi con la parte privata per esercitare il potere in modo consensuale, anzi tale modalità appare quella preferita dal legislatore ai sensi del combinato disposto degli artt. 1, comma 1-*bis* e 11 della legge n. 241 del 1990; in precedenza, già il Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza n. 2636 del 15 maggio 2002 aveva evidenziato come nel testo dell'art. 11 provvedimento e contratto siano posti sullo stesso piano quali esiti del procedimento partecipato e come l'atto autoritativo non sia più il solo strumento della cura di interessi pubblici - in quanto essenziale è il fine pubblico, mentre gli strumenti attraverso cui perseguirlo sono fungibili (per cui il fine pubblico può essere perseguito anche attraverso il modulo convenzionale o pattizio dell'agire amministrativo). Le sentenze citate sono richiamate da G. CALDERONI *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica* in *Aedon - rivista di arti e diritto online*, 2/2016, <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2016/2/calderoni.htm>, p.3.

Occorre allora definire il riferimento alla categoria degli accordi amministrativi ed il costante richiamo all'art. 11 della legge n. 241/1990.⁵⁰

Nel caso dei patti di collaborazione, l'art. 11 non si applica *letteralmente* ma diventa un principio di riferimento avente carattere generale, un modello utile per la formazione di accordi tra autorità pubbliche e cittadini che pone limiti e garanzie entro cui il negozio deve essere realizzato per il perseguimento fini di interesse generale. L'art. 11 si intende quale norma quadro per ricondurvi ipotesi concrete che dovrebbero restarne estranee, quali, appunto, i patti di collaborazione dove il possibile esito dell'accordo matura non già nel procedimento, bensì prima, in questo senso la disciplina normativa degli accordi amministrativi diventa una *formula riassuntiva di regole generali*⁵¹.

Solitamente, il modello degli accordi si riferisce all'esercizio di un potere in relazione ad interessi conflittuali, derivanti dall'incontro di due autonomie, sancito in un atto negoziale che può sostituire ovvero integrare il provvedimento amministrativo. Le amministrazioni hanno il compito di rappresentare le proprie comunità di riferimento e curarne gli interessi, per il perseguimento dei quali sono dotate di una capacità generale di esercitare un'autonomia negoziale, che si sostanzia nell'individuazione del mezzo più adatto allo scopo. La facoltà di ricorrere a forme negoziali per lo svolgimento delle funzioni attribuite agli enti locali è sancita a livello costituzionale dall'art. 117, comma 6, Cost. e poi a livello legislativo dall'art. 3, comma 5 del d.lgs. n. 267/2000 che legittima ulteriormente le nuove forme di amministrazione condivisa, ammettendo l'autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali per lo svolgimento delle funzioni attribuite agli enti.

c) La formazione dei patti di collaborazione.

Pur caratterizzato da un elevato grado di informalità, a monte dell'accordo vi è sempre un procedimento. L'*iter* procedimentale di adozione dei patti di collaborazione corrisponde ai canoni tradizionali, basato su un modello trifasico, suddiviso in iniziativa, istruttoria e, da ultimo, la decisione trasposta nel patto. Al termine del procedimento vi sarà necessariamente un accordo e mai un provvedimento amministrativo.

La proposta di collaborazione può essere formulata dai cittadini, nel rispetto degli ambiti previsti dal Regolamento, ovvero può essere formulata in risposta ad una sollecitazione dell'amministrazione mediante avviso pubblico ovvero rientrare nei moduli di disciplina di particolari interventi stabiliti dal Comune, per i quali l'amministrazione presta il proprio consenso *ex ante* ed ai quali il cittadino aderisce senza necessità di ulteriori formalità⁵².

⁵⁰ F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, MUNUS, 2/2016, p. 299.

⁵¹ N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, 2011, p. 564; M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2018, 5, pp. 564; F. GIGLIONI, *op.ult.cit.*.

⁵² Il Regolamento di Bologna del 2014, all'art. 29 disciplina le cd. **ipotesi tipiche**: «I dirigenti, nel rispetto degli ambiti di intervento e dei principi stabiliti dal presente regolamento, definiscono e portano a conoscenza dei cittadini le ipotesi di collaborazione tipiche, da individuarsi in ragione della loro presumibile maggior frequenza, della possibilità di predefinire con precisione presupposti, condizioni ed iter istruttorio per la loro attivazione o della necessità di prevedere strumenti facilmente attivabili nelle situazioni di emergenza».

Formulata la proposta, si procede all'istruttoria tramite adeguate forme di pubblicità, al fine di acquisire, da parte di tutti i soggetti interessati, osservazioni utili alla valutazione degli interessi coinvolti o a far emergere gli eventuali effetti pregiudizievoli della proposta stessa, oppure ulteriori contributi o apporti. La proposta di collaborazione viene sottoposta alla valutazione tecnica degli uffici comunali e dei gestori dei servizi pubblici eventualmente coinvolti. Qualora la proposta di collaborazione determini modifiche sostanziali allo stato dei luoghi o alla destinazione d'uso degli spazi pubblici viene sottoposta al vaglio preliminare della Giunta.

La rilevanza dell'istruttoria qui rileva anche ai fini del rispetto dei principi ordinamentali comunque vigenti: in particolare, l'amministrazione, pur nello sviluppo del principio di sussidiarietà orizzontale, deve comunque garantire il rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza e laicità, evitando di attribuire arbitrariamente vantaggi ad alcune organizzazioni sociali piuttosto che altre.⁵³

Terminata l'istruttoria, si può sottoscrivere, rigettare ovvero ridefinire il patto di collaborazione: con la conclusione del procedimento amministrativo si viene a definire la posizione dell'amministrazione nei confronti del privato.

I soggetti promotori sono principalmente cittadini singoli, stranieri organizzati, (mere) associazioni, associazioni di volontariato, *onlus* di vario genere, associazioni di promozione sociale (laiche o di ispirazione religiosa), cooperative sociali, gruppi informali di cittadini, scuole, enti pubblici, fondazioni. La presenza tra i soggetti promotori di imprenditori⁵⁴, singoli o informalmente raggruppati, non viene esclusa purché, però, non vi sia alcun ricavo economico, diretto o indiretto⁵⁵. Con questo non si vuole arrivare alla conclusione che i patti di collaborazione non abbiano o non debbano avere alcun impatto sullo sviluppo anche economico di una collettività. È noto, infatti, che, quando un'area o un bene vengono riqualificati e curati, a beneficiare di questa trasformazione non sono solo coloro che si sono impegnati attivamente ma tutta la collettività interessata dai beni coinvolti, sotto il profilo della vivibilità, dei legami sociali che si sviluppano e della qualità in genere della vita.

La fase istruttoria di negoziazione degli interventi è un elemento imprescindibile della formazione del patto di collaborazione poiché il potere di intervento attiene sempre all'esercizio di una funzione amministrativa, che qui è condivisa e non può essere attribuita informalmente ai cittadini.

Da ultimo, il patto di collaborazione, per espressa definizione regolamentare, dovrebbe essere un atto amministrativo di natura non autoritativa con una tendenziale parità formale delle parti nel corso del procedimento: la prassi, però, riporta alcuni esempi di regolamenti comunali che inseriscono elementi autoritativi nel corso del procedimento, rendendo così meno netta la parità delle parti⁵⁶. È la

⁵³ Sviluppa questo concetto F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dalla sussidiarietà*, in *Diritto e società*, 2/2016, p. 315.

⁵⁴ Nel 9% dei patti stipulati il soggetto proponente ha natura imprenditoriale, *Rapporto Labsus 2017* cit.

⁵⁵ «I soggetti di natura imprenditoriale sono considerati cittadini attivi ai fini del presente regolamento solo a condizione che non ricavano vantaggi economici diretti o indiretti dalla cura, gestione condivisa o rigenerazione dei beni comuni urbani, neppure nella forma della sponsorizzazione, e che pongano in essere le predette attività unicamente con scopi di liberalità o volontariato» (Reg. Brescia 2016, art. 2).

⁵⁶ Il Regolamento di Siena prevede che la collaborazione si sviluppi tramite l'adozione di *atti amministrativi* (art. 1), non solo tramite moduli consensuali ma anche atti autoritativi; il Regolamento di Fano prevede la conclusione di accordi da formalizzarsi ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 (art. 2); da ultimo, ancor più particolare il modello adottato dal

testimonianza che il cambiamento è ancora in atto e che i rapporti tra amministrazione e cittadini presentano ancora un forte legame agli strumenti tradizionali.

d) I beni ad oggetto del patto.

L'interesse generale alla cui cura sono preordinati i patti di collaborazione si presenta come un concetto astratto che acquista concretezza solo osservando quali sono le attività effettivamente realizzate: si tratta di attività di cura, gestione e manutenzione dei beni comuni, materiali e immateriali, presenti nel territorio urbano ed extraurbano.

Si parla a tal proposito di rigenerazione del tessuto urbano, con ciò intendendo tutte quelle attività necessarie a garantire la piena fruibilità di uno spazio nel perseguimento dell'interesse generale.

L'interesse generale, di cui sono portatori i patti di collaborazione, emerge ogni qualvolta vi sia una situazione di degrado, disagio ed emergenza ambientale con riferimento ad un determinato bene.

A fronte dell'inerzia del proprietario del bene, sia esso pubblico sia esso privato, e dell'incuria e degrado che ne conseguono, sorgono a carico della comunità di riferimento delle esternalità negative che, tramite la collaborazione tra cittadini e amministrazione, vengono eliminate: il bene riacquista una nuova funzionalità e si garantisce una fruizione collettiva dello stesso nel perseguimento dell'interesse generale. Al centro del patto vi sono tutti quei beni, materiali, immateriali e digitali, - definiti *beni comuni urbani* -, che i cittadini e l'amministrazione riconoscono come funzionali al benessere individuale e collettivo e per la cui cura e rigenerazione collaborano, condividendone la responsabilità, al fine di migliorarne la fruizione collettiva.

L'idea nasce dalla necessità di una cittadinanza attiva, responsabile e solidale che sia attenta alla cura dei beni comuni, latamente intesi, perché è dalla loro qualità che deriva la qualità della vita quotidiana. Si parla a tal proposito di attività di rigenerazione e riqualificazione dei luoghi con la finalità di regolare in modo nuovo lo svolgimento della vita sociale per garantire la piena fruibilità di uno spazio nel perseguimento dell'interesse generale determinato dalla comunità.

I beni comuni sono beni di cui indistintamente si può godere e trarne giovamento ma che, proprio per questo tratto, sono soggetti al rischio di essere logorati, usurati e persino distrutti dall'uso intensivo di tanti soggetti che, non essendone i proprietari, non sono interessati a mantenerli in buono stato, ovvero beni che, non essendo remunerativi, sono lasciati dai proprietari privati in condizioni di degrado e abbandono.

L'individuazione dei beni che possono essere oggetto di rigenerazione è determinata direttamente dall'amministrazione⁵⁷ ovvero congiuntamente da amministrazione e privati⁵⁸ proponenti. La cura dei beni comuni rappresenta per la comunità l'occasione per esprimere liberamente la propensione

Regolamento di Bari che prevede un sistema di natura autorizzatoria nel quale la collaborazione tra cittadini ed amministrazione si estrinseca nell'adozione di atti amministrativi, cui possono far seguito atti di natura non autoritativa (art. 1).

⁵⁷ In questo senso, Regolamento di Bologna (art. 6) per il quale «*Il Comune pubblica periodicamente l'elenco degli spazi, degli edifici o delle infra- strutture digitali che potranno formare oggetto di interventi di cura o di rigenerazione, indicando le finalità che si intendono perseguire attraverso la collaborazione con i cittadini attivi*»; ma *ex multis* anche Siena (art. 9), Bari (art. 10).

⁵⁸ Singolare, in tal senso l'esempio del Regolamento di Monza che, all'art. 8, stabilisce che «*E' compito dell'Amministrazione Comunale individuare, [...], i beni comuni che compongono il catalogo dei beni oggetto di patti complessi con i cittadini attivi. I cittadini attivi possono proporre all'amministrazione beni comuni da inserire nel catalogo, trasmettendo la richiesta all'unità organizzativa di coordinamento che la sottoporrà alla Giunta ai fini della valutazione rispetto alle finalità perseguite con l'inserimento nel catalogo di cui al precedente comma 2*».

ad intraprendere attività di interesse generale e offre al Comune, che tale propensione ha il dovere di favorire, l'opportunità di ampliare i margini per amministrare con modalità alternative all'uso del potere, paradigma che appare sempre più inadeguato ad interpretare la complessità dei rapporti che caratterizzano l'attuale società.

Tendenzialmente, laddove non espressamente vietato dai regolamenti, non vi sono limitazioni alla cura, gestione e rigenerazione dei beni pubblici, poiché già nella disponibilità dell'amministrazione che, per perseguire finalità di interesse generale, può decidere di affidare tali compiti ai privati ed alle formazioni sociali più idonee.

Se l'intervento si determina su beni privati ad uso pubblico, laddove non espressamente esclusi dal campo d'azione dei patti di collaborazione⁵⁹, affinché vi sia una compressione della titolarità effettiva sul bene ed una scissione tra titolarità e gestione dello stesso è necessario che il proprietario vi presti il suo consenso, partecipando al patto, ovvero che la legge disponga nel senso di una possibile utilizzazione a fini pubblici dello spazio privato⁶⁰. In ogni caso non è possibile realizzare attività o interventi che contrastino con l'uso pubblico o con la proprietà privata del bene.

Laddove, però, il bene sul quale si vuole intervenire è di proprietà privata vi sono differenti alternative: o, come in alcuni regolamenti, si escludono questi interventi, ovvero, come in altri⁶¹, si richiama l'art. 838 c.c. per poter agire sui beni privati, ovvero il privato presta il proprio consenso. Vi sono casi in cui si esperiscono azioni di riuso di beni abbandonati senza che i proprietari ne richiedano il possesso ed uso, sono però situazioni spesso *border-line* che non sempre perseguono finalità di interesse generale, come il caso delle occupazioni di immobili abbandonati.

Nelle attività di rigenerazione dei beni comuni vi è dunque la possibilità che vi sia una scissione ed un contrasto tra il titolare del diritto di proprietà ed i soggetti che gestiscono il bene, laddove ad esempio il privato ne rivendichi un utilizzo esclusivo.

Fine ultimo dell'attività di rigenerazione deve essere la fruizione collettiva e non possono ammettersi iniziative volte a limitare l'efficacia dell'intervento quale garanzia di inclusività come condivisione e partecipazione, in astratto, generale.⁶²

⁵⁹ L'esempio è quello del Regolamento di Fano che prevede l'individuazione prioritaria da parte dell'amministrazione dei beni pubblici sui quali saranno consentiti gli interventi di cura e rigenerazione.

⁶⁰ Vi è chi richiama l'art. 838 c.c. per poter agire sui beni privati; i medesimi effetti però possono essere raggiunti tramite espropriazione ovvero imposizione di vincoli conformativi, quest'ultima sembra essere la soluzione più efficace ed efficiente. In particolare, si vedano: R. TUCCILLO, *Rigenerazione di beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani – contributo al diritto delle città*, a cura di F. DI LASCIO e F. GIGLIONI, Il mulino, Bologna, 2017, pp. 89-116; ma anche F. DI LASCIO, *Spazi urbani e processi di rigenerazione condivisa*, *ibidem*, pp.65-88.

⁶¹ In particolare, ad esempio, art. 12, c. 10 del Regolamento di Torino per il quale « *Il Comune può promuovere ed aderire a patti di collaborazione aventi ad oggetto interventi di cura, gestione condivisa e rigenerazione di immobili in stato di totale o parziale disuso di proprietà di terzi, con il consenso di questi ultimi ovvero ai sensi dell'articolo 838 Codice Civile.* » Ma anche Bologna (art. 16), Siena (art. 15), Trento (art.16).

⁶² Anche perché gli effetti dell'attività di rigenerazione urbana sono suscettibili di modificare la qualità della vita dell'intera popolazione urbana. Proprio per questo si prevede che « *I cittadini attivi non possono realizzare attività o interventi che contrastino con la fruizione collettiva del bene* » (art. 12, Regolamento di Torino); artt. 5-13-17 del Regolamento di Trento; artt. 5-13-17 del Regolamento di Bologna.

La fruizione degli spazi e dei beni presi in cura, infatti, dovrà essere a vantaggio di tutti e già nella fase istruttoria si prevede la possibilità che la proposta di collaborazione sia integrata dagli interventi di coloro i quali ne hanno interesse: ogni patto deve consentire a chiunque di potersi aggregare nella realizzazione dell'intervento, secondo uno spirito di inclusività ed apertura.

Il ruolo dell'amministrazione, esplicito durante la fase istruttoria, consiste in una ponderazione degli interessi coinvolti, sia pubblici che privati, affinché vi sia una corretta valutazione degli stessi.

e) La rigenerazione come nuova funzione amministrativa.

Per poter parlare di funzione amministrativa è necessario che vi sia una attività amministrativa caratterizzata da specifici fini, attribuzioni, destinatari ed interessi.

È possibile affermare che la rigenerazione di beni comuni urbani e non, al fine di perseguire l'interesse generale, è una nuova funzione amministrativa?

La rigenerazione *latu sensu* è una attività che, avendo ad oggetto i beni comuni individuati, opera su di questi un rinnovamento positivo, non soltanto della loro estrinseca materialità, ma anche a livello di funzionalità, andando a migliorare la qualità della città e della popolazione, realizzando la cd. innovazione sociale, perseguendo interessi di rilevanza sociale. L'attivismo dei cittadini, singoli e associati e soggetti giuridici privati funge da stimolo per l'avvio di processi di riqualificazione dei luoghi urbani con la finalità di regolare in modo nuovo lo svolgimento della vita sociale: chi si occupa di ripulire un giardino, di abbellire una piazza in preda al degrado, un sottopasso sporco, una scuola fatiscente, vi ritrova un'identità propria e collettiva allo stesso tempo.

Per rigenerazione si possono intendere interventi di recupero, trasformazione ed innovazione dei beni comuni, partecipi, tramite metodi di co-progettazione, di processi sociali, economici, tecnologici ed ambientali, ampi e integrati, che complessivamente incidono sul miglioramento della qualità della vita nella città.⁶³

Le finalità di riqualificazione e rigenerazione degli spazi esistenti, individuate in ragione dell'insieme coordinato di interventi urbanistico-edilizi e di iniziative sociali⁶⁴, sono previste anche a livello legislativo regionale⁶⁵, sulla scia di un impulso europeo per il quale si tende a privilegiare la riqualificazione dell'esistente a vantaggio della riduzione del consumo di suolo.

Per esserci funzione pubblica è necessario che vi siano delle strutture *ad hoc* dotate di figure professionali specifiche e che operino in coordinamento con organi e uffici interni all'amministrazione. Ed infatti, in molti casi si è prevista la realizzazione di strutture interne

⁶³ Regolamento di Bologna, art. 2, lett. H.

⁶⁴ Quali, ad esempio, la riqualificazione dell'ambiente costruito, la riorganizzazione dell'assetto urbano attraverso la realizzazione di attrezzature e infrastrutture, spazi verdi e servizi, il recupero o il potenziamento di quelli esistenti, il risanamento del costruito mediante la previsione di infrastrutture ecologiche finalizzate all'incremento della biodiversità nell'ambiente urbano.

⁶⁵ Ad esempio, si veda l.r. Lombardia n. 31/2014 nella parte in cui si attribuisce priorità nella concessione di finanziamenti regionali ai comuni che avviano azioni concrete per la realizzazione di interventi di rigenerazione urbana (art. 4); l.r. Toscana n. 65/2014 dove si intende promuovere gli interventi di rigenerazione urbana quale alternativa strategica al nuovo consumo di suolo (art. 125).

finalizzate alla collaborazione⁶⁶, ovvero l'attribuzione della specifica competenza ad uffici già esistenti⁶⁷.

La finalità di rigenerazione, estesa anche alla cura intesa come protezione, conservazione e manutenzione del bene, si radica ogniqualvolta vi sia un fallimento della pianificazione urbanistica⁶⁸: inserire questi interventi in una nuova funzione amministrativa di rigenerazione consente di superare le limitazioni del diritto urbanistico⁶⁹, da un lato, e, dall'altro, riconoscerebbe a pieno titolo l'effettivo perseguimento di interessi distinti ma connessi, che caratterizzano la duttilità degli interventi.

3. I patti di collaborazione a tutela dell'ambiente. Alcune esperienze pratiche.

Si è osservato che i patti di collaborazione si prestano quale strumento di intervento per ogni situazione di degrado in cui si rende necessario un intervento deciso a tutela del bene, e sono rivolti alla promozione dei livelli di qualità della vita umana – finalità, questa, espressamente tutelata anche dal Codice dell'Ambiente.

La città acquista una importanza strategica per le nuove politiche territoriali di tutela delle risorse ambientali: è il luogo ideale per intervenire con misure preventive e rimedi diretti e specifici, anche sperimentali, tra i quali i patti di collaborazione. L'ambiente urbano, infatti, se da un lato può essere considerato una nuova frontiera del diritto dell'ambiente poiché evoca ed amplifica specifiche problematiche, quali inquinamento, smog, consumo suolo e riduzione del verde, dall'altro non presenta quelle caratteristiche proprie degli ambienti naturali, in cui è preponderante l'elemento della biodiversità.

Non per questo hanno un minore impatto ambientale gli interventi di rigenerazione urbana: una cultura ambientale, intesa come rispetto, tutela e valorizzazione del patrimonio ambientale (*in primis*, le risorse: acqua, suolo, aria, fonti energetiche), prende inizio dalle città minimizzando gli impatti dei rifiuti e dei trasporti, favorendo la riqualificazione urbana e la maggiore diffusione della bio-edilizia, stimolando l'integrazione territoriale e favorendo lo sviluppo di reti ecologiche e filiere corte in

⁶⁶ Ad esempio, l'istituzione di *gruppi di lavoro* da parte del Regolamento di Torino.

⁶⁷ *Ex multis*, Bologna, Trento, Ravenna.

⁶⁸ F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio in La rigenerazione di beni e spazi urbani – contributo al diritto delle città*, a cura di F. DI LASCIO e F. GIGLIONI, Il mulino, Bologna, 2017, p. 209.

⁶⁹ Se si considera la funzione urbanistica come funzione di coordinamento dello sviluppo urbano è chiaro come le istanze di rigenerazione risultano antitetiche rispetto alla cd. espansività dei piani urbanistici. La funzione di rigenerazione avrebbe il vantaggio, pur meramente teorico, di svincolare e rendere più fluidi e dinamici i processi di rigenerazione. La principale ragione si rinviene, comunque, nella definizione della nozione di rigenerazione urbana, oltre che nell'intrinseco legame con altri settori e finalità non riconducibili in via diretta nell'alveo dell'urbanistica in senso stretto. Indubbiamente i patti di collaborazione, come è stato teorizzato anche da F. GIGLIONI, *op. ult. cit.*, p. 220, si ricollocano nell'ambito della cd. urbanistica consensuale. Ritengo tuttavia che ancorare i patti di collaborazione all'interno dell'urbanistica sia riduttivo delle vaste finalità e ricadute sociali proprie della declinazione dei principi di sussidiarietà orizzontale, momenti di riappropriazione degli spazi urbani, promozione sociale e sviluppo della personalità.

relazione alla produzione locale di qualità⁷⁰. Sono, infatti, incontrovertibili la centralità delle città nei rapporti socioeconomici, la maggior concentrazione della popolazione mondiale in contesti urbani⁷¹, la continua erosione delle aree agricole dovuta al fenomeno dello *sprawl urbano*⁷² e le ricadute che questi fenomeni hanno nei confronti delle risorse ambientali.

La previsione di interventi di rigenerazione sul patrimonio edilizio esistente opera importanti ricadute anche ai fini della riduzione del consumo di suolo⁷³: per consumo di suolo si intendono tutti quegli interventi che alterino irrimediabilmente le originarie caratteristiche ambientali delle superfici ed erodano la destinazione agricola, naturale o semi-naturale a vantaggio dell'urbanizzazione, il cui aumento ha causato un progressivo abbandono dei terreni agricoli ed ha portato a fenomeni espansivi incompatibili con la difesa del territorio e dell'ambiente. È evidente, dunque, che interventi di recupero del patrimonio edilizio e di riqualificazione degli immobili esistenti pongano un freno alla crescita smisurata dell'urbanizzazione: un consistente contenimento del consumo di suolo è la premessa per garantire una ripresa sostenibile dei nostri territori.

L'esperienza, infatti, riporta che l'ambito di intervento a tutela dell'ambiente urbano è il più importante, anche con riferimento alle implicazioni sociali e culturali: tra i principali interventi vi sono la cura del verde pubblico, il recupero di parchi e giardini, la creazione di orti urbani, il recupero di sentieri di montagna, la realizzazione di percorsi escursionistici e la gestione di ambiente fluviali. La centralità dell'ambiente e del verde trova conferma nel dato per il quale nel 44% dei patti analizzati⁷⁴ i beni comuni oggetto del patto sono proprio i giardini, le aiuole e i parchi a riprova di una diffusa sensibilità nei confronti della cura del verde pubblico. Al tempo stesso, volendo dare un'interpretazione più critica, in molti casi il dato fa emergere il profondo stato di abbandono in cui spesso si trovano queste aree, in particolar modo nelle grandi città, tale da spingere i cittadini a progettare interventi di manutenzione civica. Le aree verdi infatti, anche quando di ridotte dimensioni, svolgono una funzione sociale rilevante: spazi gioco per bambini, luoghi di aggregazione e inclusione sociale per disabili, anziani, ma anche occasioni di sperimentazione di senso civico.

Uno dei primi casi è quello del Parco Fluviale San Salvatore, nel comune di Bucine (Arezzo), siglato nel 2016, volto a perseguire scopi di promozione sociale ed educazione ambientale ed a favorire il miglioramento della qualità e della quantità di iniziative presenti. Il patto di collaborazione ha ad

⁷⁰ Così La Strategia Nazionale per la Biodiversità 2010-2020, in http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/Strategia_Nazionale_per_la_Biodiversita.pdf

⁷¹ Il 50% della popolazione mondiale vive nelle città e la percentuale è in costante crescita: N. NUR, *Il dibattito contemporaneo sull'urbanizzazione: oltre i confini delle città*, in rapporto Istat, *Forme, livelli e dinamiche dell'urbanizzazione in Italia*, 2017, in <https://www.istat.it/it/files/2017/05/Urbanizzazione.pdf>.

⁷² Ossia l'espansione urbana incontrollata verso le zone periferiche unita al calo della densità abitativa.

⁷³ Il fenomeno è ben noto nel diritto urbanistico. Negli ultimi anni, la presa di coscienza dell'Unione Europea in materia di consumo di suolo ha portato ad un profondo cambiamento, ancora *in fieri*, degli strumenti e dei meccanismi tipici della pianificazione urbanistica: non sono più ammissibili fenomeni espansivi smisurati ma occorre ripensare gli spazi interni della città. Gli strumenti di ristrutturazione e recupero urbanistico nascono, dunque, dalla nuova sensibilità europea sulla riduzione, totale entro il 2050, del consumo di suolo.

⁷⁴ Il dato ci è offerto dal *Rapporto Labsus 2017* cit. e considera sia gli interventi eseguiti direttamente sull'ambiente e il verde urbano (38% dei patti analizzati) sia quelli sugli arredi urbani a rilevanza ambientale quali giardini, aiuole e parchi, (che costituiscono una percentuale inferiore rispetto agli interventi sugli arredi urbani *tout court* – 25% dei patti analizzati).

oggetto la gestione ordinaria del Parco (piccola manutenzione degli arredi, monitoraggio e pulizia) ma anche l'organizzazione di eventi di socializzazione, di promozione all'educazione ambientale e di sensibilizzazione dei cittadini alla cura dei beni comuni.

Ancora, il caso del Parco Urbano di Valledolmo, paese al centro della Sicilia, dove, grazie all'attivazione di un progetto di finanziamento regionale ed alla successiva stipula del patto di collaborazione, si è potuto recuperare una intera zona abbandonata e vandalizzata. Il Comune ha arato e sistemato a livello agricolo l'area interessata e, ad opera degli enti promotori, si è provveduto all'installazione di colture di piante aromatiche, finalizzate ad un percorso di aromaterapia ed orti condivisi per la produzione di prodotti locali.

Tutte le esperienze di patti di collaborazione concluse, però, riportano solamente beni comuni localizzati in contesti urbani. Differentemente dalla città, vi sono porzioni di territorio che la legge individua per il loro particolare interesse naturalistico ed ambientale: le aree protette tutelate, il cui fine è la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale del Paese, con ciò intendendosi le formazioni fisiche, geologiche, geomorfologiche e biologiche che hanno rilevante valore naturalistico e ambientale.

In via alternativa e complementare ai piani del parco⁷⁵, alcune aree protette stanno valutando l'applicazione di strumenti di carattere negoziale che richiedono, necessariamente, il coinvolgimento di vari portatori di interessi, tra cui, ovviamente, i soggetti privati, per la tutela dell'ambiente e della biodiversità: dalla gestione partecipata delle aree protette, alle strategie di mitigazione e adattamento al cambiamento climatico, alla adozione di un approccio ecosistemico, alla costruzione di infrastrutture verdi per la connettività del territorio.

La stessa legge quadro sulle aree protette prevede, oltre allo schema degli accordi di programma tra amministrazioni di cui all'art. 34 della d.lgs. n.267/2000, anche forme di collaborazione mediante i patti territoriali di cui all'articolo 2, comma 203, della legge 23 n. 662/1996, pur di scarsa attuazione.

Si sono visti gli effetti benefici dello sviluppo di forme di collaborazione tra amministrazioni e cittadini, in grado di promuovere una cultura del bene comune rivolto alla cura e alla gestione dell'ambiente che ci circonda con la consapevolezza dell'impatto positivo che un ambiente salubre, curato e rigenerato ha sulla quotidianità nelle città. Sicuramente la previsione di forme di collaborazione con gli enti preposti alla tutela delle aree protette porterebbe ad una maggior sensibilità al tema delle risorse ambientali, spesso in grave pericolo. È un'esigenza, questa, che era stata già avvertita a livello europeo con la Comunicazione 216/2006 della Commissione Europea.

Nella direzione di offrire strumenti giuridici per il coinvolgimento del settore privato in attività di conservazione della natura, si segnalano quelli forniti dagli artt. 14 e 15 del d.lgs. n. 228/2001, con i quali è data la possibilità di concludere contratti di collaborazione con gli imprenditori agricoli per la promozione delle vocazioni produttive del territorio e la tutela delle produzioni di qualità e delle tradizioni alimentari locali.

Le difficoltà che si possono incontrare nel prevedere queste forme di collaborazione (se non gli stessi patti di collaborazione), sono dovute alle difficoltà di coordinamento che si hanno tra Comuni ed

⁷⁵ I parchi nazionali che hanno un piano del parco vigente rappresentano meno di un terzo del totale. Il dato è fornito da P. PIGLIACELLI, *Strumenti di governance per parchi beni comuni*, 2019, in http://www.labsus.org/wp-content/uploads/2019/01/LP_Governance_Parchi_Beni_Comuni_Paolo_Pigliacelli.pdf.

Enti parco: i casi pratici riportati di esempi virtuosi, riguardavano aree di esclusiva competenza dell'ente locale comunale pur meritevoli di attenzioni ambientali.

Il nostro territorio si caratterizza per una importante biodiversità e varietà ambientale e paesaggistica e le aree naturali rappresentano un patrimonio da proteggere e salvaguardare, ma anche una risorsa straordinaria attivare percorsi di cittadinanza attiva che allo stato attuale rimangono confinati nelle città.

4. Conclusioni.

I patti di collaborazione si presentano come un'importante occasione di riappropriazione degli spazi urbani e della propria identità culturale tramite la partecipazione democratica e condivisa al miglioramento dei beni comuni urbani. La comunità si assume una responsabilità verso un certo bene ma prima di tutto verso sé stessa. E, come tutte le responsabilità, anche questa dura nel tempo e comporta che l'impegno di cura sia costante e duraturo in modo da garantire che il bene comune rimanga tale nel corso del tempo.

Dati gli effetti e ricadute positive della collaborazione per la rigenerazione dei beni urbani, è immaginabile l'utilizzo di strumenti affini nelle relazioni con altri enti pubblici nel perseguimento dei fini ad essi attribuiti che rappresentino anche un interesse generale della comunità di appartenenza? Le difficoltà allo sviluppo di un sistema così prospettato si radicano nella difficoltà di individuazione del diretto interlocutore, che sia anche titolare della funzione che si intende esercitare con la realizzazione del patto. Si dovrebbero realizzare, dunque, tavoli di concerto con gli enti coinvolti per garantire l'effettività di forme di sussidiarietà e collaborazione su più ampia scala.

Pur in rapida e costante crescita e diffusione, i patti di collaborazione sono ancora in una fase genetica che non li rende un'esperienza radicata nel nostro ordinamento ed ampiamente diffusa. Per quanto importanti e positivi, i dati citati danno una presenza del fenomeno ancora poco diffusa tra tutti i Comuni nazionali.

Si rilevano, inoltre, alcune ipotesi tipiche di applicazione non virtuosa dei patti di collaborazione da tenere in considerazione per evitare la degenerazione dell'istituto: l'utilizzo dei patti di collaborazione per eludere i vincoli della disciplina del codice dei contratti pubblici ovvero l'eccessiva burocratizzazione delle pratiche informali dalla scarsa durata (attività di un sol giorno) ovvero occasionali (attività *una tantum*).

Lo sforzo interpretativo, fintanto che non vi sarà una disciplina nazionale univoca, ammesso che mai vi sarà, è essenzialmente rivolto alla distinzione dei patti di collaborazione rispetto ad altri strumenti simili ma che non sono caratterizzati dalla co-progettazione del contenuto degli stessi e la successiva realizzazione condivisa degli interventi stabiliti, vero elemento distintivo dei patti di collaborazione. Da qui, poi, si potranno affrontare in maniera unitaria le ulteriori questioni connesse, pur se già molto dibattute, quali i profili attinenti alla responsabilità aquiliana e da inadempimento del patto di collaborazione.

IL REGIME DI TUTELA GIURISDIZIONALE DELLA DISABILITÀ AVVERSO L'INATTUAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI ASSISTENZIALI

Pietro Maglione

Abstract: *The paper aims to analyze certain contentious issues related to legal protection of disability, with particular regard to legal remedies against the omitted implementation of the administrative instruments of support. Moving from the 'living law' analysis related to allocation of jurisdiction in the area, the paper tries to identify from a constitutionally-oriented perspective, the legal foundation and the extent of the administrative responsibility for the non-provision of the services provided for by Law.*

Sommario: **1.** Profili introduttivi; **2.** La pretesa all'attuazione del Progetto individuale. Il riparto di giurisdizione; **2.1** Fase programmatica e fase attuativa. I "servizi alla persona". **2.2** Quale giudice per il disabile? **2.2.1** Il canone di riparto della giurisdizione sancito da S.U. Civ. n. 25011 del 2014 in ipotesi di omessa o carente attivazione dell'amministrazione *in subiecta materia*; **2.2.2** (*segue*) Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa dopo S.U. Civ. n. 25011/2014, tra "uniformazione creativa" e contrasto velato; **2.2.3** (*segue*) Un contrasto in atto tra le Sezioni Unite e la giurisprudenza amministrativa? Lo "spettro" della tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali; **3.** Misure per la tutela giudiziaria del disabile vittima di discriminazioni (L. 1 marzo 2006, n. 67); **3.1** Lineamenti generali della disciplina; **3.2** La sussumibilità del contegno omissivo dell'amministrazione comunale nel concetto di "discriminazione indiretta" ex art. 2 co. 3 della L. 67/2006; **3.3** Profili di rito e poteri condannatori del giudice civile; **3.4** La tutela risarcitoria. Ipotesi per un fondamento della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione nei casi di omessa attuazione del Progetto individuale (*cenni*); **4.** La tesi dei "diritti finanziariamente condizionati": portata e limiti costituzionali di una categoria controversa. La prova esimente dell'amministrazione "inadempiente".

1. Profili introduttivi

È affermazione ricorrente che su un cospicuo numero di enti locali italiani penda la “spada di Damocle” del dissesto finanziario. Ed è affermazione che coglie nel segno, sia che per dissesto si intenda il presupposto formale di cui all’art. 244⁷⁶ del T.U.E.L. (D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267), sia che con esso si faccia (atecnico) riferimento ad una condizione di generale malessere finanziario dell’ente che, pur senza raggiungere la soglia, talora incerta, di obbligatorietà della dichiarazione di dissesto⁷⁷, imponga limiti asfittici alle possibilità di spesa, costringendo l’amministrazione ad operare entro un rigido *trade off* nel quale, giocoforza, talune esigenze, individuali o collettive, vengono in tutto o in parte sacrificate (ciò che, per il vero, può avvenire anche nelle amministrazioni che abbiano tenuto in ordine i conti proprio attraverso politiche mirate di “selezione” dei servizi di pubblico interesse da privilegiare a scapito di altri).

E un tale sacrificio, sovente, ha mostrato di prescindere dal rango dei diritti o interessi sottesi alle istanze sacrificate: la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio e della c.d. *golden rule*, introdotta con la modifica del Titolo V nel 2001⁷⁸, in forza della quale Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni non possono ricorrere all’indebitamento per spese che non siano di investimento (e solo in presenza di ulteriori condizioni: art. 119 co. 8 Cost.⁷⁹), pur costituendo un passaggio forse ineludibile per adeguare i modelli operativi istituzionali alle complesse sfide “mercatorie” della contemporaneità, ha, com’era prevedibile, accentuato lo iato già esistente⁸⁰ tra il *disegno personalista* prefigurato dalla Costituzione nella sua “adamantina purezza” e il grado di effettiva attuazione dei principi fondamentali (perlomeno alcuni) in essa enunciati. Paradossale, certo, ma pur sempre prevedibile, è che maggiormente compressi siano stati proprio i “principi proclamati”, che si traducono, individualisticamente, in “diritti riconosciuti” dalla Carta. In attesa (chissà quanto lunga) e nella speranza (chissà quanto vana) di una loro progressiva riespansione, correlata ad un nuovo ciclo economico favorevole.

⁷⁶ A norma del quale, “*si ha dissesto finanziario se l’ente non può garantire l’assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell’ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non possa fare validamente fronte con le modalità di cui all’art. 193, nonché con le modalità di cui all’art. 194 per le fattispecie ivi previste*”.

⁷⁷ In tema, *ex multis*, L. FAZIO, “*Patologia degli equilibri di bilancio negli enti locali e obbligatorietà della dichiarazione di dissesto finanziario dopo il Decreto Legislativo 10 ottobre 2010 n. 174*”, in *I Comuni d’Italia*, n. 6/2012; G. VERDE, “*Lo squilibrio finanziario degli enti locali*”, in *Finanza Locale*, 2013; L. BENVENUTI, “*Il dissesto dei Comuni. Funzioni fondamentali, poteri sostitutivi e criticità finanziarie*”, in *Riv. Corte dei Conti*, n. 20/2017.

⁷⁸ L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, recante “*Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione*” (G.U. n. 248/2001).

⁷⁹ Devono infatti essere definiti, contestualmente a ciascuna operazione di indebitamento, i piani di ammortamento, e deve essere garantito il complessivo equilibrio di bilancio degli enti di ciascuna Regione.

⁸⁰ In tema, sul rapporto tra diritti sociali e crisi finanziarie europee, G. DEMURO, “*I diritti sociali tra dimensione europea e identità costituzionale degli Stati*”, in “*Le trasformazioni istituzionali a sessant’anni dai Trattati di Roma. Atti del Convegno (Catania, 31 marzo – 1 aprile 2017)*”, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 199 ss.; G. GRASSO, “*I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*”, in *Riv. AIC*, n. 4/2016; A. GUAZZAROTTI, “*I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*”, *Riv. Dir. Pubbl.* n. 1/2013, pp. 9 ss.; I. CIOLLI, “*I diritti sociali al tempo della crisi economica*”, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012. Per un’articolata disamina dei profili costituzionali che involgono il tema dei rapporti tra prestazioni sociali e contenimento di spesa, A. CAROSI, “*Prestazioni sociali e vincoli di bilancio*”, Relazione all’incontro di studio trilaterale Italia-Spagna-Portogallo, ottobre 2016, in www.cortecostituzionale.it, 2017; dello stesso A., per un’ampia rassegna ragionata della giurisprudenza costituzionale in materia di relazioni finanziarie fra Stato e autonomie nella tutela dei diritti fondamentali, “*La Corte costituzionale tra autonomie locali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*”, in *Riv. AIC*, n. 4/2017.

Tra le posizioni individuali⁸¹ più “a rischio”, nel contesto dell’attività amministrativa degli enti locali, si annoverano senz’altro quelle facenti capo ai soggetti con disabilità⁸². Non tanto perché, come pure da alcuni sostenuto fino al recente passato⁸³, tali soggetti e le loro famiglie, costituendo una percentuale esigua dell’elettorato attivo, non trovano nel sinallagma elettorale lo strumento migliore per iscriversi tra le priorità dell’agenda amministrativa. Quanto per un dato, per così dire, *naturalistico*: la mancata o insufficiente erogazione di un servizio pubblico in favore di persona disabile non determina, a differenza di quanto avviene per quella normodotata, (solo) la contrazione di un più o meno rilevante ambito esistenziale dell’individuo (patrimonio, lavoro, famiglia, salute ecc.); piuttosto determina, nella maggior parte dei casi, un *vulnus* alla stessa *struttura esistenziale* del soggetto disabile, colta nella sua complessità e interezza, e dunque alla sua identità presente e futura.

Non v’è dubbio che i valori costituzionali siano tutti, in diversa misura e sotto diversi profili, preordinati alla tutela della dignità umana; la robusta trama costituzionale che sorregge la protezione della disabilità⁸⁴, però, trova nella protezione dei singoli diritti (ad es., quello all’istruzione e all’avviamento professionale: art. 38 co. 3 Cost.) non già il suo fine ultimo, ma il suo *fine intermedio*: se il risultato che la Costituzione si propone di realizzare, in relazione ai soggetti affetti da gravi disabilità⁸⁵, è di consentire che questi conducano, nei limiti del possibile, un’esistenza

⁸¹ Che definisco tali, in modo volutamente generico, per evitare di prendere inopinatamente posizione in ordine ad uno dei temi “tangenziali” della presente trattazione, che attiene alla qualificazione sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive che verranno in rilievo.

⁸² Tra i quali devono ricomprendersi gli anziani che vivono in condizioni di “non autosufficienza” perché affetti da sindromi che importano un elevato grado di decadimento delle facoltà psichico-intellettive e/o motorie. Per un’accurata analisi dello stato di attuazione (e di uniformità territoriale) dei servizi socio-sanitari e assistenziali in Italia, tra domiciliarità, residenzialità e *welfare* aziendale, F. MONTEMURRO – A. PETRALIA, “Le politiche per gli anziani non autosufficienti nelle Regioni italiane”, Rapporto a cura dell’IRES “Morosini”, Torino, settembre 2016; nonché, nell’ambito della letteratura medica e socio-sanitaria, “L’assistenza agli anziani non autosufficienti in Italia. Il tempo delle risposte”, a cura del Network Non Autosufficienza, Rapporto 2017/2018 promosso dalla Fondazione “Cenci Galligani”, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, novembre 2017.

⁸³ Considerazioni di questo tenore spiegherebbero, secondo alcuni, il ritardo con cui in Italia si è addivenuti ad una disciplina organica sul sistema di assistenza integrato in favore dei soggetti disabili (2000), nonché ad una normativa *ad hoc* sulla tutela giurisdizionale delle persone con disabilità vittime di discriminazioni (2006). Tali preoccupazioni possono oggi ridimensionarsi alla luce di una rinnovata sensibilità collettiva rispetto al tema della disabilità, che, a differenza di altri “settori di tutela” in cui si declina il principio di non discriminazione, innerva trasversalmente la coscienza di ogni categoria di elettorato, così finendo per favorire, sia pur in misura assai variabile, l’attenzione della classe politica, anche locale. Peraltro, l’avvento di strumenti tecnologici e piattaforme digitali capaci rispettivamente di “catturare” e diffondere in modo virale, più di quanto fossero capaci i tradizionali *media* di massa, contenuti di certo impatto sull’opinione pubblica, determina un positivo effetto di controllo sull’operato amministrativo, specie ove vengano in gioco temi sensibili come quello della disabilità, capaci di suscitare forte indignazione collettiva e, per ciò, di condizionare in senso favorevole le scelte delle amministrazioni locali. Non può tuttavia tacersi, come opportunamente osserva G. TUCCI, “La partecipazione del disabile alla vita sociale”, in *Questione Giustizia*, n. 3/2018, 1, per un verso che “nella nostra esperienza giuridica nazionale, la tutela del disabile diventa effettivamente efficace solo (...) grazie all’intervento di ordinamenti sovranazionali”; e, per altro verso, che a fronte dei numerosi interventi legislativi a tutela della disabilità, “le loro violazioni sono assai frequenti ed occorre il più delle volte ricorrere a diversi gradi di giudizio per ottenere il rispetto dei diritti ormai formalmente riconosciuti”.

⁸⁴ Per l’ampia letteratura in tema, si segnalano C. COLAPIETRO, “Diritti dei disabili e Costituzione”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; ID. “Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi”, in “Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent’anni dalla legge 5 febbraio 1992 n. 104”, a cura di C. Colapietro e A. Salvia, Napoli, 2013; G.M. FLICK, “Diritto e disabilità o ‘diritto alla disabilità’?”, in *Federalismi.it*, 12, 2013; M. D’AMICO - G. D’ARCONZO, “I diritti delle persone con disabilità grave. Osservazioni al D.D.L. A.S. 2232 approvato dalla Camera dei Deputati sul cosiddetto ‘Dopo di noi’”, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2016; R. BELLI, “Vivere eguali. Disabili e compartecipazione al costo delle prestazioni”, Prefazione di B. Deidda, Franco Angeli, Milano, 2014.

⁸⁵ Ciò vale, logicamente, anche per altre categorie di soggetti individuati sulla base di posizioni di potenziale svantaggio, che possono esemplificativamente ricondursi ai fattori di discriminazione annoverati nella sequenza di cui all’art. 3 co. 1 Cost.. La

quanto più simile a quella dei soggetti normodotati, ovverossia che godano delle medesime possibilità di sviluppo ed esplicazione della propria personalità, è giocoforza ritenere che la salvaguardia di singoli diritti costituzionalmente protetti rappresenti uno *stadio preliminare di tutela*, su cui si innesta, e alla luce del quale va valutata, la *tutela globale sintetica* del diritto alle pari opportunità e al (potenziale) “pieno sviluppo della persona umana” di detti soggetti (sul punto, v. *infra*, § 3.).

La mancata o insufficiente erogazione, da parte delle amministrazioni pubbliche a ciò competenti (enti territoriali, scuole ecc.), dei servizi connessi al sistema integrato di interventi o all’offerta didattica di sostegno configura allora una duplice lesione di diritti inviolabili del singolo: quello alle pari opportunità (quale *species* dell’uguaglianza sostanziale), e quello, a proiezione futura ma di immanente titolarità e autonoma consistenza, ad un’*esistenza dignitosa*, quale categoria generale cui si riconnette, in rapporto di mutua implicazione, la totalità dei diversi diritti costituzionali di pertinenza individuale (istruzione, lavoro, salute, famiglia, patrimonio ecc.). E, d’altra parte, non vi è chi non veda che l’omesso o inadeguato apprestamento, da parte degli enti locali o dell’amministrazione scolastica, degli strumenti previsti dalla legge a sostegno della disabilità non solo rischia di ledere in via occasionale i diversi diritti in cui di volta in volta si estrinsecano i principi di “pari opportunità” e “dignità umana”, ma rischia altresì di pregiudicare il grado di effettività e pensabilità giuridico-razionale di tali principi, colti nel loro nucleo essenziale di protezione: il generale sforzo perequativo cui le istituzioni competenti sono chiamate, attraverso gli strumenti di legge, non rappresenta allora che il primo ma imprescindibile *step* di una complessa e incessante attività di sostegno, che ha un orizzonte ben più ampio sia del solo riconoscimento in via generale di pari dignità ed opportunità, sia della sola tutela occasionale relativa a singoli diritti costituzionali. Un orizzonte entro il quale l’uno e l’altra, considerate alla stregua di un *unicum* inscindibile, misurano il grado di civiltà della nostra cultura giuridica e politico-amministrativa.

Nelle pagine che seguono, il fuoco dell’analisi sarà concentrato prevalentemente sulle questioni che, nel contesto delle discipline vigenti, suscitano maggiori problemi interpretativi ed applicativi, con particolare riguardo alle vicende concernenti il momento dell’*attuazione* (giustapposta alla fase strettamente procedimentale che la precede) dei servizi connessi al sistema integrato di interventi e servizi sociali (L. 8 novembre 2000, n. 328), nonché agli ambiti di applicazione oggettiva delle misure per la *tutela giudiziaria* delle persone con disabilità vittime di discriminazioni (D.Lgs. 1 marzo 2006, n. 67). Muovendo dall’indagine in ordine alla natura e all’ampiezza delle posizioni soggettive coinvolte, e alle questioni ad esse correlate in punto di *giurisdizione*, si tenterà di individuare il fondamento e i caratteri della *responsabilità* delle amministrazioni pubbliche per l’inattuazione dei principali strumenti di sostegno previsti dal legislatore, tenuto conto delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale in relazione alla controversa categoria dei “*diritti finanziariamente condizionati*”. Con un’ultima precisazione: che l’analisi condotta in questo articolo non sottintende

differenza, tuttavia, risiede in ciò, che il disabile grave, a differenza dei soggetti rispetto ai quali venga in rilievo la tutela costituzionale antidiscriminatoria, patisce generalmente una limitazione permanente, insuscettibile di essere rimossa al positivo evolversi dei fattori esterni (di ordine culturale, politico o economico). La tutela in favore della disabilità si caratterizza, dunque, almeno su un piano ideale, per il suo carattere di irriducibile e necessaria *perpetuità*; ciò, come si è in parte anticipato e come si avrà modo di vedere meglio in seguito (§ 3.), spiega il peculiare significato che la nozione giuridica di “discriminazione” può assumere nel settore di tutela in discorso.

una “taccia di indifferenza”, rispetto alle esigenze della disabilità, rivolta alle amministrazioni pubbliche, né segnala un fenomeno che assume i connotati dell'emergenza (benché di emergenza possa parlarsi, a ragion veduta, in riferimento ad alcuni contesti territoriali). Mira piuttosto, per un verso, ad individuare possibili soluzioni in diritto per i casi in cui la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili costringa o, come più spesso accade, induca le amministrazioni a porre sull'altare sacrificale della spesa proprio le legittime istanze dei soggetti disabili e delle loro famiglie; e, per altro verso, a trattare questioni⁸⁶ di notevole interesse sistematico sulle quali la produzione scientifica non abbonda, e sulle quali non vi è unanimità di vedute tra gli interpreti.

2. La pretesa all'attuazione del Progetto individuale. Il riparto di giurisdizione.

2.1 Fase programmatica e fase attuativa. I “servizi alla persona”.

Il Piano di Assistenza Individualizzato (P.A.I.), previsto in via generale e parzialmente disciplinato dall'art. 14 della L. 8 novembre 2000 (“*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*”), rappresenta, insieme al Progetto Educativo Individualizzato (P.E.I.)⁸⁷, uno dei principali strumenti utilizzati per la programmazione, in ottica multidisciplinare, degli interventi secondo obiettivi a sostegno della disabilità. Trattasi di un documento, elaborato dal competente Ente locale con il contributo determinante degli operatori del locale comparto socio-sanitario⁸⁸ ed il coinvolgimento del nucleo familiare, che sintetizza le informazioni clinico-sanitarie relative al soggetto, anche inerenti alla sfera linguistico-comunicativa ed affettivo-relazionale, ed individua gli obiettivi di cura e assistenza, soggetti a verifica e revisione periodica, e gli interventi necessari al fine di favorire la migliore condizione di salute e benessere fisiopsichico del soggetto.

⁸⁶ Questioni che, sotto l'egida del diritto costituzionale, si collocano operativamente “a metà” tra diritto amministrativo e diritto civile. Uniformità di vedute non vi è, a giudizio di chi scrive, in relazione a profili che incidono significativamente sulle modalità della tutela giurisdizionale, neanche tra la giurisprudenza ordinaria di legittimità e quella amministrativa (v. § 2.2 e seg.).

⁸⁷ Il P.E.I., disciplinato dall'art. 12 co. 5 della L. 5 febbraio 1992 n. 104, come integrato dal D.P.R. 24 febbraio 1994 e dal successivo D.P.C.M. 23 febbraio 2006 n. 185, si differenzia dal P.A.I., essenzialmente, per la sua proiezione funzionale all'effettivo godimento del diritto all'istruzione del soggetto in condizione di bisogno. È, pertanto, strumento adoperato per la sintesi clinico-sanitaria delle specifiche esigenze di apprendimento e per l'individuazione dei correlativi interventi in favore di persone disabili in età scolastica o che, comunque, accedano ad un corso di studi, essendo a carico dell'amministrazione scolastica quei soli servizi (su tutti, l'individuazione del numero di ore di sostegno e l'assegnazione di personale docente qualificato) connessi all'educazione e all'istruzione. La disciplina primaria del P.E.I. è stata modificata, in attuazione dell'art. 1 commi 180 e 181, lett. c) della L. 13 luglio 2015 n. 107, dal recente D.Lgs. 13 aprile 2017, n. 66, recante “*Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità*”, in vigore dall'1 gennaio 2019. Con il D.Lgs. 66/2017 il P.E.I., di cui vengono peraltro significativamente modificate le modalità di formazione, costituisce parte integrante del Progetto individuale di cui all'art. 14 co. 2 della L. 328/2000 (cui afferisce anche il P.A.I.). Da non confondere con il Piano di Assistenza Individualizzata, oggetto della presente trattazione, è il Piano Annuale di Inclusione, anch'esso indicato con l'acronimo P.A.I., redatto annualmente dalle scuole secondo le indicazioni operative contenute nella Circolare M.I.U.R. n. 8 del 6 marzo 2013, con il quale si individuano le virtù e le criticità emerse nel corso dell'anno scolastico appena concluso e si formulano, per l'anno scolastico incipiente, proposte per la valorizzazione delle risorse disponibili nell'ottica degli obiettivi di incremento dell'inclusività. Per un'analisi socio-pedagogica dello strumento, D. IANES – S. CRAMEROTTI, “*Il piano educativo individualizzato. Progetto di vita*”, Vol. I-III, IX ed., Erickson, 2009; C. PALMIERI, “*Dal PEI al progetto di vita: la prospettiva della cura educativa*”, Relazione al convegno “*Ragazzi in comune*”, Torino, dicembre 2005, pubblicato in *Handicap & Scuola*, marzo-aprile 2006.

⁸⁸ Medici, infermieri, operatori socio-sanitari, assistenti sociali, educatori, psicologi, logopedisti, fisioterapisti ecc..

L'art. 14 della L. 328/2000, rubricato "Progetti individuale per le persone disabili", prevede che "Per realizzare la piena integrazione delle persone disabili di cui all'articolo 3⁸⁹ della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei percorsi dell'istruzione scolastica o professionale e del lavoro, i comuni, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, predispongono, su richiesta dell'interessato, un progetto individuale, secondo quanto stabilito al comma 2". È dunque il secondo comma della medesima disposizione, come integrato dall'art. 7 del D.Lgs. 66/2017, che individua il contenuto del Progetto individuale: "Nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, il progetto individuale comprende, oltre alla valutazione diagnostico-funzionale o al Profilo di funzionamento, le prestazioni di cura e di riabilitazione a carico del Servizio sanitario nazionale, il Piano educativo individualizzato a cura delle istituzioni scolastiche, i servizi alla persona a cui provvede il comune in forma diretta o accreditata, con particolare riferimento al recupero e all'integrazione sociale, nonché le misure economiche necessarie per il superamento di condizioni di povertà, emarginazione ed esclusione sociale. Nel progetto individuale sono definiti le potenzialità e gli eventuali sostegni per il nucleo familiare".

Sui dubbi interpretativi ed applicativi che la disposizione può suscitare, specie con riferimento all'inciso "nell'ambito delle risorse disponibili", ci si soffermerà in seguito (v. *infra*, § 4.). Per il momento basti rilevare che, nella disposizione in commento, sembra farsi riferimento a due distinti momenti: uno di carattere strettamente *procedimentale e programmatico*, relativo all'accertamento della condizione di disabilità del richiedente e alla specifica valutazione diagnostico-funzionale (dinamicamente condotti dalla A.U.S.L. e recepiti dal comune all'atto della formazione o modifica del Progetto), prodromica all'individuazione, condivisa dagli attori istituzionali con il coinvolgimento dei familiari dell'interessato, delle prestazioni che meglio rispondono alle specifiche esigenze rilevate; ed un altro, logicamente successivo, di carattere *pratico-attuativo*, che individua le istituzioni cui doverosamente compete, negli ambiti di rispettiva competenza, realizzare l'intervento di sostegno riconosciuto.

Per quel che qui interessa, grava sull'amministrazione comunale, stante il tenore letterale dell'art. 14 cit., l'attuazione, "in forma diretta o accreditata", dei "servizi alla persona" previamente individuati nel contesto della segnalata fase procedimentale: trattasi di interventi di sostegno, in favore del disabile e della sua famiglia, che possono assumere diverse forme, modalità, intensità e cadenze, in ragione e in funzione delle peculiarità connesse al caso concreto. Tra questi si segnalano, a scopo esemplificativo, la frequenza dei *Centri diurni*, strutture di natura ambulatoriale e a carattere semiresidenziale che accolgono, nelle ore diurne, soggetti disabili di età compresa fra 18 e 65 anni⁹⁰, o degli *Istituti per non*

⁸⁹ Ai sensi del citato art. 3 della L. 104/1992, "È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione". Sotto il profilo definitorio e terminologico, giova precisare che la nozione giuridica di "disabilità" ha attinto, e non potrebbe essere altrimenti, dalla definizione medico-sanitaria elaborata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), a partire dal 1980, quando venne pubblicata la prima "Classificazione Internazionale delle Menomazioni, delle Disabilità e degli Svantaggi esistenziali", seguita, nel 1999, dalla pubblicazione della nuova "Classificazione Internazionale delle Menomazioni, delle Attività personali (ex Disabilità) e della Partecipazione sociale (ex Handicap o Svantaggio esistenziale)", ove viene definitivamente abbandonato il termine "handicap". Poco dopo, nel maggio 2001, l'OMS perviene ad una nuova classificazione, la "Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute" (I.F.C.), sui cui molteplici aspetti innovativi non si può in questa sede soffermarsi.

⁹⁰ Analoghe strutture, così denominate, sono invece destinate in via esclusiva a soggetti anziani (ultrasessantacinquenni) non autosufficienti. In tema, v. nota 7.

vedenti, che presentano analoghe caratteristiche strutturali e operative; il godimento di appositi *servizi di trasporto*, perlopiù finalizzati al raggiungimento dei Centri diurni o dei diversi istituti semiresidenziali (che talora sono dislocati in comuni diversi da quelli in cui gli utenti risiedono); la fruizione di *assistenza domiciliare* tramite applicazione di personale con qualifica di operatore socio-assistenziale (OSA); ecc.. Strutture, quelle appena richiamate, in genere aventi la qualifica di ONLUS⁹¹, che forniscono⁹² per conto dei comuni e delle A.S.L. servizi di carattere socio-sanitario e/o assistenziale in favore dei disabili, finalizzati al raggiungimento di un adeguato grado di autonomia e partecipazione sociale di tali soggetti e delle loro famiglie.

Sul punto si tornerà nei successivi §§ 3. e 4., ove verranno affrontate le questioni di più ampio respiro sistematico inerenti al Progetto individuale e ai servizi alla persona (*rectius*: alla loro mancata attuazione). Nelle pagine che immediatamente seguono, invece, verranno ripercorsi ed esaminati gli itinerari giurisprudenziali relativi all'analogha fattispecie degli (omessi) interventi di sostegno scolastico allo studente disabile (incorporati nel P.E.I.).

2.2 Quale giudice per il disabile?

2.2.1 Il canone di riparto della giurisdizione sancito da S.U. Civ. n. 25011 del 2014 in ipotesi di omessa o carente attivazione dell'amministrazione *in subiecta materia*.

Tanto premesso, prima di occuparci della questione relativa alla natura e alla "consistenza-resistenza" della pretesa vantata dalla persona disabile (e dai suoi famigliari) in ordine all'effettiva erogazione dei servizi alla persona riconosciuti con l'approvazione del Progetto individuale, giova soffermarsi sulla diversa ma intimamente connessa questione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo: è su questo terreno, infatti, che sono emersi i profili di maggior interesse sistematico.

Il problema si è perlopiù posto, in dottrina⁹³ come in giurisprudenza⁹⁴, in relazione all'analogha ma non del tutto coincidente fattispecie in cui l'omessa attuazione, da parte dell'amministrazione competente, riguarda(va) non già i servizi alla persona *stricto sensu*, bensì le misure previste nel già elaborato P.E.I. in favore dello studente disabile, ovverosia l'(effettiva) attribuzione del numero di

⁹¹ In quanto possiedono i requisiti previsti dal D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460.

⁹² In conformità al loro oggetto sociale, alle finalità di cui all'art. 1 della L. 328/2000 e alle specifiche esigenze di volta in volta rilevate in sede diagnostico-funzionale, dipoi formalizzate nei progetti individuali.

⁹³ L. DIOTALLEVI, "La giurisdizione sui diritti 'fondamentali' alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo", in *Giur. cost.*, 2015, pp. 291 ss.; S. TROILO, "Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale", Giuffrè, Milano, 2012; ID., "I 'nuovi' diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili tra principi e realtà", in *Forum Quaderni costituzionali*, 2016; A. PAVAN, "La 'delicata' questione della continuità educativo-didattica", in *Giur. di merito*, 2010; F. GIRELLI, "Quale giudice per gli alunni con disabilità?", in *Giur. cost.*, n. 4/2015, pp. 1475 ss.; G. DI GENIO, "Sostegno scolastico e tutela costituzionale del disabile", in *Forum Quaderni costituzionali*, 2016; ID., "Handicap e integrazione tra disciplina scolastica, quadro economico e riforme territoriali", in *Il Diritto dell'Economia*, n. 1/2006, Modena, pp. 165 ss..

⁹⁴ Per la giurisprudenza ordinaria, *ex multis*, S.U. Civ., ord. 19 luglio 2013, n. 17664; S.U. Civ., ord. 29 aprile 2009, n. 9954; S.U. Civ., ord. 25 marzo 2009, n. 7103; S.U. Civ., ord. 19 gennaio 2007, n. 1144. Per la giurisprudenza amministrativa, v. *infra*, nota.

ore necessarie per il sostegno didattico e l' (effettiva) assegnazione di personale docente specializzato. Per lungo tempo, e fino ad anni recenti, la Corte regolatrice della giurisdizione aveva ritenuto⁹⁵, sul presupposto che il servizio di sostegno scolastico costituisse non già oggetto di un contratto di utenza regolato dalla disciplina privatistica, bensì servizio pubblico previsto direttamente dalla legge e, come tale, conseguente al provvedimento di ammissione alla scuola, che il relativo contenzioso fra amministrazione scolastica e familiari dell'alunno disabile andasse ricondotto nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (già prevista, in materia di servizi pubblici, dall'art. 33 del D.Lgs. 80/1998, riprodotto, dopo la riscrittura ad opera della Corte costituzionale, nell'odierno art. 133 co. 1, lett. c).

Attuando un parziale *revirement*⁹⁶ rispetto alla propria giurisprudenza precedente, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza 25 novembre 2014, n. 25011⁹⁷, hanno ritenuto che, una volta intervenuta l'approvazione del Piano Educativo Individualizzato elaborato dal personale docente della scuola ricevente e dagli operatori sanitari con la partecipazione dei genitori, la domanda diretta ad ottenere l'insegnante di sostegno per un numero di ore corrispondente a quello indicato nel Piano suddetto spetta al giudice ordinario, atteso che, esaurita la fase prodromica alla formazione del documento, non residua in capo all'amministrazione scolastica alcun potere discrezionale atto a sacrificare o rimodulare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili, la misura del supporto integrativo, dovendo essa assicurare l'assegnazione del personale docente specializzato anche tramite il ricorso, se del caso, all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto numerico tra insegnanti e alunni previsto dalla normativa di settore⁹⁸. Ciò al fine di rendere effettivo la fruizione del "*diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini*", nel rispetto dei principi e delle finalità dei principi e finalità che informano la disciplina sul sistema integrato in favore della disabilità, sanciti dall'art. 1 della L. 328/2000⁹⁹. L'omessa o

⁹⁵ S.U. Civ., ord. 19 gennaio 2007, n. 1144; S.U. Civ., ord. 29 aprile 2009, n. 9954; S.U. Civ., 25 marzo 2009, n. 7103; S.U. Civ., ord. 19 luglio 2013, n. 17664.

⁹⁶ Tanto la stessa sentenza delle Sezioni Unite Civili del 2014, quanto, più marcatamente, le successive pronunce di legittimità e di merito che ne hanno recepito il *dictum*, fanno espresso riferimento ad una "rimeditazione" del precedente indirizzo. Va tuttavia precisato, come non si è mancato di fare in dottrina già all'indomani della sentenza in commento, che dalla lettura dei precedenti richiamati alla superiore nota (che decidevano i ricorsi per giurisdizione proposti del Ministero della Pubblica Istruzione, convenuto ora dinanzi al TAR, ora dinanzi al tribunale ordinario), non è in realtà agevole comprendere se le controversie ad essi sottese, per l'aumento delle ore di sostegno attribuite all'alunno inabile, si riferiscano ad una vicenda in cui la contestazione investe i contenuti del P.E.I. ovvero, viceversa, la sua mancata attuazione (e cioè l'assegnazione in concreto di un numero di ore di sostegno inferiore a quello nominalmente previsto dal suddetto Piano).

⁹⁷ Per un ampio commento alla pronuncia, F. GIRELLI, "*Quale giudice per gli alunni con disabilità?*", in *Giur. cost.*, n. 4/2015, pp. 1475 ss.; S. NOCERA, "*Scuola, nuova sentenza della Cassazione sul sostegno. Ma non va esaltata*", in www.superabile.it, dicembre 2015.

⁹⁸ L'attivazione di posti in deroga è stata reintrodotta, dopo la parentesi abrogativa del 2007 e l'intervento ripristinatorio della Consulta del 2010 (sulla quale v. *infra*), dall'art. 19 comma 11 della L. 111/2011, ed è disciplinata dall'art. 15 co.1, 2 e 2-*bis* del d.l. 12 settembre 2013, n. 104, convertito in L. 8 novembre 2013, n. 128, e dall'art. 4 del già citato D.P.C.M. 23 febbraio 2006 n. 185. Nel senso che gli oneri finanziari per il sostegno ai disabili sarebbero a carico delle scuole paritarie, pur con le precisazioni ivi contenute, S.U. Civ., 16 maggio 2014, n. 10821, commentata da G. TULUMELLO, "*Senza oneri per lo Stato: l'insegnante di sostegno per i disabili è a carico delle scuole paritarie*", Nota a sentenza, consultato in www.academia.edu.

⁹⁹ A tenore del quale, "*La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione*".

insufficiente erogazione, da parte dell'amministrazione scolastica, del servizio di sostegno "cristallizzato", nelle modalità e nella misura, dall'approvazione del piano individuale si risolve in una "sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile all'attivazione, in suo favore, di un intervento conforme alle specifiche esigenze correlate rilevate, condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico: l'una e l'altra sono pertanto suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, una discriminazione indiretta".

2.2.2 (segue) Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa dopo S.U. Civ. n. 25011/2014, tra "uniformazione creativa" e contrasto velato.

Il principio enunciato dal Supremo Collegio con la pronuncia ora richiamata non sembra, già nell'immediato, essere a pieno recepito dalla giurisprudenza amministrativa (per le ragioni che si vedranno, *amplius*, nelle pagine seguenti). Infatti, in larvata polemica¹⁰⁰ con le Sezioni Unite, il TAR Sicilia - Palermo, Sezione III, con la sentenza 3 dicembre 2014, n. 3111, muovendo dal rilievo che compito della pubblica amministrazione è la "redistribuzione di risorse nell'assolvimento dei doveri e obblighi di tutela", e che "tale ripartizione, che produce nella sfera giuridica del disabile grave gli effetti lesivi lamentati [...], è all'evidenza improntata a criteri discrezionali", ha osservato che "la mancata attribuzione di tutte le ore di sostegno indicate nel P.E.I. non è mai una mera omissione negligente, ma è l'effetto di una scelta volitiva, conseguente ad una ponderazione comparativa, tendente a minimizzare e a ripartire fra i soggetti aventi diritto le ricadute pregiudizievoli della limitatezza delle risorse disponibili. L'affermazione di un inadempimento mero nell'attuazione del diritto è dunque, in questa materia, obiettivamente collidente con la realtà normativa", ponendosi l'attuazione del P.E.I. "al di fuori di una vicenda meramente esecutivo-adempitiva, in cui l'amministrazione sarebbe priva di poteri autoritativi, di un diritto in tesi già conformato: sicché il Collegio ritiene che sussista la giurisdizione di questo Tribunale Amministrativo Regionale".

Analoghe perplessità, in relazione all'indirizzo inaugurato dalla Corte regolatrice con la sentenza 25011/2014, sembrano emergere nell'ordinanza del Consiglio di Stato del 21 settembre 2015, n. 4374, con cui la VI Sezione rimette la *quaestio iuris* all'Adunanza Plenaria, avendo rilevato, peraltro, che la soluzione di riservare al G.A. le sole controversie inerenti alla fase procedimentale che si conclude con la formazione del P.E.I., e di devolvere al G.O. quelle relative alla fase attuativa dello stesso, per un verso "sembra porsi in contrasto con i principi di semplificazione e concentrazione delle competenze giudiziarie in settori unitari"; e, per altro verso, sembra trascurare che "anche nella fase vincolata, peraltro, la concreta erogazione del servizio sembra interpretabile non come adempimento di un obbligo, ma

¹⁰⁰ Il TAR Sicilia - Palermo, nella sentenza in commento, afferma infatti, tuttavia pervenendo dipoi ad una conclusione che difficilmente si concilia con la posizione espressa delle Sezioni Unite, che "proprio una consapevole e coerente applicazione del criterio indicato dalle SS.UU. nella richiamata sentenza n. 25011 del 25 novembre 2014 conduce alla conclusione che la conformazione del diritto allo studio del disabile non è operata dallo strumento programmatico (che, nella teoria della predeterminazione dell'attività amministrativa, ha una mera funzione di autovincolo al successivo esercizio del potere discrezionale): ma dal provvedimento amministrativo che, in esercizio del potere autoritativo, e sulla base delle norme primarie da ultimo richiamate, assegna l'insegnante di sostegno. Lo scrutinio della legittimità di tale provvedimento avviene alla stregua di un duplice paradigma normativo: le disposizioni normative (anche sovranazionali), e la norma programmatica di autovincolo".

come espressione di un potere-dovere, [...] a cui si contrappongono, per quanto attiene alla correttezza del procedimento amministrativo, posizioni di interesse legittimo”.

L’Adunanza Plenaria, con sentenza 12 aprile 2016, n. 7, pur senza specificamente addentrarsi nel merito della questione concernente la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto la fase successiva all’approvazione del P.E.I.¹⁰¹, si limita ad affermare che, anche accedendo all’opzione ermeneutica più restrittiva del perimetro della giurisdizione amministrativa in materia, “le controversie aventi ad oggetto la declaratoria della consistenza dell’insegnamento di sostegno ed afferenti alla fase che precede la formalizzazione del P.E.I., restano affidate alla cognizione del giudice amministrativo. Mentre, infatti, la Cassazione¹⁰² ha escluso la giurisdizione amministrativa per le controversie afferenti alla fase di attuazione del P.E.I. sulla base del duplice rilievo che, dopo la definizione del piano, l’Amministrazione scolastica resta priva di qualsivoglia potestà che la autorizzi a ridimensionare il numero di ore di sostegno ivi stabilito e che l’eventuale omessa, puntuale attuazione del piano integra gli estremi di una discriminazione indiretta, azionabile ai sensi della L. n. 67 del 2006 e del D.Lgs. n. 150 del 2011 solo dinanzi al giudice ordinario (per espressa previsione legislativa), le medesime argomentazioni non risultano in alcun modo spendibili per escludere le controversie afferenti alla fase prodromica al P.E.I. dal perimetro della giurisdizione esclusiva amministrativa”. Il supremo organo di Giustizia amministrativa non manca altresì di prendere posizione in ordine alla controversa tesi della c.d. “indegradabilità” o “inaffievolibilità” dei diritti fondamentali¹⁰³, secondo la quale tali diritti sarebbero refrattari a qualsiasi intervento pubblico

¹⁰¹ È opinione di alcuni commentatori che, con la sentenza 12 aprile 2016, n. 7, il supremo organo di Giustizia amministrativa abbia definitivamente accolto il principio di diritto enucleato dalle Sezioni Unite, ponendo fine al contrasto profilatosi. E, d’altra parte, non può tacersi che le stesse Sezioni Unite, con la recente ordinanza 28 febbraio 2017 n. 5060, di cui subito *infra*, richiamando il principio espresso da S.U. 25011/2014, affermano che “in questo senso si è orientata anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 12 aprile 2016 n. 7)”. Non pare, per il vero, che una tale affermazione sia del tutto condivisibile: nell’argomentare in motivazione, l’Adunanza Plenaria non dichiara (né, a parer mio, lascia intendere) di aderire *sic et simpliciter* all’impostazione accolta dalle Sezioni Unite, ma si limita ad affermare che, nel caso in considerazione, ove la vicenda si colloca in una fase anteriore all’approvazione del P.E.I., la giurisdizione del G.A. si imporrebbe in ogni caso, ossia alla luce di qualsivoglia orientamento esistente *in subiecta materia*, compreso quello postulato dall’ “*esegesi più restrittiva e riduttiva del perimetro della giurisdizione amministrativa, operata con la più volte menzionata sentenza delle Sezioni Unite*”. L’integrale lettura della sentenza e il tenore di alcune espressioni utilizzate restituiscono anzi l’opposta impressione che, al di là della prevedibile soluzione offerta al caso concreto, l’A.P. abbia prudentemente scelto di non “spingersi” proprio per evitare l’insorgere di un contrasto, rinunciando alla possibilità di articolare un *obiter* sulla estensione della giurisdizione ex art. 133 co. 1, lett. c) anche alla fase esecutiva del P.E.I.. In breve, è come se l’A.P. avesse detto: “non volendo contraddire, mi limito a dire solo quel che è strettamente necessario”.

¹⁰² Il riferimento è, chiaramente, a S.U. n. 25011/2014.

¹⁰³ Detta tesi deve farsi risalire ad alcune pronunce rese, alla fine degli anni ’70, dalle Sezioni Unite Civili in sede di regolamento di giurisdizione, ed in particolare alla sentenza 9 marzo 1979, n. 1463. Nonostante alcuni recenti tentativi di “abbandono”, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale 27 aprile 2007, n. 140, e nonostante il contrario avviso della giurisprudenza amministrativa e di larga parte della dottrina, la tesi in parola seguita a godere di un certo credito nella giurisprudenza della Suprema Corte e delle corti ordinarie di merito. Cfr., *ex multis*, S.U. 17 giugno 2013, n. 15115; S.U. 27 febbraio 2012, n. 2923; S.U. 5 dicembre 2011, n. 25925; S.U. 6 febbraio 2009, n. 2867; Cass., S.U. 24 giugno 2005, n. 13548; S.U. 10 maggio 2001, n. 192; S.U. 18 novembre 1997, n. 11432; S.U. 20 gennaio 1992, n. 2092. Sul punto la sentenza delle Sezioni Unite 25011/2014, recependo coerentemente l’impostazione accolta dalla Corte costituzionale con le note sentenze nn. 191/2006 e 140/2007, afferma al punto 2.6 della motivazione, pur operando una discutibile sovrapposizione fra “diritti fondamentali” e “diritti costituzionalmente garantiti”, che “la natura fondamentale del diritto all’istruzione del disabile non è di per sé sufficiente a ritenere devolute le controversie che ad esso si riferiscono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice ordinario dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale”; precisando che “la categoria dei diritti fondamentali non delimita un’area impenetrabile all’intervento di pubblici poteri autoritativi [...], sempre più spesso chiamati, non solo all’assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico e tenendo conto, ai fini del soddisfacimento dell’interesse generale, del limite delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli

autoritativo, con la conseguenza che le relative controversie, avendo l'amministrazione agito a detrimento di essi in carenza di potere, si radicherebbero sempre in capo al giudice ordinario (e mai a quello amministrativo). Invero, al paragrafo 4.3 della citata pronuncia, si precisa che *"la pacifica natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata, quand'anche qualificato come 'fondamentale', (non) esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa. Per un verso, infatti, la profondità della capacità cognitiva del giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici comprende senz'altro anche la tutela dei diritti soggettivi, in ragione della natura esclusiva della giurisdizione codificata all'art. 133 c.p.a., e, per un altro, il carattere fondamentale del diritto nella specie azionato non può certo essere decifrato come un'eccezione innominata al perimetro della giurisdizione esclusiva. La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali"*. Ciò – prosegue l'Adunanza Plenaria, richiamando il (formalmente) conforme punto 2.6 della sentenza n. 25011/2014 delle Sezioni Unite – *"non vale in alcun modo a sminuire l'ampiezza della tutela giudiziaria agli stessi assicurata, nella misura in cui al giudice amministrativo è stata chiaramente riconosciuta la capacità di assicurare anche ai diritti costituzionalmente protetti una tutela piena e conforme ai precetti costituzionali [...], che nessuna regola o principio generale riserva in via esclusiva alla cognizione del giudice ordinario"*.

L'orientamento inaugurato con la citata sentenza n. 25011/2014 è stato, di recente, ribadito dalle Sezioni Unite Civili con la sentenza 20 aprile 2017, n. 9966 e con l'ordinanza 28 febbraio 2017, n. 5060, ove in quest'ultima, rilevato *"il pacifico appartenere della vicenda in esame alla fase precedente all'approvazione del Piano Educativo"*, si afferma sussistere la giurisdizione del G.A., confermando *"che la giurisdizione del giudice ordinario scatta a seguito della redazione conclusiva, da parte dei soggetti pubblici competenti, del Piano Educativo Individualizzato, contenente l'indicazione delle ore di sostegno necessarie ai fini dell'educazione e dell'istruzione: in tal caso si è di fronte ad un diritto, ad essere seguiti da un docente specializzato, già pienamente conformato, nella sua articolazione concreta, rispetto alle specifiche necessità dell'alunno disabile, e non vi è più spazio discrezionale, per la pubblica amministrazione - autorità, per diversamente modulare da un punto di vista quantitativo, e quindi per ridurre, gli interventi in favore della salvaguardia del diritto all'istruzione dello studente disabile"*; viceversa, *"le controversie aventi ad oggetto la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno ed afferenti alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato, restano affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lettera c), c.p.a."*.

Merita di segnalarsi, ancora, la sentenza 3 maggio 2017, n. 2023, resa dalla VI Sezione del Consiglio di Stato, che con pregevole sforzo motivazionale ricostruisce dettagliatamente la normativa sull'inclusione scolastica, che lo stesso Collegio definisce *"di qualità molto scarsa [...]* e *notevolmente*

organi competenti".

In tema, ex multis, L. CORAGGIO, *"La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze"*, in *Dir. proc. amm.*, 28, 2010, pp. 763 ss.; L. DIOTALLEVI, *"La giurisdizione sui diritti 'fondamentali' alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo"*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 291 ss.; E. PATRONI GRIFFI, *"L'eterno dibattito sulle giurisdizioni fra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento"*, in *Federalismi.it*, 24, 2011.

frammentat(a) e disarmonic(a)”, evidenziando le peculiarità inerenti all’*iter* che precede l’adozione del P.E.I. ed individuando la soglia terminale del relativo procedimento amministrativo non già nell’approvazione del progetto da parte del dirigente scolastico, bensì nella proposta formulata dal G.L.H.O.¹⁰⁴ sul numero di ore di sostegno necessarie in relazione al singolo studente disabile, con la conseguente illegittimità dell’atto, censurabile dinanzi al TAR in sede di giurisdizione esclusiva, con cui l’amministrazione si discosti da tale indicazione¹⁰⁵. Ciò, beninteso, non significa che in capo allo studente disabile sia “*configurabile un diritto incondizionato all’assistenza ‘ottimale’ (essendo i diritti sociali a prestazione diritti finanziariamente condizionati)*”, ma che “*esiste, pur sempre, un nocciolo duro di garanzie atto ad impedire che il diritto allo studio di questi soggetti possa essere semplicemente nominale, sacrificato sull’altare delle disponibilità finanziarie*”. Il Consiglio di Stato afferma altresì sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo sul diritto dello studente disabile all’insegnante di sostegno, espressamente eccettuando i soli casi in cui il ricorrente deduca specificamente la “*sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno*” ai sensi dell’art. 3 co. 3 della L. 67/2006, che attribuisce siffatte controversie all’autorità giudiziaria civile, dotandola di specifici poteri, anche inibitori, correlati alla gravità della condotta accertata (sul punto, v. *infra*, § 3.). Alle medesime conclusioni perviene, da ultimo, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con la sentenza 5 novembre 2018, n. 671 (sulla quale, v. subito *infra*).

Non appare infondato supporre che le surriferite sentenze abbiano “messo a nudo”, conclamandolo, un vero e proprio contrasto tra l’opzione esegetica accolta dalle Sezioni Unite Civili e quella che, già da tempo, sia pur con contorni incerti e taluni persistenti profili controversi, affiorava nelle pronunce dei collegi di giustizia amministrativa; contrasto che un comprensibile *self-restraint* del Consiglio di Stato nei confronti della Corte regolatrice della giurisdizione aveva mantenuto *in nuce*, ma che il contenuto di alcune puntuali decisioni aveva già, almeno in parte, disvelato. Invero, nonostante la (formale) “attestazione di conformità” ed il (formale) richiamo operato al canone di riparto sancito dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 25011/2014, i più recenti arresti della giurisprudenza amministrativa, poc’anzi citati, in definitiva asseverano che in tanto sussiste la giurisdizione ordinaria in quanto l’interessato abbia rappresentato gli elementi di fatto in cui la discriminazione si concreta, ferma restando la giurisdizione esclusiva ogni qualvolta il ricorrente impugni gli atti del procedimento o contesti un comportamento dell’amministrazione¹⁰⁶, senza che debba o possa assumere “*rilievo il momento nel quale intervengano le determinazioni attributive all’alunno di un numero di ore di sostegno inferiore a quello atteso*”. Richiamando alcuni passaggi argomentativi già sviluppati nella decisione 29 luglio 2016 n. 234, il C.G.A.R.S. osserva infatti che “*la natura di domande giudiziali quale quella anche qui introdotta non viene influenzata, cioè, ‘dal fatto che essa sia proposta quando le determinazioni non siano state ancora cristallizzate nel P.E.I. adottato a conclusione dell’iter procedimentale*

¹⁰⁴ Gruppo di Lavoro per l’Handicap Operativo.

¹⁰⁵ Si legge al paragrafo 30.6 della citata sentenza: “*Poiché nessuna disposizione ha attribuito agli Uffici scolastici il potere di sottoporre a un riesame di merito quanto proposto dal G.L.H.O., l’art. 4. Del D.P.C.M. n. 185 del 2006, che definisce «autorizzazione» l’atto del dirigente preposto dell’Ufficio scolastico regionale, va allora interpretato nel senso di prevedere un atto meramente ricognitivo, il quale constata che sussistono i relativi presupposti di spesa, senza poterli modificare, e giustifica l’impegno e il pagamento delle relative somme*”.

¹⁰⁶ Ovverosia – precisa il C.G.A.R.S. – quando il ricorrente lamenti “*la mancata corrispondenza tra il provvedimento finale del dirigente scolastico e la proposta del G.L.H.O. (ovvero lamentando che si stata data illegittimamente prevalenza a ragioni di contenimento della spesa)*”; oppure quando lamenti “*la mancata concreta fruizione delle ore di sostegno, attribuite dal dirigente in conformità alla proposta del G.L.H.O., perché il medesimo dirigente, per la carenza delle risorse fornite dagli Uffici scolastici, ha affrontato provvisoriamente la situazione con misure di ‘redistribuzione’ delle ore di sostegno*”.

relativo (come nel caso della fattispecie che ha dato occasione alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria), ovvero quando invece esse lo siano state in un momento successivo'. Invero, 'da un lato, non esiste [...] momento nel quale le determinazioni già assunte si sottraggono a possibilità di verifica (vi restano esposte anche quelle eventualmente maturate dopo la conclusione delle ordinarie attività didattiche dell'anno scolastico in discussione)'; 'dall'altro, nessuna delle verifiche in oggetto è preclusa dalla già intervenuta definizione del P.E.I. (sul quale infatti le verifiche che si manifestino opportune/necessarie comunque reagiscono)'. Da ciò la conclusione dell'irrilevanza, sempre sotto il profilo dell'appartenenza della giurisdizione, 'del fatto che la determinazione lesiva sia intervenuta in concreto prima o dopo la conformazione del diritto del disabile da parte del P.E.I.'".

2.2.3 (segue) Un contrasto in atto tra le Sezioni Unite e la giurisprudenza amministrativa? Lo "spettro" della tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali.

Appare opportuno, a questo punto, domandarsi se il dichiarato ossequio, da parte della giurisprudenza amministrativa, ai principi sanciti dalle Sezioni Unite con la sentenza 25011/2014 sia meramente formale, celando un vero e proprio contrasto ermeneutico, o se esso, all'opposto, rifletta una più profonda adesione al contenuto euristico della citata pronuncia, abbracciandone e valorizzandone profili di non immediata intelligibilità che, pur presenti, sono rimasti adombrati dall'altisonante enunciazione (anche in sede mediatica) della massima estrapolata. La domanda da porsi è, in altri termini, la seguente: se le Sezioni Unite, a partire dalla sentenza 25011/2014, abbiano inteso affermare la giurisdizione ordinaria con esclusivo riferimento alle controversie, successive all'approvazione del P.E.I., aventi quale *causa petendi* una discriminazione rilevante ai sensi della più volte citata L. 67/2000, ovvero se il canone di riparto basato sulla distinzione tra una fase procedimentale conformativa del diritto ed una fase attuativa del medesimo prescindendo dalla prospettazione di una condotta discriminatoria, ponendosi quest'ultima quale mera conseguenza occasionale della carente o insufficiente erogazione del servizio riconosciuto nel P.E.I.

Deve a questo proposito richiamarsi il punto 2.6 della motivazione in diritto, ove, con riferimento al P.E.I. già redatto, prospettando l'alternativa tra un diritto già pienamente conformato nella sua articolazione concreta e il residuo, in capo all'amministrazione, di spazi discrezionali per rimodulare autoritativamente la misura degli interventi di sostegno (o, finanche, in circostanze eccezionali temporaneamente sospenderli), il Supremo Collegio assevera che "la soluzione è nel senso del primo corno dell'alternativa". Muovendo dall'analisi sistematica delle indicazioni provenienti dal formante legislativo interno, condotta alla luce dalla Convenzione ONU di New York del 13 dicembre 2006¹⁰⁷ e dalle fonti comunitarie¹⁰⁸, nonché dai principi lumeggiati dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 80/2010 (poi ribaditi e precisati dalla successiva sentenza n. 275/2016, su cui v. *infra*, § 4.), le Sezioni Unite, dopo aver negato che la tesi dell'indegradabilità dei

¹⁰⁷ Resa esecutiva con legge di autorizzazione 3 marzo 2009, n. 18. In tema, ampiamente, N. FOGGETTI, "Diritti umani e tutela delle persone con disabilità. La Convenzione delle Nazioni Unite del 13 febbraio 2006", in *Riv. coop. giur. int.*, 2009, pp. 104 ss.; ID., "La tutela delle persone con disabilità nel diritto internazionale", Key Editore, Vicalvi, 2017.

¹⁰⁸ Il riferimento è all'art. 2 del TUE, agli artt. 9, 10 e 19 del TFUE ed agli artt. 14, 20, 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché, tra le fonti derivate, alla Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, espressamente estesa per la prima volta alla disabilità, sulla quale V. PICCONE, "Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato", in *Questione Giustizia*, 15 febbraio 2017.

diritti fondamentali possa costituire un utile *discrimen* della giurisdizione, giungono all'enucleazione di un canone di riparto fondato sul momento cui accede la condotta denunciata, avendo cura di precisare che *"l'omissione o le insufficienze nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione, di quella attività doverosa [...] sono pertanto suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli studenti normodotati"¹⁰⁹, una discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2 della legge 67 del 2006, per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta".*

Non sembra che la pronuncia in commento si presti ad essere interpretata nel senso della irrilevanza del momento (anteriore o successivo alla conformazione del diritto nel P.E.I.) in cui interviene la determinazione lesiva, come vorrebbe la più recente giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e del C.G.A.R.S.. L'inconciliabilità, rispetto alla statuizione "aprifila" delle Sezioni Unite Civili, delle opzioni ricostruttive prescelte ed enunciate dai collegi di giustizia amministrativa (che solo per alcuni limitati profili si sono posti in aperto e motivato contrasto, perlopiù dissimulando tale divergenza mediante argomentazioni che, nella sostanza, "stravolgono" il nucleo essenziale della sentenza n. 25011/2014), appare risiedere principalmente nelle diverse conseguenze attribuite alla carenza di potere che connota la nuova valutazione presupposta al contegno (in tutto o in parte) "inadempiente" dell'amministrazione. Non può infatti trascurarsi, come ha perspicuamente rilevato il TAR Sicilia - Palermo con la citata sentenza n. 3111/2014, che, ad eccezione di irrealistiche ipotesi in cui l'amministrazione ometta di erogare l'intervento con dolo ovvero per mera negligenza, l'inattuazione del P.E.I. consegue sempre ad una valutazione comparativo-discrezionale di indole provvedimentale o comunque attuosa, tuttavia illegittima perché posta in essere al di fuori dello schema procedimentale che fissa il momento valutativo (tecnicamente vincolato dai dettami scientifici, e dunque cogenti, dalla diagnosi funzionale) in capo ad un organo diverso (il G.L.H.O., nella specie) da quello investito del dovere di garantire l'esatta erogazione dal servizio (il dirigente scolastico, nella specie; nonché, in via eventuale, il Ministero dell'Istruzione e/o l'Ufficio Scolastico Regionale). Non è in discussione la natura della posizione soggettiva conformatasi a seguito dell'approvazione del P.E.I.: essa è, in ognuna delle letture offerte, pacificamente di diritto soggettivo "perfetto" (alla fruizione del servizio "cristallizzato" nel Piano).

Le Sezioni Unite, pur negando in astratto che sia sottratta al giudice amministrativo la cognizione dei diritti fondamentali incisi, a vario titolo, dal potere pubblico, sembrano ricorrere ad una petizione di principio per affermare la sussistenza della giurisdizione ordinaria in relazione all'ipotesi che ci occupa: rimane infatti in ombra la ragione sistematica per cui, nonostante il chiaro disposto dell'art. 133 co. 1, lett. c) c.p.a., e nonostante la mancata adesione al criterio di riparto postulato dalla tesi della "inaffievolibilità" dei diritti fondamentali, la cognizione in materia di attuazione del P.E.I. debba radicarsi in capo al giudice ordinario; al punto da ingenerare il dubbio che, nonostante le premesse, le Sezioni Unite abbiano di fatto adottato, quale criterio decisorio sul punto, proprio la

¹⁰⁹ F. GIRELLI, 2015, *op. cit.*, pp. 1494-1495 in riferimento a tale passaggio del "Considerato in diritto", che definisce "poco limpido", osserva che *"il giudice della legittimità assume in sostanza che la scuola, nel momento in cui assegna un numero di ore di sostegno inferiore a quello stabilito nel PEI, per evitare di porre in essere una discriminazione ai danni dell'alunno disabile, dovrebbe corrispondentemente ridurre anche le ore di insegnamento curricolare"*. Secondo S. NOCERA, 2015, *op. cit.*, si tratterebbe di *"principio totalmente contrario alla logica dell'inclusione"*, che *"invalida radicalmente tutta la cultura inclusiva italiana che è stata sancita in Italia dall'art. 13 comma 6 della L. n. 104/92 sulla contitolarità della classe da parte del docente per il sostegno che deve sostenere i colleghi curricolari nel delicato compito, di loro competenza primaria, di includere l'alunno con disabilità nel gruppo dei compagni"*.

denegata teoria dei diritti “indegradabili”. La circostanza che la sentenza n. 25011/2014 possa avere surrettiziamente riproposto un canone di riparto fondato sulla tesi della indegradabilità sembra avvalorata dall’affermazione secondo cui “una volta che il Piano Educativo Individualizzato [...] abbia prospettato il numero di ore necessarie [...] l’amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale [...] capace di rimodulare o sacrificare, in via autoritativa, [...] la misura di quel supporto”: non si comprende, se non alla luce del più importante della tesi della “indegradabilità” dei diritti fondamentali (carente il potere pubblico, carente la giurisdizione amministrativa¹¹⁰), come una siffatta argomentazione, di per sé condivisibile, possa ineludibilmente condurre ad affermare la sussistenza della giurisdizione ordinaria, ove si tenga in debita considerazione la circostanza, ben messa in luce dalla giurisprudenza amministrativa (v. *supra*, § 2.2.2), che l’inattuazione del servizio consacrato nel Piano “non è mai una mera omissione negligente, ma è l’effetto di una scelta volitiva, conseguente ad una ponderazione comparativa”.

La sola ragione che pare offrire adeguato supporto alla statuizione sul criterio di riparto sancito dalla sentenza n. 25011/2014 è, semmai, di natura (non già sistematica, ma) *normativo-positiva*: la previsione contenuta all’art. 3 della L. 67/2006, che attribuisce all’autorità giudiziaria ordinaria le controversie in cui si faccia questione di condotte discriminatorie in danno di soggetti disabili. Epperò, delle due l’una: o il dato positivo è dirimente, e come tale giustifica la giurisdizione (ordinaria) a prescindere dal momento (anteriore o posteriore all’approvazione del P.E.I.) in cui intervenga la vicenda discriminatoria, e dunque a prescindere dalla natura (meramente omissiva o illegittimamente comparativa) degli atti in cui essa si concreti; oppure, se il criterio di riparto deve polarizzarsi su considerazioni di carattere sistematico, occorre che esse siano adeguatamente sviluppate per spiegare la recessività (*rectius*: l’inoperatività) dell’art. 133 c. 1, lett. c) c.p.a..

In definitiva, l’impressione è che le pronunce delle corti di giustizia amministrativa colgano nel segno, inquadrando correttamente la fattispecie in esame sotto il profilo dei principi in tema di giurisdizione ricavabili dalle attuali coordinate ordinamentali, ma che, non potendosi apertamente discostare dal *dictum* delle Sezioni Unite quale unico giudice della giurisdizione, attribuiscono alla citata sentenza una latitudine contenutistica ed una sequenza di sfumature nel rapporto regola-eccezione che essa, a giudizio di chi scrive, non possiede. Uno schema di riparto ossequioso del dato normativo positivo, dei principi in tema di giurisdizione e dei profili qualificatori che, nella materia *de qua*, appaiono maggiormente condivisibili, potrebbe essere il seguente:

- stante l’inequivoca formulazione dell’art. 2 co. 3 della L. 67/2006, che accoglie una nozione oggettiva e lata di “discriminazione indiretta” (sulla quale v. *infra*, § 3.), sono devolute alla giurisdizione ordinaria, per effetto del criterio della *lex specialis derogans*, tutte le controversie in cui l’interessato deduca, quale *causa petendi*, una discriminazione rilevante ai sensi della predetta legge, tanto che essa sia riferibile alla fase procedimentale (di natura essenzialmente vincolata dalle risultanze della diagnosi funzionale che accerta, in conseguenza della tipologia e della misura delle disabilità rilevate, l’entità del supporto necessario), tanto che essa inerisca alla successiva fase attuativa (ove il diritto è pienamente conformato nel suo contenuto specifico ed insuscettibile di modificazioni *in peius*, fintantoché non intervenga una nuova rilevazione diagnostico-funzionale).

¹¹⁰ Impostazione già presente, in termini maggiormente espliciti, nelle sentenze delle Sezioni Unite 11 gennaio 2011, n. 3670 e 30 marzo 2011, n. 7186, relative a controversie analoghe a quella decisa con la pronuncia in commento.

- per converso, ogni altra questione relativa al P.E.I. che non venga incardinata nel binario discriminatorio (sia che essa verta *tout court* sulla spettanza del Piano, sia che verta sulla misura e le modalità del sostegno da riconoscere, sia che verta sul diritto all'effettiva piena erogazione del sostegno riconosciuto) spetta al G.A. in sede di giurisdizione generale di legittimità o di giurisdizione esclusiva, a seconda che l'interesse di volta in volta azionato si atteggi in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo (profilo, quest'ultimo, che meriterebbe senz'altro approfondimento, ma sul quale non ci si può in questa sede soffermare, trattandosi di questione che involge, a monte, la teoria sull'interesse legittimo, e che non può dirsi peculiare rispetto al tema sullo sfondo).

Non può tuttavia tacersi che anche un sistema di riparto così congegnato, frutto di una sintesi tra il principio enucleato dalle Sezioni Unite e gli "aggiustamenti", variamente articolati, prospettati dalla giurisprudenza amministrativa, sconta inevitabili limiti. Non solo e non tanto perché, elevando la prospettazione del ricorrente¹¹¹ a *discrimen* della giurisdizione in materia, si espone a tutte le obiezioni, perlopiù superabili e superate, che in tema di riparto di giurisdizione tradizionalmente circondano la c.d. "criterio della prospettazione"; quanto per la diversa considerazione che, a ben vedere, nella materia che ci occupa, alle condotte dell'amministrazione conseguono sempre effetti discriminatori riconducibili nell'ampia nozione oggettiva di "discriminazione indiretta" di cui all'art. 2 co. 3 della L. 67/2006. La prospettazione di parte, corollario del principio dispositivo, finisce allora per generare, nei casi in esame, uno scollamento tra la vicenda materiale e quella formalizzata in giudizio non già meramente occasionale ed eventuale (ossia configurabile all'esito della delibazione nel merito della domanda), ma sistematico e fisiologico, ossia immanente alle ipotesi in cui, nonostante il carattere discriminatorio (indiretto) sia sempre *in re ipsa* nella condotta omissiva dell'amministrazione, l'interessato non abbia dedotto tale profilo in sede di atti introduttivi (o di *mutatio libelli*). In breve, una condotta senz'altro discriminatoria potrebbe, in ipotesi, non venire mai in rilievo come tale, con conseguente recessività della disciplina introdotta dal legislatore nel 2006. Una tale perplessità, considerata la delicata natura degli interessi in gioco, non pare meritevole di una svalutazione in chiave formalistica e riflette una criticità di non poco momento nel sistema di riparto sopra ipotizzato.

Concludo con una provocazione: se sia pensabile un meccanismo che, pur senza sottrarre alle Sezioni Unite della Cassazione il "monopolio" sulla giurisdizione, possa perlomeno attivare un dialogo istituzionale, pubblico e conoscibile, in ordine alle questioni più controverse inerenti la giurisdizione, tra il Supremo Collegio di giustizia ordinaria e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, anch'essa investita di funzione nomofilattica e titolare di indiscusso prestigio. La certezza della giurisdizione è un valore a metà, se non accompagnata dalla *giustizia*, in chiave dialettica, di tale certezza.

3. Misure per la tutela giudiziaria del disabile vittima di discriminazioni (L. 1 marzo 2006, n. 67)¹¹²

¹¹¹ Nella specie, infatti, è tale non solo, naturalmente, chi adisca il G.A., ma anche colui il quale intende dolersi della discriminazione subita dinanzi al G.O., posto che, come vedremo, l'art. 3 co.1 della L. 67/2006 prevede l'introduzione della relativa domanda con ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*

¹¹² In tema, oltre ai contributi che verranno richiamati nelle pagine seguenti in relazione alle singole questioni trattate, E. SACCHETTINI, "Per i disabili vittime di discriminazioni tutela specifica e risarcimento del danno", in *Guida al dir.*, n. 14/2006, pp. 35 ss.; C. CRAPANZANO, "La tutela giudiziaria dei disabili: la difesa contro le discriminazioni prevista dalla Legge n. 67 del 2006",

3.1 Lineamenti generali della disciplina.

Le argomentazioni sin qui svolte, a prescindere dalle conclusioni cui si pervenga, non possono che ritenersi valide, pur con alcune necessarie precisazioni di cui a breve si dirà, anche con riguardo all'ipotesi in cui sia ascrivibile all'amministrazione comunale l'omesso o insufficiente espletamento dell'attività doverosa che, a norma del già citato art. 14 co. 2 della L. 328/2000, riguarda i c.d. "servizi alla persona" del disabile adulto, incorporati nel P.A.I. (*supra*, § 2.). Ciò alla luce dell'omogeneità strutturale, oggettiva e soggettiva, della fattispecie esaminata dalle Sezioni Unite (e dalla giurisprudenza amministrativa) e di quella ora richiamata, nonché dell'identità di *ratio* sottesa alle discipline che contemplano (*rectius*: impongono) l'adozione del Piano Individuale Educativo (P.E.I.) e del Piano Assistenziale (P.A.I.), ambedue oggi afferenti al Progetto individuale di cui all'art. 14 cit.. L'inattuazione, per un arco temporale significativo, del P.A.I. predisposto ed approvato per il sostegno (extrascolastico) alla persona disabile, infatti, appare del tutto assimilabile all'inattuazione dell'omologo piano educativo previsto dall'art. 12 della L. 5 febbraio 1992 n. 104, come integrato dalla già richiamata normativa secondaria.

In attesa di un nuovo intervento delle Sezioni Unite che chiarisca il ruolo e la portata effettivi della (prospettata) condotta discriminatoria nelle vicende *de quibus*, dovendosi senz'altro ritenere che un ruolo vi sia, anche e soprattutto ai fini del riparto di giurisdizione, vale la pena soffermarsi sulla disciplina introdotta dalla L. 1 marzo 2006 n. 67 recante "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", e, in particolare, sulla peculiare connotazione che il concetto di "discriminazione indiretta" assume in relazione all'ipotesi in cui l'"inadempimento" (*lato sensu...* o *proprio sensu?* v. *infra*, § 3.4) del comune pregiudichi il diritto, già conformatosi nella sua articolazione concreta, alla effettiva fruizione dei servizi alla persona riconosciuti nel P.A.I..

Dopo aver fissato, all'art. 1, finalità ed ambito applicativo¹¹³ della disciplina in commento, il legislatore si occupa di definire i concetti di "parità di trattamento" e, specialmente, "discriminazione". L'art. 2 co. 1 precisa che "Il principio di parità di trattamento comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio della persona con disabilità". E' appena il caso di rilevare che, con siffatta disposizione, il legislatore non pare aver dato vita ad un adeguato sforzo definitorio: la nozione offerta, infatti, anziché recepire e compendiare le indicazioni provenienti dalla corposa giurisprudenza costituzionale in materia, si limita a riprodurre, tautologicamente, quanto già ricavabile dalla nozione minima, attinta dal senso comune, di "parità di trattamento".

Halley Editrice, Matelica, 2007; M. BARBERA, "Il nuovo diritto antidiscriminatorio", Giuffrè, Milano, 2007, pp. 77 ss.; R. MARUFFI, "Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 123 ss.; S. BALDI LAZZARI, "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2, 2007, p. 3 ss.; S. MARCELLINO, "Tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", in *Persona e danno*, 2007; A. MARRA, "La tutela contro la discriminazione dei disabili in Italia: legge n. 67 del 2006", in *Dir. fam. e pers.*, 2008, pp. 2162 ss.; R. MARCHE, "Gli effetti discriminatori della condotta omissiva della P.A.: legge 67/2006 e mancata attuazione del progetto individuale ex art. 14 legge 320/2000", in *Dir. amm.*, 8 ottobre 2009.

¹¹³ Dispone l'art. 1 co. 1: "La presente legge, ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, promuove la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali". Saggiunge il comma 2: "Restano salve, nei casi di discriminazioni in pregiudizio delle persone con disabilità relative all'accesso al lavoro e sul lavoro, le disposizioni del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, recante attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro".

È tuttavia sui successivi commi 2, 3 e 4 che giova soffermarsi ai nostri fini. Il co. 2 dell'art. 1 contiene la nozione di "discriminazione diretta", che *"si ha quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga"*. L'effettiva portata del concetto ora richiamato verrà precisata nel contesto della disamina riservata alla nozione di "discriminazione indiretta" di cui al successivo comma 3 (v. *infra*, § 3.2.); per il momento basti rilevare che la modesta accuratezza definitoria del legislatore si spiega, qui, in ragione della condivisibile necessità di mantenere larghe le "maglie" della nozione *de quo*.

Tale necessità sottende, parimenti, il disposto di cui al co. 4, a tenore del quale *"sono, altresì, considerati come discriminazioni le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la libertà e la dignità di una persona con disabilità, ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti"*. Va premesso che, per le ragioni che si diranno tra poco, appare preferibile ritenere che tale "appendice definitoria" acceda alla sola nozione di discriminazione diretta, e non anche a quella di cui al precedente comma 3. A prescindere da ciò, tuttavia, la formulazione del comma 4 si presta ad una duplice considerazione critica: 1) al condivisibile scopo di estendere l'ambito oggettivo della discriminazione (diretta) rilevante ai fini della tutela giudiziaria *ad hoc*, vengono "tipizzate" condotte discriminatorie che ben potrebbero considerarsi già ricomprese nell'ampia nozione di cui al comma 2 (il che rischia di generare, come in tutte le ipotesi in cui il legislatore ricorra ad una siffatta tecnica, dubbi circa l'effettiva portata della clausola generale cui la tipizzazione complementare accede); 2) il maggior grado di dettaglio del comma 4, ove sembrerebbero richiedersi presupposti ulteriori, di tipo effettuale (violazione della libertà e della dignità ovvero creazione di un clima ostile), rispetto all'ipotesi-base di cui al comma 2, appare per un verso pleonastico (trattandosi di effetti che conseguono indefettibilmente ai *"comportamenti posti in essere per motivi connessi alla disabilità"*) e, per altro verso, concettualmente incoerente e poco funzionale allo scopo di ampliare la sfera di tutela (l'utilizzo, nell'ultima proposizione, della congiunzione "e" in luogo di "o" sembrerebbe richiedere il simultaneo ricorrere di effetti che, per loro natura, possono verificarsi anche singolarmente).

3.2 La sussumibilità del contegno omissivo dell'amministrazione comunale nel concetto di "discriminazione indiretta" ex art. 2 co. 3 della L. 67/2006.

Di particolare interesse è, ai nostri fini, il comma 3 recante la nozione di "discriminazione indiretta", che ricorre allorché *"una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone"*. Il tenore letterale della disposizione, in una con la considerazione delle finalità della disciplina dettata dalla L. 67/2006, suggerisce di ritenere che costituisca discriminazione indiretta qualsiasi atto, omissivo o commissivo, che oggettivamente realizzi il risultato di porre una persona disabile in condizioni di svantaggio rispetto sia ai soggetti normodotati che ad altri soggetti

disabili¹¹⁴, rappresentando tale risultato la mera conseguenza di fatto di una condotta neutra, ossia scevra della volontà di nuocere al soggetto proprio in quanto disabile.

Tale opzione interpretativa appare preferibile sulla base di plurime considerazioni letterali e sistematiche. Anzitutto, l'assenza della locuzione "*per motivi connessi alla disabilità, [...] è trattata*", che appare diretta proprio ad includere nella nozione di discriminazione indiretta quelle condotte slegate dalla considerazione della condizione di disabilità del soggetto destinatario di esse. In secondo luogo, ove si ritenesse che la dizione "*apparentemente neutre*" valesse a ricomprendere le sole condotte in cui l'elemento soggettivo del nocimento al disabile (in quanto tale) è solo "dissimulato", escludendo le altre in cui esso sia del tutto assente, la definizione di cui al comma 3 finirebbe per essere del tutto superflua, in quanto già desumibile dall'ampio (e sfumato) concetto di discriminazione diretta tratteggiato dal comma 2: di talché, in applicazione del canone ermeneutico di salvezza, deve ritenersi che il concetto di discriminazione indiretta valga proprio a ricomprendere tutte quelle condotte che, in qualunque forma, realizzino il risultato descritto (ossia la condizione comparativa di svantaggio del disabile), a prescindere da ogni determinazione volitiva, patente o latente, in ordine alla natura discriminatoria delle modalità della condotta o del loro effetto. Il che, per converso, vale ad escludere dall'area della discriminazione indiretta quelle condotte che, pur animate da intenti emulativi e polarizzate sul profilo individuale della disabilità, non pongano la persona disabile in una posizione di effettivo svantaggio rispetto ai soggetti normodotati, essendo la mera condotta discriminatoria sussumibile nel combinato disposto dei commi 2 e 4.

In definitiva, secondo l'esegesi della disciplina in discorso che si ritiene preferibile, devono ritenersi ricomprese nel concetto di discriminazione diretta tutte le condotte in cui l'elemento soggettivo si polarizza sulla disabilità del destinatario, a prescindere che si realizzi o meno una situazione di concreto pregiudizio per quest'ultimo; rientrano, viceversa, nel concetto di discriminazione indiretta quelle condotte in cui l'intento discriminatorio polarizzato sulla disabilità sia assente, ma che, di fatto, producano l'effetto di porre il disabile in una condizione, generale o specificamente riferita ad un singolo ambito esistenziale, deteriore rispetto a quella goduta dai soggetti normodotati. Con l'ulteriore precisazione che nella discriminazione diretta il risultato (eventuale) dello svantaggio è conseguenza diretta e voluta (o quantomeno rappresentata) della condotta; mentre, nella discriminazione indiretta, detto risultato (indefettibile) si pone quale conseguenza soltanto indiretta della condotta, ossia mediata dalla condizione di disabilità del soggetto (ove così non fosse, infatti, verrebbe meno il necessario collegamento tra la condotta denunciata e la condizione di disabile del soggetto, che giustifica l'applicazione della disciplina, e sfumerebbe la distinzione fra un qualsivoglia pregiudizio ed un pregiudizio connesso alla disabilità, ancorché non voluto). Aderendo ad una siffatta ricostruzione dell'art. 2 della L. 67/2006, può dubitarsi della congruità dei termini "diretta" e "indiretta" adoperati dal legislatore; pur riconoscendo la difficoltà di individuare espressioni dotate di sufficiente attitudine descrittiva, rispetto a fenomeni complessi come quelli in esame, sarebbe stato

¹¹⁴ Stante il ricorso all'espressione "*rispetto ad altre persone*". Diversamente, nella nozione di discriminazione diretta di cui al co.2 viene in rilievo, quale secondo termine del giudizio di comparazione, la sola "*persona non disabile*". Pur dovendosi dar atto di tale differenza terminologica, non sembra ragionevole accoglierne il portato applicativo, ossia che una discriminazione diretta (che, peraltro, è quella che si connota per il maggior disvalore) non possa configurarsi qualora la diversità di trattamento si profili in relazione ad altro soggetto disabile (che, ad es., goda di un trattamento privilegiato da parte dell'amministrazione o di un ente del terzo settore). Diversamente opinando, la norma sarebbe seriamente sospettabile di incostituzionalità.

forse preferibile, a giudizio di chi scrive, denominare le due tipologie di condotte come “condotte discriminatorie” *tout court* e “condotte neutre ad effetto discriminante”.

Come già osservato in precedenza (*supra*, § 2.), anticipando una considerazione che si ricava dall’analisi appena conclusa, deve ritenersi che le omissioni dell’amministrazione scolastica concernenti il diritto del disabile al riconoscimento e all’attuazione del sostegno didattico integrino *in re ipsa* condotte discriminatorie *ex art. 2 co. 3 L. 67/2006*, a prescindere dalla loro prospettazione in giudizio determinativa della giurisdizione ordinaria. Occorre allora domandarsi se tale conclusione si mantenga valida in relazione all’omesso o carente apprestamento, da parte delle amministrazioni comunali, dei c.d. “servizi alla persona” individuati nel Piano Assistenziale Individualizzato (P.A.I) e dovuti al disabile adulto in forza del Progetto individuale elaborato ai sensi dell’art. 14 della L. n. 328/2000.

Potrebbe infatti sostenersi che, essendo quello di discriminazione un concetto ontologicamente “di relazione”, che necessita di un *tertium comparationis* (logicamente individuato, rispetto alle persone con disabilità, nei soggetti normodotati), esso non si presterebbe a ricomprendere quelle ipotesi in cui la mancata o incompleta erogazione riguardi i servizi alla persona del disabile adulto, che rappresentano (a differenza del servizio scolastico che, naturalmente, spetta a tutti) prestazioni sociali riferibili esclusivamente ai soggetti di cui all’art. 3 della L. 5 febbraio 1992, n. 104.

Una siffatta impostazione sconta però un’evidente sovrapposizione di piani distinti: il servizio di cui lo studente disabile fruisce, in via esclusiva rispetto agli alunni normodotati, è quello individuato nel P.E.I. (tipicamente, le ore di sostegno e l’assegnazione di personale docente specializzato), a sua volta preordinato al pieno ed effettivo godimento del diritto all’uguaglianza e all’istruzione rispettivamente sanciti dagli artt. 3 e 34¹¹⁵ Cost., di cui tutti gli individui sono indistintamente titolari; specularmente, i servizi alla persona individuabili o già individuati nel P.A.I. sono sì esclusivi dei soggetti disabili adulti, ma pur sempre preordinati all’effettività del diritto, comune a tutti, all’uguaglianza sostanziale ed all’esplicazione della personalità individuale quale *unicum* inscindibile di tutela sancito dagli artt. 2 e 3 Cost., che trova il suo più diretto corollario in materia di disabilità nell’art. 32 e nell’art. 38 commi 1 e 4 Cost., e che la giurisprudenza¹¹⁶ perspicuamente inquadra nel concetto di “progetto individuale di vita”, elevato dalla Corte costituzionale, con le sentenze 80/2010 e 275/2016 (su cui v. *infra*, § 4.), a limite negativo vincolante (persino) per il legislatore. E proprio la Corte costituzionale, già a partire dalla sentenza 3 giugno 1987, n. 215, rammentava per un verso come la frequenza scolastica fosse, “insieme alle pratiche di cura e riabilitazione ed al proficuo inserimento nella famiglia”, cui senz’altro ineriscono i servizi alla persona delineati dal P.A.I., “un essenziale fattore di recupero del portatore di handicap e di superamento della sua emarginazione, in un complesso intreccio in cui ciascuno di tali elementi interagisce sull’altro e, se ha evoluzione positiva, può operare in funzione sinergica ai fini del complessivo sviluppo della personalità”; e, per altro verso, “come sul tema della condizione giuridica del portatore di handicaps confluiscono un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale; e che, conseguentemente, il canone ermeneutico da

¹¹⁵ Art. 34 Cost., che, in riferimento a soggetti disabili, trova il suo “punto di chiusura” nell’art. 38 co. 3 Cost., a mente del quale “Gli inabili e i minorati hanno diritto all’educazione e all’avviamento professionale”.

¹¹⁶ Oltre alle già richiamate pronunce (Sezioni Unite Civili 25 novembre 2014, n. 25011; Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023; C.G.A.R.S. 29 luglio 2016, n. 234; Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 aprile 2016, n. 7; TAR Sicilia - Palermo, Sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111), si vedano, *ex multis*, TAR Toscana, Sez. I, 18 aprile, n. 763; TAR Sicilia, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 472; Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5194.

impiegare in siffatta materia è essenzialmente dato dall'interrelazione e integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela".

Sarebbe irrazionale, d'altra parte, affermare il diritto del disabile all'istruzione quale momento prodromico al suo miglior livello possibile di socializzazione e realizzazione personale, e ritenere che la tutela dovuta, anche in sede giurisdizionale, possa assumere un'intensità variabile in ragione delle diverse fasi della vita del soggetto, raggiungendo la massima espansione nella (sola) fase dell'età scolastica. Un approccio siffatto sembra tradire una concezione delle esigenze di tutela connesse alla disabilità ingiustificatamente sbilanciata sul versante dell'utilità pubblicistica degli strumenti istruttivo-educativi, a guisa che essi meriterebbero una più incisiva e stabile tutela sol perché potenzialmente in grado (non già di "emancipare" il soggetto disabile, ma) di sollevare le istituzioni dagli oneri correlati all'assistenza. E trascura, nondimeno, che la Carta e le fonti sovranazionali tratteggiano la tutela della disabilità primariamente come diritto, costituzionalmente protetto, di pertinenza individuale, che per un verso trova fisiologica attuazione negli strumenti amministrativi previsti dalla legge per assicurare sostegno perpetuo al soggetto disabile attraverso forme di intervento dinamicamente combinate e mutevoli; e che, per altro verso, abbisogna di modalità "rinforzate" di tutela giurisdizionale, quali quelle previste dalla L. 67/2006, estese anche alle prestazioni sociali che, per la loro natura, sono esclusivamente riservate a soggetti disabili. Proprio alla garanzia di continuità del percorso istituzionale di accompagnamento del disabile verso un'esistenza dignitosa e piena, nella più elevata misura possibile, devono ritenersi ispirate (a monte) la L. 5 febbraio 1992, n. 104 e (a valle) la disciplina sul sistema integrato di interventi e servizi sociali introdotta con la L. 328/2000, i cui principi e finalità sono espressi al già citato art. 1 co. 1¹¹⁷.

Il concetto di "discriminazione indiretta" riesce allora a ricomprendere anche l'omessa o carente attuazione, da parte dell'amministrazione comunale tenuta in forza dell'art. 14 co. 2 del suddetto decreto, dei servizi alla persona individuati nel Progetto assistenziale, dovendosi individuare in tali ipotesi il "secondo polo" del giudizio di comparazione discriminatoria (non nel godimento di un singolo diritto costituzionalmente protetto, qual è l'istruzione, bensì) immediatamente nel diritto ad un'esistenza dignitosa¹¹⁸ e all'esplicazione piena della personalità individuale. In altri termini, la tutela giudiziaria antidiscriminatoria assume, nelle ipotesi in esame, una connotazione immediatamente *esistenziale*¹¹⁹ e si salda direttamente al *valore-fine* cui tende la trama costituzionale sulla disabilità (v. *supra*, § 1.), senza che debbano necessariamente venire in rilievo ulteriori norme

¹¹⁷ V. nota 24. Il successivo co. 7 precisa, richiamando il comma 3 ultimo periodo dell'art. 117 Cost., che "Le disposizioni della presente legge costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione".

¹¹⁸ Sul punto, diffusamente, N. BRUZZI, "La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale", Commento a Trib. Catanzaro 15 gennaio 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013; ID., "Discriminazione indiretta: la responsabilità corre su due binari", Commento a Trib. Roma 4-10 giugno 2014, in *Resp. civ. e prev.*, 2014.

¹¹⁹ A differenza del diritto all'istruzione e all'avviamento professionale del disabile (art. 38 co.3 Cost.), che, nell'ipotesi ricostruttiva prospettata, cui si accennava già nel § 1., si pongono quali *valori-mezzo* del sistema costituzionale di tutela. Il che, chiaramente, non ne esclude l'autonoma rilevanza costituzionale ed azionabilità, proprio in quanto diritti che, per la loro particolare attitudine ad incidere sulla qualità della vita dell'individuo, si pongono in rapporto di stretta e necessaria strumentalità con il *valore-fine* della garanzia di un'esistenza dignitosa in cui poter coltivare un autonomo "progetto di vita". Sarebbe allora irrazionale offrire un certo tipo di strumenti a garanzia del diritto all'istruzione in quanto momento qualificato di un più complesso e ampio diritto del disabile all'esplicazione piena della propria personalità, e negarne l'esperibilità laddove tale diritto venga in rilievo *ex se*, ossia in forma non-mediata da altro valore costituzionale. In tal senso sembra deporre la citata Convenzione ONU del 2006, allorché, nel Preambolo, definisce la disabilità come "risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri", adombrando uno spazio di tutela ben più ampio di quello relativo al diritto all'istruzione (specificamente riconosciuto dall'art. 24).

costituzionali attuative, nei rispettivi settori di tutela (istruzione, lavoro, salute, patrimonio ecc.), del principio personalista proclamato dagli artt. 2 e 3 co. 2 Cost..

3.3 Profili di rito e poteri condannatori del giudice civile.

L'art. 3 della L. 67/2006 individua *per relationem* le forme della tutela giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti di cui all'art. 2: il comma 1 rinvia infatti alle *"forme previste dall'art. 44, commi da 1 a 6 e 8 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"*¹²⁰. Per un difetto di coordinamento, l'art. 3 co.1 della legge in commento continua a rinviare ai commi da 1 a 6 e 8 dell'art. 44 T.U. imm., quantunque i commi da 3 a 7 siano stati abrogati dall'art. 28 del D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, recante norme in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione¹²¹, che ha ampiamente riscritto il predetto art. 44, mantenendo invariati i soli commi 1 e 8. Dispone infatti l'odierno art. 44 commi 1, 2 e 8 T.U. imm.: *"1. Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione. 2. Alle controversie previste dal presente articolo si applica l'articolo 28 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150. [Commi 3 - 7 abrogati]. 8. Chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti, diversi dalla condanna al risarcimento del danno, resi dal giudice nelle controversie previste dal presente articolo è punito ai sensi dell'articolo 388, primo comma, del codice penale"*. Le controversie in materia di discriminazione, ivi comprese quelle in danno di soggetti disabili, sono dunque regolate dal rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-bis e ss. c.p.c., al condivisibile scopo di improntare la tutela antidiscriminatoria a criteri di celerità e snellezza¹²².

¹²⁰ D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Prima della modifica introdotta dall'art. 28 del D.Lgs. 1 settembre 2011 n. 150, i commi da 2 a 6 dell'art. 44 del T.U. imm. statuivano quanto segue: *"1. [...]. 2. La domanda si propone con ricorso depositato, anche personalmente dalla parte, nella cancelleria del tribunale del luogo di domicilio dell'istante. 3. Il tribunale in composizione monocratica, sentite le parti, omessa ogni formalità, non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto. 4. Il tribunale in composizione monocratica, provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Se accoglie la domanda emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi. 5. Nei casi di urgenza il tribunale in composizione monocratica provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il tribunale in composizione monocratica, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati nel decreto. 6. Contro i provvedimenti del tribunale è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'art. 729, secondo comma, del codice di procedura civile. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737, 738 e 739 del codice di procedura civile. [...]. Il contenuto dispositivo del comma 8 è rimasto sostanzialmente invariato, essendosi la riforma limitata a sopprimere il riferimento inattuale ai "provvedimenti del pretore"*.

¹²¹ In attuazione dell'art. 54 della L. 18 giugno 2009, n. 69 (G.U. n. 140/2009).

¹²² È appena il caso di rilevare che si tratta ormai di un modello di carattere generale, che costituisce il referente normativo privilegiato della tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nei diversi settori dell'ordinamento. Si pensi, oltre al già citato D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, al D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215, attuativo della direttiva 2000/43/CE, per la parità di trattamento delle persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, nonché al D.Lgs. 216/2003, attuativo della direttiva 2000/78/CE, per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. In tema, per un'articolata disamina dei profili sostanziali e processuali della "fattispecie discriminatoria" ampiamente intesa, anche alla luce dell'evoluzione legislativa, nonché sul rapporto tra gli ambiti operativi delle discipline di cui al D.Lgs. 216/2003 e alla L. 67/2006, B. CHECCHINI, *"Discriminazione contrattuale e tutela della persona"*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 96-124.

E sempre ad un chiaro *favor* processuale è ispirato il co. 2 dell'art. 3 della L. 67/2006, laddove consente al ricorrente, “*al fine di dimostrare a sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno*”, di avvalersi di presunzioni semplici, ossia di dedurre in giudizio elementi di fatto gravi, precisi e concordanti che il giudice valuta *ex art. 2729 co.1 cod. civ.*¹²³

I successivi commi 3 e 4 accordano ampi poteri al giudice¹²⁴. Si prevede infatti che, ove accolga il ricorso, il giudice può cumulativamente:

- disporre il risarcimento del danno¹²⁵, anche non patrimoniale, se richiesto;
- ordinare la cessazione del comportamento o dell'atto discriminatorio, se persistente;
- adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le peculiarità della fattispecie, a rimuovere gli effetti della discriminazione, compreso imporre l'adozione, entro un termine fissato dal giudice, di un piano per la rimozione delle discriminazioni accertate;
- ordinare la pubblicazione *una tantum* del provvedimento di condanna, a spese del convenuto, su un quotidiano a tiratura nazionale o ad alta diffusione nel territorio di riferimento.

Già dal tenore letterale della disposizione può desumersi la centralità della tutela inibitoria¹²⁶, che, ove richiesta¹²⁷ e (ancora) necessaria, logicamente precede quella risarcitoria. Trattasi di tutela inibitoria che dovrebbe connotarsi per le mercate finalità preventive, oltre che repressive, ben potendosi considerare rivolta, oltre che a rimuovere le violazioni già accertate, a scongiurare il reiterarsi delle stesse. Ciò può ammettersi, con riferimento alla vigente disciplina, in quanto si ritenga che la tutela di tipo ripristinatorio importa automaticamente, nel condannato, la tendenziale astensione da condotte discriminatorie analoghe a quella accertata in giudizio. Purtuttavia, sarebbe stato forse preferibile, per accordare una tutela preventiva ancor più incisiva e, soprattutto, “diffusa”, nei casi in cui l'azione sia stata esercitata dagli enti legittimati ai sensi dell'art. 4 co. 1 in relazione a comportamenti discriminatori aventi “*carattere collettivo*”, riconoscere esplicitamente al giudice il potere di adottare ogni altro provvedimento idoneo, oltre che “*a rimuovere gli effetti della*

¹²³ La disposizione, che può apparire pleonastica in quanto si limita a ribadire un principio generale dell'accertamento giudiziale, è da intendersi come mera puntualizzazione (della non esclusione) della valutabilità delle presunzioni semplici, e non come norma che postula un ulteriore “alleggerimento” probatorio in favore del ricorrente.

¹²⁴ Per alcuni provvedimenti di merito adottati ai sensi dell'art. 3 commi 3 e 4 della L. 67/2006, Cfr. Trib. Siracusa, ord. 6 novembre 2014; Trib. Udine, ord. 15 aprile 2013; Trib. Udine, ord. 28 maggio 2012; Trib. Reggio Emilia, ord. 7 ottobre 2011; Trib. Milano, ord. 4 gennaio 2011; Trib. Taranto – Martina Franca, ord. 4 giugno 2009; Trib. Tempio Pausania, ord. 20 settembre 2007.

¹²⁵ Nonostante alcune voci contrarie, già prima dell'entrata in vigore della L. 67/2006, autorevole dottrina riteneva che la natura di diritto soggettivo “perfetto” del diritto all'educazione del disabile (ma con argomenti che, invero, sembrano potersi estendere all'intera trama costituzionale sulla disabilità), rimontante al complesso dei valori che ispirano il disegno personalista, postulasse la diretta azionabilità giudiziaria del diritto leso, concretantesi nella possibilità di ottenere comportamenti positivi o negativi necessari al suo soddisfacimento da parte dei soggetti tenuti, nonché il risarcimento del danno patito in conseguenza della sua lesione. In tal senso, tra gli altri, F. FURLAN, “*La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*”, in C. Cattaneo (a cura di), *Terzo settore, statualità e solidarietà sociale*, Milano, 2001, pp. 258 ss.. Impostazione richiamata e condivisa, con sguardo retrospettivo, da C. COLAPIETRO, “*Diritti dei disabili e Costituzione*”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 56 ss., e da L. VIOLINI, Art. 38, in M. Celotto – R. Bifulco – A. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, pp. 791 ss..

¹²⁶ In tema, A. GRECO, “*L. 67/2006: tutela inibitoria e risarcitoria per i soggetti disabili vittime di discriminazioni*”, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, I, pp. 263 ss.; V. TURCO, “*Lotta alla discriminazione dei disabili. Doppia tutela: inibitoria e risarcitoria. Ma la norma è lacunosa e pone seri problemi di interpretazione*”, in *Diritto e Giustizia*, 16, 2006.

¹²⁷ Sembra infatti preferibile ritenere che l'azione di cui all'art. 3 co. 1 sia esperibile anche al solo scopo di ottenere il risarcimento del danno sofferto, qualora, al tempo della domanda, le condotte discriminatorie siano già cessate ovvero non sia possibile rimuoverne gli effetti, non potendo in tal caso figurare nel *petitum* l'ordine di cessazione delle predette condotte e/o di rimozione dei relativi effetti. A tale conclusione deve pervenirsi osservando che, nelle analoghe ipotesi in cui tuttavia la cessazione della condotta intervenga nelle more del giudizio già incardinato (ove siano già maturate le preclusioni alla modifica della domanda), ossia prima della pronuncia, non resterebbe al giudice che riconoscere il risarcimento del danno, sempreché sia stato richiesto.

discriminazione”, a *prevenire* in futuro condotte del tipo di quella già censurata, anche imponendo all’autore della discriminazione, se del caso, l’adozione di un apposito piano per la prevenzione delle stesse. Non è infondato supporre che, dietro la prudenza del legislatore, si celino le perplessità che tradizionalmente circondano gli ordini di positivo *facere* rivolti dal giudice alla Pubblica Amministrazione in veste di parte convenuta/resistente condannata¹²⁸: viste le forti resistenze che ancora si registrano sul punto, può già ritenersi soddisfacente, come opportunamente osservato in dottrina, la soluzione adottata dal legislatore del 2006, che senz’altro consente al giudice, ove la condotta discriminatoria dell’amministrazione sia di inerzia, di ordinare a quest’ultima di porre in essere la doverosa attività omessa ovvero altra attività idonea¹²⁹ a rimuovere le conseguenze discriminatorie di quella inerzia.

3.4 La tutela risarcitoria. Ipotesi per un fondamento della responsabilità risarcitoria dell’amministrazione nei casi di omessa attuazione del Progetto individuale (cenni).

Vale la pena soffermarsi altresì sulla tutela risarcitoria, accordata al disabile ove richiesta, e sulla correlativa responsabilità dell’amministrazione resistente quale (ipotetica) autrice della condotta discriminatoria, posta in essere perlopiù in forma omissiva.

Quanto al danno non patrimoniale¹³⁰, è appena il caso di rilevare che la disposizione in commento introduce, nel solco di una ormai consolidata tecnica legislativa, un’ipotesi tipizzata di rinvio all’art. 2059, che subordina la risarcibilità del danno non patrimoniale, intesa quale categoria unitaria a prescindere dall’articolazione in più voci di danno¹³¹, all’espressa previsione di legge. È del tutto ovvia l’indispensabilità della prova, il cui onere grava sul disabile discriminato, degli elementi

¹²⁸ In questi termini inquadra il problema, risolvendolo in senso positivo alla luce della *littera legis*, R. BELLÌ, “*La non discriminazione dei disabili e la legge n. 67 del 2006*”, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 71 ss., il quale tuttavia, su un piano più generale, ravvisa un’anomalia sistemica nel parziale “passaggio di discrezionalità” dalla P.A. ai giudici.

¹²⁹ Incerti permangono, tuttavia, i limiti entro cui il giudice può determinare il *quomodo* della rimozione delle situazioni discriminatorie, ossia le modalità con cui l’amministrazione è tenuta a provvedervi. Resta dubbio, in particolare, se l’attività esecutiva del provvedimento debba ritenersi rigidamente predeterminata nelle modalità eventualmente indicate, o se, viceversa, essa possa considerarsi assolta ogni qualvolta concretamente elida gli effetti discriminatori della precedente condotta. Il tenore letterale della disposizione sembrerebbe deporre a favore della prima soluzione.

¹³⁰ In argomento, P. VIRGADAMO, “*La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla L. n. 67 del 2006*”, in *Giust. Civ.*, n. 2/2007, pp. 263 ss.; G. TUCCI, “*Risarcimento del danno non patrimoniale nel caso di atti di discriminazione diretta e di molestie contro disabili*”, in *Questione Giustizia*, 2007.

¹³¹ A partire dalle note *sentenze San Martino*: S.U. 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975. Nel caso di discriminazioni in danno di persone disabili, sembrano suscettibili di venire in rilievo, almeno in astratto, tanto il danno dinamico-relazionale (o esistenziale), quanto il danno morale e quello biologico. La casistica in materia, tuttavia, mostra che l’azione antidiscriminatoria (e le azioni con analogo *petitum* incardinate nel “secondo binario” della giurisdizione esclusiva del G.A.) si presta maggiormente, se non esclusivamente, a veicolare la domanda diretta a conseguire il ristoro del danno c.d. esistenziale, inteso quale lesione ai valori della persona umana garantiti o protetti dalla carta costituzionale ovvero ai diritti costituzionalmente inviolabili. Con esclusivo riguardo all’azione introdotta con rito sommario *ex art. 702-bis c.p.c.*, è appena il caso di rilevare, come osserva MARUFFI, 2007, *op. cit.*, p. 128, che la peculiare struttura “a trattazione ed istruttoria sommaria” del rito (sia pur a cognizione piena, come deve senz’altro ritenersi) mal si concilia, in alcuni casi, con la complessità degli accertamenti postulati della doppia tutela risarcitoria accordata, sicché apparirà opportuno, in tali ipotesi, disporre la conversione del rito ai sensi dell’art. 702-ter co. 3 c.p.c.. Nel senso che la lesione della correlativa situazione soggettiva del disabile, di rango costituzionale, integra pacificamente il diritto al risarcimento del danno esistenziale, ricorrendone i presupposti, Consiglio di Stato, Sez. III, 27 ottobre 2014, n. 5317; TAR Sicilia - Palermo, Sez. III, 26 gennaio 2016, n. 219; TAR Toscana, Sez. I, 22 settembre 2012, n. 1894.

costitutivi del pregiudizio sofferto¹³² (e, dunque, sia della lesione che delle conseguenze economico-patrimoniali da essa derivate), in più occasioni ribadita dalla giurisprudenza amministrativa.

Quanto al danno patrimoniale, ferma l'applicazione delle regole generali in tema di risarcibilità (art. 1223 cod. civ.) e onere probatorio (art. 2697 cod. civ.), è controverso se nell'ambito del procedimento ex art. 3 L. 67/2006 sia risarcibile il danno emergente patito da soggetti diversi dal disabile (ad es., le spese sostenute dai famigliari per ovviare alla prolungata omessa erogazione del servizio di trasporto presso il Centro di diurnato riconosciuto dal P.A.I.): non ritengo, tuttavia, almeno in relazione alle ipotesi in cui la persona danneggiata sia il legale rappresentante del disabile, per mezzo del quale questi sta in giudizio, che l'opzione restrittiva meriti condivisione, non ravvisandosi indici letterali in tal senso e trattandosi pur sempre di danni che, in ossequio ai principi generali in tema di responsabilità, possono considerarsi "conseguenza immediata e diretta" della condotta discriminatoria. Né l'opposta soluzione appare in linea con le esigenze di concentrazione ed economia processuale, laddove impone al soggetto danneggiato che sia anche rappresentante legale del disabile di introdurre la domanda risarcitoria con separato giudizio, secondo le modalità ordinarie¹³³.

La giurisprudenza non si è soffermata sulla natura della responsabilità derivante da atti o comportamenti illegittimi in danno di soggetti disabili, che tuttavia viene implicitamente ricompresa nell'alveo della responsabilità aquiliana. In relazione alle ipotesi in cui gli atti o le condotte *de quibus*, censurate attraverso il procedimento previsto dall'art. 3 della L. 67/2006 ovvero in sede di giurisdizione esclusiva del G.A., siano ascrivibili ad un'amministrazione pubblica, è stata ritenuta necessaria la (prova della) sussistenza della colpa dell'amministrazione medesima¹³⁴. A questo proposito, in attesa che la questione venga organicamente affrontata in sede applicativa, pare opportuno osservare che, nei casi in cui la lesione discenda dall'omessa o insufficiente attuazione del Progetto individuale recante, ai sensi dell'art. 14 della L. 328/2000, le misure di sostegno in favore del disabile (ed oggi comprensivo anche del P.E.I.), la responsabilità risarcitoria imputabile all'amministrazione sembrerebbe potersi ragionevolmente ricondurre al paradigma della *responsabilità da contatto sociale qualificato*, ove il contatto qualificato risiede nella stessa origine procedimentale del dovere attuativo¹³⁵. E ciò, beninteso, a prescindere dalla natura provvedimentoale

¹³² Peraltro ribadita, pur nell'ambito di controversie introdotte e decise in sede di giurisdizione esclusiva del G.A. (non essendo stata dedotta dal ricorrente la discriminatorietà della condotta ed azionato il corrispettivo procedimento ex art. 3 L. 67/2006), in Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 luglio 2015 n. 3400; Consiglio di Stato, VI Sez., 20 aprile 2013 n. 2373; TAR Sicilia - Palermo, Sez. III, 3 dicembre 2014 n. 3111; *et al.*. Per alcuni utili cenni sulle ulteriori questioni risarcitorie, A.R. CAVAZZA, "La determinazione delle ore di sostegno agli studenti disabili tra diritto all'istruzione ed esigenze di contenimento della spesa pubblica", Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 3 maggio 2017, n. 2023, in www.dirittoamministrativo.it, 2017, pp. 18-19.

¹³³ In senso contrario, tuttavia, R. MARCHE, 2009, *op. cit.*, la quale richiama un parere reso dal Tribunale dei Diritti del Disabile in occasione della XI sessione tenutasi a Firenze il 4 ottobre 2008, ove si afferma che "i danni che possono essere fatti valere nella speciale procedura prevista dall'art. 3 della legge 67 sono quelli subiti direttamente dal disabile; qualora si tratti (...) di spese sostenute dalla famiglia del disabile, la domanda deve essere introdotta secondo le ordinarie modalità dai soggetti legittimati, ovvero il genitore o i genitori che hanno sopportato l'esborso".

¹³⁴ Per tutti, C.G.A.R.S. 5 novembre 2018, n. 671; C.G.A.R.S., 31 luglio 2017, n. 351; C.G.A.R.S. 6 luglio 2016, n. 246. Nell'ambito dei procedimenti ex art. 3 L. 67/2006, la colpevolezza dell'autore della condotta discriminatoria, almeno ove questi sia un soggetto diverso da un'amministrazione pubblica, si atteggia diversamente a seconda che si tratti di discriminazione diretta (co. 2) o indiretta (co. 3): nel primo caso, occorrerà la prova del dolo; nel secondo, quello della colpa grave.

¹³⁵ In tal senso, sia pur con riferimento agli obblighi strettamente procedimentali (il che pare giustificare la conclusione, *fortiori causa*, in relazione agli obblighi di indole attuativa che nel procedimento radicano il loro fondamento e il loro contenuto specifico), Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945 e Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157. Lo schema qualificatorio ivi prospettato, rimasto isolato in giurisprudenza, sembrerebbe oggi nuovamente affacciarsi nel dibattito dottrinale. Sul punto, V.

o attuosa (intesa come determinazione di fatto connessa all'*agere publico*) ovvero meramente (in)adempitiva che intenda attribuirsi all'omessa attuazione del servizio riconosciuto e conformato nella fase strettamente procedimentale (ossia programmatoria).

L'inquadramento nello schema contrattualistico dell'obbligo di erogare il servizio predetto postula la qualificazione come "inadempimento" ex art. 1218 cod. civ. dell'omissione ascrivibile alla P.A.¹³⁶, con ciò che ne consegue, tra l'altro¹³⁷, sul piano probatorio, in ordine all'accertamento della colpa e all'apprezzamento delle correlative esimenti. Ciò per altro consentirebbe, su un piano più generale, di giustificare la regola operativa di recente affermazione¹³⁸ per cui la prova dell'illegittimità del provvedimento lesivo (e, dunque, *fortiori causa*, dei comportamenti in-attuativi anche mediatamente riconducibili alla potestà pubblica) vale di per sé a costituire una presunzione semplice di colpa in capo all'amministrazione. Ulteriori elementi sistematici a favore di un inquadramento siffatto della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione possono trarsi, in relazione al danno non patrimoniale, dal principio affermato dalle Sezioni Unite¹³⁹ che ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale anche nell'ambito della responsabilità contrattuale nell'ipotesi in cui l'inadempimento in pari tempo violi i diritti e doveri derivanti dal contratto e leda i diritti costituzionali fondamentali della persona umana.

Non è questa la sede per meglio argomentare una siffatta suggestione, ma essa non pare priva di fondamento nella misura in cui consenta di operare una ricostruzione coerente della responsabilità amministrativa in epoca contemporanea, facendo leva sul concetto di *obbligo di relazione* quale presupposto teorico della "contrattualizzazione" del regime di tutela applicabile al diritto alle prestazioni sociali di pertinenza individuale, almeno laddove siano in gioco interessi costituzionalmente protetti che "differenziano" la posizione del singolo, generando un contatto sociale qualificato con la P.A. da cui discende un *obbligo di prestazione* suscettibile di risarcimento, ove violato, secondo i principi della responsabilità contrattuale.

4. La tesi dei "diritti finanziariamente condizionati": portata e limiti costituzionali di una categoria controversa. La prova esimente dell'amministrazione "inadempiente"

La tesi ora prospettata in ordine alla (possibile) natura della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione apre una finestra sulla connessa questione del rapporto tra il dovere-obbligo della stessa di provvedere all'attuazione dei piani di intervento integrato in favore della disabilità, e le opposte esigenze di contenimento della spesa pubblica, che possono tradursi, in concreto, nella difficoltà o finanche nell'impossibilità di assicurare l'erogazione del servizio.

NERI, "Il 'bene della vita' è tutto nel diritto amministrativo?", in *Giust. Amm.*, 13 settembre 2018.

¹³⁶ E, più a monte, la qualificazione come "prestazione" *stricto sensu* del servizio conformato nel Progetto individuale.

¹³⁷ Si pensi, esemplificativamente, all'applicabilità dei principi di buona fede e correttezza esecutiva quale parametro valutativo dell'adempimento della prestazione.

¹³⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2881; Consiglio di Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 190; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1944.

¹³⁹ A partire dalla nota sentenza 11 novembre 2008, n. 26972.

In tema, l'articolata normativa in materia di strumenti di sostegno per la disabilità ci offre spunti significativi. Circostrandolo la disamina alla disciplina del Progetto individuale previsto dall'art. 14 della L. 328/2000¹⁴⁰, giova anzitutto rilevare che la questione si è posta, con contorni problematici, in relazione ad ipotesi in cui l'amministrazione comunale onerata dell'attuazione del progetto non vi abbia provveduto per motivi in tutto o in parte dipendenti dall'inerzia di altra amministrazione (ad es., dell'amministrazione regionale che abbia ritardato l'approvazione del Piano regionale di cui all'art. 18 co. 6 del citato decreto, attributivo della dotazione finanziaria specificamente destinata agli interventi per il distretto sanitario cui il comune appartiene).

Deve anzitutto precisarsi che non vale ad escludere la responsabilità del comune inadempiente, nel senso dianzi ipotizzato, il richiamo all'inciso "nell'ambito delle risorse disponibili" (o altra locuzione equivalente) contenuto negli artt. 14 co. 2, 18 e 19 co. 1 della L. 328/2000, il quale, infatti, inerisce non già all'attuazione del progetto individuale, bensì alla precedente fase della predisposizione del Progetto medesimo ad opera dei comuni, d'intesa con le A.U.S.L., i quali devono provvedervi, su richiesta dell'interessato, "nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19", concernenti la disciplina per la definizione rispettivamente del "Piano nazionale e regionale degli interventi integrati" e del "Piano di zona dei comuni" (associati negli ambiti territoriali individuati dalla Regione ai sensi dell'art. 8 co. 3, lett. a).

Ne deriva che, una volta approvato, il Progetto individuale deve trovare attuazione a prescindere dall'eventuale ritardo, imputabile a soggetti pubblici diversi dal Comune, con cui intervenga l'apporto di risorse finanziarie *ad hoc*. Il carattere doveroso dell'attuazione del Progetto, da parte del comune, pur in presenza delle segnalate difficoltà di ordine finanziario (le quali abbiano, in ipotesi, impedito di attingere a risorse specificamente destinate agli interventi in campo socio-assistenziale), trova ulteriore conferma in primo luogo nell'inciso, contenuto nell'art. 14 co. 2, "a cui provvede il comune, in forma diretta o accreditata", dal quale esula il riferimento alle risorse disponibili, che, come detto, attiene (non all'attuazione, bensì) alla predisposizione del contenuto del progetto individuale; nonché, in secondo luogo, nel disposto dell'art. 4 co. 2 della L. 328/2000, a mente del quale "Sono a carico dei comuni, singoli e associati, le spese di attivazione degli interventi e dei servizi sociali a favore della persona e della comunità, salvo quanto disposto ai commi 2 e 3¹⁴¹".

La trama normativa ora richiamata, dunque, rassegna un quadro ben diverso da quello talora prospettato dagli enti territoriali in sede processuale: essa attiene al riparto della spesa e, come tale, assume rilevanza meramente interna, ossia nell'ambito dei rapporti finanziari tra le diverse amministrazioni coinvolte nella definizione e nel riparto della spesa socio-assistenziale. Una volta che il Progetto individuale sia stato approvato, nell'ambito delle risorse disponibili, configurando in

¹⁴⁰ E. CARUSO, "L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo", in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario.*, n. 5/2017, pp. 1113 ss.; pp. 2545 ss.; J. LONG, "La cura alla persona 'dipendente' tra etica, legge e contratto", in *Dir. fam e pers.*, n. 1/2010, pp. 478 ss.; I.R. PULLI, "L'azione degli Enti locali nel sistema integrato di interventi e servizi sociali", in *L'amministrazione italiana*, n. 4/2009, pp. 488 ss.; R. MARCHE, 2009, *op. cit.*, pp. 1-8; A. LEBRA, "Elementi di diritto del sistema integrato di interventi e servizi sociali", in *Riv. Tutela*, n. 1/2007, pp. 195 ss.; F. NAPOLITANO, "Sistema integrato di interventi e servizi sociali, il ruolo e la scelta dei comuni nella gestione dei servizi sociali", in *NRLDG*, n. 20/2006; L. CASAGRANDE, "Piano di zona nel sistema integrato di interventi e servizi sociali", in *Studi Zancan*, n. 3/2002, pp. 143-155.

¹⁴¹ I commi 2 e 3 dell'art. 4, che regola il "Sistema di finanziamento delle politiche sociali", attribuiscono alle Regioni la competenza per il riparto dei finanziamenti statali e il cofinanziamento sussidiario degli interventi e servizi sociali, ed allo Stato la definizione e la ripartizione del Fondo Nazionale per le Politiche Sociali (FNPS), nonché le ulteriori spese considerate a carico del comparto assistenziale. In argomento, v. nota 82.

capo all'interessato un diritto, di sicura consistenza ed azionabilità in giudizio, all'effettiva erogazione del servizio assistenziale, la sua inattuazione e il pregiudizio che ne derivi sono in ogni caso imputabili al comune, salvo che questo provi di essersi trovato, alla stregua di un parametro di diligenza qualitativamente e quantitativamente correlato al rango costituzionale dell'interesse protetto (*i.e.*: della natura della prestazione), nell'oggettiva impossibilità di reperire i fondi occorrenti ad assicurare il servizio, non potendo nemmeno attingere, *medio tempore*, alla propria dotazione finanziaria.

Né vale di per sé a ritenere diversamente il rilievo secondo cui, essendo le voci del bilancio delle amministrazioni perlopiù vincolate ad una specifica destinazione pubblicistica, la discrezionalità residua in capo alle singole amministrazioni, specie quelle di minori dimensioni demografiche, sarebbe limitata o tendenzialmente minima: quello che in definitiva deve richiedersi al Comune, per escluderne la responsabilità risarcitoria, è proprio la prova, analitica e documentata, che nessuna delle voci del bilancio potesse essere, in tutto o in parte, utilmente rimodulata o sacrificata in funzione del soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente protetto del disabile alla effettività della servizio assistenziale.

Deve perciò condividersi l'affermazione secondo cui le vicende inerenti alla spesa pubblica non possono "affievolire" i diritti costituzionalmente garantiti, qual è senz'altro il diritto *de quo*, essendo solo apparente il contrasto tra tale affermazione e le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale¹⁴², allorché essa esclude che la tutela accordata all'effettiva erogazione delle prestazioni sociali possa configurarsi come incondizionato diritto a prestazioni positive, dovendosi detta tutela necessariamente raccordare alla "*determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione individuati dal legislatore ordinario*", con conseguente qualificazione dei diritti costituzionalmente garantiti quali "*diritti finanziariamente condizionati*", tutelabili nell'ambito e per il tramite di un ragionevole bilanciamento con ulteriori beni o interessi di pari rilevanza costituzionale, nonché nei limiti della obiettiva disponibilità delle risorse.

Considerazioni siffatte, lungi dall'escludere in automatico la responsabilità dell'amministrazione per la mancata attuazione del Progetto individuale dovuta alla carenza di risorse appositamente destinate, richiedono piuttosto, a tal fine, la prova specifica che l'indisponibilità dei fondi a ciò destinabili sia stata di carattere assoluto, senza che possa assumere rilievo esimente la circostanza, enunciata ma indimostrata in relazione al caso di specie, che in capo ai comuni di piccole dimensioni i margini di discrezionalità nella determinazione delle destinazioni di spesa siano minimi (essendo stata, in tali casi, già realizzata dal legislatore la valutazione di preminenza degli interessi da soddisfare).

L'amministrazione deve allora provare che la circostanza esimente invocata abbia operato in concreto, non lasciando residuare in capo alla stessa margini di apprezzamento in ordine ai diversi interessi pubblici da privilegiare in ragione della limitatezza di risorse disponibili; ciò, beninteso, non si risolve in un indebito sindacato nelle scelte dell'amministrazione, ma postula che l'esercizio della discrezionalità, nell'ambito dei fondi di cui questa può liberamente disporre in situazioni di temporanea emergenza, rifletta, qualitativamente e quantitativamente, la consistenza e rilevanza degli interessi coinvolti nel giudizio di comparazione, tanto più ove la concreta attuazione di uno di essi, oggetto di protezione costituzionale¹⁴³, sia espressamente affidata dalla legge all'amministrazione comunale. *Tertium non datur*: o il comune non dispone *tout court* di fondi che non

¹⁴² Corte cost., sentenze 25 giugno 2008, n. 251 e 2 aprile 2009, n. 94.

siano soggetti a vincolo di destinazione pubblicistica; o esso legittimamente sacrifica, in tutto o in parte ovvero in capo ad uno o più soggetti o categorie omogenee, all'esito di un bilanciamento ragionevole tra gli interessi coinvolti, un bene di rilevanza costituzionale a beneficio di un altro (o di altri), nell'impossibilità acclarata di soddisfarli entrambi (o tutti) con pienezza, muovendosi nell'ambito del *trade off* delimitato dalle disponibilità finanziarie contingenti. Ogni altra evenienza, in ipotesi di omessa o insufficiente erogazione del servizio individuato nel Progetto, non assume valore esimente e dà luogo a responsabilità risarcitoria dell'ente locale, non potendosi peraltro trascurare che l'indiscussa natura di diritto soggettivo, costituzionalmente protetto, configurantesi in capo al soggetto disabile allorché il piano suddetto venga approvato, importa un vincolo ancor più stringente per l'amministrazione, attesa la diversa consistenza e meritevolezza di tutela immediata del diritto facente capo al singolo disabile rispetto a quelli, qualificabili come interessi semplici, facenti capo alla collettività, ovvero a quelli che, pur facenti capo a singoli, non trovano protezione diretta (o la trovano con minor grado di intensità) nei principi costituzionali.

La stessa qualificazione dei diritti oggetto di tutela costituzionale come "*finanziariamente condizionati*", infatti, non riflette un connotato ontologico di tali diritti, ma rappresenta un logico corollario della pluralità dei valori e principi sanciti dalla Carta, cui corrispondono molteplici, diversi e talora confliggenti diritti in capo ai singoli (e alla collettività). Orbene, nulla di diverso affermava la Corte costituzionale, con gli *obiter dicta* richiamati, allorché rilevava che il diritto fondamentale alla salute, al quale deve essere ricondotta, non in via esclusiva, la tutela della disabilità, deve essere garantito nella misura più ampia possibile, sia pur nei limiti delle risorse finanziarie che possono essere destinate alla spesa socio-sanitaria (e socio-assistenziale) e nel rispetto dei margini di discrezionalità insindacabile riservati al legislatore.

E ad una conclusione di ancor più intransigente protezione dei diritti del soggetto disabile perveniva la Corte costituzionale con la più volte citata sentenza 80/2010, ove si affermava che "*La natura fondamentale del diritto, che è tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità [...], impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati*".

Più di recente, con la sentenza 16 dicembre 2016 n. 275¹⁴⁴, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione¹⁴⁵ introdotta dalla legge finanziaria della Regione Abruzzo, nella

¹⁴³ Oltre alle pronunce richiamate alla nota 41, si segnala, *ex multis*, TAR Milano, Sez. III, 23 marzo 2016, n. 560, ove si afferma che: "*le semplici difficoltà economiche non possono condurre l'ente ad eliminare le prestazioni di assistenza e di diritto allo studio che soddisfano diritti costituzionalmente garantiti. Il rilievo costituzionale di questi diritti, infatti, costituisce limite al potere discrezionale di allocazione delle risorse finanziarie che spetta agli organi dell'ente*".

¹⁴⁴ Si segnalano, a margine della richiamata sentenza, i contributi di L. CARLASSARE, "*Bilancio e diritti fondamentali: i limiti 'invalicabili' alla discrezionalità del legislatore*", in *Giur. cost.*, n. 6/2016, pp. 2339 ss.; L. MADAU, "*È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*", in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017; E. FURNO, "*Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*", in *Consulta Online*, 2017; A. LONGO, "*Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*", in *Federalismi.it*, 2017; A. APOSTOLI, "*I diritti fondamentali 'visti' da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a 'caldo' della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*", in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2017; R. CABAZZI, "*Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*", in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2017.

¹⁴⁵ Art. 6 co. 2-bis della L.R. Abruzzo 15 dicembre 1978 n. 78, aggiunto dall'art. 88 co. 4 della L.R. Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15, recante "*Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2005-2006 della Regione Abruzzo (Legge finanziaria regionale 2004)*".

parte in cui prevedeva che il finanziamento del servizio di trasporto a scuola dei disabili dovesse avvenire *“nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa”*, in applicazione della quale la Regione aveva negato l'erogazione del suddetto finanziamento. Dopo aver richiamato la prospettazione del giudice remittente¹⁴⁶, secondo cui *“il condizionamento dell'erogazione del contributo alle disponibilità finanziarie, di volta in volta determinate dalla legge di bilancio, trasform(a) l'onere della Regione in una posta aleatoria e incerta, totalmente rimessa alle scelte finanziarie dell'ente, con il rischio che esse divengano arbitrarie, in difetto di limiti predeterminati dalla legge, risolvendosi nella illegittima compressione del diritto allo studio del disabile, la cui effettività non potrebbe essere finanziariamente condizionata”*, il Giudice delle Leggi afferma¹⁴⁷ che *“il diritto all'istruzione del disabile è consacrato nell'art. 38 Cost., e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale”*. In ordine alla pretesa violazione del principio del pareggio di bilancio, oggi previsto all'art. 81 Cost.¹⁴⁸, in ipotesi di mancata previsione di un limite alle somme iscritte al bilancio, la Corte – dopo aver chiarito *“che una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali”* – asserisce¹⁴⁹ che la suddetta violazione *“è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”*. Il pregiudizio all'effettivo godimento dei diritti incompressibili (*sub specie* del disabile) discende proprio dalla combinazione tra la norma censurata e la genericità della posta del bilancio di previsione, *“la cui copertura è rimessa al mero arbitrio del compilatore del bilancio e delle autorizzazioni in corso d'anno”*: per questa via, il legislatore regionale avrebbe (re)introdotto un modello operativo, già censurato dalla stessa Corte, con cui *“in sede di redazione e gestione del bilancio, vengono determinate [...] scelte allocative di risorse suscettibili di sindacato in quanto rientranti ‘nella tavola complessiva dei valore costituzionali, la cui commisurazione reciproca e ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento di questa Corte (sentenza n. 260 del 1990)’ (sentenza n. 10 del 2016)”*¹⁵⁰.

La normativa di settore può allora considerarsi costituzionalmente compatibile solo nella misura in cui il diffuso riferimento alle disponibilità finanziarie ivi contenuto venga inteso quale vincolo positivo interno al complessivo sistema dei valori costituzionali, che ammette una contrazione del diritto del disabile, in presenza di oggettivi limiti alla disponibilità di risorse, solo ove gli interessi antagonisti, concorrenti sotto il profilo delle risorse necessarie al loro soddisfacimento, trovino anch'essi riconoscimento nei principi fondamentali della Carta.

Ciò, vincolando il legislatore, vincola *fortiori causa* le amministrazioni cui spetta, in forza delle previsioni di legge, pianificare gli strumenti di intervento e provvedere alla loro concreta attuazione: scelte allocative di risorse che non riflettano il diverso spessore costituzionale degli interessi in gioco non possono escludere la responsabilità risarcitoria dell'ente che abbia, colpevolmente, appunto, leso

¹⁴⁶ § 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁷ § 4, *ibidem*.

¹⁴⁸ Come sostituito dall'art. 1 della L. cost. 20 aprile 2012, n. 1, recante *“Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”* (G.U. n. 95/2012).

¹⁴⁹ § 11, *ibidem*.

¹⁵⁰ § 13, *ibidem*.

il diritto del soggetto disabile omettendo di riconoscere o attuare quei servizi intesi a garantirne la dignità ed elevarne le possibilità¹⁵¹. Ne discende logicamente, per converso, che la legittima (*i.e.*: incolpevole) contrazione del diritto della persona disabile, per un arco temporale apprezzabile (*i.e.*: che raggiunga la soglia di un inadempimento “di non scarsa importanza”), al pieno riconoscimento o alla piena attuazione del servizio pubblico delineato nel Progetto individuale può aversi, oltre che nei casi di assoluta carenza di risorse libere da vincoli legali di destinazione della spesa, solo in vista e in funzione del soddisfacimento di ulteriori interessi o diritti costituzionalmente protetti: il bilanciamento fra contrapposte esigenze di pubblico interesse, qualora una di esse abbia rango costituzionale, può condurre al sacrificio temporaneo o parziale della stessa, a cagione della limitatezza delle disponibilità finanziarie, solo ove anche l'altra (o le altre) sottenda(n) valori di preminente rilevanza costituzionale¹⁵², non potendosi in tali ipotesi configurare una nozione di interesse pubblico che si collochi al di fuori della cornice costituzionale. E ciò tanto in sede di scelte legislative in materia finanziaria, quanto in sede di determinazioni amministrative, rispettivamente valutabili e sindacabili, alla stregua del parametro suesposto, dalla Corte costituzionale e dalle giurisdizioni ordinaria o amministrativa.

È agevole intuire che un siffatto parametro di valutazione della responsabilità delle amministrazioni pubbliche, le quali non garantiscano l'erogazione dei servizi in discorso, rappresenta il necessario contrappeso (costituzionalmente imposto, ritengo) alla sostanziale assenza, ad oggi, di un criterio rigido di predeterminazione finanziaria su scala nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni¹⁵³ in materia di sostegno alla disabilità; assenza che fluidifica oltremodo, come recentemente osservato dalla Corte costituzionale¹⁵⁴, gli spazi di effettività, e dunque di legittimo affidamento delle popolazioni interessate, che debbono riconoscersi e garantirsi ai “servizi a rilevanza sociale”. Non sembra che la creazione di uno spazio di tutela stabile, sottratto alla scure delle contingenti valutazioni di politica finanziaria, possa prescindere dalla previsione di un “limite idoneo a dare effettività ai diritti previsti dalla Costituzione”¹⁵⁵, nel quadro dei principi fondamentali la cui determinazione è riservata allo Stato anche nelle materie di potestà legislativa concorrente¹⁵⁶, e dunque dalla positivizzazione di un compromesso costituzionalmente *ottimale* tra diritti sociali e

¹⁵¹ In tal senso, senza tuttavia esaminare analiticamente il profilo in discorso, TAR Lombardia – Milano, Sez. III, sentenza 23 marzo 2016, n. 560, ove si chiarisce che “*le semplici difficoltà economiche non possono condurre l'ente ad eliminare le prestazioni di assistenza e di diritto allo studio che soddisfano diritti costituzionalmente garantiti. Il rilievo costituzionale di questi diritti, infatti, costituisce limite al potere discrezionale di allocazione delle risorse finanziarie che spetta agli organi dell'ente*”. In tema, G.A. FERRO, “Diritti dei disabili e pubblico concorso”, in *Diritti Fondamentali*, n. 2/2014, p. 1-22, in riferimento a Corte cost. 80/2010, coglie “*tra le pieghe del ragionamento della Corte, un principio destinato ad operare ben al di là dei processi di legittimità costituzionale e a porsi, piuttosto, come criterio guida tanto per la giurisdizione, quanto per l'amministrazione nell'esercizio di attività discrezionale che implichi il contemperamento tra diritti individuali e tutela delle pubbliche risorse (...) dove ogni forma di bilanciamento trova comunque un limite insuperabile nella rigorosa salvaguardia dei diritti fondamentali della persona umana e, in particolare, dei soggetti deboli*”. Di “limiti alla discrezionalità amministrativa” in *subiecta materia* si parla, ancora, in sede di commento alla sopracitata sentenza n. 671/2018 del C.G.A.R.S., in *Diritti Fondamentali*, 5 novembre 2018.

¹⁵² Per alcune pronunce in cui, sia pur *in nuce*, sembra affiorare un siffatto parametro di valutazione della responsabilità dell'amministrazione, senza che ciò si risolva in un indebito sindacato nelle scelte allocative, v. note 41 e 59.

¹⁵³ Art. 117 co. 2, lett. m).

¹⁵⁴ Corte cost., sentenze 29 gennaio 2016, n. 10 e 16 dicembre 2016, n. 275.

¹⁵⁵ In special modo quelli che riposano nel disegno personalista che innerva il tessuto connettivo della Carta.

¹⁵⁶ Art. 117 co. 3, cpv., Cost..

vincoli di bilancio¹⁵⁷ che operi nella duplice direzione di limite conformativo delle scelte legislative e di parametro valutativo della responsabilità (giuridica e politica) delle amministrazioni¹⁵⁸.

¹⁵⁷ In argomento, A. CANDIDO, *“Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale”*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 121 ss.; M. LUCIANI, *“Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale”*, in *Riv. AIC*, n. 3/2016, p. 7 ss.; R. COGNO, *“Una proposta di articolazione dei LEP per l’assistenza”*, in *Riv. dir. fin.*, n. 3/2010, pp. 330 ss.. Per un collegamento tra programmazione e responsabilità politica, L. ARDIZZONE - R. DI MARIA, *“La tutela dei diritti fondamentali ed il ‘totem’ della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali”*, in *Diritti regionali*, n. 2/2017, pp. 186 ss.. Per un possibile ruolo del principio di istruttoria normativa nell’individuazione di un “riserva del possibile” nel campo dei servizi a rilevanza sociale, A. CAROSI, 2017, *op. cit.*, p. 33 ss..

Per una sostanziale presa d’atto dello stato di parziale inattuazione della L. 328/2000, *“in quanto non si è provveduto né a disegnare una programmazione nazionale dei servizi e degli interventi, né a fissare risorse certe e strutturali per i Fondi rivolti alle politiche sociali (FNPS), tali da rendere possibile il finanziamento dei diritti soggettivi”*, si rinvia al documento del 19 gennaio 2019 redatto dal Servizio Studi della Camera dei Deputati (*“Le misure di sostegno alla famiglia e i fondi per le politiche sociali”*), consultabile su www.camera.it. Nel richiamare le osservazioni contenute nel Piano Nazionale Sociale per il triennio 2018-2020 (in allegato al Decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali del 26 novembre 2018), il documento evidenzia per un verso *“come risulti difficile definire i LEP in un quadro economico in cui le risorse dedicate alle politiche sociali risultano fortemente limitate”*; e, per altro verso, discutibilmente, *“come il quadro territoriale della spesa sia fortemente disomogeneo”*, essendo per ciò *“impossibile individuare un nucleo di spesa comune in tutto il Paese che possa costituire l’embrione di livelli essenziali da erogare uniformemente”*.

¹⁵⁸ G. TULUMELLO, *“L’effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato”*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2018, rileva *“l’ineludibile esigenza di individuare una gerarchia degli interessi quale criterio ordinante di fronte alla complicazione – quantitativa e qualitativa – dei compiti dell’Amministrazione conseguente al pluralismo portato dallo Stato sociale pluriclasse”*, soggiungendo che *“il nuovo modello di relazione fra legge e potere amministrativo”*, che postula una *“riversitazione della nozione di interesse pubblico”*, induce a *“ritenere che l’esercizio del potere discrezionale debba essere parametrato non al formale rispetto di un regola, ma al raggiungimento di un risultato voluto dalla norma attributiva”*.

IL DIRITTO ALL'ACQUA NELLE REGIONI:

WATER, WATER, EVERY WHERE, NOR ANY DROP TO DRINK¹⁵⁹

Camilla Toresini

Abstract (It)

Il presente lavoro si propone di analizzare l'affermarsi del diritto all'acqua nel nostro ordinamento e la sua concreta attuazione, per il tramite del servizio idrico integrato.

In particolare, riconosciuta l'emersione di un "diritto all'acqua" nel diritto internazionale ed europeo, ci si interrogherà in merito alla copertura costituzionale di tale diritto, soffermandosi sulle vicende che hanno interessato la disciplina normativa del servizio idrico nel nostro Paese. Ricostruito l'assetto di competenze Stato - Regioni in materia, si esaminerà il contenzioso costituzionale relativo alle leggi promulgate dalle regioni ordinarie per regolamentare il settore, procedendo per aree tematiche¹⁶⁰. Obiettivi della ricerca sono, da un lato, l'esame delle ricadute, a livello di legislazione regionale, delle incertezze generate dall'instabile quadro normativo statale e, dall'altro, la verifica della tenuta degli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia. Si tenterà, infine, di ipotizzare il ricorso ad un diverso titolo competenziale per l'intervento statale.

Abstract (En)

This paper focuses on the right to water in Italy and its application through the integrated water service.

After briefly considering the right to water in international and European law, the article evaluates the existence of a constitutional basis for this "new" right, since the Italian constitution does not mention it explicitly. Since the right to water can only be granted by a State by providing water service, its troubled regulation in Italy is briefly explained.

Furthermore, the article takes into consideration the jurisprudence of the Italian Constitutional Court, referring to the water service regional laws, under different constitutionality reasons.

This study has two aims. The first is to investigate the competence of both the State and the Regions in regulating the integrated water service. The second is to highlight the impact of the instability of national legislation on regional legislation.

¹⁵⁹ «..acqua soltanto, acqua d'ogni parte, non una goccia per la nostra arsura.» S. T.COLERIDGE, *La ballata del vecchio marinaio*, traduzione di Mario Luzi, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1973, p. 82.

¹⁶⁰ Dallo studio sono state escluse le pronunce relative alle Autonomie speciali, in ragione della diversa attenzione che deve essere loro dedicata nella ricostruzione delle relative competenze sulla base delle prerogative statutarie e delle relative norme di attuazione.

Indice:

1. Il diritto all'acqua nelle fonti internazionali ed europee.
2. Quale copertura costituzionale per il diritto all'acqua?
3. L'attuazione del diritto: disciplina del servizio idrico integrato tra misure di liberalizzazione del legislatore statale e interventi della Consulta.
4. Il punto sulle competenze delle regioni ordinarie in tema di servizio idrico integrato.
5. Giurisprudenza costituzionale sulle leggi regionali in materia di servizio idrico integrato.
 - 5.1 pubblicizzazione *versus* privatizzazione del servizio e delle reti .
 - 5.2 determinazione della tariffa.
 - 5.3 leggi – provvedimento.
6. Considerazioni critiche.
7. Conclusioni.

1. Il diritto all'acqua nelle fonti internazionali ed europee.

A livello internazionale, si è riconosciuta la progressiva emersione di un diritto all'acqua grazie al riconoscimento di tale diritto in convenzioni internazionali e nella giurisprudenza di alcune corti internazionali¹⁶¹; il percorso è culminato con la Risoluzione 64/292, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 28 luglio 2010, che ha riconosciuto l'accesso ad un'acqua sicura e pulita e all'igiene come un diritto umano (*Human Right to Water and Sanitation*). Pur trattandosi di un atto di *soft law* e dunque non giuridicamente vincolante, si tratta di una presa di posizione storica.

Per l'ambito regionale europeo, va innanzitutto ricordata la Carta Europea dell'Acqua, adottata a Strasburgo il 6 maggio 1968 dal Consiglio d'Europa¹⁶². Nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, invece, non si riscontra un esplicito riconoscimento di un diritto individuale all'acqua. La giurisprudenza della Corte EDU, tuttavia, ha ammesso che le attività inquinanti di uno Stato possano integrare una violazione del diritto alla protezione della vita privata e familiare ex art. 8, CEDU¹⁶³.

Più di recente, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha dichiarato che «l'accesso all'acqua deve essere riconosciuto quale diritto umano fondamentale, essendo l'acqua una risorsa essenziale per la vita sulla terra che va condivisa dall'umanità»¹⁶⁴.

¹⁶¹ F. STAIANO, *La progressiva emersione di un diritto umano e fondamentale all'acqua in sistemi di diritto internazionale e costituzionale: principi generali e prospettive di implementazione*, *Federalismi.it*, 3, 2013; sul tema del diritto all'acqua nell'ordinamento internazionale: D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Diritto pubblico*, 1, 2005, 125 e ss. e F. COSTANTINO, *La guerra dell'acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio*, *Rivista AIC*, 3, 2011.

¹⁶² "1. Non c'è vita senza acqua. L'acqua è un bene prezioso indispensabile a tutte le attività umane. (...) 2. Le disponibilità di acqua dolce non sono inesauribili. È indispensabile preservarle, controllarle e, se possibile, accrescerle. (...) 10. L'acqua è un patrimonio comune il cui valore deve essere riconosciuto da tutti. Ciascuno ha il dovere di economizzarla e di utilizzarla con cura. (...)".

¹⁶³ Si vedano ad es.: López Ostra c. Spagna, 9 dicembre 1994; Guerra e altri c. Italia, 19 febbraio 1998; Fadeyeva c. Russia, 9 giugno 2005; Di Sarno e altri c. Italia, 10 gennaio 2012, in <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Sul tema anche: A. SCARCELLA, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali «filoni» della Corte di Strasburgo*, in *Ambiente e sviluppo*, 2, 2013, p. 129 e ss.

¹⁶⁴ Risoluzione n. 1693/2009 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

L'UE ha inoltre ribadito che «*tutti gli Stati hanno obblighi in materia di diritti umani riguardanti l'accesso all'acqua potabile, che deve essere disponibile, accessibile fisicamente, ad un prezzo abbordabile e di qualità accettabile*»¹⁶⁵.

Quanto alla legislazione dell'Unione europea, il diritto all'acqua trova garanzia indiretta nel diritto alla vita sancito dall'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), oltre che nel diritto alla salute, all'accesso ai servizi di interesse economico generale ed alla tutela dell'ambiente, rispettivamente artt. 35, 36 e 37 CDFUE.

Nell'ambito del diritto derivato dell'Unione, va menzionata la Direttiva quadro sulle acque 2000/60/CE che ha dettato principi comuni per coordinare gli interventi degli Stati membri diretti a migliorare la protezione delle acque della Comunità sia quantitativamente, sia qualitativamente. Tale atto puntualizza non solo che l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale, ma anche che, per quel che qui rileva, la fornitura idrica costituisce servizio d'interesse generale¹⁶⁶. In linea con tale premessa è stato osservato, infatti, che la legislazione europea in tema di acqua si muove su due filoni principali: quello afferente alla tutela della risorsa idrica, da una parte, e quello afferente alla disciplina del servizio di distribuzione della medesima quale servizio di interesse generale, dall'altra¹⁶⁷.

Più di recente, il settore idrico, per le sue peculiari caratteristiche, è stato escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione^{168 169}.

Per completezza, va menzionata anche l'iniziativa dei cittadini europei «L'acqua è un diritto» (*Right2Water*), sottoscritta da 1,6milioni di persone, strumento di democrazia partecipativa introdotto dal Trattato di Lisbona e disciplinato dal Regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio. Al riguardo si è pronunciata la Commissione europea con una comunicazione, in cui ha menzionato il diritto all'acqua quale diritto umano¹⁷⁰.

Successivamente il Parlamento Europeo ha adottato una risoluzione con cui ha invitato la Commissione a riconoscere l'importanza del diritto umano all'acqua e alle strutture igienico-sanitarie

¹⁶⁵ Dichiarazione dell'alto rappresentante, Catherine Ashton, a nome dell'Unione europea, per commemorare la Giornata mondiale dell'acqua il 22 marzo 2010 in <http://register.consilium.europa.eu/doc 7810/10>.

¹⁶⁶ Si tratta rispettivamente del primo e del quindicesimo considerando della Direttiva 2000/60/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

¹⁶⁷ S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, Federalismi.it, 5, 2011, p. 13.

¹⁶⁸ Si veda il quarantesimo considerando della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0023&from=IT>:

¹⁶⁹ Conseguentemente, l'art. 12 del d.lgs. 50/2016 (cd. Nuovo codice degli appalti) ha escluso specificatamente dall'applicazione del Codice le concessioni del settore idrico.

¹⁷⁰ «*Acqua potabile e servizi igienico-sanitari: un diritto umano universale! L'acqua è un bene comune, non una merce!*» Bruxelles, 19.3.2014 COM(2014) 177 final: La Commissione assicura che imposterà la propria azione futura continuando a considerare l'acqua potabile e i servizi igienico-sanitari nella loro dimensione di diritto umano: in quanto tali devono essere di elevata qualità, disponibili, fisicamente accessibili e a prezzi abbordabili.

come bene pubblico e valore fondamentale per tutti i cittadini UE e non come merce, ed ha invitato altresì la Commissione ad escludere in modo permanente l'acqua e i servizi igienico-sanitari dalle norme sul mercato interno¹⁷¹.

2. Quale copertura costituzionale per il diritto all'acqua?

La Costituzione italiana, come la maggior parte delle Costituzioni dei Paesi europei, non contiene alcun riferimento al diritto all'acqua. Nell'ambito dell'Unione europea solo la Slovacchia (art. 4) e di recente la Slovenia (art. 70.a)¹⁷² hanno previsto nelle loro Costituzioni rispettivamente l'acqua come proprietà pubblica e il diritto all'acqua potabile¹⁷³.

L'emersione di tale diritto in fonti sovranazionali e nelle Costituzioni di alcuni Paesi, soprattutto extraeuropei¹⁷⁴, ha posto il problema della sua copertura costituzionale nel nostro Paese. Nella giurisprudenza costituzionale, il diritto all'acqua è stato ricondotto alla tutela dell'ambiente sin dalla seconda metà degli anni novanta del secolo scorso¹⁷⁵. Dal momento che la Corte costituzionale non ne ha riconosciuto formalmente l'esistenza, si discute in dottrina dell'esistenza di un vero e proprio diritto all'acqua, distinto dalla protezione dell'ambiente¹⁷⁶, nonché della possibilità di riconoscerlo direttamente nella Carta costituzionale.

Sotto il primo profilo, gli interpreti che si sono occupati del tema concordano che tale diritto possa enuclearsi dal combinato disposto di varie disposizioni costituzionali. Segnatamente, oltre agli artt. 9 e 117 lett. s), Cost., in materia di paesaggio e tutela dell'ambiente, vengono richiamati l'art. 32 Cost. sul diritto alla salute, l'art. 2 Cost. quale diritto inviolabile in stretta connessione con il diritto

¹⁷¹ Punti 18 e 22 del P8_TA-PROV(2015)0294 Seguito dell'iniziativa dei cittadini europei "L'acqua è un diritto" Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 settembre 2015 sul seguito all'iniziativa dei cittadini europei "L'acqua è un diritto" (Right2Water) (2014/2239(INI)).

¹⁷² L'art. 70 a della Costituzione slovena recita: "1. Ognuno ha diritto all'acqua potabile. 2. Le risorse idriche sono beni demaniali gestiti dallo Stato. 3. Le risorse idriche sono destinate prioritariamente e in modo sostenibile all'approvvigionamento dell'acqua potabile alla popolazione e dell'acqua per uso domestico e per questa parte non sono merce commerciabile. 4. L'approvvigionamento dell'acqua potabile alla popolazione e dell'acqua per uso domestico è gestito dallo Stato per mezzo degli enti locali autonomi in maniera diretta e senza scopo di lucro". A. Crismani, op. cit. p. 14

¹⁷³ A. CRISMANI, *La protezione costituzionale del diritto all'acqua pubblica tra crisi finanziaria e diritti umani. L'art. 70 a della Costituzione slovena sul "Diritto all'acqua potabile"*, in *Amministrazione in cammino* 30.12.2016 www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2016/12/Crismani.pdf

¹⁷⁴ Il diritto all'acqua è affermato nelle costituzioni dei paesi in via di sviluppo cd. *water stressed*(Sudafrica, Kenya, Tanzania, ecc.).

¹⁷⁵ Il riferimento è alle sentenze Corte cost. n. 259/1996 e n. 419/1996, entrambe sulla legge n. 36/1994 recante disposizioni in materia di risorse idriche (cd. legge Galli). In particolare, nella sentenza n. 259/1996: l'attenzione si è soffermata sull'acqua (bene primario della vita dell'uomo), configurata quale "risorsa" da salvaguardare, sui rischi da inquinamento, sugli sprechi e sulla tutela dell'ambiente, in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale. Nella sentenza n. 419/1996 si è affermato invece che la "pubblicità delle acque" ha riguardo al regime dell'uso di un bene divenuto limitato, di modo che la dichiarazione di pubblicità di un'acqua, intesa come risorsa suscettibile di uso previsto o consentito, si basa su un interesse generale ritenuto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie di uso dell'acqua.

¹⁷⁶ Sottolinea S. SILEONI che "Formalmente, l'acqua non è infatti nel nostro ordinamento un diritto riconosciuto, ma una risorsa fondamentale che, in quanto tale, è sottratta dalla legislazione ordinaria alla circolazione comune dei diritti di proprietà e soggetta alla titolarità pubblica", in *L'acqua: una risorsa fondamentale, quale diritto?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, p. 16.

alla vita, l'art. 3 Cost. sul principio di uguaglianza, nonché l'art. 117 lett. m), Cost., sui livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale¹⁷⁷.

Quanto invece alla necessaria positivizzazione di tale diritto a livello costituzionale, non vi sono opinioni unanimi. Per alcuni il riconoscimento diretto in Costituzione del diritto all'acqua comporterebbe una garanzia più sicura per la sua tutela¹⁷⁸; per altri - la netta maggioranza - un tale riconoscimento non appare decisivo, alla luce delle possibilità di una lettura evolutiva della Carta anche attraverso la giurisprudenza costituzionale, analogamente a quanto avvenuto per altri diritti di nuova generazione¹⁷⁹. Ma quale è l'oggetto del diritto in questione? Chi è il soggetto titolare delle relative prerogative? Che natura giuridica può essere attribuita a questo "nuovo" diritto? Vasta la dottrina che si è occupata del tema.

Gli interpreti sono concordi nel ritenere che oggetto del diritto sia l'accesso all'acqua, bene pubblico per eccellenza¹⁸⁰. Sotto il profilo soggettivo, va ricordato che il peculiare oggetto del diritto in discorso ha messo in crisi il tradizionale concetto di proprietà. L'acqua, non a caso, è stata al centro del dibattito sui "beni comuni", categoria giuridica elaborata dalla dottrina volta al superamento della dicotomia tra proprietà pubblica e privata, per lo sviluppo di una disciplina garantistica di tali beni, a tutela della loro fruizione collettiva e della loro salvaguardia per le generazioni future.¹⁸¹ I beni comuni, in particolare, sono stati definiti come "cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona"¹⁸². Si tratta di una categoria di cui farebbero parte le risorse naturali, la flora tutelata e la fauna selvatica, i beni archeologici e culturali: beni

¹⁷⁷ In particolare, F. R. DE MARTINO, *L'acqua come diritto fondamentale e la sua gestione pubblica*, *Munus*, 1, 2017, p.163, fa riferimento agli artt. 2, 3 secondo comma, 32 Cost.; S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *Federalismi.it*, 5, 2011, sottolinea la competenza esclusiva dello stato in materia di LEP ex 117, comma 2, Cost. nella gestione delle acque; F. NICOTRA, op. cit., p. 20, richiama l'art. 44 Cost. sulla bonifica delle terre oltre agli artt. 2, 3, 9, 32 Cost.; A. CRISMANI, op. cit., p. 11, fa riferimento, oltre agli articoli della Carta citati nel testo, anche agli artt. 34 e 53 Cost..

¹⁷⁸ D. ZOLO, op. cit., 125 e ss.; L. FERRAJOLI, *Sull'acqua come bene vitale - Roma - 22.3.2014* in https://contrattoacqua.it/public/upload/1/2/tab_elms_docs/1405601179la-costituzionalizzazione-dell-acqua-e-dei-beni-comuni-a-cura-di-l.ferrajoli.pdf, in particolare, secondo l'A., "Solo la costituzionalizzazione dell'acqua - delle sorgenti, dei fiumi, dei laghi, dei mari - come bene pubblico e demaniale, associata all'istituzione, a livello sia nazionale che internazionale, di Autorità indipendente per le acque potabili può garantire la protezione delle risorse idriche del pianeta, i controlli sugli sprechi e sugli inquinamenti, la tassazione dei consumi oltre i minimi vitali e la distribuzione a tutti dell'acqua potabile attraverso l'installazione in tutto il mondo di pozzi, acquedotti, fontane pubbliche, servizi idrici e sistemi pubblici di irrigazione."

¹⁷⁹ F. R. DE MARTINO, op. cit., p.163; F. NICOTRA, op.cit., p. 21; R. MICCÙ, F. PALAZZOTTO, *Smoke on the water o della ripubblicizzazione dell'acqua. Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'amministrazione*, in *Nomos*, 2016, 3, p. 5.

¹⁸⁰ Si vedano: art. 822 c.c., art. 1 legge n. 36/1994 ed ora l'art. 144 Codice dell'Ambiente.

¹⁸¹ Si tralascia, per motivi di spazio, ogni ulteriore approfondimento sul tema dell'acqua come "bene comune". Sul punto si vedano, tra gli altri: E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990; A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 9 gennaio 2015, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/492/>, ed U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, Enciclopedia del diritto, Annali, V, Giuffrè, p. 1117 e ss. In particolare, l'A. ultimo citato evidenzia che: "Si è prevista, anzitutto, una nuova fondamentale categoria, quella dei beni comuni, che non rientrano stricto sensu nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati, ma la cui fruizione e gestione assume sempre una dimensione pubblicistica.", U. MATTEI, op. cit. p. 1129. La Commissione ministeriale costituita nel 2007 presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, incaricata di elaborare principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega per la novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice civile, aveva individuato proprio l'acqua al primo posto tra i beni comuni. I lavori della Commissione ministeriale sono confluite nella proposta legislativa presentata in Senato da un Gruppo parlamentare AS 2031 - XVI legislatura.

¹⁸² Art. 1 comma 3 lett c) del disegno di legge AS 2031 Delega al Governo per la modifica del codice civile in materia di beni pubblici, in <http://leg16.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00462665.pdf>

accomunati dal fatto di poter assumere un senso economico solo se immessi in un'organizzazione sociale o tecnologica.¹⁸³

Naufragata la positivizzazione di tale nuova forma di proprietà¹⁸⁴, occorre far riferimento, per l'inquadramento giuridico del diritto, alla tassonomia vigente. Dal punto di vista della titolarità, si discute quindi della natura individuale o collettiva del diritto all'acqua. Dal punto di vista della natura giuridica, tale diritto viene ascritto al novero dei diritti fondamentali oppure a quello dei diritti sociali¹⁸⁵.

La dimensione individuale evidenzia il diritto ad accedere all'acqua come bene essenziale per la vita. Si tratterebbe dunque di un diritto attribuito a tutti e vantabile *erga omnes*. Dal momento che tutti hanno diritto all'accesso e nessuno può escludere altri, nemmeno i pubblici poteri, ne deriverebbe il divieto di restrizione di questa risorsa in termini qualitativi, quantitativi ed economici. Una tale ricostruzione farebbe rientrare il diritto all'acqua nel catalogo dei diritti fondamentali inviolabili tutelati ex art. 2. Cost., secondo alcuni, per il tramite del diritto alla vita¹⁸⁶, secondo altri, come vero e proprio "nuovo" diritto.¹⁸⁷

La dimensione collettiva del diritto all'acqua, invece, si incentra sul diritto di accedere a questa preziosa risorsa in capo a tutti i consociati (come diritto alla solidarietà sociale), oltre che a vivere in un ambiente sano e non inquinato: in questi termini esso viene ascritto al novero dei diritti sociali¹⁸⁸. In questo senso, vi sarebbe non solo dovere di proibire attività che ne ostacolano l'accesso ma anche dovere, in capo ai pubblici poteri, di prestazioni attive per garantirlo. Se si trattasse di un diritto sociale, dall'obbligo di prestazione dell'autorità pubblica discenderebbe un onere a carico del

¹⁸³ U. MATTEI, op. cit., p. 1121.

¹⁸⁴ Il disegno di legge As 2031 non ha terminato l'iter di approvazione. Il dibattito sui beni comuni, tuttavia, ha posto le basi per far emergere all'attenzione – anche mediatica – del nostro Paese la questione della “privatizzazione del servizio idrico”, e della separabilità tra proprietà (pubblica) del bene e gestione (privata) del servizio, sfociata nella consultazione referendaria del giugno 2011, su cui *infra* par. 3.

¹⁸⁵ In posizione intermedia, in termini di doppia tutela del diritto all'acqua – come diritto sociale collettivo e diritto sociale individuale – si esprime S. STAIANO, op. cit., p.10.

¹⁸⁶ F.R. DE MARTINO, op. cit., sostiene che “l'acqua presenta la natura di diritto “fondamentissimo”, nel senso di una pretesa assoluta e irrinunciabile della condizione umana”; S. SILEONI, op. cit. p. 14, afferma che senza aderire alla tesi della clausola aperta dell'art. 2, Cost. ed al diritto alla vita, sarebbe sufficiente ricavare il diritto all'acqua come strumentale all'esercizio del diritto fondamentale alla salute.

¹⁸⁷ F. NICOTRA, op. cit., p. 23, precisa che: “Pur trovando il bene acqua un riconoscimento da parte della Corte principalmente attraverso il richiamo alla tutela dell'ambiente, diviene necessario e irrinunciabile uscire da una simile impostazione per approdare ad un riconoscimento del diritto all'acqua in sé e per sé considerato.”; secondo la classificazione di Bobbio, tale nuovo diritto potrebbe rientrare nei diritti di terza generazione, ovvero diritti sia sociali sia individuali che riguardano i gruppi umani e i cittadini del mondo e non i singoli individui come cittadini di un solo stato, cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, 2014.

¹⁸⁸ “Penso che il diritto all'acqua debba essere concepito e rivendicato non come una sorta di libertà negativa – l'uso indisturbato di un bene che la natura ha messo a disposizione di tutti gli uomini – ma, anzitutto, come un “diritto sociale”. (...) oggi sopravvivere non è più un fatto naturale, ma un fatto sociale, affidato alle possibilità di lavoro, di consumo e di sussistenza offerte dall'integrazione sociale. Il diritto all'acqua come diritto alla sopravvivenza è dunque un diritto alla solidarietà sociale – non diversamente dal diritto alla salute, all'istruzione e alla casa – che richiede rilevanti prestazioni da parte della collettività politica. Si tratta di un “nuovo” diritto sociale, che oggi nessuna Costituzione liberale contempla, lasciando i cittadini completamente indifesi. E' un diritto sociale “nuovo”, perché nuovo è il bisogno ad esso sottostante, generato dalla crescente scarsità del bene necessario, dalla sperequazione con la quale è distribuito o è accessibile, dalle contese provocate dalla competizione per il suo accaparramento.” D. ZOLO, op. cit., 133. In termini di “nuovo” diritto sociale all'acqua si esprime anche S. STAIANO, op. cit., p. 7.

bilancio pubblico: in altri termini, al costo di distribuzione della risorsa dovrebbe farsi fronte per mezzo della fiscalità generale. Secondo questa impostazione, secondo alcuni, il soggetto pubblico dovrebbe essere non solo sempre garante dell'erogazione del servizio pubblico ma anche diretto responsabile e gestore della erogazione medesima¹⁸⁹.

Per concludere in merito alla copertura costituzionale di questo “nuovo” diritto, è opinione di chi scrive che, tra le norme cui si è fatto riferimento in letteratura, il disposto dell'art. 32 Cost. sarebbe in grado - di per sé, anche senza ulteriori collegamenti - di costituire saldo appiglio alla tutela del diritto in parola, avuto riguardo alla particolare combinazione di elementi “collettivistici” e “individualistici” che caratterizza il diritto alla salute. Quest'ultimo, infatti, come noto, può essere declinato sia come diritto individuale, sia come interesse della collettività¹⁹⁰: si presta in modo particolare, pertanto, a fornire copertura al diritto all'acqua, inteso nella duplice accezione (fondamentale e sociale) ora ricordata. Del resto, è innegabile che l'accesso all'acqua potabile costituisca presupposto per l'esplicarsi del diritto alla salute e che, per converso, non vi possa essere salute senza acqua. A prescindere, quindi, dalla presenza di una disposizione *ad hoc*, può condividersi l'opinione secondo cui, nell'ordinamento giuridico italiano, il diritto all'acqua costituisce diritto vigente, garantito al massimo livello¹⁹¹.

Che si voglia aderire alla ricostruzione in termini di diritto fondamentale ovvero sociale, non può negarsi, tuttavia, che l'attuazione del diritto all'acqua passa necessariamente attraverso la capacità dello Stato di assicurare a ciascuno l'accesso al bene acqua, e ciò per il tramite della fornitura idrica.

3. Il servizio idrico integrato: le oscillazioni della disciplina nazionale tra misure di liberalizzazione del legislatore statale e interventi della Consulta.

Il tema dell'adeguatezza della fornitura idrica nel nostro Paese, della liberalizzazione della sua gestione e delle voci di costo della tariffazione del servizio è stato oggetto di un recente e vivace dibattito, non ancora sopito¹⁹², sfociato nella consultazione referendaria del giugno 2011.

¹⁸⁹ G. AZZARITI, *Ri-pubblicizzare il servizio idrico* (Testo dell'audizione presso la Commissione Ambiente del 28 ottobre 2015 nell'ambito dell'esame in sede referente della proposta di legge C. 2212 “Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico, nonché delega al Governo per l'adozione dei tributi destinati al suo finanziamento”), in <http://www.osservatorioaic.it/ri-pubblicizzare-il-servizio-idrico.html>.

¹⁹⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1989; P. SANTINELLO, *Sanità pubblica*, Digesto discipline pubblicistiche, XIII, Utet, Torino, 1997, p. 549.

¹⁹¹ F.R. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 188.

¹⁹² Per il contenzioso di primo e secondo grado innanzi al giudice amministrativo in merito alla legittimità del metodo tariffario transitorio post referendum stabilito dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (AEEGSI, dal 1 gennaio 2018 Autorità per energia, reti e ambiente ARERA), conclusosi con la sentenza del Consiglio di Stato 2481/2017, si vedano: M. VANNI, *Le tariffe dei servizi idrici dopo il referendum: note a margine delle decisioni del Tar Lombardia*, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/.../0016_vanni.pdf; A. Salvato, *Il giusto equilibrio tra la tariffa ed il valore del servizio idrico*, in *Munus*, 2017, n. 3, p. 727 e ss.; S. MAROTTA, *Dall' "adeguatezza della remunerazione del capitale investito" al "full cost recovery": il settore dell'acqua diventa un mercato regolato*, in *Munus*, 2017, n. 3, p. 751 e ss.

Per meglio comprendere l'analisi degli interventi del legislatore regionale che saranno approfonditi nel prossimo paragrafo, occorre soffermarsi brevemente sull'evoluzione legislativa relativa al servizio idrico integrato¹⁹³.

Nella legislazione europea il servizio idrico appartiene al novero dei servizi d'interesse generale^{194 195} mentre il legislatore italiano ha esteso alla gestione della risorsa idrica la disciplina generale dei servizi pubblici locali¹⁹⁶. Nell'ambito di questi ultimi, in particolare, il settore idrico si caratterizza per essere un servizio a rete, il cui esercizio dipende dalla presenza di un'adeguata infrastruttura attraverso la quale assicurare l'erogazione dell'acqua all'utenza¹⁹⁷. Ragioni giuridiche ed economiche hanno dato luogo alla creazione di un monopolio naturale nel settore¹⁹⁸. Ragioni storiche hanno determinato, invece, una forte presenza pubblica sia nell'attività di gestione sia in quella di regolazione del servizio¹⁹⁹.

Poiché la direttiva 2000/60/UE non ha obbligato gli Stati membri ad attribuire rilevanza economica al servizio idrico, tale decisione è riservata alla competenza dei singoli Stati.

Nell'ordinamento italiano il servizio idrico rientra tra i servizi a rilevanza economica: il che ha attratto, come si vedrà, la relativa disciplina alla competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza²⁰⁰.

Storicamente la disciplina dei servizi pubblici locali esprimeva una sostanziale indifferenza per la gestione pubblica o privata del servizio²⁰¹; con riferimento ai servizi a rilevanza economica il legislatore ha poi dovuto mutare indirizzo, per effetto dei rilievi della Commissione europea²⁰². La decisiva spinta liberistica si è avuta, infine, con l'approvazione dell'art. 23 bis del d.l. 112/2008, conv.

¹⁹³ Sul tema si vedano: P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) volontà referendaria*, in *Federalismi.it* 7/2015; F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, 20 aprile 2016, in *Federalismi.it* 8/2016.

¹⁹⁴ Sulla distinzione tra Servizi di interesse generale (SIG) e Servizi di interesse economico generale (SIEG) si veda il paragrafo 2.3, punti 44 e 45, del Libro verde sui servizi di interesse generale /* COM/2003/0270 def. */ in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0270&from=IT>. Si veda inoltre la *Comunicazione della Commissione sui servizi d'interesse generale in Europa*, in *Gazzetta ufficiale della n. C 017 del 19/01/2001* p. 4 ess.

¹⁹⁵ Per un approfondimento in merito al diritto primario e secondario dell'Unione europea sui Servizi di interesse generale e in particolare sul servizio idrico si veda: R. CARANTA, *L'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ed i principi di diritto dell'Unione europea (con specifico riferimento al servizio idrico)*, in *Munus* n. 3, 2017, p. 617.

¹⁹⁶ Nel senso della coincidenza del concetto di servizi di interesse generale (SIEG) di rilevanza economica - di derivazione comunitaria -, con quello di servizi pubblici locali (SPL) di rilevanza economica, per l'ambito locale, cfr: Corte cost. n. 325/2010.

¹⁹⁷ G. PIPERATA, *Liberalizzazione e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2015, 11, p. 11.

¹⁹⁸ Con riferimento alla creazione di un monopolio naturale, ne rinviene la ragione giuridica nelle formule gestorie dirette o di tipo concessorio utilizzate dai comuni per l'organizzazione del servizio e la ragione economica nelle condizioni infrastrutturali, tecnologiche e tariffarie del mercato dei servizi idrici. PIPERATA, *Liberalizzazione e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2015, 11, p. 5,

¹⁹⁹ F. SCALIA, op. cit., p. 5 e ss.

²⁰⁰ Solleva dubbi sulla ricostruzione effettuata dalla Corte costituzionale con la sentenza 325/2010 R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 6, 2011, p. 1176 e ss..

²⁰¹ Cfr. legge 142/1990 sull'ordinamento degli enti locali e legge 36/1994 sulle risorse idriche (cd. legge Galli).

²⁰² Con l'art. 35, L. 448/2001, che ha riscritto l'art. 113 TUEL inserendo la distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza, si è dettata al comma 5 una norma specifica per il servizio idrico, espressamente ricompreso tra i servizi a rilevanza industriale. Successivamente, recependo le indicazioni del legislatore comunitario, con 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, conv., con mod., dalla legge n. 326 del 2003, è stata introdotta la distinzione tra servizi pubblici a rilevanza economica e non, rientrando il servizio idrico sempre nella prima categoria. Per la gestione del servizio, si è ammessa, in deroga alla regola dell'obbligo della pubblica gara, la possibilità dell'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico privato, poiché il socio privato venisse scelto con procedura ad evidenza pubblica, ovvero a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici partecipanti esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici di riferimento (cd. *in house*).

con mod. dalla legge n. 133/2008, che sanciva una netta preferenza per il ricorso al mercato con l'obbligo, come regola generale, dello svolgimento di pubblica gara, così relegando l'affidamento cd. *in house* ad ipotesi eccezionale²⁰³.

La normativa citata, peraltro rimaneggiata dopo solo un anno²⁰⁴, aveva lasciato in vigore la disposizione relativa a gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali contenuta nell'art. 113 TUEL, disponendone l'abrogazione per le parti incompatibili, generando problemi interpretativi.

Come noto, lo svolgimento della consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011 ha comportato, da un lato, l'abrogazione dell'art. 23 bis d.l. cit. e, dall'altro, l'eliminazione del criterio dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito dalle componenti tariffarie individuate dall'art. 154, d.lgs. 152/2006.

Con riferimento al referendum, va qui incidentalmente rilevato che sull'amplessissima partecipazione popolare ha giocato un ruolo determinante la campagna dei promotori a favore del "sì", fondata sull'equivoco della mobilitazione in favore dell'abrogazione della privatizzazione dell'acqua. Equivoco, in realtà, tecnicamente duplice: innanzitutto perché la natura pubblica delle acque non era oggetto dei quesiti, in secondo luogo perché l'abrogazione dell'art. 23 bis d.l. cit. concerneva l'affidamento della generalità dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, e non del solo servizio idrico. Non può essere sottaciuto, tuttavia, il peso politico dell'esito della consultazione.

A brevissima distanza dallo svolgersi del referendum, il legislatore è intervenuto nuovamente nella materia dei servizi pubblici a rilevanza economica reintroducendo -ad esclusione del solo settore idrico - vincoli alla possibilità di ricorrere all'affidamento *in house* e, tra gli altri, il divieto assoluto di tale forma di gestione per tutti i servizi di valore economico superiore a 200.000 euro. Tale normativa²⁰⁵, tuttavia, è stata giudicata illegittima dalla Corte costituzionale per violazione dell'art. 75 Cost. ovvero del divieto di ripristino della normativa abrogata (C. cost. 199/2012)²⁰⁶.

In questo contesto ci si è chiesti quale fosse, sulla base della normativa di risulta, il regime giuridico di riferimento per l'affidamento del servizio idrico e per la determinazione della relativa tariffa. La Corte costituzionale, già in sede di giudizio di ammissibilità della richiesta di referendum popolare, aveva chiarito come dall'eventuale abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non sarebbe conseguita alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo e, dall'altro, sarebbe conseguita l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (Corte cost. n.

²⁰³ Secondo l'art. 23 bis, d.l. cit., il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali doveva avvenire, in via ordinaria: a) a imprenditori privati, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento. In deroga alle modalità di affidamento ordinario, per situazioni eccezionali che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento poteva avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, avente i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. In tale ultima ipotesi, l'ente affidante doveva dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e trasmettendo una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo.

²⁰⁴ L'art. 23 bis d.l. 112/2008, conv., con mod., dalla legge n. 133/2008, è stato sostituito dall'art. 15 comma 1 lett. b) d.l. 135/2009, conv. con l. 166/2009.

²⁰⁵ Si trattava dell'art. 4 d.l. 138/2011, conv. con mod. dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, significativamente rubricato *Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea*.

²⁰⁶ In merito agli effetti indiretti dell'abrogazione referendaria: P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) volontà referendaria*, in *Federalismi.it*, 7, 2015, p. 27 e ss.

24/2011); quanto alla tariffa, la Consulta aveva puntualizzato che - anche in caso di esito positivo della consultazione - doveva ritenersi comunque persistente la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare «*la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga"*»(Corte cost. n. 26/2014).

I successivi provvedimenti del legislatore ²⁰⁷, volti ad operare, attraverso interventi di liberalizzazione, un contenimento della spesa pubblica, incentivando l'affidamento dei servizi pubblici locali tramite il meccanismo delle gare ad evidenza pubblica - individuato come più idoneo al risparmio dei costi ed alla migliore efficienza nella gestione - hanno invece superato il vaglio di costituzionalità. In questo modo, infatti, gli enti territoriali «*conservano le loro competenze, che esercitano in conformità ai principi di liberalizzazione dettati dallo Stato, il quale, nell'erogare i finanziamenti di sua competenza, privilegia le amministrazioni più "virtuose"*»(Corte cost. n. 46/2013).

Da ultimo, dapprima con una disposizione generale per i servizi pubblici locali di rilevanza economica ²⁰⁸, poi con una novella *ad hoc* al Codice dell'ambiente ²⁰⁹, il legislatore ha ribadito che l'affidamento del servizio è subordinato alle forme ed ai requisiti previsti dall'ordinamento europeo.

²⁰⁷ Il riferimento è all'art. 3 bis del d.l. 138/2011, inserito dall'art. 25, comma 1, lett. a), D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con mod., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, ha introdotto in particolare il comma 3, che dispone: "3. A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle regioni e negli enti locali, comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità."

²⁰⁸ Dispone l'art. 34, comma 20, d.l. 179/2012 decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con mod. dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221: "20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio e' effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che da' conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste. 21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non e' prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013. 22. Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 31 dicembre 2004 a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile alla medesima data, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020. Gli affidamenti diretti a società poste, successivamente al 31 dicembre 2004, sotto il controllo di società quotate a seguito di operazioni societarie effettuate in assenza di procedure conformi ai principi e alle disposizioni dell'Unione europea applicabili allo specifico affidamento cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2018 o alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto, se anteriori. 23. Dopo il comma 1 dell'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, e' inserito il seguente: "1-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo". "

²⁰⁹ Art. 149 bis d.lgs. 152/2006, introdotto dall'art. 7 comma 1 lett. d) d.l. 133/2014 conv. con mod. dalla L. 164/2014, modificato dall'art. 1 comma 615 L. 190/2014.

Sotto il profilo dell'organizzazione, va anche ricordato che il servizio idrico nel nostro Paese è suddiviso su base territoriale in ambiti territoriali ottimali (A.T.O.), sostanzialmente coincidenti con i bacini idrografici sin dalla legge n. 36/1994 (cd. Legge Galli). Alle Regioni è data facoltà di modificare - nel rispetto di alcuni principi - le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali, di regola di dimensioni non inferiori all'ambito provinciale²¹⁰. Le Autorità d'ambito territoriale ottimale, enti di governo degli A.T.O. e previste dal d.lgs. 152/2006²¹¹, sono state soppresse per esigenze di risparmio della spesa pubblica, con conferimento alle Regioni del compito di attribuire con legge le funzioni di tali Autorità ad appositi Enti di governo dell'ambito (EGATO)^{212 213}. Gli enti locali ricadenti nel medesimo Ambito territoriale partecipano obbligatoriamente all'EGATO.

Da quanto qui sommariamente riassunto emerge la complessa stratificazione legislativa del settore idrico, anche definita di «caos normativo»²¹⁴, dovuta non solo alle continue modifiche sostanziali della disciplina intervenute a breve o brevissima distanza di tempo ma anche alla tecnica impiegata dal legislatore, che ha infelicemente coniugato il ricorso a modifiche normative non testuali all'abuso della decretazione d'urgenza.

Tale situazione aveva condotto il Governo, da un lato, a predisporre uno schema di decreto legislativo sui servizi pubblici locali di interesse generale, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 124/2015 (cd. Riforma Madia)e, dall'altro, a varare un disegno di legge (AS 2343) recante Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque, contenente disposizioni in materia di servizio idrico.

Tali provvedimenti tuttavia non hanno visto la luce: lo schema di decreto legislativo, dopo la pronuncia di incostituzionalità della legge delega (Corte cost. n. 251/2016), è decaduto per scadenza

²¹⁰ Secondo l'art. 147, comma 2, Cod. Amb., le regioni possono modificare le delimitazioni degli A.T.O. rispettando i principi dell'unità del bacino idrografico o del sub-bacino, unicità della gestione, adeguatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici. Per le deroghe alla dimensione del bacino si veda art. 147 comma 2bis Cod. Amb.

²¹¹ Secondo l'art. 148 d.lgs. 152/2006 le Autorità d'ambito territoriale ottimale costituivano strutture con personalità giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla competente regione, alla quale gli enti locali partecipavano obbligatoriamente ed alla quale era trasferito l'esercizio delle competenze in materia di gestione delle risorse idriche.

²¹² L'art. 1, comma 1-quinquies, D.L. 25 gennaio 2010, n. 2, conv., con mod., dalla L. 26 marzo 2010, n. 42, ha inserito all'articolo 2 della legge 23 dicembre 2009, n. 191, il seguente comma: «186-bis. Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d'ambito territoriale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d'ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le disposizioni di cui agli articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006, sono efficaci in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge».

²¹³ La Corte costituzionale ha ritenuto legittima tale soppressione, ritenendo che la disciplina statale censurata riservi comunque "al legislatore regionale un'ampia sfera di discrezionalità, consentendogli di scegliere i moduli organizzativi più adeguati a garantire l'efficienza del servizio idrico integrato e del servizio di gestione ugualmente integrato dei rifiuti urbani, nonché forme di cooperazione fra i diversi enti territoriali interessati" (Corte cost. n. 128/2011). Nella sentenza citata, la Corte ha affermato che lo Stato ha piena facoltà di disporre la soppressione delle Autorità d'ambito, dal momento che la relativa disciplina rientra nelle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, di competenza legislativa esclusiva statale (cfr. C. cost. n. 246/2009).

²¹⁴ A. SANDULLI, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza*, in Giur. cost., 2012, 2, p. 828.

dei termini della delega²¹⁵; il testo del DDL è stato approvato alla Camera solo in prima lettura e si è arenato in Senato, nel corso della precedente legislatura²¹⁶.

Va segnalato, tuttavia, che con il cd. Collegato ambientale, il legislatore ha introdotto la tariffa sociale del servizio idrico integrato, prevedendo che, al fine di garantire accesso universale all'acqua, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AAEGSI, oggi Autorità per la regolazione dell'energia, reti e ambiente ARERA) assicuri agli utenti domestici del servizio idrico integrato in condizioni economico sociali disagiate l'accesso - a condizioni agevolate - alla fornitura della quantità di acqua necessaria per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali²¹⁷. Con l'eccezione delle normative speciali ricordate, attualmente per la disciplina del settore idrico occorre far riferimento al d.lgs. 152/2006 (Codice dell'Ambiente), quanto all'allocazione di competenze tra Autorità di vigilanza, Ministero, Regioni ed enti locali ed all'organizzazione territoriale, nonché, quanto all'affidamento del servizio, alle forme di gestione previste dall'ordinamento europeo.^{218 219 220}

Sul tema della "privatizzazione dell'acqua"²²¹, anche la dottrina si è divisa tra coloro che affermano che la liberalizzazione del servizio idrico dovrebbe consentire a soggetti pubblici, privati o *non profit* di competere per rispondere nel modo più efficace, efficiente ed equo alla domanda dei consumatori finali²²² e coloro che, al contrario, rivendicano l'esclusiva gestione pubblica dell'acqua

²¹⁵ In ogni caso il testo unico faceva salva l'applicazione della disciplina di settore dei servizi idrici, ad eccezione delle disposizioni relative alle modalità di affidamento della gestione (art. 3, c. 2, schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale) in https://www.promopa.it/images/riforma_pa/schema_decreto_legislativo_tu_spl.pdf.

²¹⁶ Dossier del Servizio studi del Senato sull' AS 2343 in http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/dossier/46777_dossier.htm

²¹⁷ Nel dettaglio, con la legge 28 dicembre 2015, n. 221 (Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali), al Capo VII, significativamente rubricato *Disposizioni per garantire l'accesso universale all'acqua*, l'art. 60 dispone in materia di tariffa sociale e l'art.61 in materia di morosità nel servizio idrico integrato, a garanzia della fornitura del quantitativo minimo vitale di acqua necessario al soddisfacimento dei bisogni fondamentali di fornitura per gli utenti morosi.

²¹⁸ Per una ricostruzione della normativa in tema di modalità di affidamento del servizio sia consentito rinviare a: F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *Federalismi.it*, 8, 2016.

²¹⁹ Il decreto legge 133/2014 conv. con mod. con l. 164/2014 ha introdotto nel d.lgs. 152/2016 l'art. 149 bis (Affidamento del servizio), che prevede, al comma 1: "1. L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale."

²²⁰ Per la disciplina dei soggetti affidatari del SII occorre fare riferimento anche al d.lgs. 175/2016, che regola le forme societarie mediante le quali alla pubblica amministrazione è consentita l'organizzazione e la gestione di servizi di interesse economico generale, cfr.R. MICCÙ e M. FRANCAVIGLIA, *Società pubbliche e servizi di interesse economico generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Federalismi.it*, n. 10/2018.

²²¹ La campagna a favore del "Sì" del Comitato promotore del referendum ha giocato sull'equivoco di promuovere l'abrogazione delle leggi in materia di privatizzazione dell'acqua <http://www.referendumacqua.it/>.

²²² G. PIPERATA, *Liberalizzazione e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2015, 11, p. 12, il quale tuttavia esclude la completa fuoriuscita del pubblico dal sistema di governo ed esercizio delle attività idriche.

quale "pretesa alla soddisfazione di un bisogno primario dell'individuo di cui lo stato si deve fare carico" ²²³ ²²⁴
²²⁵. Secondo una terza opinione, il disegno costituzionale legittimerebbe sia una sottrazione totale della gestione del servizio idrico ai privati sia un'apertura dello stesso all'iniziativa economica privata ²²⁶.

Sotto il profilo della separazione tra proprietà (pubblica) dell'acqua e gestione del bene medesimo, taluni sostengono la non separabilità del titolo di proprietà dal momento gestionale del bene²²⁷, per altri, invece, è pacifico che titolarità della proprietà e della gestione sono due momenti e concetti separabili ²²⁸.

Come è stato notato, il tema della separazione tra proprietà e gestione dell'acqua è di importanza cruciale, costituendo la chiave di volta del sistema, perché rinvia a differenti visioni economiche e sociali dello Stato ²²⁹.

4. Il punto sulle competenze delle regioni ordinarie in tema di SII.

I provvedimenti legislativi indirizzati al mercato²³⁰, l'esito del referendum, le pronunce della Corte costituzionale e la stratificazione normativa che ne è conseguita hanno determinato una situazione di notevole incertezza per gli interpreti del diritto, per le amministrazioni e per i soggetti gestori.

L'instabilità del dato positivo ha indotto i legislatori regionali a rivendicare competenze in materia di servizio idrico, politicamente molto sensibile: a partire dal 2008, proprio in conseguenza della spinta liberistica del Governo, si sono susseguite una serie di leggi regionali, tutte accomunate dal fatto di aver tentato - in maniera molto diversa tra loro - di regolamentare la materia in maniera difforme dalle previsioni statali.

Il Giudice delle Leggi ha contribuito in maniera decisiva a definire le rispettive competenze di Stato e Regioni.

²²³ F.R. DE MARTINO, op. cit., p. 178; secondo l'A., inoltre, la convivenza di modelli di gestione differenziati del servizio idrico pone un problema di disparità di trattamento ex art. 3 Cost., perché in alcune parti del territorio italiano i cittadini potrebbero avere un regime tariffario più oneroso - in ragione della gestione del servizio da parte di privati in regime di impresa - con violazione del diritto fondamentale all'acqua inteso quale diritto di tutti i cittadini ad avere accesso all'acqua alle medesime condizioni, F.R. De Martino, op. cit., p. 188.

²²⁴ G. AZZARITI, op. cit., p. 5. In particolare, secondo l'A., "Se si vuole affermare la natura extra commercium del bene acqua che è alla radice della consapevolezza ormai mondiale penso che si debba seriamente considerare che solo una impegnativa scelta politica d'investimento pubblico e di responsabilizzazione della Repubblica (Stato e Autonomie locali) può fornire all'Italia un adeguato servizio idrico nazionale."

²²⁵ Afferma che la gestione pubblica dei servizi idrici "sembra essere la sola strada razionalmente percorribile, tenuto conto dei rischi concreti dell'altra" A.SANDULLI, *Privatizzare si può. Ma non l'acqua*, in <http://www.costituzionalismo.it/notizie/536/>.

²²⁶ S. SILEONI, op. cit., p. 24.

²²⁷ U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, Enc. Dir., Annali, vol. V, Milano 2012, 1122

²²⁸ S. SILEONI, *L'acqua: una risorsa fondamentale, quale diritto?*, Rivista AIC, n. 3/2016; A. SALVATO, op. cit., p. 746

²²⁹ Evidenza che la differente visione del sistema economico e sociale implica scelte talvolta antitetiche, che a loro volta trovano sede negli artt. 41 e 42 Cost., F. R. DE MARTINO, *L'acqua come diritto fondamentale e la sua gestione pubblica*, in *Munus n. 1/2017*, p. 165.

²³⁰ In termini di spostamento, nel tempo della disciplina sempre più indirizzata al mercato e alla concorrenza con progressiva perdita di riferimento della funzione sociale e di sviluppo delle Comunità locali si esprime P. CHIRULLI, op. cit., p. 5.

Già nel 2004, infatti, la Consulta aveva ricondotto alla competenza esclusiva dello stato in materia di tutela della concorrenza la disciplina della gestione e dell'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, individuando per contro, per i servizi privi di tale rilevanza, uno "spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale"²³¹ (Corte cost. n. 272/2004 e n. 274/2004)²³². In particolare, la Corte costituzionale ha escluso che la disciplina relativa ai servizi pubblici locali a rilevanza economica fosse riconducibile sia alla competenza legislativa statale in tema di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., concernendo servizi di rilevanza economica e comunque non relativi alla determinazione di livelli essenziali, sia a quella in tema di funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane ex art. 117, secondo comma, lettera p), Cost., non potendo la gestione dei servizi pubblici locali considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale. Richiamando la propria giurisprudenza, la Corte ha ribadito inoltre come nell'ambito della materia trasversale tutela della concorrenza debbano intendersi ricompresi non solo interventi di protezione, regolazione e ripristino (concorrenza in senso statico) ma anche misure pubbliche volte a favorire lo sviluppo del mercato (concorrenza in senso dinamico). Dalla ricostruzione del titolo di legittimazione dell'intervento statale sulla base dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., anche in forza dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, derivano due importanti corollari: per un verso, tale titolo competenziale è invocabile solo con riferimento a disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" e, per altro verso, solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali²³³. Con ciò lasciando intendere che vi sia la possibilità, per le Regioni, di intervenire, nell'ambito delle proprie competenze, in settori funzionalmente collegati a quelli definiti dal legislatore statale^{234 235}.

Inoltre, per i soli servizi pubblici locali, che - in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione ed ai destinatari - appaiono privi di rilevanza economica è pacificamente ammesso l'intervento del legislatore regionale.

Successivamente, la Consulta ha ulteriormente chiarito che la disciplina proconcorrenziale più rigorosa introdotta dal legislatore italiano rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, da un lato non può considerarsi imposta dal diritto sovranazionale e dunque non è costituzionalmente obbligata ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. ma, dall'altro, neppure è in contrasto con la disciplina comunitaria predetta. Il diritto dell'Unione, infatti, costituisce un "*minimo inderogabile per*

²³¹ Corte. Cost. n. 272/2004, punto 4 del Considerato in diritto.

²³² Si rimanda alla nota sub 38 per il dettaglio dell'evoluzione normativa. La riscrittura dell'art. 113 TUEL ad opera della L.448/2001 prima e poi del d.l. 269/2003 è stato oggetto di impugnazione da parte di varie Regioni, che sostenevano l'appartenenza della materia servizi pubblici locali alla competenza residuale, trattandosi di materia innominata. Con la sentenza 272/2004, la Corte costituzionale ha deciso sull'impugnazione promossa dalla regione Toscana avverso la disciplina introdotta nel TUEL con d.l. 269/2003, dichiarando illegittimo il comma 7 dell'art. 113 TUEL e l'intero art. 113 bis TUEL. Con la successiva ordinanza 274/2004, la Corte ha deciso i ricorsi promossi da Toscana, Basilicata, Campania, Emilia-Romagna e Umbria avverso la disciplina introdotta nel TUEL con L. 448/2001, dichiarando cessata la materia del contendere per la sopravvenuta modifica normativa del 2003 decisa con la citata sentenza 272, non risultando aver avuto applicazione la novella del 2001.

²³³ Corte. Cost. n. 272/2004, punto 3 del Considerato in diritto

²³⁴ F. CASALOTTI, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V, parte II della Cost.: la sentenza 272 e l'ordinanza 274 del 2004*, in *Le Regioni*, 1-2, 2005.

²³⁵ T. TESSARO, *Miti e no: l'dra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, www.lexitalia.it, n. 7-8, 2004.

gli Stati membri” e pertanto va escluso ogni contrasto laddove la disciplina interna e quella comunitaria vadano “nello stesso verso”. (C. Cost. 325/2010).^{236 237}

Poste tali premesse, vanno indagati gli spazi di intervento lasciati a disposizione delle Regioni con particolare riferimento alla disciplina del servizio idrico²³⁸. Come si è ricostruito nel precedente paragrafo, la disciplina di fonte statale è contenuta essenzialmente dal Codice dell’ambiente. In particolare, secondo tale normativa, lo Stato esercita in questo ambito materiale una serie di competenze esclusive: tutela della concorrenza, tutela dell’ambiente, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, funzioni fondamentali degli enti locali²³⁹.

Dal momento che, come noto, l’autoqualificazione non è determinante - dovendo essere sempre valutato, in ciascun caso, il carattere sostanziale delle norme cui il legislatore attribuisce una certa qualifica²⁴⁰ - per delineare con esattezza l’ambito di intervento dei legislatori regionali occorre fare riferimento alla giurisprudenza costituzionale in materia.

Al riguardo, va innanzitutto precisato che, trattandosi di disciplina afferente alla gestione delle risorse idriche, la materia può dirsi, in via generale, permeata dalla competenza esclusiva dello Stato posta a tutela dell’ambiente. In particolare, secondo la Consulta, anche le modalità di organizzazione del servizio idrico, nelle loro linee generali, sono riconducibili alla materia della tutela dell’ambiente: rientra pertanto in tale competenza anche stabilire le condizioni in presenza delle quali i Comuni minori possono non partecipare alla gestione unica del servizio idrico integrato (Corte cost. n. 246 del 2009).

Per quanto attiene invece all’affidamento del servizio idrico, resta ferma la conclusione raggiunta per tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica, e dunque il riconoscimento della competenza esclusiva statale ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., a tutela della concorrenza.²⁴¹

²³⁶ Con la sentenza C. Cost. 325/2010 la Corte costituzionale ha deciso sull’impugnazione promossa dalle Regioni Emilia – Romagna, Liguria, Piemonte, Puglia, Toscana, Umbria e Marche nei confronti del più volte citato art. 23 bis d.l. 121/2008. Cfr. in particolare punto 6.1. del Considerato in diritto, sent. cit..

²³⁷ Per un’analisi critica della sentenza Corte cost. 325/2010 si veda: M. CECCHETTI, *L’organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra stato e regioni. un colosso giurisprudenziale dai piedi d’argilla*, in *Federalismi.it*, n. 23, del 5 dicembre 2012; R. CARANTA, *Il diritto dell’Ue sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 6, 2011.

²³⁸ Al riguardo, vengono in rilievo le norme contenute negli art. 142 e ss. del d.lgs. 152/2006 (Norme in materia ambientale), che disciplinano le competenze e le funzioni di Stato, Regioni ed Enti locali nella tutela e nella gestione della risorsa idrica. Nel dettaglio, l’art. 147 prevede che i servizi idrici siano organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni e che gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito territoriale ottimale partecipino obbligatoriamente all’ente di governo dell’ambito. L’affidamento del servizio è disciplinato dall’art. 149 bis mentre la tariffa dall’art. 154 d.lgs. cit..

²³⁹ Si riporta il testo dell’art. 141 d.lgs. 152/2006: “art. 141 (ambito di applicazione) 1. Oggetto delle disposizioni contenute nella presente sezione è la disciplina della gestione delle risorse idriche e del servizio idrico integrato per i profili che concernono la tutela dell’ambiente e della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni del servizio idrico integrato e delle relative funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane. 2. Il servizio idrico integrato è costituito dall’insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie. Le presenti disposizioni si applicano anche agli usi industriali delle acque gestite nell’ambito del servizio idrico integrato.”.

²⁴⁰ *Ex multis*, Corte cost. n. 94/2018, n. 39/2014, n. 164/2012, n. 482/1995.

²⁴¹ Sentenze Corte cost. n. 246/2009 punto 14. 1 del Considerato in diritto e Corte cost. n. 325/2010, punto 7 del Considerato in diritto.

Per contro, sono state ritenute ascrivibili sia alla tutela dell'ambiente sia alla tutela della concorrenza le normative riguardanti l'individuazione di un'unica Autorità d'ambito e la determinazione della tariffa del servizio secondo un meccanismo di *pricecap*, con corrispondente limitazione delle competenze regionali. Ciò in quanto la disciplina delle Autorità d'ambito è finalizzata al superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche - oltre a consentire la razionalizzazione del mercato - ed è quindi diretta a garantire la concorrenzialità e l'efficienza del mercato stesso. La stessa disciplina attiene anche alla tutela dell'ambiente perché l'allocatione delle competenze sulla gestione in capo all'Autorità serve a razionalizzare l'uso delle risorse idriche e le interazioni e gli equilibri fra le diverse componenti della biosfera intesa come «*sistema nel suo aspetto dinamico*»(Corte cost. n. 246 del 2009). Quanto alla tariffa, è stato affermato che l'uniforme metodologia tariffaria,- adottata per il tramite dell'interposta legislazione statale - e la sua applicazione da parte delle Autorità d'ambito sono finalizzate sia a preservare il bene giuridico "ambiente" dai rischi derivanti da una tutela non uniforme sia a garantire uno sviluppo concorrenziale del settore (Corte cost. n. 29 del 2010)²⁴².

5. Giurisprudenza costituzionale sulle leggi regionali in materia di servizio idrico integrato.

Di seguito si esaminerà il contenzioso costituzionale relativo alle impugnazioni di leggi regionali intervenute a regolamentare il servizio idrico integrato. L'analisi delle normative sarà condotta per aree tematiche, riprendendo per sommi capi i nodi problematici legati al *referendum* del 2011, filo conduttore del presente lavoro. In particolare la ricerca si concentrerà, dunque, su pronunce relative a: 5.1) affidamento del servizio e privatizzazione delle reti; 5.2) determinazione della tariffa; 5.3) leggi - provvedimento.

5.1 Pubblicizzazione versus privatizzazione del servizio e delle reti.

Dal primo angolo visuale, relativo alle leggi regionali che hanno regolamentato l'affidamento del servizio idrico discostandosi dalla disciplina statale, vengono in esame gli interventi, da una parte, del legislatore lombardo e, dall'altro, del legislatore campano e pugliese. Tali provvedimenti si collocano ai due poli opposti per le concezioni politico-economiche da cui hanno preso le mosse, giungendo a risultati opposti quanto all'esito del contenzioso costituzionale. Se, infatti, la Consulta ha in parte "promosso" gli interventi pro-concorrenziali della Lombardia (Corte cost. n. 307/2009), ha invece cassato i tentativi di pubblicizzazione del servizio promossi da Campania e Puglia (rispettivamente Corte cost. n. 325/2010 e n. 62/2012).

Già nel 2006, in parte anticipando il legislatore statale, la Regione Lombardia aveva imposto, da un lato, la separazione tra gestione della rete ed erogazione del servizio e, dall'altro, lo

²⁴² Corte cost. n. 29/2010 punto 2.1 del Considerato in diritto.

svolgimento della pubblica gara per l'affidamento del servizio²⁴³. In tal modo, come è stato osservato, la Regione mirava ad un'apertura totale al mercato per il servizio idrico, consentendo - la prima disposizione - di affidare più agevolmente il servizio ad operatori privati e di lasciare "il peso" della costruzione e della manutenzione della rete agli enti locali; legittimando - la seconda - l'esclusione delle altre forme di gestione (società a capitale misto pubblico-privato ovvero della società a capitale interamente pubblico cd. *in house*) in favore della gara competitiva²⁴⁴. La Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la prima disposizione, per violazione della competenza esclusiva statale in materia di funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane ex art 117, secondo comma, lett. p), Cost.²⁴⁵; ha, per converso, salvato la seconda, affermando che, in materia di tutela della concorrenza, sono ammissibili norme "più rigorose delle norme interposte statali" emanate nell'esercizio della competenza residuale in materia di servizi pubblici locali, propria delle Regioni (Corte cost. n. 307/2009). La questione decisa - di non grande rilievo pratico, essendo la normativa regionale stata nuovamente modificata nel 2009 in senso aderente alla disciplina statale - è interessante sia poiché legittima la soluzione pro - concorrenziale prescelta dalla Regione in un campo materiale in cui la potestà esclusiva statale non sembrava lasciare margini al legislatore regionale, sia perché riabilita, quale titolo di intervento del legislatore statale, l'art. 117, comma 2, lett. p), che, invece, era stato espressamente escluso dalla precedente giurisprudenza²⁴⁶ (Corte Cost. n. 272/2004, citata).

Sempre nel solco della privatizzazione, questa volta non del servizio in sé ma delle reti, va ricordato anche il tentativo del legislatore lombardo di disporre delle infrastrutture del servizio idrico. Novellando nuovamente nel 2010 la legge regionale relativa ai servizi pubblici locali di interesse economico generale²⁴⁷, si voleva consentire agli enti locali di costituire una società nell'ambito territoriale ottimale, partecipata da Comuni rappresentanti almeno due terzi dell'ambito, alla quale conferire la proprietà delle reti e degli impianti²⁴⁸. La novella è stata dichiarata

²⁴³ Il riferimento è all'art. 4 lett. p) della legge regionale n. 18/2006 di modifica della legge regionale n. 26/2003 (Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche).

²⁴⁴ F. MERLONI, *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le "funzioni fondamentali" degli enti locali*- *Commento alla sentenza 307 del 2009*, in: www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/.../0047_nota_307_2009_merloni.pdf.

²⁴⁵ Secondo la Consulta, in particolare, l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, pone un generale divieto di separazione tra l'attività di gestione delle reti e degli impianti da quella di erogazione degli stessi, salva la possibilità per le discipline di settore di prevederla. Il d.lgs. n. 152 del 2006, disciplina di settore per il servizio idrico, non prevede né espressamente né implicitamente la possibilità di separazione della gestione della rete idrica da quella di erogazione del servizio idrico; ma in varie disposizioni del decreto sono riscontrabili chiari elementi normativi nel senso della loro non separabilità. Il principio della non separabilità risulta vincolante per il legislatore regionale in quanto riconducibile alla competenza esclusiva dello Stato in materia di funzioni fondamentali dei comuni (art. 117, secondo comma, lettera p), Cost.), dal momento che le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, competenza esclusiva dello Stato. Cfr. Considerato in diritto punti 5.1 e 5.2 sentenza Corte cost. 307/2009.

²⁴⁶ F. MERLONI, op. cit., p. 3

²⁴⁷ Si trattava dell'art. 1, comma 1, lettera t), della legge della Regione Lombardia 27 dicembre 2010, n. 21, recante «Modifiche alla legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26 (Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche), in attuazione dell'art. 2, comma 186-bis, della legge 23 dicembre 2009, n. 191».

²⁴⁸ *"La disposizione regionale censurata prevede, sia pure con riferimento alle sole infrastrutture idriche, un caso di cessione ad un soggetto di diritto privato - la società patrimoniale d'ambito a capitale pubblico incedibile - di beni demaniali e, perciò, incide*

costituzionalmente illegittima, disponendo la cessione di beni demaniali in favore di soggetti privati e dunque vertendosi in tema di proprietà pubblica, ricadente nell'ambito materiale "ordinamento civile", di competenza esclusiva dello Stato (Corte cost. n. 320/2011)²⁴⁹.

Al polo opposto - ovvero nel senso dell'esclusione del servizio idrico dal mercato - si collocano gli interventi di Campania e Puglia.

Nel dettaglio, la Regione Campania aveva previsto la propria competenza a disciplinare il servizio idrico integrato regionale come servizio privo di rilevanza economica, nonché a stabilire autonomamente sia le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio sia il termine di decadenza degli affidamenti in essere²⁵⁰. Tale normativa è stata dichiarata illegittima per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., dal momento che la disciplina statale pone una nozione generale e oggettiva di rilevanza economica, alla quale le Regioni non possono sostituire una nozione meramente soggettiva, incentrata su una valutazione discrezionale dei singoli enti territoriali. Per altro verso, la disposizione censurata, nell'individuare figure soggettive cui conferire la gestione del servizio idrico e nel determinare un regime transitorio per la cessazione degli affidamenti diretti già in essere, si poneva in evidente contrasto con il regime transitorio disciplinato dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, regime ritenuto inderogabile da parte delle Regioni.²⁵¹

In tema di gestione delle risorse idriche, la Regione Puglia ha adottato due leggi promulgate a brevissima distanza di tempo, entrambe impugnate dal Governo: le questioni sono state decise con un'unica sentenza²⁵². In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge regionale che aveva provveduto all'affidamento diretto della gestione del servizio idrico integrato all'azienda

sul regime giuridico della proprietà pubblica. Essa va, pertanto, ascritta alla materia ordinamento civile, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. Ne segue che la Regione resistente è legittimata a disporre in tale materia solo ove la legge regionale costituisca attuazione di una specifica normativa statale. 2.1.2. – Nella specie, una siffatta normativa statale manca, non potendo essa essere individuata nel citato comma 13 dell'art. 113 del TUEL, nonostante che la stessa disposizione regionale impugnata lo richiami quale norma statale da attuare. Detto comma 13, infatti, non poteva costituire il fondamento della competenza legislativa regionale in tema di regime proprietario delle infrastrutture idriche, perché doveva ritenersi già tacitamente abrogato, per incompatibilità, dal comma 5 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, il quale – come si è visto – aveva stabilito il principio secondo cui le reti sono di «proprietà pubblica»; principio evidentemente in contrasto con il richiamato comma 13, che consentiva, invece, il conferimento delle reti in proprietà a società di diritto privato a capitale interamente pubblico. Al riguardo, va osservato che la proprietà pubblica delle reti implica, indubbiamente, l'assoggettamento di queste – e, dunque, anche delle reti idriche – al regime giuridico del demanio accidentale pubblico, con conseguente divieto di cessione e di mutamento della destinazione pubblica. In particolare le reti, intese in senso ampio, vanno ricomprese, in quanto appartenenti ad enti pubblici territoriali, tra i beni demaniali, ai sensi del combinato disposto del secondo comma dell'art. 822 e del primo comma dell'art. 824 cod. civ. Il comma 1 dell'art. 143 del d.lgs. n. 152 del 2006 (anch'esso anteriore alla disposizione regionale impugnata) conferma la natura demaniale delle infrastrutture idriche, dettando una specifica normativa di settore. Esso dispone, infatti, che: «Gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o di misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge».

È, perciò, evidente l'incompatibilità del regime demaniale stabilito dal comma 5 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 e dal comma 1 dell'art. 143 del d.lgs. n. 152 del 2006 con il conferimento in proprietà previsto dal comma 13 dell'art. 113 del TUEL." 2.1.1. e 2.1.2. Considerato in diritto sentenza Corte cost. 320/2011.

²⁴⁹ F. COSTANTINO, *La proprietà delle reti dei servizi pubblici locali – in particolare del servizio idrico (a proposito di Corte cost. 320/2011)*, in Rivista AIC, 2012, 2.

²⁵⁰ Si tratta dell'art. 1, comma 1, della legge della Regione Campania 21 gennaio 2010, n. 2 (Legge finanziaria anno 2010).

²⁵¹ Cfr. punto 19, Considerato in diritto, Corte cost. n. 325/2010.

²⁵² Si tratta della legge regionale 30 maggio 2011, n. 9 (Istituzione dell'Autorità idrica pugliese) edella legge regionale 20 giugno 2011, n. 11 (Gestione del servizio idrico integrato. Costituzione dell'Azienda pubblica regionale "Acquedotto pugliese – AQP").

pubblica AQP²⁵³. Tale normativa, nel disporre che la gestione del servizio idrico fosse affidata ad un'azienda pubblica regionale con particolari caratteristiche e nell'istituire contestualmente una specifica azienda con tali caratteristiche, individuava in sostanza proprio in tale azienda l'affidataria del servizio e le forme di gestione utilizzabili, inibendo così alla neo istituita Autorità idrica di procedere alla scelta. La disciplina regionale è stata ritenuta in contrasto con la normativa statale per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere e) ed s), Cost., non essendo consentito alla legge regionale di individuare direttamente il soggetto affidatario della gestione né di stabilire i requisiti generali dei soggetti affidatari (così determinando, indirettamente, anche le forme di gestione)²⁵⁴.

Analogamente, è stato cassato l'affidamento diretto dei servizi idrici ancora in gestione alla Regione Campania – ancorché disposto solo in via transitoria per trentasei mesi in attesa di procedere alla gara secondo i principi del diritto UE - . In maniera coerente con la propria precedente giurisprudenza, la Corte ha ribadito, infatti, che non rientra tra le competenze regionali individuare direttamente il soggetto gestore del servizio idrico integrato (Corte cost. 117/2015).

Sempre con riferimento all'affidamento del servizio, merita attenzione, infine, anche il caso della Regione Liguria, la quale, nel disporre la competenza dell'Autorità d'ambito a provvedere all'affidamento medesimo, aveva fatto riferimento all'obbligo del rispetto di alcuni criteri tra cui - indirettamente - anche quello sulle forme di gestione del servizio contenuto nell'art. 113 TUEL²⁵⁵. Tale disposizione è stata dichiarata illegittima dalla Corte, per aver la Regione imposto l'applicazione di una disposizione ritenuta abrogata tacitamente per incompatibilità dal sopravvenuto art. 23-bis, d.l. 112/2008, e dunque per aver normato in violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e) (Corte cost. n. 325/2010)²⁵⁶. In altre parole, pur avendo correttamente individuato la competenza a provvedere in

²⁵³ In merito alla questione di costituzionalità della legge regionale pugliese n. 9/2011, con la sentenza n. 62/2012 la Corte ha dichiarato cessata la materia del contendere per sopravvenuta modifica della normativa, non applicata, nelle more del giudizio. Non viene trattata in questa sede per motivi di spazio l'altra censura di costituzionalità relativa alla legge regionale 11/2011 decisa con la medesima sentenza e relativa al subentro dell'azienda pubblica regionale APQ nel patrimonio e nei rapporti della S.p.a. Acquedotto pugliese.

²⁵⁴ Corte cost. n. 62/2012 con note di A. SANDULLI, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2012, 2, p. 828 e ss.; A. LUCARELLI, *Il governo pubblico dell'acqua tra l'eterodossa nozione di interesse economico generale ed il regime di competenze Stato - Regioni*, in *Giur. cost.*, 2012, 2, p. 837 e ss..

²⁵⁵ La disposizione della legge regionale ligure rimandava alla disciplina prevista dall'art. 150 d.lgs. 152/2006 che a sua volta, per la scelta della forma di gestione rinviava al comma 5 dell'art. 113 TUEL (conferimento della titolarità del servizio a società private, a società miste o ad enti *in house*). Per i dettagli si rinvia alla nota 36.

²⁵⁶ Con la sentenza Corte cost. n. 325/2010 è stata, tra l'altro, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1, 4, 5, 6 e 14, della legge della Regione Liguria 28 ottobre 2008, n. 39 (Istituzione della Autorità d'Ambito per l'esercizio delle funzioni degli enti locali in materia di risorse idriche e gestione dei rifiuti ai sensi del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 – Norme in materia ambientale). In particolare nel testo si fa riferimento all'impugnazione dell'art. 4, comma 4, l. reg. citata, che a sua volta rinviava all'art. 150 d.lgs. 156/2006, che a sua volta rinviava all'art. 113, comma 5, d.lgs. 267/2000. Il tema è trattato al punto 18.2 del Considerato in diritto, sent. citata. Per completezza espositiva, si segnala che sono state inoltre dichiarate illegittime: le norme che avevano attribuito all'Autorità d'ambito una serie di competenze amministrative spettanti al COVIRI (Comitato di vigilanza sulle risorse idriche, ora soppresso e sostituito dall'*Autorithy*), e che dunque si erano poste in contrasto con la competenza statale ex art. 117, comma secondo lett. s); nonché le norme che, disciplinando la cessazione delle concessioni esistenti ed il relativo regime transitorio degli affidamenti del servizio idrico integrato effettuati senza gara, parimenti contrastavano con l'art. 23-bis, decreto-legge n. 112 del 2008 (il quale fissava al 31 dicembre 2010 la data per la cessazione delle concessioni esistenti rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica) e dunque si erano poste in contrasto con la competenza statale ex art. 117, comma secondo lett. e) .

capo all’Autorità d’ambito e altrettanto correttamente richiamato la relativa disciplina applicabile contenuta nel Codice dell’Ambiente al tempo vigente, la Regione è incorsa in una pronuncia di incostituzionalità poiché la disposizione di fonte *statale* richiamata a sua volta rinviava ad una disposizione *statale* – non espressamente abrogata - ma ritenuta incompatibile con la prima.²⁵⁷

5.2 Determinazione della tariffa.

Anche con riferimento alla potestà di incidere sulla determinazione della tariffa si segnalano diverse pronunce della Corte costituzionale²⁵⁸.

In particolare, non ha superato lo scrutinio di costituzionalità la normativa dell’Emilia Romagna nella parte in cui aveva previsto, per il servizio idrico, una ulteriore componente di costo nella determinazione della tariffa. In sostanza, per l’esercizio delle funzioni previste dalla legge regionale impugnata (tra cui la regolazione economica e dei servizi in raccordo con le Autonomie locali; la individuazione della tariffa ed il potere sanzionatorio), la Regione doveva avvalersi di una struttura organizzativa il cui costo di funzionamento era posto a carico della tariffa, nel limite di spesa fissato dalla Giunta regionale. Tuttavia, secondo la Corte, l’interpretazione letterale e sistematica della normativa statale conduce ad affermare che la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici è ascrivibile alla materia della tutela dell’ambiente e a quella della tutela della concorrenza, ambedue di competenza esclusiva dello Stato^{259 260}.

Anche la Regione Campania, tornata a disciplinare la materia, aveva stabilito la propria competenza nella determinazione della tariffa²⁶¹. L’impugnazione coltivata dal Governo (comprensiva non solo del profilo di regolazione tariffaria ma anche dell’affidamento diretto in via transitoria di cui si è detto *sub* 5.1) è stata giudicata fondata per lesione delle competenze esclusive dello Stato in materia di tutela della concorrenza e dell’ambiente. Al riguardo, la Corte ha ribadito infatti che non rientra tra le competenze regionali stabilire la tariffa - che è compito di spettanza dell’Ente di governo dell’ambito, subentrato alle Autorità d’ambito - da sottoporre all’approvazione dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico (Corte cost. n. 117/2015)²⁶².

²⁵⁷ Va sottolineata, inoltre, la contiguità temporale tra la legge regionale Ligure (promulgata ottobre 2008) e l’introduzione – con decreto – legge ma solo in sede di conversione (agosto 2008) della normativa statale fungente da parametro interposto (art. 23 bis d.l. 112/2008).

²⁵⁸ Con riferimento al riconoscimento di competenze di (alcune) Autonomie speciali in materia tariffaria si vedano, in via esemplificativa, Corte cost. sent. n.142/2015 per la regione autonoma Valle d’Aosta, n. 51/2016 per le Province autonome.

²⁵⁹ Con la sentenza Corte cost. n. 29/2010 è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 28, commi 2 e 7, della legge della Regione Emilia-Romagna 30 giugno 2008, n. 10 (Misure per il riordino territoriale, l’autoriforma dell’amministrazione e la razionalizzazione delle funzioni).

²⁶⁰ C. MAINARDIS, “Materie” *trasversali statali e (in)competenza regionale*, in *Le Regioni*, 5, 2010, p. 1128 e ss.

²⁶¹ I commi 88 e 89 dell’art. 1 della legge regionale campana n. 16/2014 prevedevano, quanto ai servizi idrici integrati ancora in gestione alla Regione Campania, che quest’ultima ne affidasse mediante convenzione la gestione provvisoria, per trentasei mesi, ad uno o più soggetti gestori del servizio tra quelli operanti nei rispettivi ambiti territoriali ottimali di competenza. L’art. 1, comma 93, lettera b), legge regionale citata, assegnava inoltre ad una «Struttura» regionale lo svolgimento delle attività di competenza della Regione finalizzate alla determinazione delle tariffe. Entrambe le disposizioni sono state dichiarate illegittime da Corte cost. n. 117/2015.

²⁶² A. LUCARELLI L. LONGHI, *La gestione del servizio idrico e la determinazione delle tariffe tra riparto delle competenze legislative e incertezze normative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2015, p. 911 e ss.

c) Leggi – provvedimento.

Ritornando al caso pugliese esposto *sub a*), la normativa cassata va ricondotta nell'ambito delle leggi - provvedimento²⁶³, avendo la Regione scelto di esercitare il potere normativo, invece di quello amministrativo, per l'affidamento diretto del servizio.

Nello stesso eccesso di "normazione" - per invasione della sfera amministrativa- sono incorse altre Regioni.

Già in precedenza, la Regione Liguria aveva affidato all'Autorità d'ambito territoriale ottimale una serie di competenze amministrative (tra cui la competenza a definire i contratti di servizio e gli aspetti tariffari) che sarebbero dovuti spettare, invece, al Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (COVIRI, ora soppresso e sostituito dall'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente ARERA). La normativa è stata dichiarata illegittima, per essere la Regione intervenuta in materia di tutela dell'ambiente (Corte cost. n. 325/2010)²⁶⁴.

Di recente, la Regione Liguria è intervenuta nuovamente nel settore, introducendo nel territorio della provincia di Savona un terzo ambito territoriale ottimale (ATO), di dimensione *sub-provinciale*²⁶⁵. Anche tale disposizione, impugnata dal governo, è stata dichiarata illegittima poiché la disciplina degli ambiti territoriali ottimali attraverso i quali viene gestito il servizio idrico integrato, è riconducibile - come si è visto *supra* - alla competenza statale in materia sia di tutela dell'ambiente sia di tutela della concorrenza (Corte cost. n. 173/2017)²⁶⁶. Come evidenziato al paragrafo precedente, alle Regioni non è precluso ridefinire gli ambiti territoriali ottimali, ma tale operazione è riservata alla sfera amministrativa²⁶⁷, essendo l'ente gravato di un onere di motivazione della scelta, ancorato a parametri precisi stabiliti dal legislatore.

Anche in questo caso, come nel precedente pugliese, è la scelta dello strumento (legislativo invece che amministrativo) ad inficiare le scelte - nella sostanza, legittimamente percorribili - del legislatore regionale.

6. Considerazioni critiche.

Così ricostruito l'assetto di competenze nella giurisprudenza della Corte costituzionale, occorre evidenziare, in chiave critica, due aspetti fondamentali su cui si è soffermata la dottrina,

²⁶³ In termini di "disposizione che tiene luogo di un provvedimento" si esprime la Corte cfr. punto 3.2. del Considerato in diritto sent. Corte cost. n. 62/2012.

²⁶⁴ Legge regionale Liguria 28 ottobre 2008, n. 39.

²⁶⁵ Il riferimento è alla legge regionale Regione Liguria n. 17/2015 di modifica della legge regionale n. 1/2014 (Norme in materia di individuazione degli ambiti ottimali per l'esercizio delle funzioni relative al servizio idrico integrato e alla gestione integrata dei rifiuti).

²⁶⁶ A. LUCARELLI, *Gestione del servizio idrico integrato e delimitazione degli ambiti territoriali ottimali tra atto legislativo e provvedimento amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2017 p. 1623 e ss.

²⁶⁷ A. LUCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 1626

relativi rispettivamente all'inquadramento del tema nella prospettiva diacronica della giurisprudenza costituzionale ed all'analisi obiettiva di quest'ultima.

Il primo aspetto concerne, in particolare, l'evoluzione (o meglio "involuzione") della giurisprudenza che si è verificata negli ultimi dieci anni – in danno alle prerogative regionali - nelle materie cd. "scopo", "funzione" o "trasversali", quali la tutela della concorrenza e la tutela dell'ambiente.

Al riguardo, va ricordato che le pronunce della Consulta immediatamente successive alla riforma del Titolo V consideravano le cd. materie scopo dei settori trasversali solo apparentemente esclusivi, ammettendo la possibilità di interventi regionali nell'esercizio di competenze concorrenti o residuali per la "cura di interessi funzionalmente collegati al valore trasversale"²⁶⁸; si è osservato, pertanto, come la coesistenza di attribuzioni costituisse un presupposto necessario per l'operatività della trasversalità e che le competenze trasversali consentissero un concorso di fonti non previsto espressamente dalla Costituzione²⁶⁹. In altre parole, il rapporto tra potestà legislativa regionale e materie trasversali era da considerarsi di natura orizzontale e non verticale²⁷⁰, ammettendosi reciproche interferenze. Successivamente, tuttavia, la Corte ha iniziato a muoversi in maniera opposta, applicando con sempre maggior frequenza il criterio della "prevalenza" – in luogo di quello dei "punti di equilibrio" – obliterando il ricorso ai principi di proporzionalità ed adeguatezza dell'intervento statale e finendo per attrarre alla materia prevalente anche eventuali competenze di contorno: in tal modo, le prerogative statali trasversali sono diventate esclusive a tutti gli effetti, senza lasciare spazio di manovra alle regioni ²⁷¹.

Di tale "involuzione" si ha netta percezione nelle sentenze in materia di servizio idrico: tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza – spesso accumulate in una sorta di endiadi - sono ambiti di normazione dai quali le Regioni sono, ormai, di fatto, escluse.

²⁶⁸ Si vedano Corte cost. n. 222/2003 e n. 307/2003. In particolare, quanto alla materia tutela dell'ambiente: cfr. Corte cost. n. 407/2002, punto 3.2 Considerato in diritto: *"In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (cfr., da ultimo, sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998). I lavori preparatori relativi alla lettera s) del nuovo art. 117 della Costituzione inducono, d'altra parte, a considerare che l'intento del legislatore sia stato quello di riservare comunque allo Stato il potere di fissare standards di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali. In definitiva, si può quindi ritenere che riguardo alla protezione dell'ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato."*; quanto alla tutela della concorrenza: Corte cost. n. 14/2004, la quale, nell'assegnare allo Stato la competenza per interventi di rilievo macroeconomico, ha riservato alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale tali da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale, individuando in ragionevolezza e congruità i criteri per lo scrutinio di legittimità dell'intervento statale (punti 4 e 4.1 del Considerato in diritto).

²⁶⁹ F. BENELLI - R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni* n. 6/2009, p. 1185 e ss.; in particolare p. 1207.

²⁷⁰ F. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Le Regioni*, 2/3, 2011, p. 271.

²⁷¹ Si esprime in termini di "ipotesi mortale" per il regionalismo cooperativo in caso di futuro utilizzo del solo criterio della prevalenza da parte della Consulta: S. PARISI, *La competenza residuale*, in *Le Regioni*, 2/3, 2011, p.369.

Il secondo aspetto concerne, invece, l'esame minuzioso delle motivazioni della più volte citata sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010, esame volto a scardinare le fondamenta su cui si basa la ricostruzione delle potestà legislative in materia di servizio idrico integrato da parte del Giudice delle leggi.

E' stato sottolineato, infatti, che la Corte sarebbe incorsa in un'erronea interpretazione del diritto comunitario: argomentando da un (preteso) divieto, per gli Stati membri, di distinguere tra servizi di interesse economico generale o meno, la Consulta ha legittimato l'intervento del legislatore statale il quale, conformandosi a tale principio, "ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio"²⁷². In tal modo, però, con un'evidente contraddizione, si passa con disinvoltura da un divieto generalizzato di distinzione tra i servizi incombente sugli Stati membri alla competenza esclusiva dello Stato, rimanendo in piedi il divieto - nel nostro ordinamento - solo per le Regioni.^{273 274}

E ancora: il Giudice delle leggi avrebbe, da un lato, dato una definizione di servizi pubblici locali a rilevanza economica che si incentra sulla caratterizzazione del "metodo economico" quale metodo finalizzato a raggiungere "quantomeno la copertura dei costi"²⁷⁵, obliterando lo scopo di lucro o di profitto, allargando in tal modo a dismisura la nozione di tali servizi, fino a diventare onnicomprensiva di tutto l'ambito dei servizi pubblici, non potendosi immaginare nessuna attività di servizio priva di costi di esercizio²⁷⁶; dall'altro, avrebbe affermato la competenza dello Stato a fissare, in via esclusiva, le condizioni di rilevanza economica del servizio "travisando" la portata di uno dei ricorsi introduttivi, con i quali la Regione ricorrente contestava - non il potere di stabilire in astratto tali condizioni - bensì il potere di applicarle in concreto, per decidere di attribuirle o meno ad un determinato servizio²⁷⁷.

L'invocata competenza statale in materia, definita "onnivora", affonda dunque le radici in argomentazioni poco solide e fondate su presupposti errati: o si ritiene che il legislatore statale sia vincolato alla nozione di rilevanza economica fissata dal diritto comunitario, e allora non si potrebbe porre un problema di competenza interna ex art. 117 Cost., oppure non lo è, e allora la ricostruzione interpretativa della Corte, fondata sul diritto europeo, non ha senso.²⁷⁸

²⁷² Punto 9.2 considerato in diritto Corte cost. n. 325/2010.

²⁷³ R. CARANTA, *Il diritto dell'Ue sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 6, 2011, p. 1176 e ss.. L'A. inoltre sottolinea che è la premessa ad essere contestabile: ogni istituzione statale o sub statale nell'ambito delle proprie competenze sarà chiamata a qualificare i servizi in questione in base a parametri fissati dal diritto europeo, che detiene la competenza a disciplinarne principi e condizioni di fornitura in base all'art. 14 TFUE.

²⁷⁴ M. CECCHETTI, *L'organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra stato e regioni. Un colosso giurisprudenziale dai piedi d'argilla*, in *Federalismi.it*, n. 23, del 5 dicembre 2012, p. 19.

²⁷⁵ Cfr. punto 9.1 del Considerato in diritto Cortecost. n. 325/2010.

²⁷⁶ M. CECCHETTI, *L'organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra stato e regioni. un colosso giurisprudenziale dai piedi d'argilla*, in *Federalismi.it*, n. 23, del 5 dicembre 2012.

²⁷⁷ M. CECCHETTI, op. cit., p. 11.

²⁷⁸ M. CECCHETTI, op. cit., p. 18.

7. Conclusioni.

La ricerca condotta ha permesso di evidenziare alcuni punti fermi. Nel darne conto, si procederà a ritroso prendendo le mosse dall'analisi della giurisprudenza costituzionale, per giungere ad esprimere alcune riflessioni finali sulla natura del diritto all'acqua.

Innanzitutto, lo studio delle pronunce della Corte costituzionale ha evidenziato che il contenzioso si è acuito proprio in quegli ambiti caratterizzati da un quadro normativo incerto, a causa della stratificazione della normativa statale, prima dello svolgersi del referendum, e della mancanza di un intervento adeguato di riordino del legislatore, dopo.

In particolare, l'oscurità della legislazione di settore si è rivelata in tutta la sua problematicità nel caso della disposizione della legge regionale ligure, dichiarata illegittima per il (doppio) rinvio ad una normativa statale contraddittoria ma (all'epoca) vigente.

D'altra parte, proprio la disciplina risultante dall'esito dell'approvazione dei due quesiti referendari – con abrogazione dell'imposizione del ricorso alla gara per l'affidamento del servizio e della voce dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito dalla tariffa – ha ingenerato confusione quanto all'ampiezza delle relative competenze regionali nella materia. Anche per questo motivo, oltre che per le particolari scelte di natura politico-economica sottese all'affidamento del servizio ed alla sua tariffazione, l'ambito materiale afferente il servizio idrico è stata terra di sperimentazione di rivendicazioni più o meno ardite da parte dei legislatori regionali. Salvo rarissimi casi (relativi a misure regionali proconcorrenziali, peraltro di scarso rilievo pratico)²⁷⁹, si è visto come il Giudice delle leggi non abbia esitato a comprimere gli spazi riservati alla competenza residuale in materia di servizi pubblici locali – pur astrattamente riconosciuta – ritenendo di fare applicazione, in maniera prevalente, delle competenze esclusive statali ex art. 117, secondo comma, lett. e) ed s), in ragione della "rilevanza economica" del servizio idrico.

In secondo luogo, la soluzione prescelta dalla Consulta per risolvere il contenzioso Stato - Regioni in questo campo costituisce esempio paradigmatico dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte nelle materie cd. finalistiche o trasversali, a tutto discapito delle Regioni²⁸⁰. Di conseguenza, c'è da convenire con chi ha osservato come, in materia di servizio idrico, il legislatore regionale sia "chiuso in una morsa": verso l'alto, vi è il legislatore statale che norma a tutela della concorrenza e dell'ambiente, verso il basso vi sono le competenze che la stessa legislazione statale conferisce alle Autorità che hanno sostituito le Autorità d'ambito territoriale²⁸¹. L'esercizio delle prerogative regionali, in sostanza, appare confinato alla sfera amministrativa.

In terzo luogo, e forse questa costituisce la considerazione di maggior peso, tutta la ricostruzione delle potestà legislative in materia di servizio idrico appare frutto dell'equivoco

²⁷⁹ Il riferimento è alla sentenza Corte cost. n. 307/2009 relativa alla legge regionale della Lombardia che aveva imposto il ricorso alla pubblica gara per l'affidamento del servizio.

²⁸⁰ F. BENELLI - R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni* n. 6/2009, p. 1185 e ss..

²⁸¹ A. SANDULLI, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2012, p. 834.

interpretativo in cui è incorsa la Corte nella sentenza n. 325/2010, evidenziato al paragrafo precedente. Tali rilievi critici, uniti alla circostanza che il diritto dell'Unione europea non solo non impone di qualificare tale servizio come avente rilevanza economica²⁸², ma addirittura ammette, qualora l'ordinamento nazionale scelga tale via, la deroga -a determinate condizioni - alle regole di concorrenza e la gestione in forma esclusivamente pubblica del servizio²⁸³, consentono di ritenere percorribile – *de iure condendo* - una organizzazione esclusivamente pubblicistica del servizio idrico, quale servizio necessariamente universale, assicurato su tutto il territorio nazionale a condizioni di qualità simili e con tariffe uniformi.²⁸⁴

Da ultimo, e per concludere, sia consentito tornare alla natura del diritto all'acqua, richiamando quanto affermato all'inizio di questo studio.

Se non può dubitarsi che l'accesso a questa risorsa abbia natura di diritto fondamentale - e dunque individuale, per il suo stretto legame col diritto alla vita ex art. 2 Cost. - esistono saldi appigli normativi in favore della ricostruzione di tale diritto (anche) in termini di diritto sociale, *in primis* l'art. 32 Cost.. Della garanzia dell'universalità del servizio a spese della fiscalità generale costituisce del resto chiara espressione l'introduzione della "tariffa sociale" e la previsione dell'obbligo d'accesso alla fornitura d'acqua per gli utenti domestici in condizioni economiche disagiate. Tale recente sviluppo normativo non sembra aver (ancora) fatto breccia nella Consulta, la quale continua a ribadire la competenza esclusiva statale in materia di servizio idrico restando saldamente ancorata alla tutela della concorrenza e dell'ambiente.

Certamente, un riconoscimento esplicito del diritto all'acqua come diritto sociale non potrebbe non attrarre la competenza della relativa disciplina del servizio – quantomeno di quello riservato all'utenza domestica - alla materia dei livelli essenziali delle prestazioni civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ex art. 117, comma secondo, lett. m), Cost., con probabile azzeramento delle competenze regionali - ammesso che, allo stato attuale, ancora ve ne siano - . Un siffatto riconoscimento, tuttavia, sembrerebbe, a parere di chi scrive, maggiormente rispettoso della volontà popolare manifestata dai cittadini nella consultazione referendaria del 2011.

²⁸² P. CHIRULLI, op. cit., p.35., il quale richiama l'art. 36 della CDFUE, secondo cui "*al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalla legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati*".

²⁸³ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 11 gennaio 2005, c-26/03 Stadt Halle.

²⁸⁴ F. SCALIA, op. cit., p. 28

A POLÍTICA DE ACOLHIMENTO INFANTIL BRASILEIRA APLICADA NA CIDADE DE BOA VISTA/RORAIMA ENTRE OS ANOS 2016 E 2017

Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança Ferro²⁸⁵

Jéssica da Silva Barreto²⁸⁶

Luziê Sousa Miranda²⁸⁷

Sumário: 1. Introdução; 2. Fundamentação teórica; 2.1. Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes no Cenário Brasileiro; 3. Procedimentos Metodológicos da Pesquisa; 4. Resultados e Discussões; 5. Conclusão.

Resumo

O Acolhimento Infantil no Brasil é operacionalizado pela Política Nacional de Assistência Social (PNAS), a qual é reconhecida como política pública não contributiva, de dever do Estado e direito de quem dela necessitar, conforme os preceitos postos pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, no qual um de seus principais pilares são a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), que estabelece os objetivos, princípios e diretrizes das ações (BRASIL, 1988) e o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) que organiza de forma descentralizada o conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios no âmbito da assistência social. Neste sentido, a institucionalização de crianças em instituições de acolhimento tem sido considerada uma medida de proteção social legítima, prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), restrita a situações excepcionais quando por razões diversas, sendo elas na maior parte dos casos por condições que impossibilitem a convivência familiar ou mesmo quando inexistente. Todavia, as condições postas pela inserção de crianças e adolescentes em acolhimento institucional no Brasil ao mesmo tempo em que os protege, também viola direitos. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho foi de analisar a Política de Assistência na Casa de Acolhimento Infantil “Viva Criança” em Boa Vista-RR, nos anos de 2016 e 2017. O percurso metodológico adotado na pesquisa de natureza aplicada, na qual teve como abordagem qualitativa e quantitativa, de fins exploratórios e descritivos e quanto aos meios contemplou a pesquisa bibliográfica e documental realizada por meio da análise de conteúdo de estatística descritiva. Dentre os principais resultados identificados destaca-se que na Casa de Acolhimento “Viva Criança”

²⁸⁵ Doutora em Saúde e Meio Ambiente, Professora do Centro Universitário Estácio da Amazônia e da Faculdade Cathedral (Boa Vista – Roraima – Brasil).

²⁸⁶ Mestra em Serviço Social e Sustentabilidade na Amazônia, Professora do Centro Universitário Estácio da Amazônia (Boa Vista, Roraima, Brasil).

²⁸⁷ Bacharel em Serviço Social pelo Centro Universitário Estácio da Amazônia (Boa Vista, Roraima, Brasil).

encontram-se acolhidas crianças de 0 a 12 anos que tiveram os seus vínculos familiares rompidos ou fragilizados, as quais foram vítimas de tentativas de abuso ou foram violentadas sexualmente, que sofreram maus tratos, em decorrência da situação de abandono. Na maioria dos casos a criança tem algum tipo de deficiência, principalmente as crianças indígenas, em virtude da cultura de algumas etnias.

Palavras-chave: Acolhimento Infantil; Proteção Social; Política de Assistência Social; Criança.

Abstract

Child Support in Brazil is operationalized by the Política Nacional de Assistência Social (National Social Assistance Policy) (PNAS), which is recognized as a non-contributory public policy, with the duty of the State and the right of those who need it, in accordance with the precepts of the 1988 Brazilian Constitution, in which one of its main pillars is the Lei Orgânica de Assistência Social (Organic Law of Social Assistance) (LOAS), which establishes the objectives, principles and directives of actions (BRASIL, 1988) and the Single Social Assistance System (SUAS), which organizes in a decentralized manner the whole services, programs, projects and social assistance benefits. In this sense, the institutionalization of children in foster care institutions has been considered a legitimate social protection measure, provided for by the Sistema Único de Assistência Social (Statute of the Child and Adolescent) (ECA), restricted to exceptional situations when for various reasons, in most cases conditions that make it impossible for the family to live together or even when nonexistent. However, the conditions placed by the insertion of children and adolescents in institutional care in Brazil at the same time as it protects them, also violates rights. In this sense, the objective of this study was to analyze the Assistance Policy at the "Viva Criança" Child Care House in Boa Vista-RR, in the years 2016 and 2017. The methodological approach adopted in the research of applied nature, in which qualitative and quantitative approach, for exploratory and descriptive purposes and regarding the means contemplated the bibliographic and documentary research carried out through the analysis of content of descriptive statistics. Among the main results identified, it is worth noting that in the "Viva Criança" Reception House there are children from 0 to 12 years old who have had their family ties broken or fragile, who have been victims of attempted abuse or have been sexually assaulted, who suffered ill-treatment, as a result of abandonment. In most cases the child has some type of disability, especially indigenous children, due to the culture of some ethnic groups.

Keywords: Child Acolhimento; Social Protection; Social Assistance Policy; Kid.

1. Introdução

O acolhimento institucional infantil é considerado uma das tarefas principais de competência da Política de Assistência Social brasileira. É realizado quando ocorrem situações relacionadas à quebra ou rompimento dos vínculos familiares que no Brasil comumente estão relacionadas às

situações de desemprego, pobreza, criminalidade, drogadição, alcoolismo, abandono, negligência e violência. Os programas de abrigo devem ser criados pelas entidades de atendimento que são responsáveis pelo planejamento e pela execução dos programas de proteção destinados a crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional em conformidade com as prerrogativas instituídas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e dentro das medidas de proteção social de alta complexidade destinada ao atendimento de crianças e adolescentes que tiveram seus direitos violados ou ameaçados precisando do afastamento da convivência familiar.

Neste sentido, compreende-se que um dos maiores avanços da Constituição Federal de 1988 foi a incorporação das políticas sociais como responsabilidade do Estado, atendendo as históricas reivindicações das classes trabalhadoras, nessa direção a constituição cidadã enfatiza a Seguridade Social e retira a família do espaço privado, colocando-a como alvo de políticas públicas e afirma direitos da população infanto-juvenil, compreendendo-os como sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, e por isso, possui a absoluta prioridade, o Estatuto da Criança e do Adolescente aprovado em 1990, que preconiza a proteção integral das crianças e dos adolescentes.

No entanto, no que tange a defesa da proteção integral, identificou-se neste trabalho que um profundo paradoxo, pois ao mesmo tempo em que visa à garantia da proteção social, também revitimiza, tendo em vista que ao invés de reparar, viola direitos, ao invés de proteger.

Desse modo, o questionamento que norteou a pesquisa foi: vem existindo a aplicação da Política de Assistência no âmbito de Acolhimento Institucional voltada à população infantil de Boa Vista-RR, no período de 2016 a 2017? Para responder a essa indagação central, a pesquisa foi realizada a partir de dados de natureza bibliográfica e documental obtidos na Casa de Acolhimento Infantil Viva Criança, localizada em Boa Vista-Roraima-Brasil. Tendo como objetivo geral analisar a Política de Assistência na Casa de Acolhimento Infantil “Viva Criança” em Boa VistaRR, no período de 2016 a 2017.

Portanto, considera-se que essa análise possui relevância científica-social e acadêmica, tendo em vista que possibilitou a ampliação de conhecimento das problemáticas sociais que atingem a sociedade local, sobretudo no que diz respeito ao seguimento infanto-juvenil, visto que esses agentes sociais precisam ser compreendidos enquanto sujeitos de direitos em condição de desenvolvimento de suas potencialidades e que as políticas públicas precisam canalizar esforços que efetivamente possam intervir sobre a raiz desses problemas sociais, o invés de remediar. Assim, este trabalho apresentará uma breve fundamentação teórica que abordará sobre o Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes no cenário Brasileiro, seguindo pela apresentação dos Procedimentos Metodológicos da Pesquisa e da análise dos Resultados e Discussões e, por fim, expondo a Conclusão do trabalho.

2. Fundamentação Teórica

2.1. O Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes no cenário Brasileiro.

A narrativa dos abrigos, asilos, internatos, orfanatos como eram popularmente chamados, é remota no Brasil. A locação do segmento infanto-juvenil em “instituições para protegê-los ou afastá-

los do convívio social e familiar foi, durante muito tempo, materializada em grandes instituições de longa permanência”, eram recintos que recebiam grande número de pessoas, na qual ficavam por longo tempo muitas vezes por toda a vida (PNAS, 2004, p.37).

A designação e adequação dos serviços de acolhimento para crianças e adolescente no Brasil perante as normativas nacionais, constituiu passo basilar para se romper com a histórica cultura da institucionalização infanto-juvenil, sobretudo daqueles nascidos “nas famílias mais pobres, e implementar práticas orientadas pelo paradigma do direito à convivência familiar e comunitária” (ASSIS; FARIAS, 2013, p. 20).

O Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, e promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República, por meio da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança do Adolescente (SPDCA) e do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) teve sua pesquisa realizada em 2003 e publicada no ano de 2004 e objetivou tomar conhecimento sobre crianças e adolescentes atendidos em serviços de acolhimento no Brasil.

Em síntese, o Levantamento evidencia que em 2003 existiam cerca de 670 Instituições de acolhimento infanto-juvenil no país, e deste total foram analisadas 589 instituições, na qual estavam inseridos 19.373 crianças e adolescentes e que destas, mais da metade, 61,3% tinham idade entre 07 e 15 anos, sendo que 87% desse total tinham sua família de origem e ainda assim encontrava-se em situação de acolhimento institucional o que nos faz indagar sobre a causalidade desse fenômeno.

Além disso, destaca-se ainda que em 2003 das causas de acolhimento institucional infanto-juvenil no Brasil a principal é a questão da pobreza. Fato este que nos permite refletir e sugerir que a grande parcela da população infanto-juvenil que está institucionalizada mesmo tendo referência familiar pode estar associado à situação de pobreza extrema. Nestas circunstâncias, Santos (2012) considera que a pobreza é adotada como maior expressão da “questão social” e que deve ser compreendida e considerada diante da incapacidade de subsistência independente, dos sujeitos na sociedade capitalista que se remete de forma preponderante à questão do desemprego.

O recorte mais preciso sobre essa realidade também pode ser encontrado nos dados de 2009 a 2010 do Levantamento Nacional de Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento, o qual foi realizado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), em parceria com a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), além de coordenado e executado pelos pesquisadores do Centro Latino Americano de Estudos de Violência e Saúde Jorge Careli (Claves), da Escola Nacional de Saúde Pública (Claves/Ensp/ Fiocruz) com o apoio do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

Conforme o referido levantamento, foram visitados 1,229 municípios e identificados 2,624 serviços de acolhimento institucional do tipo (abrigo institucional, casa de passagem/transitória, casa-lar em comunidade, casa-lar em aldeia, entre outros) havendo no período realizado, 36,929 crianças e adolescentes acolhidos. Assim, em acolhimento institucional no Brasil no ano de 2010 por região, foi possível perceber uma diferença no quantitativo de instituições de acolhimento infantil no Brasil, pois em 2003 eram 670 instituições e 7 anos após, em 2010, essa realidade já mostrava um total de 2,624 serviços de acolhimento institucional, desses, 64,2% do total identificado, estavam na modalidade de abrigos institucionais.

Além disso, identifica-se que o número de crianças e adolescentes acolhidos também cresceu significativamente, de 19.373 em 2003 para 36,929 institucionalizados em 2010. Pode-se assim

observar, que durante os anos citados o maior número de instituições de acolhimento institucional infanto-juvenil se encontrava na região sudeste com 1,419 unidades na oferta em serviços de acolhimento e o menor número dessas instituições foi identificado na região norte do país com 97 unidades. Destaca-se ainda que dos 2,624 serviços de acolhimento institucional identificados em 2010, 65,3% eram unidades privadas sem fins lucrativos e 34,7% unidades públicas.

Desse modo, observa-se que a presença de entidades não-governamentais na oferta dos serviços de acolhimento institucional mostrou-se marcante nas regiões centro-oeste, sudeste, e sul superando assim o Estado. Sendo que o Nordeste a região mais acentuada, com 84,8% em atuação privada desses serviços enquanto que o Estado representou apenas 15,2% em unidades públicas de acolhimento institucional no país no ano de 2010. Porém, há uma exceção, na região norte, onde que nesta as instituições governamentais representaram 57,7% das atuações. Esses dados nos mostram claramente que neste período no Brasil, houve uma menor atuação direta do Estado na aplicação dessa medida protetiva.

Diante desses serviços de acolhimento identificados nacionalmente na pesquisa, pode-se observar que do total de acolhidos em 2010, o número de crianças e adolescentes que tinham vivência com a família caiu de 87% em 2003 para 74% em 2010, porém continuou um quantitativo preocupante. Os dados ainda demonstram que a maior parte dos acolhidos eram do sexo masculino assim como em 2003 e que a maior parte dos mesmos tinham entre 06 a 11 anos de idade.

A maior causalidade de acolhimento infanto-juvenil no Brasil em 2010 foi a questão da negligência por parte da família o que nos leva a refletir que mesmo com a maior parte dos acolhidos, 37,6%, tendo vínculos com seus familiares, os mesmos são negligenciados por quem mais deveriam protegê-los. Essa desproteção por parte da família ainda seguiu ocorrendo com a questão do abandono, com 19% dos casos. Referente ao acolhimento por carência de recursos materiais da família (pobreza), onde que em 2003 se apresentou como motivo principal dos casos, 24,2%, no ano de 2010 se apresentou com um quantitativo bem menor com 9,7% dos casos de acolhimentos.

Verifica-se até aqui, que a institucionalização de crianças e adolescentes não é um acontecimento novo no Brasil. Contudo, ainda se faz necessário um olhar mais atento tanto à prevenção de violações ao direito à convivência familiar e comunitária quanto às condições dos serviços de acolhimento. Segundo Fávero (2010), em relação ao descuido e/ou abandono dos filhos pelos pais, as medidas protetivas, depois de esgotadas todas as possibilidades e analisadas as situações, a criança pode ser colocada em família substituta. Em casos de acolhimento institucional, a criança terá o afastamento temporário ou determinante do ambiente familiar, sendo ofertadas diversas instituições.

Assim, é importante tomar conhecimento da realidade apresentada sobre os serviços de acolhimento institucional em âmbito nacional, pois a inserção de crianças e adolescentes em acolhimento institucional ao mesmo tempo em que os protege, essa medida viola os direitos desses sujeitos. Para o enfrentamento dessa problemática urge que o Estado e aqueles que trabalham diretamente nessas questões não só os privem de seus lares, mas avaliem e busquem estratégias de suporte tanto para as crianças como para suas famílias, a fim de superarem os motivos que colaboraram para a fragilização e/ou quebra desses.

3. Procedimentos Metodológicos da Pesquisa

A metodologia usada para este estudo, quanto à natureza foi aplicada, visto que, no pensar de Prodanov e Freitas (2013, p. 68), “objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução de problemas específicos”, pois o estudo teve como finalidade analisar a Política de Assistência no âmbito da institucionalização de crianças na Casa de Acolhimento Infantil “Viva Criança” de Boa Vista- RR em 2016 e 2017, mediante métodos que se adequam a essa proposta, focando à especificidade dessa temática que se refere à Política de Assistência Social no contexto da proteção social de crianças com direitos violados.

Do ponto de vista da abordagem, foi tanto quantitativa como qualitativa, pois entende-se que essas duas abordagens estão interligadas e complementam-se. Para (Prodanov e Freitas 2013, p.69-70) “quantitativa considera-se tudo que pode ser quantificável, o que significa traduzir em números, opiniões e informações para classifica-las e analisa-las”. Enquanto a abordagem qualitativa “considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números”.

Assim, a análise da pesquisa envolveu o uso de recursos e técnicas estatísticas de análise de regressão e/ou progressão no que se refere aos objetivos de descrever, discutir e analisar a Política de Assistência no âmbito da existência e aplicação da mesma, bem como a evolução dos direitos da criança e do adolescente e acolhimento infantil no Brasil. Interpretando os fenômenos e atribuindo significados no processo do trabalho.

Quanto aos fins, optou-se por ser exploratória que na visão de Gil (2012, p.27), objetiva “proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses”. Portanto, tal construção da análise foi feita por meio da exploração de dados secundários, fazendo então um levantamento de dados de conteúdo e estatística descritiva, proporcionando visão geral de tipo aproximativo e profundo acerca da proposta em analisar a Política de Assistência da instituição estudada e o delineamento da mesma. Por ser de cunho exploratório foi também descritiva, visto que para Prodanov e Freitas (2013, p.52), nela “o pesquisador apenas registra e descreve os fatos observados”, fatos esses que são “analisados, classificados e interpretados sem interferir sobre eles”.

A pesquisa também foi bibliográfica com o propósito de fornecer fundamentação do assunto analisado e seus respectivos objetivos no que tange aos direitos da criança e adolescente no Brasil e sua configuração como política pública, concepções de acolhimento infantil no Brasil como expressão da questão social, com base nas contribuições dos discursos teóricos dos autores. Pesquisa bibliográfica é “desenvolvida a partir de material já elaborado constituído principalmente de livros e artigos científicos” (GIL, 2012, p.50).

Quanto aos meios a pesquisa foi documental, pois ela consiste na exploração das fontes documentais da instituição Casa de Acolhimento Infantil Viva Criança, mantidas em arquivos. Buscando mediante essa modalidade de investigação, informações sobre o que se objetivou neste trabalho que se refere à Política de Assistência desta referida unidade de acolhimento. Fachin (2006, p.146), traz que “pesquisa documental corresponde a toda a informação coletada, seja de forma oral, escrita ou visualizada”.

4. Resultados e Discussões

De início é importante mencionar o fato que de nos últimos dois últimos anos, o Estado de Roraima, e especialmente sua capital, Boa Vista, recebeu um grande número de imigrantes, a maioria de origem venezuelana, que atualmente atingem cerca de 40.000 pessoas na cidade. Dados do IBGE (2015), apresenta uma taxa grande de crianças abrigadas, a maioria de origem venezuelana, com a baixa taxa de mortalidade nos últimos 5 anos, o índice de crianças abrigadas cresceu devido a imigração dos refugiados da Venezuela, por conta dos pais não poderem sustentar seus filhos (IBGE, 2015). Portanto, é de se destacar que essa conjuntura reflete nos dados apresentados neste estudo.

No que se refere à instituição Casa de Acolhimento Infantil “Viva Criança”, as informações apresentadas estão baseadas no “Relatório de Estágio Supervisionado” de Miranda (2016) a partir de subsídios cedidos pela instituição. Assim, apresenta-se, que esta unidade presta serviço de acolhimento institucional de Alta Complexidade promovido pelo Governo do Estado de Roraima que cumpre o que estabelece a legislação desde os anos 1980, com a política de acolhimento institucional vinculado à Secretaria de Estado do Trabalho e Bem-Estar Social – SETRABES de Boa Vista-RR, através do Departamento de Proteção Social Especial - DPSE. Sendo, portanto, esta instituição de esfera governamental.

A Casa de Acolhimento foi criada com a finalidade de atender crianças de 0 a 12 anos incompletas, oriundas do interior do Estado em comprovado estado de vulnerabilidade social, vítimas de maus tratos, abandono, negligência e abuso sexual, com base na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal 8.069/90, assegurada pelo avanço social e normatizada pela a Lei de Assistência Social, de 1993.

A instituição Casa de Acolhimento “Viva Criança”, conforme Projeto Político Pedagógico, trabalha em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, com a Lei nº12. 010 de 03/08/2009, que “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes” (BRASIL, 2009), com o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária – PNCFC onde que as estratégias, objetivos e diretrizes deste, fundamentam-se “primordialmente na prevenção ao rompimento dos vínculos familiares, na qualificação do atendimento dos serviços de acolhimento e no investimento para o retorno ao convívio com a família de origem” (BRASIL, 2006, p. 13).

Tratando-se do espaço físico da instituição “Viva Criança” é composto com salas destinadas à administração, para reuniões, atendimento técnico especializado (assistente social, psicólogo, etc.), sala para enfermagem e fisioterapia, quartos e dormitórios destinados às crianças especiais, meninas, meninos e bebês, dormitórios para os cuidadores, banheiros exclusivos para funcionários, cozinha, refeitório, despensa, lavanderia, área de recreação interna e externa.

A instituição possui também veículo de uso exclusivo e de uso compartilhado para a realização das visitas, mobiliário específico para atender as crianças, mobiliário/materiais adequados para crianças com deficiência e conta também com acervo bibliográfico materiais pedagógicos e culturais, esportivos, jogos educativos, passatempos, brinquedos e mesas para estudo. Para usuários com deficiência, a unidade possui aceso adaptado com rampas e rotas acessíveis, porém não possui um banheiro adaptado para os mesmos.

Em relação à análise dos dados referentes ao ano de 2016, verificou-se que a instituição disponibilizava e hoje ainda disponibiliza o total de 35 vagas para o acolhimento. E segundo a equipe técnica (psicóloga e assistente social) em 2016 tinha-se no momento uma boa resolutividade das intervenções das mesmas mediante as demandas na unidade, pois ao serem inseridas nesta, no ano de 2012, o quadro de crianças e adolescentes acolhidos era maior. Sobre o fluxo dos atendidos na instituição no período pesquisado verificou-se que foram no total de 40 atendimentos em 2016 e 51 em 2017.

Constatou-se que no ano de 2016, o fluxo da Casa de Acolhimento pesquisada foi menor com relação ao ano seguinte, com 40 atendimentos, sendo que deste total 18 acolhidos eram remanescentes do ano de 2015 assim, foram acolhidos respectivamente 22 crianças e adolescentes neste período. Enquanto que em 2017 o fluxo foi maior, com 51 atendimentos no total sendo 17 destes, remanescentes do ano anterior havendo, portanto neste ano 34 atendimentos.

Portanto, observa-se inicialmente que a instituição de acolhimento “Viva Criança” do Estado de Roraima esteve recebendo demandas de crianças e adolescentes por algum direito ameaçado e/ou, sobretudo violado acolhendo-os assim na unidade, sob medida protetiva de abrigo conforme preconiza o artigo 98 do ECA, que tal medida de proteção deve ser aplicada quando os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados.

De acordo com dados levantados na instituição “Viva Criança”, sobre o perfil dos acolhidos, é possível identificar as variações conforme a faixa etária e o gênero. Os dados relativos ao total de 22 acolhidos para 2016 e 34 para 2017. Notando-se em linhas gerais que a maior incidência de idade esteve na faixa etária de crianças com 7 a 10 anos, em ambos os anos pesquisados.

De acordo com dados levantados na instituição “Viva Criança”, sobre o perfil dos acolhidos, foi possível identificar as variações conforme a faixa etária e o gênero. Os dados foram relativos ao total de 22 acolhidos para 2016 e 34 para 2017. Notando-se em linhas gerais que a maior incidência de idade esteve na faixa etária de crianças com 7 a 10 anos, em ambos os anos pesquisados. Dos acolhidos nos dois anos estudados com relação ao local de origem dos mesmos, teve a maioria das ocorrências vindas do município de Rorainópolis com 23% dos casos em 2016 e metade do total acolhido em 2017, com 50% das demandas vindas deste município.

Detalhando em sequência a localidade das demandas, no ano de 2016 a segunda maior incidência de ocorrências teve origem do município de Mucajaí com 18% dos casos. Seguindo dos municípios de Boa Vista (capital), Alto Alegre e Bomfim todos com 14% das demandas respectivamente. Dando continuidade, destaca-se a ocorrência de acolhimento de 2 crianças de Etnia Indígena, representando 9% do total deste ano. E por fim, observa-se que a menor ocorrência foi do município de Amajari com apenas 1 caso registrado.

Vale ainda destacar a ocorrência de 1 caso de acolhimento de criança de origem do Estado de Manaus, registrada nos documentos analisados da instituição, sob a forma de caráter emergencial, porém não sendo possível fazer a análise em detalhes deste caso em específico.

Sobre o ano de 2017, detalha-se que a segunda maior ocorrência dos acolhidos era originária da capital, Boa Vista, com 15% das demandas e a terceira maior, do município de Bomfim com 9%. Em seguida, observa-se que houve 2 casos de Mucajaí e novamente 2 casos de Etnia Indígena, representando assim, ambos, 6% do total. A menor incidência dos casos foi proveniente dos

municípios de São Luíz, Iracema, Caracará e Pacaraima todos com 1 acolhido de cada, representando 3% do total. Mais uma vez também neste ano houve o atendimento de caráter emergencial, com 1 acolhido do Estado de Manaus, da mesma forma não foi possível obter informações da causa deste acolhimento específico.

Sobre os encaminhamentos das crianças à Casa de Acolhimento Infantil “Viva Criança”, compete aos órgãos Vara da Infância e Juventude e Conselho Tutelar dos Municípios e Comarcas. A análise do levantamento dos dados referente aos órgãos competentes que encaminham as crianças para o acolhimento na unidade revelou que das demandas do ano de 2016 sua maior parte ocorreu por meio do Conselho Tutelar/BV, com 18% das 22 ocorrências. A segunda maior incidência dos órgãos encaminhadores ocorreu por meio do Conselho Tutelar de Mucajaí e Comarca de Alto Alegre ambos com 14% dos casos. Destacando que com essa mesma porcentagem, houve 3 casos no qual não foi informado a origem do encaminhamento. Seguindo ainda de 9% dos encaminhamentos foram originários dos Conselhos Tutelares de Rorainópolis, Bonfim e Comarca de Rorainópolis.

Já no ano e 2017, mais da metade dos encaminhamentos ocorreram por meio do Conselho Tutelar de Rorainópolis, com 53% dos casos destacando que essa maior incidência vinda deste município provém dos 50% dos casos de infantes acolhidos na instituição “Viva Criança” oriundos do mesmo, e que tal fenômeno reflete a mais uma indagação, que se refere a causalidade desses altos índices. Dando continuidade, 18% dos encaminhamentos tiveram origem do Conselho Tutelar/BV. Neste ano, a segunda maior incidência de encaminhamentos foi por meio do Conselho Tutelar de Bonfim, com 9% das demandas. Uma das menores incidências de encaminhamentos de ambos os anos ocorreram pelo Juizado da Infância e Juventude/BV, com 5% em 2016 e 6% em 2017.

Diante do exposto até aqui é perceptível que a população infantil do Estado de Roraima esteve em situação de risco e/ou vulnerabilidade ou tiveram seus direitos ameaçados, sobretudo violados e por isso precisaram que o Estado atendesse às suas necessidades quanto aos direitos que a elas são ou pelo menos deveriam ser garantidos por todos sem exceção. São diversos os fatores que acometem para que crianças e/ou adolescentes precisem ser afastadas do convívio familiar sendo encaminhadas para acolhimentos institucionais como medida que venha protegê-los e sanar reparos aos danos causados à vida desses seres.

Assim, foram várias as causas do acolhimento de crianças na instituição “Viva Criança”, na qual os dados levantados demonstram que as mais preponderantes no período pesquisado foram a situação de risco e vulnerabilidade e o abandono, ambas com 32% dos casos. O impacto do abandono de crianças e adolescentes e o acometimento destas do afastamento do convívio familiar pode ser reparado se as intervenções no serviço de acolhimento estimularem condições de experiências de fato reparadoras e assim, sobretudo aconteça a retomada ao convívio familiar.

Outro motivo que se mostrou frequente, dos casos de acolhimento, foi a questão da negligência, onde que esta teve 23% dos casos no ano de 2016 e 8% em 2017. A negligência de forma geral está relacionada à omissão dos cuidados e da não oferta das necessidades básicas da criança, ou seja, da ausência do compromisso ou vontade dos responsáveis pela criança, mas também possivelmente pela falta de condições materiais da família, tendo em vista que este fato pode corresponder às carências socioeconômicas por desemprego.

Destaca-se, portanto, que houve casos de acolhimento de crianças na instituição somente pelo fato de a família não poder suprir com as necessidades básicas de suas crianças. Contudo, segundo o

ECA (1990) em seu artigo 23 prevê: “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”.

No entanto, o Estado é obrigado a inserir essa criança ou adolescente em algum programa de auxílio. Porém a responsabilidade de propor ações para atendimento na área social não é apenas do Estado, pois o ECA (1990) firmou no artigo 86 que “a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Registra-se ainda que, houve 5% dos casos onde crianças foram acolhidas por suspeitas ou violência sexual de fato. Além de 1 caso específico ter ocorrido em caráter emergencial de acordo com os dados. Sobre os casos de acolhimento emergencial ele ocorre enquanto se realiza um estudo diagnóstico detalhado da situação para os encaminhamentos necessários.

Dessa forma, observa-se diante da análise que a instituição acolheu e acolhe crianças com vínculos familiares rompidos ou fragilizados, que sofreram tentativas ou foram violentadas sexualmente, que sofreram maus tratos e por situação de abandono, que na maioria dos casos ocorre quando a criança tem algum tipo de deficiência, principalmente de crianças indígena, em virtude da cultura de algumas etnias. Portanto, menores que se encontram sob medida protetiva de abrigo, abandonadas ou afastadas do convívio familiar por autoridade competente.

No que diz respeito à saída de crianças e adolescentes, diante da ocorrência da resolutividade do caso os mesmos são desinstitucionalizados e encaminhados para onde lhes foi atribuído ser o melhor local ou destino. O fluxo de desligamento dos acolhidos nos anos pesquisados: Verifica-se que quanto ao fluxo de saída de crianças e adolescentes da instituição, o mesmo foi maior nos meses de fevereiro e julho no ano de 2016 e em 2017 nos meses de junho e dezembro. No geral foram 30 desligamentos em 2016 e 24 no ano seguinte. Percebe-se assim, que houve resolutividade das situações na qual acarretou a acolhida destes infantes na instituição, evitando que estes permanecessem por mais tempo na unidade.

Considera-se relevante ainda registrar nesta análise a não existência de acolhimentos de crianças de nacionalidade venezuelana na Casa de Acolhimento “Viva Criança”, tendo em vista, o grande e perceptível número dessas crianças estarem nas ruas do estado de Roraima juntamente com seus pais, por não terem um lugar para morar nem o mínimo para sobreviver. Famílias venezuelanas migraram para Roraima na busca de condições melhores de vida devido à grande crise do seu país.

Diante desse contexto, muitas crianças venezuelanas além de estarem nos semáforos da cidade junto a seus pais pedindo ajuda é possível que estão sem cuidados médicos, sem acompanhamento regular pediátrico, nem alimentação adequada, vivendo em local insalubre e seus pais não podendo deixá-las em creche para que possam trabalhar, muitas convivendo com adultos que fumam devido as condições dos abrigos coletivos instalados na cidade, tomando banho no mesmo banheiro, sem nenhuma segurança de privacidade ou proteção.

5. Conclusão

A existência de aplicação da Política de Assistência no âmbito de acolhimento institucional e voltada ao segmento infantil de Boa Vista, se confirmou de forma compensatória, uma vez que foi possível nesta análise verificar que ao passo que crianças e adolescentes do Estado e demais

municípios, tem seus direitos ameaçados e/ou violados, são assistidos dentro desta política e demais políticas setoriais a qual necessitam para sanar os danos causados tanto pela causa da medida protetiva quanto pela revitimização que os acometem por terem o direito da convivência familiar e comunitária abalado.

As propostas a esse viés em relação às problemáticas identificadas ao longo da análise e citadas é trabalhar mais a questão da família, sobretudo focando o direcionamento aos pais para que estes compreendam a importância de seu bom desempenho no dever de cuidar e prestar apoio na construção história da vida dos seus filhos. A sugestão é promover mais seminários e palestras nas escolas com a participação dos pais ou responsáveis, que venham sensibilizá-los das consequências que, da fragilização e, sobretudo, o rompimento do vínculo familiar pode retardar ou eliminar o desenvolvimento saudável de suas crianças.

Outra sugestão é a identificação das demandas de violação dos direitos da criança e do adolescente do município de Boa Vista-RR, sobretudo no município de Rorainópolis onde se apresentou maior índice dos casos de infantes com algum direito violado, na perspectiva de planejamento e elaboração de políticas públicas que atendam e garantam de forma mais eficaz aos direitos desta parcela da população do Estado de Roraima.

E essa garantia deve se estender também às crianças de nacionalidade venezuelana e de etnia indígena visto que esse segundo segmento está entre evidencia na questão do abandono na instituição pesquisada, pois as mesmas precisam ser vistas também como seres em desenvolvimento e sujeitos de direitos que são. Sendo esse processo, realizado, sobretudo, por meio daqueles que trabalham diretamente com as questões do segmento infantil, fomentando parcerias com o sistema geral de direitos, para os devidos procedimentos necessários à garantia desses direitos e subsidiar o planejamento de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Simone Gonçalves de; FARIAS, Luíz Otávio Pires (Orgs.). **Levantamento Nacional das Crianças e Adolescentes em Serviço de Acolhimento-2009-2010**. Claves/Ensp/Fiocruz-MDS. São Paulo: Hucitec, 2013. Disponível em: http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/dicivip_datain/ckfinder/userfiles/files/LIVRO_Levantamento%20Nacional_Final.pdf. Acesso em: 20/08/2018.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social (PNAS)**. Resolução Nº 145, de 15 de Outubro de 2004. Disponível em: <http://www.sesc.com.br/mesabrasil/doc/Pol%C3%ADticaNacional.pdf>. Acesso em: 20.09.18.

BRASIL, Presidência da República. **Lei Orgânica da Assistência Social**, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. publicada no DOU de 8 de dezembro de 1993. BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Lei Orgânica de Assistência Social. Loas Anotada. Edição e Impressão: Março/2009. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/Loas_Anotada.pdf. Acesso em: 20.09.18.

BRASIL, Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes a**

Convivência Familiar e Comunitária. Brasília, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 20.09.2018.

BRASIL. Lei Federal nº 8.069. **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.** (1990).

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da Infância e Juventude - Resolução nº 71/2011: Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País.** Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-unidades-acolhimento.pdf>. Acesso em: 20/09/2018.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de Metodologia.** 5. Ed. [ver.] – São Paulo: Saraiva, 2006.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar.** São Paulo Veras, 2010.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social.** 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Indicadores de Desenvolvimento Sustentável. 2015.** Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94254_.pdf. Acesso em: 20.10. 18.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **História de Boa Vista.** 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rr/boavista/historico>. Acesso em: 20.10.18.

MIRANDA, Luziê Sousa. **Relatório de Estágio Supervisionado I.** Centro Universitário Estácio da Amazônia. Boa Vista. 2016.

VALENTE, Jane. **Família Acolhedora: as relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento [recurso eletrônico].** São Paulo: Paulus, 2013.

PRODANOVE, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico [recurso eletrônico] : métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico / Cleber Cristiano Prodanov, Ernani Cesar de Freitas.** – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SANTOS, Josiane Soares. **“Questão Social”: particularidades no Brasil.** 1 ed. 2 reimpressões. São Paulo: Cortez, 2012.

Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo sono stati sottoposti a referaggio doppio cieco conformemente alla Classe A dell'ANVUR.