

Marco Cammelli

Il nuovo titolo V della Costituzione e la finanziaria 2002: note

(doi: 10.7390/7864)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 1, maggio 2002

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it/>

Il nuovo Titolo V della Costituzione e la finanziaria 2002: note

di [Marco Cammelli](#)

Nel novembre 2001, come si sa, è entrata in vigore la revisione costituzionale che ha portato alla riscrittura dell'intero [Titolo V della Costituzione \(parte seconda\)](#), con profonde conseguenze non soltanto sul lato dell'ordinamento regionale e locale, ma anche sui titoli precedenti (funzione legislativa e parlamento, governo, sistema delle fonti) e più in generale sull'intero sistema amministrativo.

Sulla portata della riforma si è aperto un ampio dibattito in sede scientifica cui naturalmente è necessario operare un rinvio [1]: basti ricordare che i principi generali introdotti, e in particolare il pluralismo istituzionale paritario, la doppia generalità di attribuzioni alle regioni (sul piano legislativo) e ai comuni (su quello amministrativo), la inedita pienezza (in termini di estensione e di profondità) della legge regionale, la fine del parallelismo tra competenze legislative e amministrative, l'opzione per una pubblica amministrazione prevalentemente caratterizzata dall'autonomia in quanto affidata agli enti territoriali locali e il principio di sussidiarietà (in sé e nei suoi corollari di adeguatezza e di differenziazione) a valere sia in termini di allocazione di funzioni che del relativo esercizio sembrano destinati a conformare in modo radicalmente diverso l'assetto tradizionale del nostro sistema istituzionale e amministrativo [2].

In questo contesto vanno dunque collocate le disposizioni specifiche in materia di beni e attività culturali, sulle quali è necessario soffermarsi brevemente.

La materia, in particolare per la parte riguardante i beni culturali, conferma anche in un contesto così fortemente innovato la propria vocazione alla specialità. La tutela di questi ultimi, infatti, è compresa tra le competenze legislative statali di carattere esclusivo (art. 117, comma 2, lettera s, Cost.) mentre la relativa valorizzazione, insieme alla promozione e organizzazione di attività culturali, è assegnata alle materie di legislazione concorrente (art. 117, comma 3, Cost.). Inoltre, sempre a questo settore sono dedicate altre disposizioni: quella che prevede la possibilità di attribuzione a singole regioni, previa intesa con il governo e approvazione a maggioranza qualificata da parte del parlamento, di ulteriori e particolari condizioni di autonomia in materia di tutela dei beni culturali (art. 116, ultimo comma, Cost.) e la previsione, sempre su questo oggetto, di intesa e coordinamento tra Stato e regioni ai sensi dell'art. 118, comma 3, Cost.

La scelta di questo regime, indubbiamente particolare rispetto a quello ordinario per le restanti competenze regionali e locali, ha portato più d'uno a ritenere che la riforma (ancora una volta) non incidesse se non parzialmente, e più in termini potenziali che immediatamente dispositivi, sull'ambito dei beni culturali, ma si tratta come è stato osservato [3] di una conclusione solo in parte fondata.

Sul versante dei *rapporti Stato-regione*, infatti, le novità sono significative. Intanto, proprio la rottura del

principio del parallelismo tra competenza legislativa e competenza amministrativa lascia di per sé del tutto impregiudicata la allocazione delle funzioni amministrative (e dei relativi apparati) statali concernenti la tutela, dato che tale aspetto è rimesso per intero ai criteri sanciti dall'art. 118 commi 1 e 2 ed è dunque suscettibile, almeno in teoria, di soluzioni fortemente decentrate e sicuramente differenziate, date le valutazioni specifiche che andranno effettuate singolarmente per ogni ambito territoriale.

Sicché, è certo possibile che lo stato confermi l'assetto attuale delle funzioni in materia di tutela, ma si tratterà più di un punto di arrivo che non di un punto di partenza e, comunque, di scelte la cui correttezza sarà sottoposta al controllo della Corte Costituzionale.

Inoltre, non pare dubbio che dalla collocazione della promozione e organizzazione delle attività culturali tra le materie a competenza legislativa concorrente derivi il trasferimento integrale delle relative funzioni (e connessi apparati, risorse, ecc.) al sistema regionale e locale. Che le cose stiano in questi termini è provato dal fatto che in questi casi lo Stato è del tutto sprovvisto del potere regolamentare (art. 117, comma 6, Cost.), cioè di un attributo da sempre (ed ancor più oggi, dopo le riforme costituzionali) necessariamente connesso allo svolgimento di funzioni amministrative.

La stessa differenziazione nell'esercizio di queste ultime, già derivante dai criteri di allocazione delle funzioni e dal coordinamento Stato-regione, è suscettibile di ulteriore accentuazione in virtù delle intese interregionali di cui all'art. 117 commi 8 e 9, con la conseguenza che le condizioni di "particolare autonomia" legislativa dell'art. 116, ultimo comma, Cost. debbono considerarsi solo aggiuntive rispetto alle citate clausole di diversificazione, e forse neppure quelle più rilevanti.

La piena autonomia in materia di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione locale (artt. 114, comma 2, e 117, comma 6, Cost.) e l'esplicito richiamo al principio della sussidiarietà orizzontale operato dall'ultimo comma dell'art. 118 Cost., portano infine a concludere che il versante dei rapporti pubblico-privato e la definizione delle reciproche relazioni, anche nel settore dei beni culturali, siano riservati per tali profili alla competenza delle regioni e degli enti locali [4].

Più indeterminato, invece, appare il quadro dei *rapporti tra regioni ed enti locali*, sul quale non solo pesa l'interpretazione da assegnare alla riserva alla potestà legislativa esclusiva dello stato delle "funzioni fondamentali" di comuni e province (art. 117, comma 2, lettera p), Cost.), che peraltro dati i principi ispiratori della riforma dovrebbe essere interpretata in modo restrittivo, o l'esito del processo di riallocazione delle funzioni amministrative statali previsto dai primi due commi dell'art. 118 Cost., ma cade in particolare la obiettiva incertezza dei rapporti tra funzioni normative regionali (legislative e regolamentari) e locali (statutarie e regolamentari), i cui confini e il cui punto di equilibrio non è possibile oggi immaginare.

Queste indicazioni, come si vede del tutto sommarie, sono comunque già sufficienti a guidare la lettura delle numerose norme dettate dalla [legge 28 dicembre 2001, n. 448 \(finanziaria 2002\)](#), dedicate alle modalità di gestione dei beni culturali, ed anzi finiscono per ridimensionarne fortemente la portata.

La prima disposizione che viene in esame è rappresentata dall'[art. 33](#) che, innovando l'[art. 10 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368](#), mira ad introdurre nuove forme di esternalizzazione a terzi nella gestione dei beni culturali disponendo in favore di "soggetti diversi da quelli statali" la concessione della "gestione dei servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico" secondo modalità, e garanzie, la cui definizione è demandata ad un apposito regolamento ministeriale.

Malgrado l'acceso dibattito che ha preceduto l'approvazione di tale articolo, o forse proprio a causa di questo, è assai dubbia l'innovatività e la praticabilità delle ipotesi tracciate dalla disposizione in esame. Intanto, l'oggetto ("servizi finalizzati al miglioramento") sembra retrocedere l'ambito di applicazione dalle funzioni ai servizi o attività strumentali a queste ultime, il che renderebbe del tutto superflua l'intera previsione dell'[art. 33](#) perché a questi fini l'amministrazione statale è già provvista, sub specie di appalto pubblico di servizi, degli ordinari strumenti di affidamento all'esterno.

In secondo luogo, se ed in quanto vi si possano ricomprendere anche schegge di funzioni, si finirebbe per approdare ad una previsione assai più limitativa di quanto già previsto dal precedente [art. 10 del d.lg. 368/1998](#) secondo il quale, come si è già ricordato, ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni e, in particolare, per la valorizzazione dei beni culturali e ambientali, il ministero può "stipulare accordi con amministrazioni pubbliche e con soggetti privati" e "costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società" (comma 1), introducendo oltretutto ulteriori e rilevanti condizionamenti [5].

Restano poi seri interrogativi in ordine al regolamento, cui è affidata la precisazione dell'intera disciplina in materia, sia perché, in termini fattuali, non sono chiari i motivi che portano ottimisticamente a ritenere prevedibile l'adozione quando l'analogo regolamento dell'[art. 10 del d.lg. 368/1998](#) a quasi quattro anni di distanza non ha visto ancora la luce, sia perché, in termini strettamente giuridici, la materia sembra ricadere in gran parte, se non per intero, nell'ambito della "valorizzazione" dei beni culturali e dunque collocarsi all'interno di quella potestà legislativa concorrente (art. 117, comma 3, Cost.) che, da parte dello Stato, ammette solo la determinazione dei principi fondamentali e da cui è comunque esclusa qualunque ipotesi di potestà regolamentare in capo al medesimo.

Una previsione del tutto innovativa, invece, è introdotta dall'[art. 35, comma 15, della medesima legge 448/2001](#) che, aggiungendo all'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (cd. Tuel, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267) un ulteriore art. 113-bis stabilisce che gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto di servizi culturali non solo alle istituzioni, come in precedenza, ma anche "ad aziende speciali, anche consortili e a società di capitali a partecipazione locale" (comma 1) o ad "associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate" (comma 2).

Tale disposizione, infatti, da un lato colloca in un ambito del tutto autonomo il settore dei beni e delle attività culturali, fino ad oggi come si è detto confuso (concettualmente) e costretto (praticamente) alle stesse modalità organizzative (salvo l'istituzione) previste per l'intera materia dei servizi pubblici locali anche di tipo imprenditoriale e industriale, e dall'altro introduce nuove modalità, come l'affidamento ad associazioni e fondazioni. Si tratta dunque di una innovazione di per sé di grande rilievo, cui si aggiunge il merito di ordinare e legittimare (sia pure spesso ex post, come si è visto) molte iniziative locali in materia. Una sottolineatura merita anche l'estensione del contratto di servizio alla disciplina dei rapporti tra enti locali e soggetti erogatori dei servizi in tutte le ipotesi contemplate dal nuovo art. 113-bis (comma 5).

Non mancano tuttavia, anche in questo caso, dubbi e difficoltà anche su punti qualificanti. La prima, interna alla nuova normativa, attiene alla esatta determinazione del significato di "servizio culturale" e al rapporto tra ipotesi di affidamento diretto, che si direbbero la normalità nel settore, e procedure di evidenza pubblica, il cui ricorso sembrerebbe invece subordinato al combinarsi di elementi di fatto (sussistenza di ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale) e normativi (la previsione da parte delle norme di settore) il cui intreccio non è facile da definire o da immaginare.

La seconda, più radicale, riguarda la questione del se e fino a che punto, in base al riparto di competenze disposto dal nuovo [Titolo V Cost.](#), la legge statale sia abilitata a intervenire in materia. Se si considera che le scelte in materia di organizzazione e di modalità operative relative alle proprie funzioni sono riservate alla competenza esclusiva di regioni ed enti locali, e se si aggiunge che l'unico titolo legittimante l'intervento statale in materia di servizi pubblici locali sembra risiedere nelle clausole relative alla "tutela della concorrenza" (art. 117, comma 2, lettera e), Cost.) e alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio" (art. 117, comma 2, lettera m), Cost.), c'è da dubitare seriamente della legittimità del nuovo art. 113-bis introdotto dalla finanziaria 2002.

Certo, sarebbe singolare che il primo significativo intervento che, pur nei limiti appena indicati, appare suscettibile di togliere le numerose esperienze locali in materia dalla zona grigia di "alegalità" (se non di vera e propria illegittimità) dovesse subire questa sorte, ma è da osservare che quand'anche le cose fossero riconosciute nei termini di cui si è detto, nulla impedirebbe alle regioni interessate di "recuperare" questa disciplina inserendola nelle proprie leggi con le integrazioni e i chiarimenti che, come si è visto, sono necessari.

Resta da accennare ad una terza ipotesi, anch'essa di portata potenzialmente rilevante, introdotta dall'[art. 29 della medesima legge finanziaria \[6\]](#): la disposizione, fortemente innovativa rispetto alla disciplina precedente, va esaminata con attenzione nei suoi diversi aspetti.

L'*ambito soggettivo* è particolarmente esteso, poiché comprende tutte le amministrazioni pubbliche, e dunque stato, regioni, enti locali, enti non territoriali nazionali e locali (art. 1, comma 2, del testo unico sul pubblico impiego, approvato con decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) ed anzi deve considerarsi estesa anche agli enti pubblici economici o società miste, quantomeno statali, che dal medesimo testo unico sono esclusi che in questo caso sembrerebbero compresi sotto la dizione "enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato".

Quanto all'*ambito oggettivo*, è fuori di dubbio che si riferisce alla acquisizione di servizi da parte delle menzionate pubbliche amministrazioni, e dunque disciplinati dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e relativi allegati o da specifiche normative di settore, con esclusione dunque delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali (disciplinate altrove).

La cosa è resa palese dall'esame della *natura della normativa* dettata dall'[art. 29, comma 1, della legge 448/2001](#) che introduce le diverse ipotesi di esternalizzazione precisandone la portata *derogatoria delle disposizioni vigenti*. Ora, se si esamina con attenzione questo aspetto, si può facilmente osservare che dell'effetto derogatorio sono possibili due letture, una estesa e una più ristretta.

Il significato *esteso*, che sostanzialmente comporterebbe il superamento in blocco di tutta la disciplina precedente in materia, non pare accoglibile, sia per il fatto che in concreto non è neppure necessario perché, come si dirà tra breve, la maggior parte delle modalità di esternalizzazione sono definite in termini del tutto compatibili con la normativa vigente (lettere a) e c) dell'[art. 29, comma 1, legge 448/2001](#)), sia perché una deroga generalizzata della disciplina generale vigente in materia (d.lg. 157/1995) si tradurrebbe in una violazione della direttiva 1992/50/Cee e dunque in un inammissibile contrasto con l'ordinamento comunitario.

Resta dunque un significato *ristretto* della portata derogatoria che non può che interessare due residui elementi:

- il primo attiene all'ambito degli strumenti, ed è costituito dalla introduzione di una nuova modalità di affidamento del servizio intermedia tra gestione interna e acquisizione sul mercato: è il caso della ipotesi sub b) dell'[art. 29, comma 1, della legge 448/2001](#), vale a dire della cd. *gestione in house*;

- il secondo interessa invece un profilo diverso e *preliminare* vale a dire i casi, assai limitati in verità, nei quali all'amministrazione è fatto divieto di optare per altre soluzioni organizzative di gestione interna che non siano quelle tipizzate dal legislatore. E' il caso, ad esempio, della progettazione dei lavori nella cd. legge Merloni, rispetto alla quale la portata derogatoria della disposizione non riguarda certo le modalità di affidamento all'esterno dell'attività di progettazione ma la possibilità (positivamente tipizzata) di fruire di una modalità di gestione diretta *ulteriore*, rispetto a quelle di cui alle lettere a) e b) dell'art. 17, comma 1, legge 109/1994: quella, appunto, consistente nell'affidamento ad un particolare soggetto da essa stessa costituito, disciplinata dalla lettera b) dell'[art. 29, comma 1, legge 448/2001](#).

In tutti gli altri casi, infatti, non si pone come si è detto alcuna necessità di deroga: non per la [lettera a\)](#) [7], già pacifica e che pertanto non può che avvenire secondo le disposizioni del d.lg. 157/1995, e neppure nei casi [sub c\)](#) [8], perché appunto o si procede a gara, e dunque secondo la disciplina ordinaria vigente, oppure ci si ricollega a convenzioni già previste dall'ordinamento.

Ma anche per queste ultime, in realtà, o ci si limita a fare ricorso alla soluzione dell'unico fornitore ex art. 26 legge 488/1999, vale a dire in concreto della Consip s.p.a., ma si tratta di una ipotesi già obbligatoria per lo Stato e opzionale per le altre amministrazioni, e dunque dal punto di vista di queste ultime nulla si aggiunge; oppure si versa nel caso di aggregazioni di acquirenti di beni e servizi (art. 59 legge 388/2000) definiti per gruppi di comuni e province, gruppi di aziende sanitarie e ospedaliere, o gruppi di università, rispetto ai quali, a tutto concedere, la novità è rappresentata dall'aggiunta, rispetto ai componenti delle

aggregazioni per la standardizzazione degli ordini di acquisto indicati dalla Conferenza Stato-città ex art. 59, comma 2, legge citata, delle altre amministrazioni pubbliche che intendano farne parte.

La reale novità negli strumenti a disposizione delle amministrazioni pubbliche per acquisire beni e servizi, è dunque rappresentata dalla *costituzione ad hoc* di soggetti di diritto privato con affidamento diretto dei servizi svolti in precedenza al proprio interno: la sola ipotesi, tra l'altro, cui sono riconosciute agevolazioni fiscali sui trasferimenti di beni ([art. 29, comma 3, legge 448/2001](#)).

Si tratta, cioè, dell'accoglimento della cd. *gestione in house*, vale a dire di una ipotesi di inapplicabilità della disciplina comunitaria sull'appalto pubblico di servizi per la mancanza di terzietà del fornitore di beni e servizi, presupposta invece dal contratto di appalto.

Come si sa, infatti, alcune pronunce della Corte di giustizia delle comunità europee, hanno sottolineato l'importanza di verificare proprio questo aspetto, giungendo alla conclusione che il presupposto manca non solo quando il soggetto con cui l'ente pubblico stipula il contratto non è una entità giuridicamente distinta dall'ente medesimo ma anche quando quest'ultimo "esercita sulla persona [rectius: organismo] di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona [rectius: organismo] realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano" [9].

Ora, non c'è dubbio che la premessa di quanto disposto dalla [lettera b\) dell'art. 29, comma 1, legge 448/2001](#), vale a dire la possibilità per le amministrazioni pubbliche di "costituire, nel rispetto delle condizioni economiche di cui alla lettera a), soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza" sia costituita dalle pronunce appena richiamate.

Ne consegue che, indipendentemente dalle scelte che verranno operate in proposito dal regolamento governativo previsto dal [comma 5 dello stesso art. 29](#), la gestione *in house* per essere compatibile con i principi comunitari dovrà comunque rispettare sia un requisito *soggettivo*, e cioè il fatto che l'ente pubblico interessato eserciti sul soggetto costituito ad hoc per la fornitura dei beni o delle attività richieste un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, vale a dire un controllo diretto e prevalente, che un requisito *oggettivo*, e cioè che il soggetto costituito ad hoc realizzi la quota più ampia della propria attività con l'ente o con gli enti locali che ne hanno il controllo.

Note

[1] Tra i primi approfondimenti, si segnala l'ampia analisi operata da AA.VV., in *Le Regioni*, n. 6/2001.

[2] Sul punto, sia permesso rinviare a M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001.

[3] G. Sciuolo, *I beni e le attività culturali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 975.

[4] Risolvendo in questo modo il quesito sollevato da [C. Barbati, Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"](#), in *Aedon*, n. 2/2001.

[5] Come l'obbligo di versare anticipatamente il 50% dell'intero canone complessivamente stabilito: v. [E. Bruti Liberati, Pubblico e privato nella gestione dei beni culturali: ancora una disciplina legislativa nel segno dell'ambiguità e del compromesso](#), in *Aedon*, n. 3/2001, che osserva come "l'obiettivo di disincentivare al massimo la eventuale disponibilità di operatori privati ad assumersi la gestione di un bene culturale statale appare perseguito con determinazione".

[6] Che recita: "Le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato sono autorizzati, anche in deroga alle vigenti disposizioni, a: a) acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione; b) costituire, nel rispetto delle condizioni economiche di cui alla lettera a), soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza; c) attribuire a soggetti di diritto privato già esistenti, attraverso gara pubblica, ovvero con adesione alle convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 e successive modificazioni, e

dell'art. 59 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, lo svolgimento dei servizi di cui alla lettera b)".

[7] "Necessità di acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione".

[8] Ove si prevede di "attribuire a soggetti di diritto privato già esistenti, attraverso gara pubblica, ovvero con adesione alle convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 e successive modificazioni, e dell'art. 59 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, lo svolgimento dei servizi di cui alla lettera b)".

[9] Sentenza 18 novembre 1999, in causa C-107/98, Teckal Srl c. Comune di Viano e Agac, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, 1393 (il passaggio riportato nel testo è tratto dal punto 50 della motivazione).

copyright 2002 by [Società editrice il Mulino](#)

[inizio pagina](#)