

LA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE DA PRINCIPIO A MODELLO: DINAMICHE, LIMITI E RUOLO DELLA CONCORRENZA

«L'essenza della democrazia è nel riconoscimento della dignità della persona, dei suoi diritti nell'ambito della società, delle responsabilità che una tale cosciente partecipazione all'esercizio del potere comporta. La libertà non è un arbitrio, non è sopraffazione, non è finzione di mistiche popolari ingannatrici, è invece sostanza di vita morale, peso di coscienti e lucide decisioni, di contributi da dare, di controlli da stabilire in vista del bene comune» - Aldo Moro (Orientamenti, in Scritti e discorsi - 1944-1947)

Sommario. 1. Premessa; 2. Le origini del principio e la loro chiave di lettura; 2.1 Radici filosofiche e loro chiave di lettura; 2.2 La sussidiarietà come fine del paradigma panpubblicistico; 3. Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano; 3.1 Le formulazioni precedenti alla costituzionalizzazione; 3.2 La formulazione costituzionale; 4. La analisi del principio di sussidiarietà orizzontale; 4.1 Il termine "favoriscono"; 4.2 La locuzione "cittadini, singoli e associati"; 4.1 La locuzione "autonoma iniziativa"; 4.1 La locuzione "attività di interesse generale"; 5. Il modello della sussidiarietà orizzontale; 5.1 In generale; 5.2 Costituzione, legge e amministrazione nella attivazione del modello sussidiario; 5.3 Limiti e criteri per l'applicazione del modello sussidiario; 5.4 Cenni al regime delle responsabilità; 6. Sussidiarietà e concorrenza

1. PREMESSA

Tra le ragioni che stanno alla base della ricerca che si presenta in questo volume, la più importante è senza dubbio la constatazione del fatto che, nonostante la diffusione del termine "sussidiarietà" nel discorso politico e nella legislazione, statale o regionale, il suo reale significato, e quindi la effettiva consistenza del principio giuridico e le sue concrete potenzialità, restano ancora in gran parte indeterminate.

«Principio ambiguo, con almeno trenta diversi significati, programma, formula magica, alibi, mito, epitome della confusione, foglia di fico»¹, la sussidiarietà è e resta una nebulosa di concetti, di modelli, di valori, che viene chiamata in causa, quasi invocata, in modo più o meno appropriato, ogni volta che si progetta, regola, o anche solo auspica un ripensamento del ruolo della amministrazione pubblica nelle sue relazioni con i cittadini. In altre parole, nonostante la «riflessione ricchissima»² e molto autorevole che si è sviluppata attorno ad essa, non solo da parte della dottrina giuridica o giuspubblicistica³, ma anche da parte dei sociologi, dei politologi o degli

¹ Così S. Cassese, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Atti del Convegno per il 40° della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione (Bologna, 1995), Maggioli, Rimini, 1997, pag. 73 e segg., e in *Foro it.*, V, 1995, pag. 373 e segg.

² Ancora S. Cassese, *op. ult. cit.*, pag. 73

³ In questo senso, ci si consenta di riportare fin d'ora una bibliografia essenziale sul tema, che arricchiremo durante la trattazione con l'indicazione di ulteriori contributi specifici. Sulla sussidiarietà dunque hanno scritto G. Arena, *Cittadini attivi*, Laterza, Roma-Bari, 2006; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubb.*, 1/2002, pag. 51 e segg.; L. Antonini, *Il principio di sussidiarietà orizzontale da Welfare State a Welfare Society* in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1/2000, pag. 99 e segg.; G. G. Balandi, *"Pubblico", "Privato" e il principio di sussidiarietà nel sistema del Welfare State*, in *Riv. giur. lav.*, 1/1998, pag. 213 e

economisti, della sussidiarietà continua a sfuggire non solo e non tanto la prospettiva generale, la grande architettura, ma la concretizzazione.

Perciò l'intenzione di questi scritti è soprattutto quello di partire dalla ricostruzione del principio nell'ordinamento italiano e comunitario, dal suo significato storico e attuale, per arrivare a costruire un sistema di riferimento concreto, e a verificarne poi la tenuta in alcuni dei casi in cui questo si sia manifestato con successo. Una chiave di lettura quindi, una interpretazione, una possibile esegesi, la quale può non essere condivisa nelle sue premesse teoriche, ma che da una parte sia in grado di dare corpo e fiato ad una realizzazione possibile, e dall'altra trovi già conferma nella realtà dei fatti, in ciò che quotidianamente accade in molti contesti locali.

Ciò che si tenta è, in sostanza, tracciare una linea affatto ideale tra l'ipotesi di una sussidiarietà possibile e la constatazione delle sussidiarietà realizzate.

Questo, si noti, è un punto cruciale nello studio del tema, e uno degli elementi centrali dell'idea da cui muove questo volume. Spesso infatti, si è avuta l'impressione che chi si avvicinava alla sussidiarietà lo facesse avendo già in mente un modello di amministrazione pubblica, di società civile e anche di mercato. Che conoscesse (o auspicasse) gli effetti prima della causa.

E colpisce anche il fatto che pochissimi si avvicinino al tema con distacco. In modo più o meno esplicito da una parte vi è chi si dimostra perplesso, critico, ritenendo che dietro la formula non vi sia nulla di sostanzialmente nuovo, o addirittura che essa rappresenti per alcuni versi un passo indietro nelle relazioni tra le istituzioni e i cittadini; mentre dall'altra vi è chi si appassiona

segg.; S. Bartole, *Riflessioni sulla comparsa nell'ordinamento italiano del principio di sussidiarietà*, in *Studium Juris*, 2/1999, pag. 380 e segg.; G. Berti, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 3/1994, pag. 405 e segg.; R. Bin, *La sussidiarietà "orizzontale": alla ricerca dei soggetti "privati"*, in *Istit. Feder.*, 1999, pag. 5 e segg.; M. Cammelli, *La sussidiarietà presa sul serio*, in *Il Mulino*, 3/2000, pag. 447 e segg.; id. *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni Regionali*, n. 2/2002, pag. 453 e segg.; P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/1993, pag. 7 e segg.; S. Cassese, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in F. Roversi Monaco (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Atti del Convegno per il 40° della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione (Bologna, 1995), Maggioli, Rimini, 1997, pag. 73 e segg., e in *Foro it.*, V, 1995, pag. 373 e segg.; V. Cerulli Irelli, *I principi ispiratori della riforma amministrativa. Per un'amministrazione al servizio dei cittadini*, in *Aggiornamenti sociali*, 11/1998, pag. 274 e segg.; id., voce *Sussidiarietà*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Volume XII (aggiornamento), Roma, 2004; M. Chiti, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo in Sussidiarietà e Pubbliche amministrazioni*, in F. Roversi Monaco (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Atti del Convegno per il 40° della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione (Bologna, 1995), Maggioli, Rimini, 1997, pag. 85 e segg.; G. Cocco, *Cronaca di molte scelte annunciate e di poche perseguite. Ovvero il principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano*, in *Diritto pubblico*, 3/1998, pag. 697 e segg.; S. D'Albergo, *Pubblico e privato nella trasformazione dell'organizzazione amministrativa (per uno schema interpretativo)* in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, II, Mucchi, Modena, 1996; A. D'Andrea, *La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1/2000, pag. 95 e segg.; A. D'Atena, *Forma Stato dalla piramide all'arcipelago*, in *Impresa e Stato*, n. 33, 1996; id., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1/2001, pag. 13 e segg.; P. Duret, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, *Jus*, 1/2000, pag. 95 e segg.; G. Falcon, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2-3/1998, pag. 279 e segg.; T. E. Frosini, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Riv. giur. mezz.*, 2000, pag. 15 e segg.; A. Moscardini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 3/1999, pag. 433 e segg.; A. Padoa Schioppa, *La sussidiarietà o del minimo governo*, in *Dossier Europa*, n. 11, 1992; G. Pastori, *La redistribuzione delle funzioni: profili istituzionali*, in *Le Regioni*, 5/1997, pag. 749 e segg.; F. Pizzetti, *Il nuovo ordinamento italiano tra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino, 2002; A. Poggi, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Giuffrè, Milano, 2001; A. Quadrio Curzio, *Sussidiarietà e sviluppo – Paradigmi per l'Europa e per l'Italia*, Vita e Pensiero, Milano, 2002; id., *Gli equivoci della solidarietà senza sviluppo e solidarietà*, in *Il Mulino*, 1/2001, pag. 40 e segg.; G. Razzano, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la "semplificazione"*, in *Dir. amm.*, 1/2001, pag. 273 e segg.; G. U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1/2002, pag. 5 e segg.; P. Ridola, *Forma di Stato e principio di sussidiarietà*, in Associazione italiana Costituzionalisti (a cura di), *La riforma costituzionale* (atti del convegno 6-7 novembre 1998), Cedam, Padova, 1999, pag. 177 e segg.; A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Cedam, Padova, 1999; U. Ruffolo, *Principi di sussidiarietà e autonomia privata*, in *Resp. comun. Impr.*, 3/1999, pag. 371 e ss

alle prospettive che essa apre non solo per il ripensamento del ruolo dell'amministrazione locale, o per la riforma del sistema di servizi sociali, ma intravedendo il seme di un cambiamento profondo del modo di sentire e di esercitare la cittadinanza.

La sussidiarietà orizzontale è quindi, specie nella comunicazione corrente, per un verso immaginata prima e oltre le norme e i fatti, e dall'altro desiderata o deprecata in partenza. È, in sostanza, e da parte di molti, oggetto di pregiudizi piuttosto che di valutazioni.

Ne consegue, sul piano politico e anche su quello strettamente normativo, un silenzio assordante. Una immobilità inquieta, dietro alla quale si agitano interessi e tensioni molto dissonanti tra loro.

Il lavoro degli interpreti, degli studiosi delle scienze sociali (spesso ignorato dal livello istituzionale) è stato ed è, dunque, complesso, perché i dati a disposizione sono scarsi, quindi qualsiasi siano gli strumenti di cui si dispone (le norme, i fatti, le dinamiche economiche e sociali), è difficile leggerne con obiettività le misurazioni e metterne in risalto le criticità. E di conseguenza è ancor più complesso formulare una diagnosi, e arrivare a proporre una interpretazione complessiva del fenomeno quale "sistema" coerente e armonico.

Questo è però uno degli obiettivi di questo volume, e di queste pagine in particolare.

È bene inoltre sottolineare che qui non si intende offrire della sussidiarietà orizzontale una lettura assoluta o neutrale. Come per qualsiasi altro principio giuridico, anche la lettura della sussidiarietà orizzontale non può essere completamente "laica" o terza. Nessuna interpretazione è indifferente agli esiti: ciò nondimeno essa deve essere il frutto di una costruzione logica ed adeguata che, assumendo come linee guida e premesse ideali i valori del sistema costituzionale e comunitario giunga, ma solo a consuntivo, ad ipotizzare un modello⁴.

Un modello, non il solo possibile. Ma un modello che da una parte sia in grado di reggere l'impatto con la realtà e, dall'altro, possa, anzi debba, essere messo a confronto con altri modelli possibili e altrettanto coerenti, per verificarne le positività, le lacune, i limiti. Solo in questo modo le norme possono diventare effettive, e i progetti passare dalla carta alla realtà. Solo così gli studiosi possono rendersi utili alla politica che, in ragione di queste riflessioni e di scelte ideali, potrà mettere apertamente in campo un progetto e creare, se è nella posizione per farlo, le condizioni per la sua realizzazione attraverso l'azione di governo. Solo così, soprattutto, si renderanno i cittadini capaci di prendere coscienza del loro ruolo e delle loro capacità.

Il secondo cardine della ricerca che si propone in queste pagine è la concorrenza.

Prescindendo qui dalla definizione, peraltro in costante evoluzione, del secondo termine della ricerca, si deve però fin d'ora metter in evidenza come l'affiancamento dei due concetti discenda da una pluralità di suggestioni.

Da un lato si è portati a confrontare due metodi, due approcci possibili e alternativi alla soddisfazione dei bisogni espressi dalla nostra società, uno, la sussidiarietà, che si ritiene proprio dello spazio a cui ci riferisce comunemente come "terzo settore"; l'altro, la concorrenza, che appare, almeno a prima vista, come riservato al mercato, sua logica portante.

Dall'altro invece ci si interroga sulla possibilità di importare, anche nel paradigma sussidiario, le logiche della concorrenza, e quindi meccanismi di competizione, scelta e prevalenza di un soggetto sugli altri.

In realtà, come si potrà verificare nella lettura di questo volume, la relazione tra il principio di sussidiarietà e la teoria della concorrenza si svolge secondo entrambe queste direttive, e anche oltre, portando a nuovi scenari per le dinamiche che legano le istituzioni, il settore non profit e le imprese, e a soluzioni di sintesi spesso inattese, ma (almeno così si ritiene) di grande interesse. In altre parole, andando a verificare cosa accade nell'ordinamento e nella realtà, possiamo affermare che sussidiarietà e concorrenza non si dispongono necessariamente come termini antagonisti, non si escludono a vicenda, ma a vicenda si integrano e si completano.

⁴ Si veda in questo senso l'opinione di G. Zagrebelsky in *La virtù del dubbio – Intervista su etica e diritto* (a cura di G. Preterossi), Laterza, Bari, 2008.

2. LE ORIGINI DEL PRINCIPIO

2.1 Radici filosofiche e loro chiave di lettura

Le trattazioni sulla sussidiarietà usano aprirsi con una annotazione sulle origini del principio nel pensiero sociale e politico. In queste pagine, concentrate sulla definizione di un modello possibile nel nostro ordinamento, non avremo modo di approfondire questi profili con la dovuta attenzione⁵. Si ritiene piuttosto di un certo interesse rilevare quali siano i criteri con cui gli studi dei nostri giorni ricercano e mettono in fila le radici filosofiche del tema, ovverosia quali siano le visioni che ne guidano la ricostruzione, essendo questi in grado di rivelare il sistema di valori che i commentatori contemporanei hanno in mente, le lenti con le quali si avvicinano alla lettura delle norme.

Un primo filone è sicuramente quello legato al valore assoluto e centrale dell'uomo, da cui discende, all'opposto, la relatività e la funzionalità dei sistemi politici che le società umane vi costruiscono attorno. Chi incentra la sussidiarietà su questo profilo, risale fino alla affermazione, essenziale per il pensiero occidentale, secondo cui *«è manifesto che la migliore costituzione è necessariamente quella nel cui ordinamento ognuno dei cittadini possa meglio provvedere alla sua prosperità materiale ed alla sua felicità»*⁶.

Naturalmente è parte di questa elaborazione anche il pensiero cristiano, che trova già in Tommaso D'Aquino riflessioni sull'etica dell'uomo (intesa quale orientamento per la sua condotta capace di condurlo al raggiungimento dei propri scopi), sulla sua libertà (intesa essenzialmente come libertà di giudizio) e sulla dignità dell'azione umana (intesa come bene superiore e pertanto come limite all'intervento del potere). In questa prospettiva fu il vescovo Von Ketteler⁷, in ragione del suo forte impegno in politica, a tradurre queste idee nel 1873 dal piano puramente morale a quello giuridico istituzionale, e a ipotizzare per primo che l'intervento statale dovesse configurarsi in termini di "diritto sussidiario"⁸. Quella che però resta come epigonale in pressoché tutti gli studi in materia, e specie in quelli che trattano del principio come elemento fondante del contemporaneo pensiero sociale della Chiesa⁹, è la formulazione che si ritrova nella Enciclica Quadragesimo Anno di Papa Pio XI del 1931 secondo la quale *«Nella filosofia rimane fisso e immutabile un importantissimo principio, che non può essere modificato: come non è lecito sottrarre ai privati per affidarlo alla comunità ciò che essi possono compiere con le proprie iniziative e con la propria industria, così è un'ingiustizia, un grave danno ed un turbamento del giusto ordine attribuire ad una società maggiore e più elevata quello che possono compiere e produrre le comunità minori ed inferiori. Infatti qualsiasi opera sociale in forza della sua natura deve aiutare i membri del corpo sociale. mai distruggerli ed assorbirli»*¹⁰.

Naturalmente il tema è centrale anche nelle opere di pensatori "laici" e liberali¹¹: qui i richiami più frequenti mettono in evidenza una seconda linea di riflessione, e cioè quella relativa al contenimento e alla organizzazione del potere statale. Così viene in mente l'opera di Johannes Althusius, il "primo federalista", richiamato più per la sua elaborazione sull'organizzazione in collettività crescenti dello Stato che per gli studi sul concetto di sovranità popolare; naturalmente

⁵ Per una analisi in questi termini lo studio al momento più completo e ricco è senza dubbio quello di P. Duret, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, Jus, 1/2000, pag. 95 e segg.

⁶ Aristotele, *L'individuo e lo stato* (dalla *Politica*), a cura di V. Costanzi, Laterza, Bari 1924, pag. 220 e segg.

⁷ Lo ricorda, tra i pochissimi, S. Cassese, *op. ult. cit.*, pag. 74.

⁸ *Die Katholiken im Deutschen Reiche: entwurf zu einen politischen programm*, Mainz 1873 pag. 162, come citato da P. Duret, *op. ult. cit.*, pag. 22.

⁹ Si veda in particolare G. Vittadini (a cura di) *Che cosa è la sussidiarietà*, Guerini e associati, Milano, 2007.

¹⁰ Nel testo dell' Enciclica testualmente si legge *«...cum socialis quaevis opera vi naturae sua subsidium afferre membris corporis socialis debeat, nunquam vero eadem destruere et absorbere»*.

¹¹ L'opera fondamentale su questo pensiero resta ancora G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Bari, 1984.

abbondano i richiami a Wilhelm von Humboldt, e alla sua elaborazione dello “Stato minimo”, secondo la quale «*la costituzione statale è, in quanto strumento [del libero agire della nazione], a questa subordinata, e verrà sempre scelta solo in quanto mezzo necessario e, poiché sempre determina una limitazione della libertà, come male necessario*» e quindi «*lo Stato si astenga da ogni sollecitudine positiva riguardo al benessere dei cittadini, e non compia nessun passo al di là di ciò che è necessario al mantenimento della sicurezza contro se stessi e contro i nemici esterni*».

Quello che è importante evidenziare è come, in sostanza, tutta la riflessione a cui ci si riferisce nelle ricostruzioni filosofiche attorno alla dimensione sociale dell'uomo si traduca immediatamente in un antagonismo (anche ordinato, lecito, di posizione e proposizione) con la autorità, e si risolva, di fatto, in un richiamo al dovere di non ingerenza dei corpi sociali e istituzionali superiori nella vita degli individui. Un antagonismo quindi che, nella pretesa di una liberazione dell'uomo, si oppone con forza a quella che si ritiene essere stata l'idea che invece ha guidato la concezione moderna degli Stati liberali la quale, partendo dalla visione di Thomas Hobbes e dalla sua sfiducia negli individui e nelle loro capacità, arrivava ad invocare un patto con il Leviatano a cui, per godere di una pace sociale, si dovevano delegare l'uso della forza e la capacità di compiere tutte le scelte essenziali per il vivere comune.

Di fatto, una opposizione tra i singoli (o le forme in cui questi si aggregano) e lo Stato, tra privati cittadini e pubblico potere, che nelle letture che si prospettano quali radici positive della sussidiarietà si risolve a favore dei primi, e in quelle a cui ci si oppone a favore del secondo.

Di fatto, una “nuova” e diversa soluzione ad una classica impostazione del problema. Il conflitto permane, ma si propone un nuovo vincitore.

È singolare che in pochissimi scritti ci si ricordi invece di John Locke, che nel suo *Second Treatise on Government*, del 1690, proponeva un'idea dello Stato e del suo potere non fondato sulla forza, ma sul consenso. O della critica di Alexis de Tocqueville all'individualismo, e al suo constatare come una delle chiavi per l'affermazione della *Democrazia in America* fosse la condivisione di obiettivi, l'associarsi delle persone e quindi la capacità di quel popolo di costruire una società civile e politica cosciente di sé al punto da funzionare a prescindere dallo Stato, ma non contro di esso. O ancora Robert von Mohl, e non solo per la sua elaborazione del concetto di «*Rechtsstaat*», ma anche per aver teorizzato nella sua *Encyclopadie der Staatwissenschaften* come lo Stato debba essere «*un organismo stabile ed unitario costituito da quelle istituzioni che, animate da una volontà comune così come mosse e sostenute da una forza comune, hanno il compito di promuovere gli scopi vitali di volta in volta leciti di un determinato popolo spazialmente circoscritto fintantoché detti fini non possono essere realizzati dai diretti interessati con le loro forze e costituiscono l'oggetto di un bisogno generale*», e quindi che «*lo Stato serve a proteggere e promuovere lo sviluppo di quelle forze e di quelle facoltà che il popolo riconosce essere lo spirito vitale del singolo e della collettività*»¹². E infine a Georg Jellinek, e al suo riflettere sulla necessità di un intervento dello Stato «*nella misura in cui l'azione individuale o associativa è impotente a raggiungere gli scopi prefissati*» e «*nella misura in cui lo Stato con i suoi mezzi può promuovere i corrispondenti interessi in modo migliore*»¹³.

In questi autori la suggestione è diversa, si concentra sui presupposti, le condizioni e gli effetti di un dialogo tra le parti, sui rispettivi e distinti ruoli dello Stato e della società, ma anche sulla soluzione del conflitto, su tesi e antitesi (dinamica indispensabile di ogni riflessione, da Hegel in poi), ma soprattutto sulla sintesi delle distinte esigenze. Eppure questa linea di riflessione resta in ombra.

La vera novità della sussidiarietà, invece, sta proprio qui, nella sua aspirazione a cambiare i termini del dilemma, e a negare che il conflitto debba essere permanente e non possa trovare soluzione se non nel sacrificio di un contendente a favore dell'altro. Per questo sussidiarietà è innanzitutto dialogo, è flessibilità e capacità di ripensare alle proprie scelte, è riconoscimento dell'altro e delle sue prerogative. Non si afferma come paradigma assoluto da dover giustificare e

¹² Così nella *Encyclopadie der Staatwissenschaften*, Freiburg und Tübingen, 1872.

¹³ G. Jellinek, *Allgemeine staatrehle*, III ed., Leipzig, 1913, pag. 230 e segg.

alle cui insufficienze i sostenitori pongono rimedio con l'elaborazione di eccezioni, di distinzioni e paradossi. La sussidiarietà, si ritiene, contiene in sé stessa gli strumenti della sua evoluzione, propone soluzioni diverse in ragione delle diverse condizioni in cui si realizza, non crea idoli o assiomi, ma alleanze. Non insiste nel conflitto tra le esigenze del singolo e quelle di tutti, tra libertà e uguaglianza, ma cerca una libertà responsabile.

E questa, si noti bene, non è una condizione di debolezza, ma di forza, possibile solamente se si riconoscono senza pregiudizi di sorta le capacità, le risorse e in sostanza la rilevanza dell'altro. Se si ammette apertamente il conflitto, ma non si rinuncia ad un patto in vista del bene individuale e sociale.

2.2 La sussidiarietà come fine del paradigma panpubblicistico

Riportando l'esame dell'origine del principio nei termini della analisi giuridica, e a tempi più recenti, non si può che constatare come (ovviamente) il conflitto tra i due sistemi, la «dicotomia»¹⁴ tra pubblico e privato¹⁵, si sia da sempre riflessa negli ordinamenti, e abbia portato da una parte alla distinzione tra due ordini di norme (il diritto pubblico – amministrativo in particolare – e il diritto comune)¹⁶ e, dall'altra, si sia posto come elemento essenziale nella costruzione della forma di Stato, e in particolare nella relazione, tutta costituzionale, tra sovranità e cittadini, tra autorità e libertà¹⁷, trovando poi nella legislazione ordinaria soluzioni diverse in ragione della diversa sensibilità del momento, o delle maggioranze al governo.

Di nuovo, i riferimenti in queste pagine ad un tema così vasto non possono che essere essenziali¹⁸ e, soprattutto, nell'economia di questo contributo, devono essere subito riportati al ruolo della sussidiarietà.

Si consideri quella che, come ricordavamo, è stata la primissima formulazione del principio nel nostro ordinamento. Secondo l'art. 4 comma 3, lett. a) della l. 59/1997 la sussidiarietà consiste ne «l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime» e la attribuzione de «le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati».

In queste parole non vi è solo l'attenzione per il livello locale, né solamente una diversa e maggiore considerazione delle risorse private. Vi è anche un'inedita considerazione per i cittadini quali soggetti che possono e vogliono essere parte in attività di interesse generale per la comunità in cui vivono, tradizionalmente monopolio dell'amministrazione pubblica.

Per questo si ritiene che la sussidiarietà non sia solo il riassunto delle tesi sulle relazioni tra azione amministrativa e privati e di quelle sul decentramento, ma piuttosto sia sintesi che innova e amplia i termini delle tesi da cui si partiva, offrendo una nuova soluzione capace di far evolvere

¹⁴ Così N. Bobbio, *La grande dicotomia: Pubblico/privato*, ora in *Stato, Governo, Società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 2006.

¹⁵ Si veda su questo tema G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.

¹⁶ Secondo S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 4, «il diritto privato si afferma quando una collettività raggiunge un certo grado di stabilità. Il diritto costituzionale si sviluppa quando il governo di una società raggiunge un certo grado di complessità. Il diritto amministrativo si afferma solo nella fase della maturità dello Stato, quando questo sviluppa una struttura prima esecutiva, poi regolativa, infine erogativa».

¹⁷ Così M. S. Giannini, in *Il pubblico potere – Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986, pag. 93 e segg. a cui si rinvia anche per una rassegna delle forme di Stato contemporanee.

¹⁸ Su questi temi, il rinvio non può che essere a M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* in M. S. Giannini, *Scritti. II. 1939-1948*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 79 e segg. e a S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, pag. 27 e segg.

proprio quella relazione tra popolo, territorio, sovranità che, come dicevamo, denomina la forma di Stato.

Di fatto, in questo poche righe, si compie la parabola che pone termine a quel paradigma panpubblicistico¹⁹ che ha caratterizzato il diritto amministrativo italiano fin dalle sue origini, e ha informato di sé, per decenni, la strutturazione e l'evoluzione del sistema istituzionale. In ragione di questo canone «*tutto il concetto di pubblico in riferimento alle persone giuridiche pubbliche, alla loro attività, alla loro organizzazione ecc., allo stesso diritto che le regola, cioè il diritto pubblico, si appunta e concentra nello Stato*» e ancora «*è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato. Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica; non vi è cosa pubblica, se lo Stato non la consideri tale*»²⁰.

In altri termini, cambiando la prospettiva ed esplicitando ciò che in quella formula è sottinteso, sono tre gli assunti (fra loro consequenziali) espressi del paradigma:

- a. ciò che è di interesse generale è di interesse pubblico;
- b. ciò che è di interesse pubblico è dello Stato;
- c. lo Stato provvede a ciò che è di interesse pubblico con apparati e strumenti pubblici²¹.

Al di là delle riflessioni teoriche, possiamo constatare come tutti e tre gli assunti, nel diritto positivo, nella riflessione giuridica e nella realtà dei fatti siano stati progressivamente smentiti. Ovvero, *rectius*, come la concezione di ciò che è “pubblico” sia mutata.

Il primo assunto ad essere discusso, circoscritto e superato è stato senza dubbio, nel corso delle stagioni delle riforme, quello di cui al punto c), e cioè la necessità di intervento, su ciò che pertiene la sfera pubblica, attraverso una strumentazione “speciale”, il diritto amministrativo appunto.

La distinzione tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato è stato uno dei temi maggiormente controversi nella discussione scientifica, e in queste pagine non se ne può dare conto compiutamente²². Basti qui dare il senso della parabola che il dibattito ha conosciuto nel suo evolvere e che oggi, le trattazioni più convincenti²³ smentiscono partendo dalla constatazione di “ciò che è”, del concreto evolvere, nelle norme positive e nei fatti, dell'idea stessa dell'amministrazione. Così, nell'ordine, non si ritiene più vero che i poteri unilaterali siano una caratteristica esclusiva del diritto amministrativo; né che per il diritto amministrativo questi poteri siano la regola; né che l'amministrazione possa usare la forza verso i terzi a far valere i propri interessi o, meglio, che i privati non abbiano affatto questa capacità.

¹⁹ In questi termini si esprime anche V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà*, *Enciclopedia Giuridica Treccani, Volume XII* (aggiornamento), Roma, 2004.

²⁰ Così si esprime O. Ranalletti, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, pag. 350 e segg.

²¹ Autorevolissimi commenti alla dottrina che qui si espone possono trovarsi in F. Benvenuti, *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Jus*, 1959, pag. 162 e segg.; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968, pag. 31 e segg.; id., *La parabola della persona Stato*, in *Quaderni fiorentini*, 1982-83, pag. 1009 e segg.; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 1971; G. Pastori, *Stato e organizzazione amministrativa in Oreste Ranalletti*, in *Dir. amm.*, 1993, pag. 46 e segg.

²² Sul tema vi è quindi una amplissima letteratura. Partendo dalla preziosa e articolata ricostruzione del dibattito da parte di B.G. Mattarella, *L'attività* in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2003 e in particolare la sezione II, *Le forme dell'attività amministrativa*, pag. 733 e segg., si possono segnalare, come principali contributi sul tema, quelli di C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffrè, Milano, 1984; M. D'Alberti, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini e D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Maggioli, Rimini, 1987, pag. 433; G. Pericu e M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Monduzzi, Bologna, 2005, pag. 283 e segg.; V. Cerulli Irelli, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Cedam, Padova, 1998, pag. 553; G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, pag. 661.

²³ B. G. Mattarella, *op. ult. cit.*, pag. 733 e segg.

Se però si volesse dare una data alla fine del terzo assunto, essa potrebbe farsi risalire, almeno simbolicamente, all'avvio della stagione delle privatizzazioni, iniziata, in Italia, nel 1991²⁴. Infatti con le privatizzazioni formali (cioè quelle in cui l'ente cambia modello giuridico assumendo la forma della società di diritto comune, ma resta sostanzialmente nella sfera di controllo del soggetto pubblico), si conosce un'inversione di tendenza, e quasi un *favor* per l'uso degli strumenti del diritto privato. In altre parole si ammette apertamente che gli istituti del codice civile possono garantire, in certi casi, la miglior soddisfazione dell'interesse pubblico, pur mantenendo rigida e inalterata la distinzione tra le due sfere di attività.

In realtà l'anno prima, con la l. 241/90 sul procedimento amministrativo, e in particolare con la disciplina sugli accordi di cui all'art. 11²⁵, anche la distinzione in sé aveva cominciato a vacillare, attribuendo questo istituto²⁶, di fatto, pari dignità alla soluzione consensuale e a quella

²⁴ Il riferimento è al d.l. 5 dicembre 1991 n. 386, convertito nella legge 29 gennaio 1992 n. 35, «*Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica*», ovvero alla prima disposizione che consente la trasformazione in società per azioni (art. 1, 1°) degli enti di gestione delle partecipazioni statali e degli altri enti pubblici economici, nonché delle aziende autonome statali. Seguono il decreto n. 333 del 1992, di trasformazione in S.p.A. di IRI, ENI, INA ed ENEL; la deliberazione C.I.P.E. del 12 agosto 1992, (adottata in ragione dell'art. 18 dello stesso d.l. 333/92) che converte in S.p.A. l'Ente Ferrovie dello Stato; la deliberazione C.I.P.E. del 18 febbraio 1993 sulla Azienda autonoma dei monopoli; la dismissione totale della quota detenuta dall'IRI nel Credito italiano e di quella detenuta dall'ENI nel Nuovo Pignone in base alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 dicembre 1993; la direttiva del Presidente del consiglio dei ministri del 30 giugno 1993 per la dismissione delle partecipazioni detenute dal tesoro in Banca commerciale italiana, Credito italiano, Enel, Imi, Stet, Ina ed Agip. A fare da spartiacque tra questa fase delle privatizzazioni e la seguente è la l. n. 374 del 30 luglio 1994 (di conversione del d.l. n. 332/94) che dà un'unica disciplina alle dismissioni di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni. Seguiranno la trasformazione dell'Ente nazionale per le strade ANAS in società per azioni con la legge 178/2002, n. 178, e una serie di interventi relativi agli enti non economici, e in particolare di quelli del settore culturale attraverso la loro trasformazione (il Centro sperimentale di cinematografia nella fondazione Scuola nazionale di cinema - d.lgs 18 novembre 1997, n. 426; La Biennale di Venezia in persona giuridica privata denominata Società di cultura La Biennale di Venezia - d.lgs 29 gennaio 1998, n. 19, art. 11, comma 1, lettera b; l'Istituto Nazionale del Dramma Antico nella omonima fondazione - d.lgs 29 gennaio 1998, n. 20; gli enti lirici e le istituzioni concertistiche - d.lgs 23 aprile 1998, n. 134); o la loro definitiva e sostanziale privatizzazione in forza della previsione di cui al d.lgs. n. 419/1999, art. 2 comma 1 (l'allegato A elenca: la Giunta centrale per gli studi storici, Deputazioni e società di storia patria Istituto italiano di numismatica, Istituto storico italiano per il medio evo, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, Istituto italiano per la storia antica, Istituto per la storia del Risorgimento italiano, Ente per le ville vesuviane, Fondazione Il Vittoriale degli Italiani, Ente Casa di Oriani, Centro nazionale di studi leopardiani, Istituto di studi filosofici Enrico Castelli, Istituto italiano per la storia della musica, Istituto italiano di studi germanici (Roma), Istituto nazionale di studi verdiani (Parma), Centro nazionale di studi manzoniani (Milano), Ente Casa Buonarroti (Firenze), Ente Domus Galileana (Pisa), Istituto Domus mazziniana (Pisa), Centro nazionale di studi alfieriani (Asti), Istituto nazionale di studi sul rinascimento (Firenze), Istituto nazionale per la storia del movimento di liberazione in Italia (Milano), Istituto nazionale di archeologia e storia dell'arte (Roma), Centro internazionale di studi di architettura Andrea Palladio (Vicenza), Istituto internazionale di studi giuridici (Roma), Centro italiano di studi sull'alto medioevo (Roma), Erbario tropicale di Firenze, Ente nazionale della cinofilia italiana.

²⁵ Si veda per tutti, la giurisprudenza del Cons. reg. sic., 4 novembre 1995, n. 336, in *Foro it.*, 1996, III, c. 466.

²⁶ Si veda, a riguardo, l'opinione della dottrina più autorevole tra cui ricordiamo R. Ferrara, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *D. disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, pag. 543 e segg.; id., *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla "specialità amministrativa" a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, pag. 256 e segg.; F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, pag. 21 e segg.; G. Pastori, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 77 e segg.; id., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Studi in onore di Pietro Virga*, II, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 1303 e segg.; F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 e segg.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996; N. Aicardi, *La disciplina generali e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pag. 1 e segg.; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997; G. Pericu e M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Monduzzi, Bologna, 2005, pag. 283 e segg.; G. D'Auria, *Autorità e contratto nell'amministrazione italiana oggi*, in *Pol. dir.*, 1998, pag. 213 e segg.; F.

provvedimentale. Ci si muoveva così verso la ricostruzione di un concetto unitario di attività amministrativa²⁷ che la giurisprudenza accolse, riconoscendo la «reciproca interferenza del diritto amministrativo e del diritto privato» e ammettendo le «recenti tendenze volte a ridurre il tradizionale rilievo della distinzione tra gli atti amministrativi autoritativi e quelli di diritto privato della pubblica amministrazione»²⁸. Non si può però negare come, in seguito, e di recente, si siano registrate anche reazioni a questa tendenza, allorché si sono ipotizzate (prima²⁹) e approvate (poi³⁰) norme che in base a criteri diversi riproponevano la separazione dei due ambiti.

Di seguito, in questa rappresentazione cronologica, ad essere messo in crisi è il secondo assunto del paradigma, e cioè che “tutto ciò che è di interesse pubblico è dello Stato”. Con esso si intende rappresentare la sintesi dell’idea per cui il potere dell’amministrazione veniva inteso come diretta emanazione dello Stato persona quale unico soggetto titolare della sovranità. Da ciò derivava un forte accentramento del modello e la svalutazione del sistema territoriale e locale³¹.

L’idea della omogeneità (solo amministrativa) del tessuto locale informò di sé anche la redazione della Costituzione repubblicana, e in particolare degli artt. 114, 118 e 128³², ma anche in questo caso si assistette, alla prova dei fatti, ad un suo costante smantellamento, e ad un progressivo ripensamento dell’unitarietà e dell’accentramento amministrativo come tratti forti del sistema istituzionale. A partire dagli anni ‘70, specie con le prime elezioni dei consigli delle regioni a statuto ordinario, l’impianto inizia ad essere rivisto nel tentativo di dare all’azione dei diversi livelli di governo armonia e sincronia, e si afferma quindi, come metodo di decisione, quello della programmazione (prima ascendente, poi discendente) tra livelli di governo³³.

Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Cedam, Padova, 1998; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino, 1999.

²⁷ In questo senso si era già espresso M. S. Giannini nelle sue *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, pag. 252 e pag. 307, ove affermava che non vi sono due settori distinti di attività, regolati l’uno dal diritto pubblico e l’altro dal diritto privato, ma alcuni rapporti retti dal diritto pubblico, altri dal diritto privato, altri da norme di entrambi i tipi.

²⁸ Cons. St., ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pag. 946.

²⁹ La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, nel 1997, aveva infatti delineato una disposizione secondo cui alla giurisdizione amministrativa sarebbero spettate solo le «materie omogenee indicate dalla legge riguardanti l’esercizio di pubblici poteri».

³⁰ Così l’art. 1-bis della l. 241/90 introdotto dalla l. 15/2005 il quale prevede che «la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa» agisca «secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

³¹ Si vedano a proposito dell’evoluzione storica del decentramento in Italia gli scritti di M. S. Giannini, *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano*, in *Reg. gov. loc.*, 1981, pag. 17 e segg.; S. Cassese, *Centro e periferia in Italia. I grandi tornanti della loro storia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, pag. 594 e segg.; L. Vandelli, *Poteri locali. Le origini nella Francia rivoluzionaria. Le prospettive nell’Europa delle regioni*, Il Mulino, Bologna, 1990; restano tra gli scritti fondamentali della dottrina italiana in materia quelli di M. S. Giannini, *Il decentramento nel sistema amministrativo*, in *Problemi della pubblica amministrazione*, Zanichelli, Bologna, 1958, pag. 155 e segg.; G. Pastori, *Gli enti comunitari*, in *Archivio dell’istituto per la scienza dell’amministrazione pubblica*, 1962, pag. 547 e segg.; M. S. Giannini, *Il riassetto dei poteri locali in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pag. 451 e segg.; S. Cassese, *Tendenze dei poteri locali in Italia*, in S. Cassese, *La formazione dello stato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974, pag. 331 e segg.; B. Dente, *Il governo locale in Italia*, in *Il governo locale in Europa*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, pag. 201 e segg.; S. Tarrow, *Tra centro e periferia. Il ruolo degli amministratori locali in Italia e in Francia*, Il Mulino, Bologna, 1977; Istituto per la scienza dell’amministrazione pubblica, *Le relazioni centro - periferia*, Giuffrè, Milano, 1984; B. Dente, *Governare la frammentazione. Stato, regioni ed enti locali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1985.

³² Si veda il già ricordato commento all’art. 3 della l. 142/90 di L. Vandelli, *Ordinamento delle autonomie locali, commento alla Legge 8 giugno 1990, n. 142*, Maggioli, Rimini, 1991. La trattazione critica sistematica e più ampia a queste disposizioni è senz’altro quella che si trova in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, nei tre Tomi su *Le Regioni, le Province, i Comuni*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1986-1990.

³³ Si pensi alla *ratio* del d.P.R. 616/77 e al suo intento di riordinare il sistema, che bene emerge dall’ampio commento di A. Barbera, F. Bassanini, *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616 di attuazione della legge 382*, Zanichelli, Bologna, 1978.

Se però dobbiamo, anche in questo caso, trovare una legge, e quindi una data, che segnano la fine dell'uniformità e dell'accentramento del potere statale, ci sembra che questa non possa che essere la l.142/90, e in particolare gli artt. 3 e 9³⁴.

Da una parte infatti (art. 3, 1° e 2° comma) si afferma per la prima volta la capacità delle regioni di intervenire compiutamente nella "organizzazione" delle funzioni locali, e di farlo in modo selettivo, calibrando «*gli interessi comunali e provinciali in rapporto alle caratteristiche della popolazione e del territorio*», e ponendo così fine alla presunzione di omogeneità del livello locale. Nasce qui, insomma, l'idea che l'interesse pubblico abbia una dimensione territoriale variabile, e che si debba individuare quale sia quella ottimale per l'esercizio delle relative attività amministrative nel decidere sull'assegnazione della loro competenza.

Dall'altra (art. 9), riconoscendo al comune «*tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico*» si dà l'avvio a quel rovesciamento del baricentro del sistema amministrativo italiano che, passando per il decentramento della seconda metà degli anni '90, culminerà nella riforma costituzionale del 2001³⁵ con il riconoscimento, nella nuova redazione dell'art. 114, di un modello di «*pluralismo paritario*»³⁶.

Qui, si noti bene, non si tratta solamente di affermare il carattere sostanzialmente locale³⁷ della funzione amministrativa, o la primarietà del livello comunale nel riparto delle competenze; si tratta diversamente di riconoscere che l'individuazione, per legge, di ciò che deve essere assunto in capo ai pubblici poteri non è più opera solamente dello Stato.

Vi partecipano sia le regioni, nell'ambito della loro potestà legislativa (ora ampia, residuale), sia gli enti locali, a partire dalle «*funzioni fondamentali*» (art. 117, 2° comma, lett. p, Cost.) che lo Stato in via esclusiva gli attribuisce e pur nei limiti dei «*fini determinati dalla legge*» (art. 1, comma 1 l. 241/90) statale e regionale.

³⁴ Oggi le norme sono confluite nel Testo Unico delle leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali, d.lgs 18 agosto 2000, n. 267, rispettivamente agli artt. 4 «*Sistema regionale delle autonomie locali*» e 13 «*Funzioni*» (del Comune, a cui si riferisce il Titolo II, Capo I). Di fatto i commi cui ci riferisce sono rimasti pressoché identici nelle due redazioni.

³⁵ Non è questa la sede per un approfondimento dei contenuti della nuova disciplina costituzionale delle regioni e degli enti locali, in seguito alla l. cost. n. 3/2001. Ci si consenta dunque un rinvio ai contributi più rilevanti sulla materia quali G. Berti e G. C. De Martin, *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2001; G. Berti e G. C. De Martin, *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Luiss edizioni, Roma, 2002; R. Bin, *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione. La funzione amministrativa*, pubblicato nel sito internet dell'Associazione dei costituzionalisti; R. Bin, F. S. Marini e M. Gorlani, *Le funzioni amministrative*, pubblicato sul sito del Forum dei Quaderni costituzionali; M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, pag. 1273 e segg.; B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Giappichelli, Torino, 2002; S. Cassese, *L'amministrazione nel nuovo titolo quinto della Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pag. 1193 e segg.; L. Chieffi (a cura di), *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Cedam, Padova, 2001; A. D'Atena, *Il nodo delle funzioni amministrative*, pubblicato sul sito internet dell'Associazione dei costituzionalisti; G. Falcon, *Il nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, pag. 163 e segg.; G. Falcon, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, pag. 1247 e segg.; A. Ferrara e L. R. Sciumbata, *La riforma dell'ordinamento regionale. Le modifiche al titolo V della parte seconda della costituzione*, Giuffrè, Milano, 2001; R. Granata, *Il nuovo disegno costituzionale delle autonomie: riflessioni sui percorsi legislativi di attuazione*, in *Foro it.*, 2002, c. 87; T. Groppi, *La repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di M. Olivetti, Giappichelli, Torino, 2001; M. Luciani, *I diritti costituzionali tra stato e regioni (a proposito dell'art. 17, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *San. Pubbl.*, 2002, pag. 1025 e segg.; A. Pajno, *L'attuazione del federalismo amministrativo*, in *Regioni*, 2001, pag. 667 e segg.; F. Pizzetti, *Il nuovo ordinamento italiano tra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2002; A. Poggi, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontali*, Giuffrè, Milano, 2002; R. Romboli, C. Pinelli, P. Cavaleri, A. Ruggeri e G. D'Auria, *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 185; Senato della Repubblica, I Commissione permanente, *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del titolo V della parte II della Costituzione*.

³⁶ L'espressione è di M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6, dicembre 2001, pag. 1273 e segg.

³⁷ In questo modo ci si esprime in S. Battini, C. Franchini, R. Perez, G. Vesperini, S. Cassese, *Manuale di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2005, pag. 330; lo stesso concetto si ritrova anche in M. Cammelli, *op. ult. cit.*, pag. 1278.

Solo così gli enti territoriali giungono a rappresentare pienamente la propria comunità, a curarne gli interessi, a promuoverne e coordinarne lo sviluppo³⁸, attraverso un esercizio coerente della loro autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché di quella impositiva e finanziaria³⁹. O, in una parola, a determinare davvero il loro autonomo indirizzo politico.

E così, in buona sostanza, l'origine di ciò che è di pubblico interesse non si trova più solamente al centro del sistema, non coincide più con la sovranità, ma proprio in forza del potere sovrano e del modello che si è delineato nel rinnovato testo costituzionale, si diffonde tra gli tutti enti esponenziali di comunità.

Il terzo assunto del paradigma panpubblicistico, "ciò che è di interesse generale è di interesse pubblico" implica, nella sua formulazione che non esiste una differenza tra ciò che rileva per la comunità dei cittadini e ciò che rileva per il potere pubblico e da questo viene assunto come proprio obiettivo, come interesse pubblico. L'immedesimazione è completa. Altro non c'è, e se c'è non ha dignità di considerazione per l'ordinamento giuridico. O, al contrario, non può esservi un interesse rilevante per la società senza che questo sia "occupato" dal sistema politico-amministrativo.

Come abbiamo anticipato è proprio questo assunto, a nostro parere, ad essere smentito dalla affermazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Naturalmente, per sostenere questa affermazione dovremo affrontare una analisi attenta del principio, che tenti non solo di dare consistenza all'enunciato di cui all'art. 118, u.c., ma che tenti anche di definirne i limiti e di tracciarne le connessioni con i valori fondanti del nostro ordinamento.

Ci si lasci adesso richiamare, a priori, soltanto il fatto che, al pari delle logiche che hanno portato a smontare i primi due assunti, anche l'idea di una "restituzione" ai cittadini della libertà di assumersi la responsabilità di tutto ciò che è pertinente alle comunità (locale, regionale, statale) in cui vivono e operano, e che non possono o non vogliono altrimenti delegare ai poteri pubblici (che in democrazia sono e restano gli unici soggetti ad avere la capacità di mediare e scegliere tra interessi in conflitto, nonché di perseguirli, anche con poteri autoritativi) sia un'idea che ha radici antiche, e forti, nel nostro pensiero giuridico.

Feliciano Benvenuti, oltre 50 anni fa, affermando che «*allo Stato spetta il compito sussidiario di interpretare il punto di incontro dei vari scopi individuali e di renderne possibile il soddisfacimento*»⁴⁰ iniziava a ragionare di una rivalutazione del ruolo dell'individuo e della sua libertà, una libertà che «*non è, come caratteristica della persona, un valore autonomo ma ha una struttura di bilateralità e, quindi, multilateralità*». E quindi «*solo realizzandosi nel molteplice l'individuo realizza se stesso: non con la difesa ma con l'arricchimento di se stesso si esercita la libertà nel suo più profondo significato*»⁴¹.

Seguendo ininterrottamente questa linea di pensiero, molti anni dopo Benvenuti giunge a teorizzare un modello, la "demarchia"⁴² in cui si segna il passaggio tra «*libertà garantita e libertà attiva*» e l'individuo, anzi l'uomo contemporaneo, non demanda più ad altri la soddisfazione dei propri bisogni, ma si impegna direttamente, partecipa, sceglie⁴³, e soprattutto autonomamente fa, collaborando e non più confliggendo con il potere pubblico.

A ben vedere l'evoluzione verso questo obiettivo, letto nei segni dell'ordinamento e poi auspicato da Benvenuti, ha seguito nei fatti le strade che abbiamo così rapidamente percorso nelle

³⁸ Con questi termini si esprime il Testo Unico delle leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali, d.lgs 18 agosto 2000, n. 267, art. 3, comma 2 (per i comuni) e 3 (per le province).

³⁹ T.U.E.L., art.3, comma 4.

⁴⁰ F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano* Padova, Cedam, 1961, pag. 41.

⁴¹ F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*. Marsilio, Venezia 1994, pag. 128.

⁴² Il riferimento alla demarchia è presente in alcuni dei migliori studi sulla sussidiarietà dopo la riforma della Costituzione. Si veda per tutti V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà*, *Enciclopedia Giuridica Treccani, Volume XII* (aggiornamento), Roma, 2004.

⁴³ Si veda in questo senso anche G. Pastori, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in Onore di Vittorio Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 1082 e segg.

pagine precedenti, e in particolare quella della progressiva affermazione del ruolo dei poteri locali, con cui si mira «non solo la maggior prossimità o vicinanza dell'amministrazione ai cittadini, ma anche, ove possibile, l'immedesimarsi dell'amministrazione nelle formazioni sociali, attraverso cui si esprime l'organizzazione della società stessa»⁴⁴.

Torna alla mente l'ideale federalista americano di un unico ininterrotto ciclo di responsabilità tra istituzione e cittadini, felicemente espresso nel *Bill of Rights* del 1791 il quale al X Emendamento impone che «*powers not delegated to the U.S. federal government by the Constitution are reserved to state governments and to the people*».

E, per altro verso, tornano in mente anche le suggestioni di Massimo Severo Giannini che, constatando proprio la necessità di superare l'impostazione ottocentesca («che si estende anche ai primi 4 decenni del XX secolo») che ci consegnava un'idea di amministrazione pubblica coincidente con l'amministrazione dello Stato, arrivava a riconoscere l'esistenza di una pluralità di «amministrazioni pubbliche con poteri decisionali» che agivano assieme allo Stato. In questo novero, si noti, non rientravano solo a) le amministrazioni internazionali, b) le amministrazioni superstatali non di Stati (quali le associazioni di categoria internazionali), c) le amministrazioni comunitarie; d) gli enti esponenziali di gruppi territoriali; ma anche e) i partiti e f) le associazioni professionali, i primi in quanto erano nei fatti titolari di funzionali costituzionali, legislative e amministrative; e i secondi in quanto esponenti di interessi collettivi, riconosciuti come tali da tutti gli altri poteri⁴⁵.

Questo deciso tentativo di allargare lo sguardo oltre i muri di ciò che è amministrazione in senso formale, oltre gli apparati statali e territoriali, per cogliere le dinamiche che, nella realtà, danno corpo a ciò che significa oggi «potere pubblico» sembra più che mai attuale, e ci dà spunto e metodo per riflettere sulle dinamiche che stanno alla base del principio di sussidiarietà.

Vi è però un'altra coincidenza che ci pare interessante. L'affermazione di un sistema a pluralismo paritario, così come la rottura del consistente tradizionale monopolio del «sistema del diritto amministrativo» come strumentazione delle autorità pubbliche (o la sua percezione come tale⁴⁶) arrivano a forte affermazione nel nostro ordinamento giuridico quando le scienze sociali tendono a muovere da una prospettiva di analisi essenzialmente incentrata sulla osservazione dei processi di *government* (e dunque sulle determinazioni del sistema dei poteri pubblici e dell'esecutivo in particolare) ad una opposta prospettiva di *governance*, per la quale sono parimenti rilevanti tutti processi ed i comportamenti attraverso i quali in seno alla società gli interessi si organizzano in capo a soggetti diversi, con cui si generano le risorse, e in base ai quali, in buona sostanza, si esercita il potere in quanto tale, pubblico o privato. Né sono indifferenti a questo cambio di rappresentazione le organizzazioni internazionali: il termine, che com'è noto in origine appartiene più al discorso sociologico e politologico che giuridico⁴⁷ (e al pari della sussidiarietà viene più spesso invocato che ponderato), è oggi recepito in sede comunitaria, ad indicare «(...) le norme, i processi, e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze sono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza»⁴⁸.

Con un approccio in parte diverso, la Commissione sulla *governance* globale dell'O.N.U., nel suo Rapporto *Our Global Neighbourhood* del 1995, invece ritiene che «*Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accomodated and co-*

⁴⁴ Ancora G. Pastori, *La redistribuzione delle funzioni: profili istituzionali*, in *Le Regioni*, 1997, pag. 752.

⁴⁵ M. S. Giannini, *Il pubblico potere – Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986, pag. 12 e segg.

⁴⁶ Si veda, con note critiche sul concetto di diritto amministrativo e della sua applicazione, l'ampio studio di S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2003 e in particolare la sezione I, *La pubblica amministrazione e il diritto amministrativo*, pag. 213 e segg.

⁴⁷ A questo proposito si veda innanzitutto il saggio di F. Pizzetti, *Le nuove esigenze di "governance" in un sistema policentrico "esplosivo"*, in *Le Regioni*, n. 6, novembre-dicembre 2001, pag. 1153 e segg., e l'uso che l'autore ne fa nell'analisi della riforma della Parte II, Titolo V della Costituzione italiana.

⁴⁸ Così la Commissione europea, nel Libro bianco sulla *governance* europea del 25 luglio del 2001.

operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest». E ancora, nelle parole dello *United Nations Development Program* (UNDP), si esplicita come al concetto di *governance* corrisponda «*l'esercizio dell'autorità politica, economica ed amministrativa nella gestione degli affari di un Paese ad ogni livello. Governance comprende i complessi meccanismi, processi ed istituzioni attraverso i quali i cittadini e i gruppi articolano i loro interessi, mediano le loro differenze ed esercitano i loro diritti ed obblighi legali (...) Governance include lo Stato, ma lo trascende includendo il settore privato e la società civile (...)»*⁴⁹.

Quello che a noi interessa è sostanzialmente cogliere, anche attraverso il contributo di discipline diverse, come una analisi della amministrazione pubblica che non tenesse conto anche dei fenomeni che muovono all'esterno di essa e che portano al consolidarsi di interessi altri e ulteriori, i quali possono arrivare a configurare con quelli democraticamente selezionati e garantiti, mostrerebbe presto la propria incapacità di comprendere davvero una evoluzione che arriva a toccare il concetto tradizionale di sovranità⁵⁰ e di forma di Stato⁵¹.

3. IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

3.1 Le formulazioni precedenti alla costituzionalizzazione

Fino alla sua costituzionalizzazione il principio di sussidiarietà ha conosciuto nel nostro ordinamento tre formulazioni fra di loro eterogenee, che in queste pagine non possiamo che richiamare brevemente.

La sua prima apparizione è nella legge 15 marzo 1997, n. 59, «*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed Enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*». All'art. 4 la legge detta le linee-guida secondo cui si doveva realizzare l'ampio decentramento amministrativo messo in atto dal ministro Bassanini, e la sussidiarietà, ai sensi del comma 3, lett. a) è il primo tra i «*Principi fondamentali*» alla luce dei quali il governo e i legislatori regionali dovranno realizzare i conferimenti di compiti e funzioni. Esso consiste ne «*l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime*» e la attribuzione de «*le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati*».

Quella parte dei commentatori⁵² che si pose criticamente verso questa disposizione, pur sottolineando come essa riusciva ad innovare profondamente il nostro ordinamento «a Costituzione invariata», rilevava come attraverso la sussidiarietà si affermasse non solo la aspirazione ad una democratizzazione e differenziazione dell'amministrazione italiana, ma anche la tendenza (in atto fin dalla regionalizzazione del servizio sanitario) ad affrancare lo Stato, e ove possibile l'intera finanza pubblica, dai crescenti costi (in termini non solo economici, ma anche di risorse umane e strutturali) del sistema amministrativo. Si liquidava perciò il principio affermando che «*questa ipotesi di sussidiarietà orizzontale si risolve, nella buona sostanza, in un processo generalizzato di*

⁴⁹ La citazione è tratta da *Governance for sustainable human development - A UNDP policy document*, Gennaio 1997, consultabile al sito <http://mirror.undp.org/magnet/policy>.

⁵⁰ Così B. Dente, *op. ult. cit.*, pag. 226.

⁵¹ Si leggano le considerazioni di F. Pizzetti, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza". Il principio di sussidiarietà nel nuovo art.118*, comunicazione al convegno 118: *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma 7-8 febbraio 2003, su www.forumcostituzionale.it.

⁵² C. Podda, *Sussidiarietà, servizi pubblici e nuovo welfare*, in C. Magnani (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 361.

esternalizzazione, determinato dalla necessità di abbassare i costi». Ora se è difficile negare che, negli anni immediatamente precedenti all'emanazione della l. 59/97, l'idea di sussidiarietà orizzontale si associasse al tentativo di mantenere inalterato il livello del benessere sociale, senza aumentare (o, se possibile riducendo) i costi dell'apparato amministrativo, non ci si può però neppure dimenticare che, come si è premesso, la norma in esame contenesse ben altro, e iniziasse davvero a dar corpo ad un modello di amministrazione pubblica in cui venivano a convergere sia il processo di ripensamento dell'architettura istituzionale iniziato con la l. 142/90, che quello di apertura dell'amministrazione verso i cittadini, e le risorse di cui questi sono portatori, avviato dalla l. 241/90⁵³.

La seconda formulazione del principio di sussidiarietà viene introdotta dall'art. 2, comma 1, della l. 3 agosto del 1999, n. 265, che sostituisce integralmente l'art. 2 della l. 142/90 (oggi recepito, senza modificazioni, all'art. 3 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 *«Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»*⁵⁴). Andando a definire la *«autonomia dei comuni e delle province»*, la norma, al 4° comma, elenca le forme della stessa autonomia (*«statutaria, normativa, organizzativa ed amministrativa»* nonché *«impositiva e finanziaria»*) precisando al comma successivo che *«i comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali»*. L'idea che si ricava da questa disposizione è affatto diversa dalla precedente: in essa si evoca l'idea di una incorporazione dei fenomeni sussidiari in seno all'attività delle amministrazioni locali e quindi di una loro sottoposizione agli indirizzi del soggetto pubblico del tutto assente nella prima formulazione, che in parte sembra voler oltrepassare.

La terza e ultima formulazione precedente alla costituzionalizzazione del principio è quella di cui alla l. 8 novembre 2000, n. 328⁵⁵ *«Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali»*. Tutta incentrata sulla costruzione di un sistema di collaborazione tra pubblico e privato analogo a quello già realizzato per il Servizio sanitario nazionale, essa però propone anche diversi spunti verso il modello sussidiario. In particolare all'art. 5, dedicato al *«Ruolo del terzo settore»*, afferma che (comma 1) *«per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea»*.

Parallelamente a questi diversi approcci in sede di legislazione ordinaria, si inizia anche il percorso per la costituzionalizzazione del principio. Possiamo anzi dire che la l. 59/97 (pur giungendo ad una formulazione diversa) in qualche modo anticipa l'attenzione che verso il principio si andava profilando nel testo di riforma prodotto dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (la cosiddetta "Bicamerale D'Alema")⁵⁶.

⁵³ Di cui si tratterà ampiamente più avanti. Vedi *infra par.*

⁵⁴ Per un ampio commento si veda L. Vandelli, E. Barusso, *Autonomie locali: Disposizioni generali. Soggetti. Commentario Parte I Titoli I – II artt. 1- 35*, in *Commenti al T.U. sull'ordinamento delle autonomie locali (con il coordinamento di L. Vandelli)*, Maggioli, Rimini, 2004.

⁵⁵ Si vedano in proposito G. Franchi Scarselli, *Una lettura critica della legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in *San. pubbl.*, 2000, pag. 1405 e segg.; R. Finocchi, *L'istituzione del sistema integrato dei servizi sociali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pag. 113 e segg.; F. C. Rampulla e L. P. Tronconi, *I servizi sociali dalla parcellizzazione ad un sistema integrato nella legge quadro*, in *Not. giur. reg.*, 2001, pag. 1 e segg.

⁵⁶ La Commissione fu istituita con la legge costituzionale n.1 del 24 gennaio 1997 ed era composta paritariamente da 35 deputati e da 35 senatori.

In quella sede si succedono in realtà due formulazioni diverse⁵⁷, entrambe rubricate, nel progetto di legge costituzionale, all'art. 56⁵⁸.

Nel giugno 1997 il testo prevede che: «*Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dall'autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni, Province, Regioni e Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i principi di omogeneità e adeguatezza*».

Questa redazione ha vita breve. Infatti, solo sei mesi dopo viene rivista e nel novembre 1997 il testo presentato per la discussione alla Camera dei Deputati recita: «*Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonomia iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente ai Comuni, alle Province, alle Regioni e allo Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali. È attribuita ai Comuni la generalità delle funzioni regolamentari ed amministrative anche nelle materie di competenza legislativa dello Stato o delle Regioni, ad eccezione delle funzioni espressamente attribuite dalla Costituzione, dalle leggi costituzionali o dalla legge alle Province, alle Regioni o allo Stato, senza duplicazione di funzioni e con l'individuazione delle rispettive responsabilità [...]*».

Come è evidente le due formulazioni divergono significativamente.

Nella prima vi è la affermazione di due criteri di preferenza che riguardano

- a. l'intervento della "autonomia dei privati" allo svolgimento delle "funzioni" (ovviamente intese in senso non tecnico);
- b. l'assegnazione delle funzioni al livello amministrativo più vicino ai cittadini.

Nella seconda, diversamente, resta il *favor* per l'assegnazione delle funzioni «regolamentari ed amministrative» al livello comunale, ma il primo criterio sparisce, sostituito da un più blando "rispetto" per le attività che possono adeguatamente svolgere i «cittadini, anche attraverso le formazioni sociali» in base ad una loro iniziativa autonoma. E ciò che rimane da suddividere tra i soggetti della Repubblica, tra i diversi livelli di governo sono, in questa redazione, solamente (e correttamente) le "funzioni pubbliche".

Di un certo interesse è registrare che la norma suscitò reazioni molto diverse nella sua seconda formulazione, una volta giunta alla Camera. Come si è osservato⁵⁹, infatti, la stessa anima un dibattito che rivela le indubbie tensioni ideologiche che si muovono alle spalle della sussidiarietà orizzontale. È evidente fin da queste battute che sul principio precipitano, si condensano e si manifestano le differenti visioni della società di cui le varie forze politiche sono portatrici, e quindi che la sussidiarietà orizzontale non è e non può essere un principio "neutrale". Ed è per questo che le sue coniugazioni in concreto riflettono con forza e chiarezza l'idealità delle soluzioni che le differenti correnti di pensiero hanno in mente, la loro *weltanschauung* e il loro progetto di società.

3.2 La formulazione costituzionale

⁵⁷ Si veda, in proposito, la approfondita disamina delle diverse posizioni assunte nel corso del dibattito parlamentare che offre A. Poggi, in *Comunicazione al Seminario di Astrid sulla sussidiarietà orizzontale*, Roma, 7 febbraio 2003, su www.astridonline.it, a cui si rimanda anche per alcune rilevanti riflessioni sul tema.

⁵⁸ Il testo elaborato dalla Commissione si concentra sulla Parte Seconda della Costituzione, dedicata all'«*Ordinamento Federale della Repubblica*». L'art. 56 è dunque il secondo toccato dalla proposta di riforma, ed è collocato al Titolo I «*Comune, Provincia, Regione, Stato*» dopo l'art. 55, in cui sostanzialmente si propone il testo oggi recepito nell'art. 114 Cost.

⁵⁹ Ancora il riferimento è al contributo di A. Poggi, *op. ult. cit.*

Tali contrasti non possono che riproporsi nel dibattito per la approvazione della riforma di cui alla legge Costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001. In quella sede il centro destra, affermando che attraverso in questa norma si concentrava e si esprimeva la complessiva visione della coalizione rispetto alla riforma, propose un emendamento molto simile a quella che era la redazione del giugno 1997, che recitava «*i comuni, le province, le regioni e lo Stato esercitano solo le attività che non possono essere svolte più efficacemente dall'iniziativa autonoma dei privati*»⁶⁰. Come è ben noto, non solo la formulazione che viene costituzionalizzata è profondamente diversa, ma la disposizione sulla sussidiarietà orizzontale finisce in coda all'art. 118 Cost., relativo alla ripartizione della potestà amministrativa.

La norma prevede che:

«1. *Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.*

2. *I Comuni, le Province e le Città Metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.*

3. *La legge statale disciplina le forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'art.117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.*

4. *Stato, Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*»⁶¹.

Possiamo partire dalla constatazione che l'art. 118 Cost., sia al comma 1, sia al comma 4, richiama il principio di sussidiarietà nel suo complesso senza aggettivazioni (che sono una elaborazione della dottrina) ma non lo definisce. Di fatto, in tutte e due le disposizioni si descrive una dinamica relazionale tra soggetti, un sussidiante e un sussidiato, che si assumono entrambi idonei a svolgere una certa attività. Nel farlo, implicitamente ma ovviamente, si descrive il sistema delle connessioni tra i soggetti stessi, e se delineano i rispettivi ruoli⁶².

La architettura della norma è chiara: i primi due commi descrivono una relazione (cosiddetta verticale) tutta istituzionale, con cui si intende definire la logica fondamentale per la suddivisione, flessibile e dinamica appunto, della potestà amministrativa, e per la connessione quindi tra i cinque diversi livelli di governo.

Al comma 4, parallelamente, la sussidiarietà delinea le relazioni tra le amministrazioni territoriali e i cittadini, singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale.

È in realtà la tecnica di redazione delle due norme a divergere significativamente.

L'apertura della disposizione di cui al primo comma dichiara enfaticamente quello che fino a qui abbiamo definito "criterio di preferenza", e che consiste nella attribuzione della funzione amministrativa al livello locale, in ragione della sua prossimità ai destinatari della stessa⁶³.

La norma specifica però immediatamente anche altri criteri, mirati a controbilanciare questa spinta verso il basso e a regolare la eventuale risalita di funzioni amministrative dal comune verso gli altri livelli di governo, consistenti ne

- l'esigenza di garantire unitarietà di esercizio della competenza relativa a quelle funzioni;

⁶⁰ Si veda in merito la ricostruzione di L. Vandelli, *Principio di sussidiarietà e statuti regionali*, in G. Cimbalò e J.I. Alonzo Pérez (a cura di), *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale - Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 127 e segg.

⁶¹ Si veda in merito alla riforma del sistema amministrativo conseguente alla riforma in esame la ampia bibliografia riportata alla nota n. 35.

⁶² Così G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, al sito http://www.astrid-online.it/Sussidiari/Interventi/ARENA-Relazione-convegno-118-02_03_0.pdf; **G. U. Rescigno e V. Cerulli Irelli**

⁶³ In questo senso si veda A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, marzo 2001, pag. 18 e segg.

- la adeguatezza dell'ambito destinatario delle funzioni stesse (e quindi dei comuni innanzitutto), a svolgere una specifica attività e a soddisfare i bisogni a cui essa presiede, in ragione delle condizioni (sociali, economiche, geomorfologiche) dello specifico contesto territoriale e istituzionale;
- la differenziazione e la flessibilità delle attribuzioni, in ragione dell'alto grado di variabilità che nel nostro paese si registra nei diversi contesti locali⁶⁴.

Quella che abbiamo davanti agli occhi leggendo il comma 1, è dunque una disposizione flessibile, aperta, che sotto il profilo sostanziale detta principi per la attribuzione di funzioni, e allo stesso tempo, sotto il profilo procedurale, come affermano numerosi commentatori⁶⁵, predispone un meccanismo per la mediazione di questi e la conseguente determinazione della scelta in concreto.

La formulazione del 4° comma è del tutto diversa. La norma pare redatta in forma meramente fenomenologica: in essa si sceglie di descrivere una fattispecie, di raccontare "come" si manifesta la relazione senza enunciare "cosa" gli dia forma, affermandosi solo alla fine, quasi incidentalmente, che tale relazione è retta dal principio di sussidiarietà.

Dunque l'impressione è che in questo comma, non essendoci l'esplicitazione di un qualsivoglia criterio preferenziale, non sia possibile rivenire un valore di riferimento che dia corpo ed essenza al principio, e quindi che dalla fattispecie descritta non si riesca ad elaborare un modello⁶⁶. Anzi: non ritrovando nel testo punti di riferimento per orientare teleologicamente la lettura non appare affatto chiaro, almeno a prima vista, quale sia il soggetto sussidiante e quale quello sussidiato, ovvero se sia l'amministrazione pubblica a dover intervenire per sostenere l'attività dei privati, che dunque si assume come prioritaria e "residuale", o viceversa se siano i privati a dover sostenere una azione delle istituzioni territoriali che si rivelasse in sé insufficiente, ma che altrimenti deve ritenersi preminente e legittima.

Una formulazione così concepita non poteva che suscitare, alla prova dei fatti, quelle incertezze, quella immobilità, e anche quelle aberrazioni che si sono a più tratti già ricordate, aprendo allo stesso tempo la strada a letture e applicazioni del tutto pregiudiziali della norma, e all'uso del principio quale (generico) alibi di scelte del tutto scollegate dal testo della stessa.

In realtà l'idea che nella disposizione non vi siano elementi sufficienti per trarne conseguenze concrete e giuridicamente conclusive è erronea.

In essa vi sono infatti ben tre precise "coordinate strutturali"⁶⁷:

- i soggetti della relazione, e cioè da una parte tutte le istituzioni territoriali (Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni) e dall'altra i cittadini, singoli e associati⁶⁸;

⁶⁴ Si veda l'opinione di C. Magnani, *Sussidiarietà e Costituzione: pluralismo e diritti*, in C. Magnani e A. Cantaro (a cura di) *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 133. L'autore afferma inoltre che «La riforma del titolo V afferma anche il principio di sussidiarietà verticale in tutta la sua ambivalenza, nel senso di indicarlo quale criterio regolatore a fini di unità ordinamentale dei rapporti conflittuali che possono sorgere tra livello centrale di governo ed enti locali[...]Le esigenze unitarie hanno infatti determinato una interpretazione del principio di sussidiarietà nella sua accezione verticale quale fattore di flessibilità in senso ascensionale e centralista. La ormai basilare sentenza della Corte Costituzionale num. 303/2003 ha rappresentato a questo proposito un indirizzo fondamentale, confermato da ulteriori pronunce della stessa Consulta».

⁶⁵ Così, tra gli altri, R. Bin, *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione. La funzione amministrativa* pubblicato nel sito internet dell'Associazione dei costituzionalisti e M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6, dicembre 2001, pag. 1278 e segg. secondo cui «la diversificazione e la flessibilità che ne consegue, non sembra confinabile alla sola fase della allocazione delle funzioni ma appare un elemento tale da mantenere un rilievo apprezzabile anche nelle vicende successive».

⁶⁶ Rileva questa incertezza anche G. U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2002, pag. 29.

⁶⁷ L'espressione è di A. D'Atena, *Costituzione e principio di Sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, marzo 2001, pag. 17, il quale però usa categorie diverse e giunge a conclusioni non del tutto uguali a quelle che qui si riportano.

⁶⁸ Anche se non manca chi, partendo da una lettura meramente esortativa della disposizione, che qui non si condivide, giunge ad attribuirle una "valenza generale" tale da poter ipotizzare che, sempre in base ad essa, l'ente territoriale

- l'oggetto della relazione, e cioè "lo svolgimento di attività di carattere generale";
- il principio che regola la relazione, ovvero il medesimo "principio di sussidiarietà", già affermato con identica formula testuale al comma 1.

E se il criterio è il medesimo, pare dunque logico che esso vada inteso nella medesima accezione già utilizzata in seno allo stesso articolo, quale espressione del valore che si attribuisce alla prossimità. E ovviamente, non vi è sfera o ambito più vicino ai cittadini dei cittadini stessi.

Dunque la formula di cui al comma 4, a differenza del comma 1:

- in primo luogo non proclama o anticipa gli esiti del proprio criterio di preferenza "limitandosi" a richiamare il principio generale sostanziale⁶⁹ il quale, si assume, deve essere preso in considerazione prima di qualunque altro nella disciplina delle attività di interesse generale;
- in secondo luogo non esplicita alcun limite al principio di sussidiarietà, restando comunque ovviamente soggetto al contemperamento con altri principi e valori costituzionali.

Ripromettendoci di ritornare più avanti (par.) sul tema dei limiti alla sussidiarietà e del suo contemperamento con gli altri valori costituzionali, c'è una ulteriore osservazione che è rilevante per l'impostazione del tema in queste pagine.

Riteniamo infatti che sia per la direttrice verticale che per quella orizzontale della sussidiarietà si possa utilmente distinguere tra il principio, che esprime il primario valore di un riconoscimento ai cittadini della loro generale e residuale idoneità a svolgere attività di interesse per la comunità, e il modello sussidiario, con cui si intende il sistema che, partendo dalla affermazione del principio, descrive le condizioni che lo rendono effettivo e quelle che, diversamente, lo rendono inapplicabile e recessivo a fronte di altri principi. Il principio è quindi assertivo di un valore, mentre il modello è descrittivo di un meccanismo complesso che ha esiti variabili, in ragione del fatto che sono di volta in volta variabili i valori e le condizioni in campo.

La norma di cui al 4° comma offre due indicazioni relativamente al modello: da una parte il sistema delle amministrazioni è tenuto ad attivarsi per creare le condizioni affinché il principio si affermi (e cioè i cittadini espandano al massimo la loro iniziativa); dall'altra si prescrive che l'iniziativa dei cittadini, singoli e associati, sia autonoma e riferita ad attività di interesse generale.

Il modello dunque, consiste innanzitutto in una dinamica fisiologica (analoga a quella discendente in senso verticale) che corrisponde a quella che la dottrina ha definito come l'accezione "in negativo" della sussidiarietà, la quale si traduce essenzialmente in un dovere di astensione da ogni intervento sostitutivo nei confronti dei soggetti privati che dimostrino di avere la capacità di svolgere le attività che hanno preso o possono prendere in carico, quale minima (ma non sola possibile) espressione del *favor* delle istituzioni territoriali. Nel modello, però rientra anche un'opposta dinamica, corrispondente alla lettura "in positivo" della sussidiarietà, la quale si sostanzia nell'inverso "dovere di ingerenza" che le autorità pubbliche hanno nel caso in cui queste valutino o registrino, nel contesto di riferimento, il disinteresse o l'inadeguatezza degli stessi soggetti privati. Si noti che anche in questo senso resta fermo il dovere di favorire i privati, e quindi l'amministrazione dovrà intervenire secondo una attenta applicazione del principio di proporzionalità, che prescrive una attenta «*valutazione della portata e dell'ampiezza dell'ingerenza consentita*»⁷⁰. In seno al modello, è bene notare, le due accezioni non sono in contrasto, ma

titolare di determinate funzioni amministrative (in forza della sussidiarietà verticale), sia legittimato a conferire dette funzioni in orizzontale anche «*ad organismi da esso costituiti o a soggetti da esso individuati*». In questo senso A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, n.6/2002, pag. 1310 e segg. che pensa, prime fra tutte, alle autonomie funzionali - camere di commercio, scuole, istituti tecnici, università - a cui già l'art. 3, comma 1 lett. b) della L. 59/1997 faceva riferimento.

⁶⁹ A introdurre la distinzione tra principio sostanziale e procedurale a cui qui ci si riferisce è G. U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1/2002, pag. 5 e segg., il quale, nello specifico, conclude in senso opposto a quello che qui si propone.

⁷⁰ Così testualmente ancora A. Rinella, *op. ult. cit.*, pag. 6.

rappresentano ipotesi logicamente complementari⁷¹ che mettono a punto il meccanismo descritto dalla norma nel suo complesso.

Come il principio, anche il modello solleva numerose ulteriori questioni (quale la definizione del soggetto che concretamente può valutare la capacità dei privati, o dei criteri alla luce dei quali tale valutazione debba compiersi). che **tratteremo al par.**

4. L'ANALISI DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

4.1 Il termine «favoriscono»

Incominciando la analisi del principio, possiamo rilevare come in seno alla norma di cui al 4° comma vi siano quattro termini a lettura “sensibile”, quattro variabili, e precisamente:

- in cosa venga a concretizzarsi il termine «favoriscono»;
- il riferimento alla «autonoma iniziativa»;
- l'identificazione del «cittadini, singoli e associati» (ovvero dei soggetti privati parte della relazione sussidiaria);
- la definizione delle attività di interesse generale (ovvero dell'oggetto della relazione sussidiaria).

Rispetto al termine «favoriscono» (il quale costituisce l'appiglio testuale più saldo nella redazione della norma) dobbiamo innanzitutto chiarire che esso non può che essere inteso nel senso della sua doverosità, del “devono favorire”⁷², perché se si trattasse di una mera facoltà, la norma non farebbe che ribadire una capacità che la amministrazione ha sempre avuto e che, anzi, ha rappresentato una delle tradizionali linee della sua azione. In questo termine si concentra e a prima lettura si esaurisce il precetto del 4° comma dell'art. 118. La norma dunque, pur nella sua irrisolutezza, non è affatto programmatica: la sua natura precettiva ne fa un obbligo e non un obiettivo possibile, un auspicio o un programma.

Traducendosi in un vero e proprio “vincolo/dovere costituzionale”, essa si rivolge

- direttamente e testualmente a tutti gli enti di governo territoriali, incluso lo Stato, affinché adottino le misure, sia organizzative che di azione⁷³, necessarie a rendere possibile, e semplice, la attivazione dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale;

⁷¹ In questo senso A. Rinella, *op. ult. cit.*, e, ivi, C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, Paris, 1993, pag. 7 e segg.

⁷² In questo senso G.U. Rescigno, *op. ult. cit.*, pag. 29 il quale ritiene che «tale facoltà (...) è sempre esistita» e che se la disposizione dell'art. 118, comma 4 fosse interpretata «come mera attribuzione di facoltà, non direbbe nulla di nuovo, sarebbe una disposizione costituzionale del tutto inutile, perché già presente da sempre nel nostro ordinamento». Qualcuno potrebbe obiettare, con una qualche ragione, che l'art. 118, comma 4, introduce una cosa nuova, e precisamente l'inciso finale, per cui lo Stato e gli altri Enti pubblici rappresentativi possono sì favorire, ma attenendosi al principio di sussidiarietà. Tale osservazione, però, costituisce un'argomentazione dirimente a favore dell'altra interpretazione; che cosa dice infatti il principio di sussidiarietà? Che tra due soggetti, A e B, bisogna preferire quello sussidiabile rispetto a quello sussidiario, salvo che vi siano buone ragioni per sostituire il secondo al primo. Proprio applicando il principio di sussidiarietà bisogna quindi leggere la disposizione come se dicesse: «Stato, Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni debbono favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, attenendosi al principio di sussidiarietà».

⁷³ Così G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118 della Costituzione*, in Atti del Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione in corso di pubblicazione*, in www.astridonline.it.

- indirettamente ai legislatori (quello statale e quelli regionali) i quali dovranno d'ora in poi operare in osservanza del principio in esame, eventualmente sviluppando, nei diversi ambiti, criteri e priorità per la sua applicazione⁷⁴.

Occorre qui aggiungere che l'azione del favorire può essere esaminata scomponendola secondo diversi criteri.

La prima classificazione attiene il momento in cui avviene l'intervento a favore dei cittadini, e ci consente di distinguere tra interventi che sostengono attività dei privati già in corso ed interventi propedeutici alla loro attivazione⁷⁵.

Il primo caso è quello su cui più frequentemente e correntemente si incentra l'interpretazione della locuzione "favorire", ed implica che l'amministrazione debba predisporre strumenti di sostegno ai cittadini che si sono già attivati (o sono in grado di attivarsi immediatamente) per lo svolgimento di attività di interesse generale. Queste misure saranno dunque volte a sostenere organizzazioni che già esistono, i loro progetti e l'uso delle loro risorse per fini di solidarietà, generali appunto.

Diversamente la seconda ipotesi, pochissimo esplorata in letteratura, eppure assolutamente pertinente al testo della norma e relevantissima in numerosi contesti, si concentra sugli interventi tesi a stimolare la attivazione di forze private, a creare le condizioni perché la sussidiarietà tra istituzioni e cittadini sia possibile. Perché, in altre parole, i cittadini assumano consapevolezza del loro ruolo potenziale e si attivino in tal senso. In questo caso le misure si concretizzeranno in strumenti affatto diversi, più focalizzati sulla funzione di comunicazione pubblica, o all'incremento delle forme di semplificazione, di partecipazione, o quantomeno di avvicinamento dei privati all'azione dell'amministrazione.

L'altra possibile classificazione si concentra invece sul modo in cui si esplica l'intervento a favore dei cittadini. Questi interventi possono essere distinti tra diretti e indiretti; in positivo o in negativo, per azione o per omissione.

Tra i primi si collocano le dazioni di beni o prestazioni a favore dei cittadini, senza particolare riguardo alla loro natura. Potrà allora trattarsi di azioni mirate alla loro formazione o alla loro qualificazione, all'assistenza, anche nell'accesso, a fonti di finanziamento e al credito, o ancora nell'assegnazione di strutture e mezzi mirate al perseguimento, da parte dei privati, di beni comuni. Rispetto a questi strumenti si devono però registrare contrasti. In dottrina vi è infatti chi⁷⁶ decisamente esclude la possibilità che le amministrazioni possano intervenire attraverso un sussidio (economico) pieno e diretto alla iniziativa dei privati: questa ipotesi infatti smentirebbe la capacità dei cittadini di attivarsi autonomamente e, qui si aggiunge, ricondurrebbe l'ipotesi sussidiaria all'alveo di figure tradizionali del diritto amministrativo in ragione delle quali, a vario titolo, i privati esercitano attività della amministrazione⁷⁷. Diversamente la giurisprudenza della Corte dei Conti⁷⁸ ha sostenuto che «*alla luce del principio di sussidiarietà (...) il sostegno e l'incentivazione di attività sociali, culturali e ricreative, rientrano sicuramente fra le funzioni amministrative e le finalità istituzionali degli enti locali*», allo stesso tempo sollevando il tema di un necessario controllo sull'utilizzo dei fondi.

⁷⁴ In questo senso anche F. Pizzetti, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza". Il principio di sussidiarietà nel nuovo art.118*, comunicazione al c convegno 118: *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma, 7-8 febbraio 2003, consultabile su www.forumcostituzionale.it.

⁷⁵ Suggestisce questa distinzione anche V.Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*

⁷⁶ G. U. Rescigno, *op. ult. cit.*

⁷⁷ Non potendo qui andare nel dettaglio della elaborazione giuridica in un materia così complessa si ricordino appena le tre possibili costruzioni della sostituzione, che immagina un distinzione tra titolarità ed esercizio di una determinata attività. In questo senso G. Miele, *La distinzione fra ente pubblico e privato* (1942), ora in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 425 e segg.) del *munus*, ritenuto qualità giuridica di un soggetto a cui viene affidata la cura di interessi della collettività (in merito si veda M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, pag. 126 e segg.) e la teoria della organizzazione impropria che, partendo dalla idea della "amministrazione indiretta" di A. Romano, viene ripresa da F. Benvenuti, in *L'organizzazione impropria della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pag. 968.

⁷⁸ Corte dei Conti, sezione Lazio, sent. 22 febbraio 2007, n. 179.

Nessuno sembra invece dubitare (ma anche in questo senso i commenti sono scarsi) della possibilità dell'amministrazione di intervenire attraverso strumenti indiretti, "in negativo", per sottrazione o omissione. In questo caso si tratta di immaginare la rimozione di ostacoli (amministrativi o di fatto), la riduzione o l'eliminazione di costi⁷⁹, la facilitazione dell'intervento attraverso l'eliminazione di barriere.

In letteratura, seguendo questo percorso si è ravvisata una connessione tra sussidiarietà e processi non solo di semplificazione, ma di (quasi) liberalizzazione, per i quali si è utilizzata l'espressione, un po' ridondante, di "autoamministrazione"⁸⁰, con cui si delinea un modello in cui, rispetto alla (quasi) libertà e sostanziale responsabilità dei soggetti privati, sono riservate alla amministrazione funzioni di monitoraggio e controllo⁸¹. Mentre parte della dottrina, in questa prospettiva, ha fatto rientrare la dichiarazione di inizio attività di cui all'art. 19 della l. 241/90⁸² nel modello sussidiario, il legislatore ha di recente previsto una fattispecie di semplificazione degli stessi controlli, invocando espressamente, a suo sostegno, il principio alla nostra attenzione. L'art. 30 della l. 6 agosto 2008, n.133⁸³, prevede infatti che i controlli amministrativi periodici svolti da un'istituzione pubblica siano sostituiti dalla certificazione ambientale o di qualità rilasciata da un soggetto certificatore accreditato in conformità di norme comunitarie o internazionali, riservando al soggetto pubblico una sorta di meta-controllo, mirato però esclusivamente alla verifica dell'attualità e della completezza della certificazione rilasciata dai privati.

Molte sono le perplessità che questa previsione solleva: di un certo interesse soltanto l'idea che il rispetto dei canoni imposti da questa disposizione venga tutelato, al secondo comma, come livello essenziale delle prestazioni.

Un'altra manifestazione del "favorire" in forma omissiva, del non fare, viene espressa nella formula, tutta dottrinale, del cosiddetto "divieto di entificazione"⁸⁴, che può conoscere due declinazioni:

- quale impedimento per l'amministrazione pubblica di trasformare in enti (formalmente o sostanzialmente) pubblici i soggetti giuridici originatisi in seno all'autonomia privata, allorché le attività che essi svolgono assumano la rilevanza di interesse pubblico⁸⁵;
- quale impedimento per l'amministrazione pubblica di costituire nuovi enti pubblici nel caso in cui operino, nel contesto territoriale di riferimento, soggetti privati in grado di provvedere adeguatamente all'interesse generale che si vorrebbe affidare al costituendo ente pubblico.

⁷⁹ Si veda in questo senso la sent. Corte dei Conti Sez. Toscana, 23 maggio 2005, n. 288 che ritiene proprio della discrezionalità dell'ente locale la ponderazione dei diversi interessi connessi all'uso di un immobile di sua proprietà, e quindi insindacabili da parte dello stesso giudice contabile la scelta dei rappresentanti dell'ente locale e dell'apparato burocratico che hanno scelto di non affittare un immobile al previsto canone mensile, decidendo in base ad una precisa ponderazione di interessi, di prediligere quello della collettività di essere stimolata ed aiutata nei suoi momenti e nelle sue esigenze volte alla promozione culturale-ricreativa ed alla necessità di aggregazione. La sentenza è pubblicata al sito http://www.labsus.org/index.php?option=com_content&task=category§ionid=1029&id=71&Itemid=31, con un commento di P. Cerbo.

⁸⁰ P. Duret, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004, e F. Gigliani, in *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale, una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008; pag. 337 e segg.; S. A. Frego Luppi, *Servizi sociali e diritti della persona*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 230 e segg.

⁸¹ A. Quadrio Curzio, *Sussidiarietà e sviluppo – Paradigmi per l'Europa e per l'Italia*, Vita e Pensiero, Milano, 2002; L. Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 2004, pag. 90 e segg.

⁸² A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 205; *contra* E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Cedam, Padova, 2001, pag. 372 e segg.

⁸³ ...la quale, si veda *infra* in questo contributo, contiene i primi due richiami al principio rinvenibili nella nostra legislazione statale dopo la sua costituzionalizzazione, a sette anni di distanza.

⁸⁴ Questa idea non è affatto nuova: fin dal 1968 J. Isnese sosteneva l'idea che non si potessero istituire soggetti pubblici laddove si verificasse l'esistenza di privati che possono assicurare il risultato atteso a costi più contenuti o in modo complessivamente più efficiente.

⁸⁵ In questo senso V. Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*

In realtà, come vedremo, tali scelte sono sempre e comunque rimesse al legislatore. E, si noti bene, quand'anche non si ritenesse che il principio di sussidiarietà porta a queste conclusioni, ciò sarebbe ugualmente vero, in forza di due disposizioni generali di legge ordinaria:

- l'art. 4 della l. 20 marzo 1975, n. 70 «*Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente*» il quale prevede che «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge»;
- l'art. 1, l. 241/90 che impone all'amministrazione di perseguire solo le finalità imposte dalla legge.

Dunque si vi è un divieto, non è un divieto costituzionale, ma legislativo; e si vi è un impedimento, è un impedimento che l'amministrazione con i suoi mezzi non può superare, ma il legislatore, in vista di una mutata considerazione a livello politico dell'ambito di cui si tratta, sì.

4.2 La locuzione «cittadini singoli e associati»

Per quanto riguarda l'espressione «*cittadini, singoli e associati*» è necessario innanzitutto premettere che, nella dottrina giuridica così come nel confronto politico, si assiste in questi tempi ad un ampio dibattito teso a ripensare il significato del termine e la condizioni per il suo riconoscimento. Da tale discussione, in queste pagine, non potremo che tenerci a distanza, registrando appena come l'art. 118, 4° comma non paia assumere l'espressione in senso tecnico (come avviene anche per altre disposizioni costituzionali), non essendovi serie ragioni per pensare ad una esclusione degli stranieri residenti in Italia da possibili fenomeni sussidiari.

Pare piuttosto che la norma voglia mettere in risalto il tratto della appartenenza delle persone ad un sistema istituzionale, sociale ed economico, e quindi la loro pretesa, la loro capacità, e anche il loro dovere di partecipare alla costruzione, della comunità in cui vivono e operano, in una nuova e più profonda connessione. I rimandi ai principi fondamentali sono chiarissimi. Non ci può essere sussidiarietà senza il riconoscimento della plurale libertà dei singoli (di cui all'art. 2), che ora diventa un appello per ogni cittadino ad impegnarsi, attraverso le proprie inclinazioni e il lavoro che ha scelto (art. 4, comma 2), in quella piena affermazione di se stessi che è anche progresso di tutti (art. 3).

All'individuo, dunque, la sussidiarietà offre la strada, la solida garanzia della sua capacità di dare corpo alla collettività, di poter costruire, e non più delegare, la cura di tutti quegli interessi che si trova a condividere con altri individui, a cui è accomunato in ragione di diversi possibili fattori di appartenenza (la famiglia, il credo religioso, la cultura, la professione o la mancanza di una professione, il tempo libero, le condizioni fisiche e psichiche, il luogo in cui opera e vive, l'essere parte di un sistema politico, produttivo, ambientale).

Si arriva in tal modo a cogliere il punto più avanzato dell'evoluzione che nel tempo ha conosciuto l'idea di "cittadinanza"⁸⁶, quale corpo di individui organizzati idonei a dialogare e a collaborare con l'amministrazione, nell'intento di proseguire l'azione dei pubblici poteri in spazi che altrimenti rimarrebbero invisibili, deserti, dimenticati. In questo senso acquista valore una lettura in senso circolare della sussidiarietà⁸⁷, come espressa dal X Emendamento e suggerita dalla nuova architettura dell'articolo 118 Cost., che porta a superare tutte le questioni relative alla priorità

⁸⁶ Il pensiero di F. Benvenuti resta come sfondo di queste riflessioni, oggi riprese nella ricostruzione del concetto di cittadinanza di G. Arena in *La comunicazione pubblica nell'amministrazione della sussidiarietà*, al sito <http://www.urp.it/Sezione.jsp?idSezione=1039&idSezioneRif=1032#2.1>.

⁸⁷ Cft. in questo senso G. Arena, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, relazione al convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma 7-8 febbraio 2003, all'indirizzo <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>; e D. Bolognino, *Il principio di sussidiarietà nell'art 118, comma 4, Cost.: un'interpretazione*, in *Nuove autonomie*, 2003, 4-6, pag. 663.

(logica, funzionale) di una dimensione (verticale o orizzontale) rispetto all'altra, e che hanno occupato una parte non secondaria del dibattito sul principio⁸⁸.

In secondo luogo è utile osservare come l'idea di una analisi della relazione Stato/società nel senso del parallelismo tra il loro agire o, *rectius*, della continuità tra i due ambiti, pur non essendo, come già si evidenziava, affatto nuova⁸⁹, trovi oggi in questa norma, pur debole nella sua formulazione, definitiva consistenza, tale da riaccendere l'attenzione circa i temi della sovranità, della sua titolarità e del suo esercizio⁹⁰, che in queste pagine possiamo solo accennare almeno nei suoi profili problematici.

Ci sembra infatti che oggi, in molte delle riflessioni che si svolgono su questa relazione, partendo dalla consapevolezza della insufficienza di una ricostruzione condotta soltanto rispetto al binomio Stato/mercato, la attenzione si concentri sostanzialmente sull'emersione di un terzo soggetto, anch'esso "collettivo", un terzo settore⁹¹, che trae la propria forza dalla capacità che va dimostrando di aggregare istanze rimaste inespresse, non altrimenti rappresentate. Da parte sua la Corte costituzionale elabora l'idea di una "libertà sociale" quale «vincolo insopprimibile di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini»⁹², e ne ritrova coerentemente il fondamento non solo nei diritti di riunione e di associazione, di cui artt. 17 e 18 della Costituzione, ma anche all'art. 2, in cui l'idea della duplice dimensione, individuale e sociale della "persona" conosce la più alta e luminosa affermazione.

Si spinge più avanti il Consiglio di Stato che nel Parere della Sezione consultiva per gli atti normativi del 25 agosto 2003 n. 1440⁹³ giunge a delineare, in adesione ad una ricostruzione molto affermata negli studi sociologici⁹⁴, i tratti di una vera e propria «cittadinanza societaria» alla luce

⁸⁸ Si vedano, a questo proposito, le considerazioni *infra* relative al concetto di «attività di interesse generale». Si segnalano sul tema, le opinioni parzialmente diverse di G. Arena, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, relazione al Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione* Roma 7-8 febbraio 2003, all'indirizzo <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>; e D. Bolognino, *Il principio di sussidiarietà nell'art 118, comma 4, Cost.: un'interpretazione*, in *Nuove autonomie*, 2003, 4-6, pag. 663; e di G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali* in *Dir. Pubbl.* 1/2002, pag. 23.

⁸⁹ Si veda, oltre al già citato M. S. Giannini, F. Benvenuti, *Evoluzione dello stato moderno*, in *Jus*, 1959, pag. 177, ove si afferma che «Lo stato moderno va (...) concepito come l'insieme dei corpi sociali esistenti e operanti in un determinato momento, nei quali si esprime l'insieme del potere politico della comunità»; e id. *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994, ora anche in *Scritti giuridici*, I, Vita e pensiero, Milano, 2006, pag. 869 e segg.

⁹⁰ Tra chi ha ricominciato a ragionare sul tema si veda P. Duret, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004, pag. 168, il quale osserva che «se nel sistema della soggettività, come si è detto, la sovranità si declinava anche come speciale capacità dello Stato quale persona giuridica, qui detta capacità viene ridisegnata in termini di competenza come espressione operativa di una capacità che risiede invece nei singoli, siano essi i cittadini o le imprese».

⁹¹ Sul tema si veda il fondamentale contributo (e anche i moniti) di R. Dahrendorf, *Lebenschancen. Anlaufe zur sozialen und politischen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1979 (trad. it. *La libertà che cambia*, Laterza, Bari, 1994). La ricomprensione dei soggetti del Terzo settore nelle formazioni sociali è sostenuta da G. Pastori, *Il terzo settore nelle tendenze attuali dell'ordinamento*, in AA.VV., *La società italiana verso il duemila: opportunità e prospettive del terzo settore*, Credito Artigiano, Milano, 1998, pag. 52.

⁹² L'espressione è nella sent. n. 75 del 1992. Al concetto di libertà sociale e la Corte arriva più precisamente nelle sentt. n. 50 del 1998 e n. 300 del 2003. Sulla sentenza n. 75 del 1992, si vedano E. Rossi, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, pag. 2348 e segg.; P. Parodi, *Le legge n. 266/1991 come legge di principi*, in *Regioni*, 1993, pag. 102 e segg.; F. Rigano, *L'attuazione dei principi della legge sul volontariato: l'istituzione dei registri regionali*, in *Le Regioni*, 1993 pag. 120 e segg.; E. Palici Di Suni, *Il volontariato tra valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, pag. 1205 e segg.; più in generale per una ampia disamina del tema si veda G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Passigli Editori, Firenze, 2008, pag. 25 e segg.

⁹³ Per un ampio commento si veda G. Razzano, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese* in *Giurisprudenza italiana*, 2004, pag. 718 e segg.

⁹⁴ Il concetto è espresso da P. Donati, in *La cittadinanza societaria*, Laterza, Roma-Bari, 1993-2000, pag. 101 e segg. e in molte altre opere dello stesso autore tra cui, in particolare id., *Pubblico e privato: fine di un'alternativa?*, Cappelli, Bologna, 1978; id., *Risposte alla crisi dello Stato sociale*, Franco Angeli, Milano, 1984; id. *Teoria relazionale della società*, Franco Angeli, Milano, 1991, *Alla ricerca della società civile. Che cosa dobbiamo fare per aumentare la*

della quale si devono «rideterminare le metodiche della democrazia» prendendo atto «della sussistenza di ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale. In tali ordinamenti lo sviluppo delle relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto e adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni societarie (in quanto munite della relativa cittadinanza) di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento».

Pure nella consapevolezza dei limiti e del contesto in cui si afferma questa prospettiva, non si può tacere il timore che, in base ad affermazioni come queste, si manifesti una visione asfissiante delle socialità intermedie, capace di cortocircuitare le istanze dei cittadini e le risposte ai loro bisogni, prima e oltre il modello democratico rappresentativo. Il risultato sarebbe una perdita di capacità (politica e giuridica) del singolo, in forza di una delega dai contorni non definiti a corpi sociali intermedi dei quali l'ordinamento fino ad oggi non si è mai pienamente occupato, e di cui si ignorano troppo spesso la legittimazione, la rappresentatività e la responsabilità.

E, pur ricordando come la stessa teorica⁹⁵, in realtà, ammetta che tali soggetti debbano rendersi «rendicontabili verso il sistema politico-amministrativo», non si riesce a tacere la sensazione che l'auspicio di una crescita delle relazioni in senso esclusivamente o prevalentemente orizzontale, riportando le dinamiche sociali ad un sistema di scontro diretto, non mediato, tra interessi particolari, costituisca il presupposto per la affermazione di una società più ingiusta, più diseguale, che rimette la determinazione delle scelte fondamentali al prevalere dei soggetti organizzati più forti piuttosto che ad una maggioranza democraticamente legittimata (e quindi indulge alla prevaricazione, piuttosto che alla mediazione).

Per evitare questi rischi, queste indesiderate deviazioni, ci sembra quindi opportuno che la riflessione torni ad occuparsi con forza dell'individuo⁹⁶, dei suoi diritti, della loro evoluzione e della loro garanzia, e ancora dei suoi bisogni e delle architetture istituzionali, sociali, economiche in grado di darvi la migliore soddisfazione. Solamente partendo dal riconoscimento del fatto che per nessuna ragione la libertà dell'individuo può porsi in secondo piano rispetto a quella delle formazioni sociali⁹⁷ possono costruirsi quella partecipazione consapevole e attiva a corpi sociali superiori e quell'impegno nella società di cui la sussidiarietà è la più alta espressione⁹⁸.

Sussidiarietà non è quindi delega, ma assunzione di responsabilità, personale prima, collettiva poi.

È altresì rilevante accennare anche ad un'ulteriore questione, connessa alla espressione «cittadini, singoli e associati» qui in discussione. Il tema è quello dell'inclusione, tra i soggetti della sussidiarietà, anche di realtà appartenenti all'ambito economico-impresoriale. Può cioè

capacità di civilizzazione del Paese?, in P. Donati (a cura di), *La società civile in Italia*, Mondadori, Milano, 1997 in cui si mette a fuoco la «teoria del privato sociale» quale «ogni ambito di gestione autonoma di chi vi lavora e vi partecipa, garantita pubblicamente e controllata nelle sue risorse e nei suoi esiti sociali secondo criteri stabiliti come bene comune nel momento pubblico universalistico».

⁹⁵ Ancora P. Donati, *Pubblico e privato: fine di un'alternativa?*, Cappelli, Bologna, 1978.

⁹⁶ Il richiamo è qui innanzitutto ad A. Orsi Battaglini, «L'astratta e infelice idea». *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quaderni di San Martino, La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1990, pag. 49 e segg., e ancora id., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, Milano, 2005. Altrettanto essenziale in merito è il pensiero di G. Berti, oggi ben riassunto da U. Allegretti, *Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Jus*, 2007, pag. 372 e segg.

⁹⁷ In questo senso si esprime A. Pace, *Violazione della "libertà sociale" o, piuttosto, restrizione della "libertà individuale"?*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 584, già a proposito della sent. C. Cost. 50/1998 il quale, criticamente, ritiene «inventato» il concetto di libertà sociale.

⁹⁸ In questo senso anche A. Poggi, *Il profilo soggettivo e la rilevanza della questione: la possibile trasfigurazione del principio di sussidiarietà*, in atti del Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, al sito www.astridonline.it e M. Olivetti, *Il dibattito sul principio di sussidiarietà alla Camera dei deputati*, in *Orientamenti sociali*, 1998, pag. 95.

un'impresa, in quanto tale, essere un soggetto parte della dinamica ipotizzata dalla norma di cui all'art. 118, 4° comma, Cost.?

Diffuse sono infatti le obiezioni a questa possibilità, anche se di segno diverso e fondate su differenti presupposti.

Da un lato vi è chi, partendo dalla tradizionale contrapposizione tra Stato e mercato, evoca lo spettro del "dirigismo sociale ed economico"⁹⁹, e ritiene che, attraverso questa ipotesi, si verrebbe di fatto ad assegnare alle istituzioni la capacità di indirizzare e controllare ambiti riservati all'iniziativa imprenditoriale, provocando un indesiderato ritorno al passato.

Sul versante opposto vi è chi partendo dalla lettura dell'art. 118, 4° comma Cost., ricava la convinzione che la norma non faccia in alcun modo riferimento a realtà dedite al profitto, riferendosi esclusivamente ai «cittadini singoli e associati»¹⁰⁰.

Rispetto alla prima obiezione si annota appena che, per suo verso, la libertà di iniziativa economica è da sempre condizionata dalla preferenza che il legislatore (e quindi l'amministrazione) dimostra nei confronti di determinate attività a scapito di altre, e tale inclinazione si realizza attraverso la predisposizione di un'ampia serie di strumenti, o "norme condizionali"¹⁰¹ (quali le disposizioni fiscali o quelle relative all'erogazione di provvidenze); inoltre non può dimenticarsi che vi sono rilevanti settori di mercato sottoposti alla programmazione e all'indirizzo dei pubblici poteri affinché, tramite l'autonomia dei privati, si garantisca l'affermazione di finalità di rilievo pubblico (si pensi in tal senso all'evidente esempio rappresentato dalle norme in materia di urbanistica)¹⁰².

Rispetto al secondo e opposto ordine di critiche, invece, laddove si ritenga che le forme che il nostro ordinamento ha ideato per lo svolgimento di attività economico-imprenditoriali non rientrino nel riferimento ai «cittadini, singoli e associati» di cui all'art. 118, 4° comma, si deve ricordare che la miglior dottrina civilistica¹⁰³ ha da tempo affermato che anche le società commerciali, di cui agli artt. 2247 e segg. c.c., sono parte del più generale fenomeno associativo di cui agli artt. 11 e segg. c.c. Esse vanno quindi considerate specie dello stesso genere in cui sono ricomprese anche le fondazioni e le associazioni. Gli studiosi, ricollegando le società in particolare a queste ultime, ne evidenziando le peculiarità rispetto all'oggetto (esercizio di una attività economica) e alla finalità (il perseguimento dello scopo di lucro).

Si noti ancora, a questo proposito, come da tempo fosse comunemente ammessa, in dottrina, anche l'ipotesi di società senza scopo di lucro soggettivo, in cui gli utili sono destinati a finalità altruistiche. Seguendo questa linea, il legislatore statale ha in passato introdotto, nel nostro ordinamento, distinte fattispecie di società nelle quali, originariamente e specificamente, lo scopo di lucro è assente¹⁰⁴, fino ad arrivare a dare disciplina generale alla fattispecie, in modo apparentemente risolutivo della questione, con il d.lgs 24 marzo 2006, n. 155 «*Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118*»¹⁰⁵. In una direzione coerente a questa, inoltre, sembrano oggi muovere, pur su un piano diverso, le iniziative mirate ad incentivare

⁹⁹ Così A. Quadrio Curzio, *op. ult. cit.*, pag. 42 e segg.

¹⁰⁰ Per le critiche da parte della dottrina in questo senso si veda A. Poggi, *op. ult. cit.*; per la giurisprudenza il già ricordato Parere Cons. Stato 25 agosto 2003, n. 1440, e il commento di G. Razzano, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, pag. 718 e segg.

¹⁰¹ In proposito si veda, per tutti, S. Cassese *La nuova costituzione economica*, II ed., Laterza, Roma-Bari, 2000, pag. 30.

¹⁰² Ancora S. Cassese, *op. ult. cit.*, pag. 29.

¹⁰³ Con sfumature e orientamenti diversi concordano sul punto, tra gli altri, G. Cottino, voce *Le società per azioni*, in *Nov. Dig.*, vol. XVII, UTET, Torino, 1970, pag. 570 e segg., e F. Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, pag. 30 e segg.

¹⁰⁴ A titolo di esempio si ricordi la fattispecie di cui all'art. 90, l. 27 dicembre 2002, n. 289, «*Disposizioni per l'attività sportiva dilettantistica*» che, al comma 1, estende le disposizioni della l. 16 dicembre 1991, n. 398, e le altre disposizioni tributarie riguardanti le associazioni sportive dilettantistiche anche «*alle società sportive dilettantistiche costituite in società di capitali senza fine di lucro*».

¹⁰⁵ Si veda a riguardo F. Gagliarducci e A. Iurleo, *Impresa sociale*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Passigli Editori, Firenze, 2008, pag. 125 e segg.

la “responsabilità sociale d’impresa” quale «*integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle aziende e organizzazioni nelle loro attività commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate*»¹⁰⁶.

4.3 La locuzione «autonoma iniziativa»

Rispetto all’espressione «*autonoma iniziativa*», che naturalmente risente di quanto abbiamo prima osservato sulla concezione della persona, delle formazioni sociali, della cittadinanza e della sovranità, possono svolgersi due ordini di osservazioni.

In primo luogo la locuzione sollecita l’idea che lo svolgimento della attività di interesse generale da parte dei cittadini debba avvenire spontaneamente, nello spirito della solidarietà sociale. Portata alle estreme conseguenze questa affermazione comporta, come ricordavamo, l’esclusione di qualsiasi forma di “retribuzione”¹⁰⁷ diretta e piena per le attività svolte. Si noti bene: in questo modo non si nega affatto che vi possano essere forme pubbliche di sostegno all’iniziativa privata di natura economica; diversamente si nega che possano rubricarsi come sussidiarietà tutte quelle ipotesi in cui i privati si attivino “a titolo oneroso”, in ragione di un corrispettivo promesso, concordato o messo a gara¹⁰⁸.

Ne consegue che il modello sussidiario si delinea come fenomeno di “autopropulsione”, di solidarietà spontanea dei cittadini, singoli e associati, che può trovare solo “a posteriori” e solo eventualmente un ausilio consistente in beni o prestazioni economicamente valutabili, e non essere mosso da questo¹⁰⁹.

Restano così escluse dall’ipotesi sussidiaria tutti i casi di esternalizzazione dei servizi pubblici locali, su cui invece, invocando il principio, si è lungamente esercitata la legislazione regionale e, da ultimo, la legge n. 133 del 6 agosto 2008 la quale, nel convertire il d. l. del 25 giugno n. 112, ha introdotto l’art. 23-bis, in cui si dispone il riassetto del modello per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica «*al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale(...) secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione*» (comma 1), e conseguentemente limitando «*i casi di gestione in regime d’esclusiva dei servizi pubblici locali*» (comma 10, lett. g).

Vale qui la pena di annotare almeno il fatto che la prima menzione esplicita del principio in esame, a sette anni dalla sua costituzionalizzazione, appare davvero deludente: in essa si esprime un’idea della sussidiarietà lontanissima non solo da tutte le interpretazioni prevalenti, ma anche (e

¹⁰⁶ Così l’art. 2, comma 1, lett. ff) del d.lgs 9 aprile 2008, n. 81 «*Attuazione dell’articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*».

¹⁰⁷ L’uso del termine è, in queste righe, volutamente non tecnico. Si è infatti ben consci del fatto dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogati sui principi di cui all’art. 36, comma 1, Cost. (secondo il quale «*il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa*») e sulla formulazione dell’art. 2121 c.c. (che la definisce – ai soli fini del calcolo dell’indennità di mancato preavviso – come «*le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili e ai prodotti ed ogni altro compenso di carattere continuativo, con l’esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese*», fino a che la Corte di Cassazione, sent. Sez. Unite 1/04/93 n.388 non ha affermato che non esiste nessun concetto legale unitario di retribuzione, e la sua individuazione discende dall’approccio interpretativo alle formule utilizzate.

¹⁰⁸ Sottolinea ad es. F. Giglioli, in *Sussidiarietà orizzontale e terzo settore*, su www.astrid-online.it, che «*devono essere escluse dal campo di applicazione dell’art 118 quelle attività la cui manifestazione non è prodotta su autonoma iniziativa dei soggetti associativi, ma è invece indotta su impulso e affidamento delle pubbliche amministrazioni che non riescono a soddisfare determinati bisogni; in questo caso l’induzione dell’iniziativa, sia anche libera, comporterebbe un legame giuridico in cui sarebbe a rischio anche l’alterità dei soggetti, requisito, invece, necessario nella sussidiarietà*».

¹⁰⁹ Ci si consenta qui un rimando alle considerazioni già svolte, in queste pagine, riguardo alla locuzione «*favoriscono*», e alla dottrina ivi richiamata.

forse soprattutto) dalla realtà, dalle prassi che ogni giorno prendono vita nei diversi contesti locali¹¹⁰. La sussidiarietà viene qui invocata invano (insieme alla proporzionalità e alla leale collaborazione) a giustificare la scelta (peraltro assolutamente legittima) di promuovere un regime di maggiore concorrenza nell'affidamento della gestione dei servizi e delle reti, e di avviare una consistente liberalizzazione degli stessi, mentre essa, in forza della sua formulazione costituzionale e anche della sua origine, non è e non può essere il principio in base al quale si creano mercati e si privatizza; non è e non può essere il principio in base al quale si moltiplicano attività, pur di pubblica utilità, erogate a titolo oneroso; non è e non può essere il principio in base al quale promuove un intervento nei fatti riservato ad imprese o società ad alta specializzazione tecnica.

L'espressione «*autonoma iniziativa*» può essere però intesa anche nel suo significato più stringente, quale capacità di autodeterminazione rispetto alle iniziative da intraprendere da parte dei privati. Anche declinata in questa accezione, evidentemente non alternativa alla precedente, l'esame della locuzione conduce a considerazioni interessanti. Sembra infatti potersi cogliere, seguendo questa linea, la affermazione della piena capacità dei cittadini, singoli e associati, di decidere pienamente, nel rispetto delle leggi, sulla loro organizzazione, la loro attività e la destinazione delle loro risorse (umane, professionali, tecniche, finanziarie), nonché di utilizzare tutti gli strumenti propri della autonomia privata.

Vengono così a dover essere rigettati tutti i tentativi di programmazione pubblica e di “eterodirezione” dello spontaneismo sociale, che anche la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibili nella sent. 300/2003, relativa alle fondazioni bancarie. Seguendo il ragionamento della Corte, quindi, appare con chiarezza che i privati, parte di una relazione sussidiaria, non rientrano ad alcun titolo in una nozione «*per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo*», e quindi nemmeno in base alla circostanza che essi svolgono attività di utilità sociale si può giustificare un'ingerenza nelle loro scelte.

Un'ultima notazione: la affermata autonomia (strumentale, organizzativa e decisionale) dei soggetti privati e la loro sottrazione da un regime inclusivo di pianificazione e direzione, non elimina la possibilità che i risultati delle loro iniziative, o il rispetto dei requisiti previsti per la fruizione dei diversi benefici, siano sottoposti, come già avviene nel mercato, in ragione di un principio generalissimo di garanzia, al vaglio della amministrazione, restando «*pur sempre nell'autonomia del legislatore accompagnare l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale con l'individuazione di strumenti di vigilanza e di controllo*»¹¹¹. Si ricordi, a questo proposito e a titolo d'esempio, che il d.lgs 155/2006, all'art. 16 assegna al Ministero del lavoro e delle politiche sociali «*Funzioni di monitoraggio e ricerca*», che possono anche consistere in vere e proprie funzioni ispettive, se si rendesse necessario verificare il rispetto delle disposizioni del decreto da parte delle imprese sociali.

4.1 La locuzione «attività di interesse generale»

Resta in ultimo da analizzare l'espressione «*attività di interesse generale*», che è quella che probabilmente rivela maggiore complessità (e quindi ha prodotto il maggior numero di fraintendimenti

Possiamo senz'altro iniziare con alcune esclusioni, liberando il campo da ipotesi e fattispecie che sicuramente non pertengono al concetto come espresso all'art. 118 u.c. Cost.

Indiscutibilmente non rientrano nel novero delle attività di interesse generale le attività che implicano l'esercizio di potestà autoritative, “poteri di comando”, oppure l'uso della forza¹¹²

¹¹⁰ Si veda a proposito, in questo volume, il contributo di F. Ozzola e A. Lombardi sulla casistica di sussidiarietà nel nostro Paese.

¹¹¹ Così il Cons. St. nel Parere n. 1794 della Sezione Consultiva per gli Atti Normativi nella adunanza del 26 agosto 2002.

¹¹² Così G.U. Rescigno, *op. ult. cit.*

essendo questi riservati, negli Stati di derivazione liberale, a pubblici poteri cui l'ordinamento riconosce e assegna tale competenza in base a principi, regole e meccanismi democraticamente definiti, e quindi razionali, condivisi e trasparenti. Infatti, le rare eccezioni a questa regola sono rigorosamente determinate dalla legge e sottopongono i privati stessi, "esercanti di pubbliche funzioni", ad una serie di regole e limiti propri dei funzionari pubblici. Nulla di ciò, è evidente, può rientrare nel novero di ciò che i privati fanno per loro autonoma iniziativa, nel senso plurale sopra illustrato.

Ben consci della tormentata, e oramai sottile linea che secondo la dottrina divide il concetto di "funzione" da quello di "servizio pubblico"¹¹³, possiamo dunque dire, almeno per semplificare, che oggetto del modello sussidiario non sono mai «*funzioni amministrative in senso tecnico*»¹¹⁴ come espressione di poteri amministrativi di regolazione o provvedimenti (propri della dimensione in verticale del principio), ma soltanto attività di prestazione, volte a soddisfare, direttamente o indirettamente, i bisogni dei cittadini.

Proseguendo nell'interpretazione della locuzione, e nelle esclusioni, si devono ritenere estranee alla formulazione costituzionale:

- le attività svolte per interesse strettamente individuale ed egoistico (prime fra tutte il profitto);
- le attività che non giungano a coinvolgere alcun contesto sociale rilevante per l'ordinamento, essendo insito nella loro natura, o nelle condizioni di contesto, la ricerca di una soddisfazione di carattere strettamente personale¹¹⁵.

Dunque si ritengono attività di interesse generale tutte le prestazioni di beni e di servizi che sono mosse da uno spirito solidale del soggetto erogatore, e che sono capaci di rispondere a bisogni socialmente o anche economicamente rilevanti, individualmente non soddisfabili: è questo il caso del volontariato, e di tutta la attività guidata da spirito di solidarietà.

Alcune osservazioni si pongono a corollario di queste considerazioni.

Si è già detto, pur in altri termini, che l'esclusione del lucro e di ogni altro interesse individuale non significa affatto l'esclusione dal modello sussidiario delle attività di rilevanza economica, da una parte potendo ben essere economicamente rilevante la prestazione che si offre per spirito di liberalità e solidarietà¹¹⁶; dall'altra, e soprattutto, in ragione del fatto che la Costituzione¹¹⁷ assegna alle imprese ben altro che non il solo fine di lucro, declinandole esplicitamente (ma potenzialmente) al perseguimento dell'«*interesse generale*» (ai sensi dell'art. 43 Cost.) o indirizzandone la azione anche «*a fini sociali*» (art. 41 u.c.).

A ben guardare, tra l'art. 41, 1° comma e l'art. 118, u.c., esiste anche un'altra similitudine: entrambe le disposizioni si riferiscono all'iniziativa dei privati, ed entrambe le norme la garantiscono; ma mentre la prima è testualmente iniziativa di natura "economica", la seconda è un'iniziativa che deve essere frutto dell'autonoma attivazione dei cittadini, ma resta senza aggettivazioni di genere, e deve quindi considerarsi più ampia¹¹⁸, consentendo di immaginare la

¹¹³ Si veda per tutti, in questo senso, l'ampia trattazione di G. Caia, *I servizi pubblici*, e in particolare la sez. I *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, pag. 131 e segg. Tra le trattazioni di carattere generale si pone in senso parzialmente diverso B. G. Mattarella, *L'attività* in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2003 e in particolare la sezione I, *Le funzioni amministrative*, pag. 699 e segg.

¹¹⁴ In questi termini V. Cerulli Irelli che, in *op. ult. cit.* aderisce alla tesi che qui si sostiene.

¹¹⁵ In merito è interessante ripercorrere la elaborazione della dottrina, giuridica e non sul "diritto alla felicità", presente nel testo della Costituzione americana. Si veda, da ultimo, A. Trampus, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Laterza, Bari, 2008.

¹¹⁶ Si veda a questo proposito M. Abrescia, *Governare la differenziazione, L'analisi economica del diritto e il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, pag. 37 e segg.

¹¹⁷ Così L. R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Cedam, Padova, 2001, pag. 187 e segg.

¹¹⁸ Ancora in questo senso F. Giglioni, *op. ult. cit.*, pag. 338, ma anche R. Pini, *Sussidiarietà ed essenzialità nei servizi pubblici*, in *Dir. Econ.*, 1997, pag. 50 e segg.; e A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. Soc.*, 1999, pag. 43 e segg.; V. Parisio, *Pubblici servizi e funzioni di garanzia del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 83 e segg.

relazione tra i due ambiti come una dinamica di “specie a genere”, e ad esempio tentando di applicare alla sussidiarietà i limiti dell’attività economica (vedi *infra* par. 6).

Abbiamo così circoscritto l’ambito delle attività di interesse generale, escludendo

- le attività espressione di potestà pubbliche;
- le attività espressione di interessi individuali, tra cui l’iniziativa economica ad esclusivo scopo di lucro;
- le attività mirate a soddisfare interessi che restano irrilevanti per l’ordinamento giuridico.

Ciò che rimane sono prestazioni di beni e di servizi, da erogarsi nell’interesse della collettività e rilevanti sia per l’individuo come parte della collettività che per la collettività in quanto tale.

Ora però a noi pare che l’espressione «attività di interesse generale» di cui all’art. 118, 4° comma, non coincida con questo intero novero di prestazioni, ma escluda quelle che sono prese in carico da una amministrazione direttamente o indirettamente in forza di una previsione di legge, le quali sono quindi da ricondurre alla diversa categoria delle attività di “interesse pubblico”.

In altri termini, a fronte dell’amplissimo spettro di interessi generali che le società contemporanee esprimono, è la assunzione in capo ad una amministrazione di alcuni di questi a scapito di altri a far mutare natura di quelli prescelti, trasformandoli in interessi della cui soddisfazione e cura sono titolari i pubblici poteri che vi provvedono in prima persona o attraverso l’azione di altri soggetti, anche privati. Rimandando comunque ad altre parti di questo volume¹¹⁹ la trattazione analitica del concetto di “servizio pubblico” e dei presupposti in base ai quali i pubblici poteri si determinano ad intervenire¹²⁰, ciò che qui maggiormente rileva è che, seguendo la linea interpretativa proposta, si giunge ad escludere l’intera categoria dei servizi pubblici dall’ambito delle attività possibile oggetto di sussidiarietà orizzontale (risultato a cui peraltro già conducevano le riflessioni svolte relativamente alla “autonoma iniziativa” dei cittadini).

Dobbiamo allora domandarci se sia legittima e condivisibile la distinzione tra le due categorie di interessi, generali e pubblici. Iniziamo col dire che, da parte sua, la Costituzione repubblicana, usa riferirsi esclusivamente all’interesse generale¹²¹, salvo definire all’art. 32 la salute, (con espressione che si ritiene equivalente) quale «interesse della collettività» (oltre che quale fondamentale diritto dell’individuo).

Nel linguaggio del diritto, si deve peraltro ammettere, le due espressioni sono frequentemente usate in modo indistinto, anche in ragione del fatto che i giuristi, come è stato acutamente osservato¹²², «poco gradiscono approcci basati sugli interessi e preferiscono approcci basati sulle funzioni» e ciò perché i primi «non introducono termini chiari di riferimento» mentre le norme «nell’affidare attribuzioni a poteri pubblici, determinano delle funzioni, che si caratterizzano per gli interessi a cui sono indirizzate».

¹¹⁹ Si veda a questo proposito, e anche in relazione alla teoria generale dei servizi pubblici, il contributo di C. Bassu.

¹²⁰ Tra i maggiori contributi si ricordano G. Caia, *op. ult. cit.*; id *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. gov. Loc.*, 1992, pag. 9 e segg.; S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, pag. 362 e segg., A. Pioggia, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, pagg. 175 e segg., G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2000, pag. 7 e segg., e da ultimo F. Giglioni, oltre che in questo volume, anche in *L’accesso al mercato nei servizi di interesse generale, una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, pag. 336 e segg. Secondo F. Merloni, *L’assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in corso di pubblicazione per gli scritti in onore di F. Pugliese, attualmente consultabile al sito http://www.astrid-online.it/rassegna/13-07-2009/Merloni--Servizi-pubblici-per-studi-per-F-Pugliese-9-3-09-_2_.pdf, la dottrina giuspubblicistica si è concentrata troppo sulle forme di gestione dei servizi pubblici e troppo poco sulle regole che presidono l’assunzione di una attività in capo ad una amministrazione.

¹²¹ A parte la norma in commento, agli artt. 35 – relativo agli obblighi fissati per legge in materia di emigrazione, 42 – quale presupposto per l’espropriazione della proprietà privata e 43 – quale presupposto per la riserva originaria o il trasferimento mediante espropriazione di imprese o categorie di imprese.

¹²² M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 25.

Conforta però la nostra lettura il fatto che quei pochi ma autorevolissimi studiosi che si sono occupati del tema, propendono tutti, in modo più o meno esplicito, per una distinzione delle due categorie.

Da una parte vi è chi¹²³ fa appello al principio nominalistico, affermando che «*qualunque interesse è qualificato come pubblico, se è assunto fra quelli a cui provvede un ente a sua volta qualificato come pubblico*», e a ciò si attiene strettamente per differenziare questi interessi da quelli verso i quali i pubblici poteri restano indifferenti.

Su un diverso profilo si muove invece chi¹²⁴ mette in luce come sia soprattutto in seno al procedimento che la teorica degli interessi trova consistenza e visibilità. Se dunque «*il procedimento serve (...) come mezzo di composizione degli interessi*» e nello stato pluriclasse «*ogni interesse collettivo è suscettibile di riconoscimento e di tutela pubblici, il sistema non potendo affidare alla legge la risoluzione di tutti i conflitti ripone proprio nel procedimento una “decisione di secondo grado”, con funzione di soluzione di interessi collettivi che divenuti pubblici si riproducono nell’amministrazione*».

Ancora c’è chi¹²⁵ partendo, come si è tentato in queste pagine, dalla teorica generale degli interessi, affida agli apparati politici la funzione primaria «*di individuare quali tipi di interessi non possano essere soddisfatti privatamente dalla persone e richiedano quindi un intervento pubblico; in secondo luogo di stabilire quali tipi di interessi siano da preferire quando delle scelte sono necessari*». E così, mentre restano sullo sfondo interessi generali ma anonimi, «*quelli che risultano in tal modo prescelti (attraverso atti di vario genere, dei quali la legge costituisce il prototipo), sono chiamati “interessi pubblici”, anche se, nella maggior parte dei casi, non sono indicati espressamente in tal modo*».

La trattazione forse più ampia e più recente¹²⁶ si basa invece sulla distinzione tra le quattro categorie dell’interesse privato, collettivo, generale e pubblico. E mentre l’interesse privato è l’interesse che concerne il singolo e l’interesse collettivo rappresenta la somma di interessi individuali in varie forme organizzati, l’interesse generale è quello che «*riguarda l’individuo come membro del pubblico. (...) condizione indispensabile perché una misura possa essere considerata di interesse generale è che essa tratti allo stesso modo tutti quelli che ne sono toccati*». Quindi, richiamandosi alla distinzione fatta da Rousseau tra volontà di tutti e volontà generale, si arriva a concludere che affinché «*una misura o una politica possa corrispondere all’interesse generale è necessario che la persona sia toccata qua persona o come membro del pubblico o come cittadino, senza che venga presa in considerazione la sua specifica situazione o il suo ruolo*». Diversamente l’interesse generale, di cui si segnala l’uso promiscuo e confuso con la categoria precedente, è l’interesse «*istituzionalmente codificato in una norma o in una politica o in una misura che sono in vigore*». L’interesse pubblico è, quindi, l’interesse «*che viene reso pubblico dai pubblici poteri*».

Se poi vi fossero ancora dei dubbi in proposito si provi a considerare come l’art.118, dopo aver trattato di funzioni amministrative nei primi 2 commi, a differenza di quanto non avviene nelle precedenti formulazioni di cui alla l. 59/97 e nel T.U.E.L., per riferirsi alla sussidiarietà orizzontale cambi drasticamente e palesemente locuzione al 4° comma, mutando l’oggetto del principio e indirizzandone l’applicazione su un ben diverso ambito, di fatto smentendo il primo (e il più resistente) assioma del paradigma panpubblicistico.

¹²³ M. S. Giannini, *op. ult. cit.*, pag. 24.

¹²⁴ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Einaudi, Torino, 1989, pag. 49 e pag. 225.

¹²⁵ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2008, pag. 21.

¹²⁶ G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 178 e segg.