



*Dipartimento di Giurisprudenza
Cattedra Diritto delle autonomie territoriali*

Il principio di sussidiarietà orizzontale: quando il cittadino si fa Stato

RELATORE

Chiar.mo Prof. D'Atena Antonio

CANDIDATO
Giulio Profeta
Matr.114853

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Giuliano Fonderico

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Gino Scaccia

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

Alla mia famiglia, a Marcella
Ad Alessio, Tommaso, Edoardo, Paolo e Gabriele
Per aver visto sempre nella mia oscurità un po' di luce

INDICE

Introduzione	6
--------------------	---

CAPITOLO 1:

Le origini del principio di sussidiarietà.....	12
1. Le matrici culturali della sussidiarietà	14
2. Il pensiero liberale.....	16
2.1 Alcune critiche al Pensiero Liberale.....	20
3. La Dottrina Sociale Cattolica.....	19
3.1 Alcune riflessioni sulla Dottrina Sociale Cattolica.....	22
4. L’approccio federalista.....	27
4.1 L’esperienza Europea.....	30
5. Conclusioni interlocutorie.....	34

CAPITOLO 2:

La elaborazione della sussidiarietà orizzontale	
All’interno dell’ordinamento italiano.....	37
1. Introduzione.....	37
2. Le prime testimonianze della sussidiarietà:	
la Carta Europea delle Autonomie Locali e il ruolo delle Comunità Europee	38
3. Le reazioni dell’ordinamento italiano.....	40
4. La prima legge Bassanini e l’ingresso della sussidiarietà orizzontale nel tessuto legislativo italiano.....	42
5. Il contributo della Commissione Bicamerale e degli atti successivi	46
6.1 La costituzionalizzazione della sussidiarietà: i lavori preparatori	49
6.2 Perché favorire l’autonomia dei privati?.....	51
6.3 “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono”.....	55
6.4 “L’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”	58
6.5. La problematica del risarcimento per danni.....	72
7. Conclusione e prospettive.....	74

CAPITOLO 3:

La sussidiarietà orizzontale alla prova della realtà..... 76

Sezione I, I rapporti economici: il caso dell'attività bancaria

1. Introduzione.....	76
2. L'attività bancaria: dalla nozione di pubblico servizio a quella di attività imprenditoriale.....	78
3. L'ingresso di una nuova sensibilità nell'attività bancaria e la nascita degli "enti conferenti".....	81
4. La genesi storica delle cosiddette "fondazioni bancarie".....	84
5. La riforma Tremonti e le sentenze della Corte Costituzionale: da fondazioni bancarie a fondazioni di origine bancaria.....	88
6. La "Carta delle fondazioni" e il Protocollo d'intesa tra il Ministero dell'Economia e l'ACRI.....	93
7.1 La sussidiarietà orizzontale e l'attività delle fondazioni: uno sguardo empirico.....	97
7.2 I principali rilievi mossi all'attività delle fondazioni di origine bancaria e un rapido confronto con il modello statunitense.....	101
8. Prospettive conclusive sull'attività bancaria	104

Sezione II, Il rapporto tra autorità e sfera personale

1. Qualche premessa storico-giuridica.....	110
2. L'istruzione nella Costituzione: l'adozione di un modello pluralistico.....	114
3. Il principio della libertà di insegnamento.....	116
4. Dal sistema statale di istruzione al sistema scolastico nazionale ed integrato: la libertà della scuola	120
4.1 La libertà della scuola a confronto con la giurisprudenza. I casi Cordero, Lombardi Vallauri e Lautsi.....	131
4.2 Dal sistema statale al sistema nazionale ed integrato di istruzione: l'autonomia scolastica e universitaria.....	139
5. L'istruzione come comunità. Un bilancio alla luce della sussidiarietà orizzontale.....	146

Sezione III, Un confronto tra esigenze autonomistiche e centralistiche

Sulla base della sussidiarietà orizzontale

1. I servizi pubblici.

Origine, inquadramento storico e disciplina dei servizi pubblici, in particolare locali... 150

2. I Servizi pubblici. L'evoluzione della normativa dei servizi pubblici locali..... 156

3. I servizi pubblici secondo il diritto Europeo: la normativa..... 163

4. i servizi pubblici secondo il diritto Europeo alla luce dell'in-house.....168

5. Una panoramica comparata: analogie e differenze

tra il modello dei servizi pubblici locali italiano e quello tedesco.....173

Sezione IV, Le cosiddette autonomie funzionali

1. Il concetto di autonomia funzionale e l'influenza della sussidiarietà orizzontale..... 180

2. Le Camere di Commercio: dinamiche normative..... 186

3. Le Camere di Commercio:

i profili specifici espressione della sussidiarietà orizzontale..... 193

4. Le Università degli Studi..... 195

Conclusioni..... 201

Ringraziamenti..... 207

Bibliografia e sitografia.....208

.

INTRODUZIONE

“Abbiamo bisogno dello Stato e delle sue leggi per far sì che gli inevitabili limiti della libertà dei cittadini siano uguali per tutti.”

(Karl Popper)

Poche tematiche sono una costante nella tradizione giuridica Occidentale, in special modo di *Civil Law*, come il rapporto tra Stato e Cittadino.

Nato concettualmente dopo la Pace di Westfalia, lo Stato Moderno è stata la stella polare lungo cui sono stati elaborati tutti gli ambiti giuspubblicistici presenti nella nostra tradizione legale: il Diritto Internazionale, il Diritto Pubblico, il Diritto Amministrativo e anche il Diritto Penale hanno tutti preso come fondamento l'idea di un'entità sovraordinata a cui ricondurre i pubblici poteri.

Lo Stato Moderno, frutto del graduale superamento dell'organizzazione polverizzata feudale, si è costruito attraverso l'istituzione di un centro decisionale effettivo preminente rispetto ai vecchi poteri dell'*ancien régime*.

Questo accentramento si è indirizzato verso molteplici direzioni:

- **Extragiuridiche:** ad esempio geografiche, con la nomina di una città come capitale del Regno, presupposto imprescindibile per la creazione di una corte permanente composta da amministratori fedeli alla Corona;
- **Giuridiche:** attraverso l'elaborazione della teoria del Re *Legibus Solutus*, sciolto da ogni vincolo salvo quelli divini e nettamente sovraordinato rispetto agli altri poteri presenti;
- **Economiche:** con lo sviluppo delle prime teorie economiche moderne e razionali come quella del Colbertismo in Francia.

Nell'ambito della tradizione di *Civil Law* possiamo senza dubbio citare come esempio di assolutismo la Francia che, con il *re Sole* Luigi XIV(1638-1715), istituzionalizzò queste tendenze unitarie fino a renderle parti integranti del disegno organizzativo transalpino, adottando per prima schemi riconducibili al concetto di Stato moderno.

La sfera fattuale, a cui possiamo ricondurre il potere, non è priva di apporti giuridici e filosofici, Luigi XIV fu fortemente influenzato nelle sue azioni dalle elaborazioni di Jean Bodin (1529-1556) e Thomas Hobbes(1588-1679) che, rispettivamente, all'interno dei “*Les Six Livres de la République*” e del “Leviatano” teorizzarono la necessità di giungere ad una costruzione statuale improntata all'assolutismo in quanto “La monarchia pura assoluta è lo stato più sicuro e, senza confronto, il migliore di tutti” e “Questa è l'origine del grande Leviatano, o meglio, per parlare con più riverenza, di quel dio naturale al quale noi dobbiamo, al di sotto del Dio immortale, la

nostra pace e la nostra difesa. Infatti con l'autorità concessa a lui da ogni singolo individuo nello stato egli possiede tanto potere e tanta forza, che gli sono stati conferiti, che col terrore così ispirato è in condizione di ridurre tutte le volontà di essi alla pace in patria e al reciproco aiuto contro i loro nemici esterni”.

L'esigenza, pertanto, di rafforzare la statualità sarà una costante di ogni regnante in Europa dalla seconda metà del Seicento in avanti e il difficile equilibrio tra poteri in possesso dell'autorità e diritti riconosciuti agli individui, per legge naturale o positiva, diverrà ben presto una delle principali cause di violenza sia nel Vecchio che nel Nuovo Continente.

Prima del re Sole in Inghilterra Re Giacomo I di Inghilterra(1566-1725) e, soprattutto, re Carlo I Stuart(1600-1649) provarono a introdurre schemi e dettami assolutistici in campo fiscale e militare ma si scontrarono aspramente con le resistenze culturali inglesi, da sempre ostili ad un potere sovrano illimitato, prima per mezzo dei feudatari (*Magna Charta Libertatum* 1215) e, successivamente, con l'opposizione dei ceti borghesi in ascesa in grado di sconfiggere le pretese ritenute tiranniche e ad instaurare una monarchia Costituzionale.

Curiosamente gli stessi diritti individuali oggetto del contendere furono, a loro volta, negati dagli inglesi agli abitanti delle colonie avviando, circa un secolo e mezzo dopo, la Rivoluzione Americana (1775-1783); i rivoluzionari nord-americani decisero di non rispettare le imposte disposte dal Re Giorgio III (1738-1820) in quanto privi di rappresentanza presso la Corte di Re Giorgio III, secondo un motto passato alla storia per cui “*No Taxation Without Representation*”. I rivoluzionari americani manifestarono il desiderio di ricevere un trattamento in qualche modo equiparabile a quello degli abitanti inglesi, ma le resistenze britanniche avviarono un conflitto lungo otto anni, chiuso con il riconoscimento dell'indipendenza delle Tredici Colonie da Londra.

Possiamo quindi scorgere come oggetto delle resistenze prima dei cittadini inglesi e poi dei coloni americani non fosse la necessità o lo scopo del prelievo fiscale quanto, e piuttosto, le sue modalità; questa visione, che sottende una naturale repulsione verso poteri assoluti, diverrà ben presto uno dei principali elementi costitutivi del patrimonio costituzionale di *Common Law*, ponendo le basi per lo sviluppo concreto del pensiero razionale liberale.

In Europa, proprio tornando al caso francese, possiamo osservare come alla fine del Settecento si verificò una rottura netta degli equilibri istituzionali con l'ascesa della borghesia, letteralmente sulle ceneri dell'*Ancien Régime*, dopo aver fatto rotolare la testa del Re Luigi XVI in una rivoluzione violenta che si contrappone come modello a quella “conservatrice” britannica che, proprio come il moto dei corpi celesti compie un percorso volto a tornare al suo punto di partenza: il rispetto dei diritti individuali e il rigetto delle velleità assolutistiche dei sovrani.

La rivoluzione Francese, nata per rimuovere gli odiosi privilegi feudali, non arrestò il progressivo accentramento delle funzioni pubbliche sul continente ma si limitò, semplicemente, a mutarne alcune caratteristiche: se in precedenza un embrione di compiti definibili come amministrativi era svolto da nobili o attendenti regi, a seguito della Rivoluzione gli stessi compiti furono espletati anche da borghesi, inquadrati in un apparato sempre più simile ad uno propriamente burocratico.

Molti frutti dell'esperienza rivoluzionaria furono esportati sulle baionette da Napoleone Bonaparte lungo le sue conquiste in Europa: il positivismo con annessa certezza del diritto, il principio di uguaglianza formale e l'idea di Stato-Nazione si diffusero ben presto nel Vecchio Continente, spesso salutati con entusiasmo dalle popolazioni locali.

Un solo esempio sarà lampante: la Costituzione Francese del 1791 introdusse nel patrimonio costituzionale europeo l'unità e indivisibilità dello Stato (Titolo II, Art. 1 "*Le Royaume est un et indivisible*") e lo stesso concetto, riprodotto quasi testualmente, troverà ingresso nella Costituzione Italiana del 1948 all'articolo 5 ("La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali), nella Costituzione Portoghese del 1976 all'articolo 3 Comma I (*A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.*) e in quella Spagnola del 1978 all'articolo 2 (*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.*)

Al termine di questo processo le tradizioni di *Civil Law* e di *Common Law*, già separate da diversi secoli di storia, presero direzioni opposte: nel primo caso lo Stato moderno divenne il presupposto per l'istituzione di uno Stato di Diritto, mentre negli ordinamenti anglosassoni lo Stato di Diritto è elemento pregresso allo Stato Moderno, sorto per stratificazione su di esso.

Le Rivoluzioni borghesi lasciarono tuttavia scoperta una questione che diverrà ben presto centrale tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, rappresentata dal rapporto tra le masse e i pubblici poteri.

Il modello culturale uscito trionfante dal XVIII secolo fu infatti quello liberista, fortemente ostile a rapporti mediati tra l'individuo e lo Stato; questa concezione, formatasi dopo decenni di diffidenza verso le corporazioni medioevali, determinò una razionalizzazione in senso restrittivo delle funzioni pubbliche, strumentali solo a garantire l'ordine pubblico interno e la sicurezza dei confini.

Ben presto, tuttavia, le contraddizioni di cui era frutto questo impianto teorico iniziarono ad esplodere.

L'attribuzione al popolo dell'esercizio della Sovranità entrò fortemente in contrasto con il diritto di elettorato attivo riconosciuto unicamente ai cittadini muniti di determinati requisiti

(impressionante il dato italiano del 1848 pari al 1,98% della popolazione), le masse iniziarono ad acquisire una coscienza propria e si diffusero movimenti politici a forte connotazione sociale, ispirate dalla religione o dalle nuove ideologie socialiste.

Lo Stato liberale si chiuse in se stesso per arginare i violenti tumulti usando la forza e, indirettamente, aprendo la strada ad uno dei periodi più bui della storia dell'uomo: il totalitarismo, lucidamente anticipato nella sua analisi da Hegel.

Facendo leva proprio su quelle contraddizioni su cui era stato costruito lo Stato Moderno, in Russia, in Germania e in Italia si diffusero e presero il potere frange estremiste dei movimenti sociali, determinando un rinnovato ampliamento delle funzioni pubbliche e un collasso dello Stato di diritto di matrice liberale.

I vari ordinamenti europei si adattarono in modo diverso alle nuove esigenze, in Germania e in Italia le Costituzioni precedenti sopravvissero acquisendo, tuttavia, una ruolo meramente formale con l'adozione di misure incompatibili con il loro spirito originario, in Unione Sovietica furono approvate una serie di Costituzioni (la più innovativa per contenuto fu quella del 1936) che determinarono la nascita di una tradizione legale diversa, estesa poi a tutte le Repubbliche Sovietiche e, almeno in Europa, tramontata con il collasso delle economie a socialismo reale nel 1991.

Gli ordinamenti totalitari orientarono la loro attività verso un marcato intervento nell'economia, accentuato dalla crisi del 1929 che sembrava a tutti gli effetti il tramonto del libero mercato, e in tutti gli altri settori della vita umana con un ampliamento del raggio di azione dei pubblici poteri all'attività bancaria, ai servizi pubblici e all'educazione; anche negli Stati anglosassoni si verificò un fenomeno simile, seppur indotto dall'esigenza di salvare lo Stato di Diritto coniugandolo con le nuove istanze sociali, e soprattutto negli Stati Uniti la pretesa di neutralità dei pubblici poteri si sgretolò con l'istituzione di numerose agenzie Federali, preordinate alla regolazione di alcuni ambiti ritenuti di interesse generale e muniti di poteri "speciali" rispetto al diritto privato.

Lo Stato interventista sopravvisse in Europa al crollo dei Totalitarismi e divenne centrale fino agli anni Ottanta.

In Italia, ad esempio, fu istituito un sistema composito retto nel vertice da due comitati interministeriali (Comitato interministeriale per la programmazione economica- CIPE- e il Comitato interministeriale per la politica industriale- CIPI) con poteri di vigilanza e di direttiva nei confronti degli enti di gestione delle partecipazioni statali, enti pubblici economici con funzione di *holding* delle partecipazioni e cerniera tra le decisioni politiche e le attività private compiute dalle società pubbliche.

L'assetto interventista aveva alla base un fondamento culturale, di cui erano diretta espressione i vari movimenti sociali presenti in Europa, basato sulla cosiddetta "socialdemocrazia", un

filone teorico secondo cui i pubblici poteri sono investiti del compito di rimuovere gli ostacoli posti allo sviluppo della persona umana, incidendo anche in aree diverse da quelle tradizionalmente riconnesse all'orientamento culturale liberale.

La socialdemocrazia, estrinsecata in economia dall'adozione dei modelli Keynesiani e in campo giuridico da un *favor* manifestato nei confronti dei diritti sociali, entrò in crisi con l'emergere della Stagflazione, un fenomeno economico in grado di annullare gli interventi pianificatori pubblici.

Lo Stato interventista si convertì pertanto in Stato Regolatore attraverso il recupero di moduli liberali e la cessazione di molti suoi interventi diretti (*Rolling Back the State*), con processi prima di privatizzazione e poi di liberalizzazione di numerosi mercati tra gli anni Ottanta e Novanta; in Italia il fenomeno interessò, ad esempio, la gestione del credito o l'erogazione di vari servizi pubblici (energia e trasporti) mediante la dismissione dei patrimoni delle *holding* pubbliche e il ritorno ad una dimensione privatistica di questi settori.

Il nuovo sistema, frutto in campo economico e giuridico della scuola di Chicago, determinò una rinnovata contrazione dei pubblici poteri con la creazione di una *Governance* sempre più multilivello, distinta in molteplici centri decisionali di tipo nazionale e sovranazionale.

La polverizzazione in atto, che oggi non sembra essere stata in alcun modo arrestata, riguarda non solo ambiti prettamente economici, da sempre più "sensibili" ad una dimensione internazionale, ma anche quelli a carattere giuridico con il peso via via più intenso rivestito dai vari organismi internazionali come il Fondo Monetario Internazionale o, in Europa, le istituzioni della Banca Centrale Europea e della Commissione Europea.

Accanto ad una salutare e rinnovata attenzione per le esigenze dell'individuo, frutto della *Economic Analysis of Law* di Chicago di cui, ad esempio, la legge 241/90 può essere considerata una diretta derivazione, la dottrina giuspubblicistica non ha tuttavia messo adeguatamente in luce le implicazioni potenzialmente dannose di questo indirizzo, sempre più incline a svuotare di ogni significato la statualità e la comunità.

In questo contesto il principio di sussidiarietà può rivelarsi un principio regolatore proprio di quei conflitti sempre più evidenti, da un lato nel rapporto tra i vari attori pubblici nazionali e tra questi e quelli Sovranazionali, dall'altro come chiave ermeneutica nella relazione tra pubblici poteri nel loro complesso e il cittadino; in particolare, il principio di sussidiarietà nella sua espressione orizzontale, come vedremo, acquisisce un ruolo fondamentale nell'attuale dibattito giuridico per l'immensa valenza assiologica sprigionata.

Se appare certa oggi la necessità di mutare alcuni dei nostri paradigmi giuridici per rispondere meglio alle sfide del nostro tempo, adattando l'ordinamento ai cambiamenti della società, occorre interrogarci in primo luogo sul come agire e, come spero di aver dimostrato in questa

breve trattazione, partire sempre da soluzioni in linea con la nostra tradizione di *Civil Law*, in cui i principi sono sempre stati l'elemento da cui partire per analizzare e costruire la realtà.

La disgregazione dell'Impero Romano, il recupero di un'idea pubblicistica attraverso gli Stati moderni, la creazione di una società basata sullo Stato di Diritto e, purtroppo, l'ascesa dei totalitarismi sono un retaggio che non può essere dimenticato e l'obbiettivo, pertanto, di questo documento sarà quello di dimostrare come, attraverso un'analisi deduttiva, il principio di sussidiarietà orizzontale possa assurgere al ruolo di stella polare nei rapporti tra i pubblici poteri e cittadini all'interno di un *Welfare* integrato, non antagonista, dove gli individui non siano solo ricettori passivi di decisioni prese da altri ma, al contrario, possano diventare attori vivi su quella definita da Cassese come "Arena Pubblica".

L'alternativa è finire vittima di modelli alieni che, prescindendo da presunti "nazionalismi" giuridici, comportino il rischio di delineare una prospettiva incompatibile con il nostro corpo sociale, causando fenomeni di rigetto dolorosi.

Questa sfida sarà la prossima sfida a cui noi giuristi saremo chiamati e ognuno sarà tenuto a dare la sua parte.

CAPITOLO 1

Le origini del principio di sussidiarietà

Sommario: 1 Le matrici culturali della sussidiarietà orizzontale; 2. Il pensiero liberale; 2.1 Alcune critiche al pensiero liberale; 3 La dottrina sociale cattolica.; 3.1 Alcune riflessioni sulla dottrina sociale Cattolica; 4 L'approccio federalista; 4.1 L'esperienza Europea; 5. Conclusioni interlocutorie

Il principio di sussidiarietà “da un punto di vista etico-politico (...) si presenta come un principio ricchissimo, paragonabile, per la sua forza dirompente, al principio della separazione dei poteri, al momento della sua prima apparizione storica “¹.

Se, come abbiamo affermato all'interno della introduzione, il principio di sussidiarietà orizzontale gode di un ruolo di primo piano all'interno del contesto legale attuale occorre, in primo luogo, partire da una sua preliminare definizione per, poi, analizzarne le varie trasposizioni all'interno del nostro ordinamento e le diverse applicazioni empiriche.

Lo sforzo definitorio non è certo estraneo all'interprete ma, proprio all'interno dell'ambito della sussidiarietà, acquisisce una complessità notevole; Luisa Duarte, docente portoghese di Diritto Costituzionale, individua ben 30 significati associabili alla sussidiarietà², altra dottrina ne mette in luce la sua mera valenza procedurale³, mentre altri illustri studiosi pongono in risalto soprattutto la valenza relazionale e, al tempo stesso, giuridicamente impegnativa⁴.

Partendo da un'analisi prettamente lessicale possiamo vedere come il termine sussidiarietà derivi dal latino “*Subsidium*”, a sua volta figlio dal verbo “*Subsidere*”, che in epoca romana esprimeva l'idea di “fermarsi o sedere” e nel linguaggio militare indicava le “truppe di riserva”, più precisamente i triari, lancieri veterani pronti ad entrare in battaglia nei momenti critici.

All'interno del linguaggio italiano il termine sussidiarietà ha in parte mantenuto questa connotazione, individuando in senso materiale l'assistenza e l'aiuto e in senso figurato l'idea di qualcosa di secondario o accessorio, mentre nel linguaggio giuridico, a tutti gli effetti *species*

¹ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, da <http://www.consiglio.regione.lombardia.it/>

² C. BLANCO DE MORAIS, *La dimensione interna del principio di sussidiarietà nell'ordinamento portoghese*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*, (a cura di) A. R., L. C. - R. S., Padova Cedam 1999, p. 92.

³ G. UGO RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, fascicolo 1, 2002, pp. 47 e sgg.

⁴ A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, Giappichelli Torino 2013, pp. 203 e sgg.

della lingua italiana, il termine sussidiario è usato sia come aggettivo sia come avverbio, proprio per indicare qualcosa di accessorio o, e questo è il riferimento più usato in dottrina e nella legislazione, di suppletivo, affine ai concetti di supplementarietà o complementarietà.

La sussidiarietà può, quindi, trovare applicazione o come principio nella allocazione delle funzioni pubblicistiche fra diversi livelli di governo in un sistema policentrico o come chiave interpretativa nei rapporti tra pubblici poteri e individui e, proprio in base a questa distinzione funzionale, la dottrina usa distinguere tra una sussidiarietà verticale e una orizzontale⁵.

Nel nostro ordinamento dopo una riflessione più breve rispetto all'esperienza di altri Stati, ad esempio in Germania fin dagli anni Cinquanta il dibattito è stato molto animato, entrambe le espressioni del principio sono state recepite a livello costituzionale all'interno dell'articolo 118, nella più ampia riforma del Titolo V della Costituzione, compiuta all'interno della XIII Legislatura soprattutto con la legge costituzionale 3/2001.

Il clima in cui è avvenuto questo mutamento istituzionale era volto a superare quegli scogli in cui era naufragato il precedente impianto regionale, introdotto negli anni Settanta dopo due decenni di immobilismo politico; l'idea di fondo dietro la riforma era quella di valorizzare le autonomie sub-statali nel tentativo di improntare l'ordinamento, nel suo complesso, ad una impostazione federalista, rinnovando l'assetto istituzionale profondamente screditato dalla crisi della cosiddetta Prima Repubblica.

La modifica del Titolo V, anticipata già nel 1997 dal federalismo a Costituzione invariata con la prima legge Bassanini⁶ che introdusse a livello legislativo il principio di sussidiarietà, ebbe un'impostazione federale soltanto apparente: pur attribuendo una competenza residuale alle Regioni⁷, tecnica di riparto delle competenze tipica degli Stati federali, non fu loro garantito alcun potere tipico di uno Stato⁸, la seconda Camera fu mantenuta affine qualitativamente alla prima⁹, le Regioni continuarono ad avere uno scarso impatto all'interno dei procedimenti di revisione Costituzionale¹⁰ e la natura giuridica degli Statuti Regionali non fu equiparata a quella dei documenti propri degli Stati federati, vere e proprie Costituzioni con diritti e doveri¹¹.

⁵ Autorevole dottrina opera una distinzione terminologica, qualificando la sussidiarietà verticale come "istituzionale", in quanto legata alla funzione amministrativa, e quella orizzontale "sociale" in virtù della sua valenza etica. Cfr. G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, in *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 2009, pp.2 e sgg.

⁶ Legge 59/1997.

⁷ Articolo 117 Comma IV della Costituzione.

⁸ L'art. 117 comma IX della Costituzione specifica, ad esempio, come gli accordi esteri debbano essere stipulati "nei casi e con le forme disciplinati dalla legge dello Stato" e la disciplina attuativa, la legge La Loggia 131/03, nega alle Regioni la facoltà di adottare accordi esteri in conflitto con la politica estera nazionale.

⁹ Il Senato è eletto su base regionale (Articolo 57 comma I della Costituzione) ma non si rinvengono differenze di alcun tipo a carattere sostanziale con la Camera contrariamente agli esempi Statunitensi o Tedeschi

¹⁰ È riconosciuto solo il potere a cinque Consigli Regionali di promuovere un referendum approvativo sulle leggi Costituzionali approvate con una maggioranza inferiore ai due terzi (articolo 138 comma II della Costituzione)

¹¹ Per quanto riguarda il diritto di voto ai cittadini extracomunitari nelle elezioni comunali, ad esempio, la Corte Costituzionale ha ritenuto in più occasione legittimo solo un'attività di promozione da parte delle Regioni; emblematica è la sentenza 372/04 avente ad oggetto l'articolo 3 comma VI dello Statuto della Regione Toscana

Nella ricerca di un equilibrio fra le naturali tensioni tra autonomia e unità nazionale il principio di sussidiarietà ha ricevuto un'attenzione notevole, assolvendo nella sua dimensione verticale alla funzione di criterio per l'allocazione delle funzioni amministrative¹² e come canone per l'esercizio dei poteri sostitutivi riconosciuti in capo allo Stato proprio per tutelare le esigenze di unità¹³, mentre nella sua dimensione orizzontale è stato identificato come punto di equilibrio nel rapporto tra pubblico e privato, instaurando un regime di vera e propria eccezione dell'intervento dei pubblici poteri nello svolgimento di attività di interesse generale¹⁴.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, legato come abbiamo detto alla relazione tra autorità e autonomia privata, nello specifico è stato poi oggetto dei contrasti dottrinali più aspri nella misura in cui il riferimento letterale costituzionale (“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.”) non risulta né sufficientemente preciso sotto il contenuto, né chiarisce quella serie di implicazioni necessarie per assicurare piena effettività al precetto¹⁵: tematiche quali la sua valenza, programmatica o immediatamente precettiva, il suo ambito elettivo nonché le modalità applicative sono state oggetto di una continua dialettica tra studiosi e giurisprudenza, molto più dell'espressione verticale dell'analogo principio, recepito pienamente a seguito della procedimentalizzazione con la sentenza 303 del 2003.

Il principale obiettivo della seguente trattazione e, specificatamente, di questo capitolo sarà per l'appunto capire la fisionomia della sussidiarietà orizzontale, le sue origini e le ragioni dietro tutto questo fervido dibattito, nazionale e internazionale.

1. Le matrici culturali della sussidiarietà orizzontale

La definizione prospettata della sussidiarietà, ancora piuttosto vaga, da un lato come guida nei rapporti tra le diverse articolazioni statali e dall'altro tra il soggetto pubblico, nel suo complesso, e i privati, rivela il carattere intrinsecamente relazionale del principio, con una precisa fisionomia frutto di teorie politiche e filosofiche.

¹² Articolo 118 comma I della Costituzione

¹³ Articolo 120 comma II della Costituzione

¹⁴ Tra i tanti, A. RINELLA *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, in *Sussidiarietà e ordinamenti Costituzionali*, (a cura di) A.R., L. C. – R. S., Padova, Cedam 1999 pp. 2 e sgg, A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit. pp. 203 e sgg. e G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., pp. 69 e sgg.; tra le voci critiche G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., pp. 9 e sgg.

¹⁵ Come vedremo animati contrasti sorsero già in sede Legislativa fin dalla Commissione Bicamerale. La molteplicità di significati associata alla sussidiarietà orizzontale ne ha, infatti, sempre determinato una pluralità di definizioni, talvolta in radicale contrasti fra loro.

Le matrici culturali inquadrabili, secondo la dottrina¹⁶, sono tre: il pensiero liberale, la teoria sociale cattolica e l'esperienza federale.

Accanto a questi indirizzi possiamo comunque scorgere alcune premesse culturali: secondo taluni autori, infatti, la nascita della sussidiarietà orizzontale è stata in qualche modo anticipata già da Aristotele che, criticando l'impianto fortemente "pubblicistico" del maestro Platone, analizzò la struttura del potere allora presente valorizzando un ruolo suppletivo, proprio per citare una delle accezioni della sussidiarietà, della città (πόλις) nei confronti della famiglia (οἶκος)¹⁷.

Aristotele, pur riconoscendo in capo alla città l'attitudine a raggiungere la cosiddetta "Autarchia", fu nettamente contrario all'attribuzione di compiti legati alla "vita di tutti i giorni" alle strutture di vertice, garantendo una sorta di autonomia o indipendenza per questa tipologia di affari alle comunità più prossime all'individuo: la famiglia, per l'appunto, e il villaggio.

Lo Stato può e, anzi, deve esercitare le funzioni pubbliche riguardanti la difesa, l'ordine, la giustizia e le finanze, ma non può in alcun modo alterare quella sfera individuale riconosciuta al cittadino, in quanto "ciò che è presentato come il massimo bene delle città distrugge le città stesse in quanto tali"¹⁸ e si risolve in dispotismo.

Il bene comune, categoria comunque esistente secondo Aristotele e nettamente distinta dall'ambito individuale, non è legittimato ad appropriarsi di aree naturalmente non sue e sono evidenti le analogie con il principio di sussidiarietà orizzontale, seppur temperate dall'assenza di uno Stato moderno e di un regime di Stato di Diritto perché, ricordiamo, il filosofo greco si interessò solo delle aspirazioni delle famiglie e degli individui declinate secondo una visione patriarcale di Città-Stato, in cui il cittadino coincideva con il componente maschile della famiglia e manchi un organo istituzionale più complesso rispetto al centro urbano¹⁹.

Sempre tra le elaborazioni prodromiche allo sviluppo concettuale del principio di sussidiarietà, legate soprattutto alla sua accezione orizzontale, possiamo menzionare la Scolastica di Tommaso d'Aquino in cui, partendo da una visione organicistica, dove la società è vista come un corpo umano in cui ogni uomo ne rappresenta una parte, il filosofo cattolico perviene alla

¹⁶ A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit., p.77, A. D'ATENA *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in rivista italiana di *Diritto Pubblico comunitario*, Fascicolo 3-4 1997, pp. 607 e sgg., A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, cit., A. D'ATENA, *Costituzione e Principio di Sussidiarietà* in *Quaderni Costituzionali*, Fascicolo 1 2001, pp. 14 e sgg. F. VECCHIO, *Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, T. E. FROSINI, *Profili della Costituzionalità in senso orizzontale*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, fascicolo 1 2000, pp. 15 e sgg. e A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico* Fascicolo 1, 2002, pp. 51 e sgg.

¹⁷ A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, cit., pp. 2 e sgg. e F. VECCHIO, *ibidem*, cit.

¹⁸ F. VECCHIO, *Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà*, *ibidem*, cit. riporta la citazione.

¹⁹ Cfr. G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., p.6. sottolinea come la sussidiarietà moderna sia, *naturaliter*, collegata alla nascita dello Stato moderno.

conclusione secondo cui ogni individuo nasca libero e padrone del proprio destino, persona prima che cittadino.

Questa impronta, in fondo non dissimile da quella presente all'interno della più moderna teoria sociale cattolica, attribuisce un rango primario alla dignità umana e collega ai pubblici poteri solo e soltanto il ruolo di mezzo attraverso cui sviluppare la personalità umana, non solo con l'astensione dal compimento di certe attività, ma anche per mezzo dello svolgimento positivo di alcune funzioni, al contrario della concezione Aristotelica.

Brevi cenni meritano inoltre, a causa dell'importanza nel dibattito attuale, le elaborazioni tedesche in merito, soprattutto con riguardo alle tesi di Althusius ed Hegel.

Il primo nella *Politica Methodice Digesta* riprese molto dalla elaborazione di Aristotele, ritenendo che la società fosse un'organizzazione pluralista retta da patti o contratti a carattere politico, con il compito di circoscrivere le ingerenze dei livelli di governo più alti; questa visione, molto influenzata dall'elevata frammentazione politica e istituzionale tedesca di quei secoli, garantiva una tutela dei diversi corpi intermedi presenti nel territorio teutonico, legittimando interventi dell'autorità centrale solo in occasione di presupposti particolari.

Althusius, tuttavia, rispetto al filosofo greco trattò della sussidiarietà in un'accezione che ne ricorda molto la sua dimensione verticale, immaginando delle vere e proprie strutture pubbliche intermedie rette dal principio della "concordanza" (*"Einvernehmlichkeit"*), rispetto a quelle centrali munite di pubblici poteri e poste al riparo dalla loro invadenza pervasiva.

Al contrario Hegel, vedendo nella frammentazione secolare tedesca una delle cause dell'anarchia politica presente sul territorio, teorizzò un intenso intervento dei pubblici poteri nella sfera sociale, ritenendo che gli interessi individuali, se lasciati a sé stessi, comportano l'impossibilità di perseguire un interesse generale proficuo per la comunità nel suo insieme.

Il pensiero di Hegel fu in parte ripreso dalle esperienze totalitarie del Novecento e nega in radice qualsiasi dimensione alla sussidiarietà orizzontale, divenendone uno dei principali antagonisti. Esaurite queste nozioni preliminari possiamo, ora, concentrarci su quelle teorie definibili *strictu sensu* come matrici culturali della sussidiarietà, partendo dall'esperienza liberale e ponendo l'accento sugli aspetti orizzontali di questo principio e, quindi, sul rapporto tra Stato e società civile²⁰.

2. Il pensiero liberale

²⁰ Il concetto di società civile è paragonabile per la sua accezione fortemente polisensu al principio di sussidiarietà. Prescindendo da alcune analisi fortemente legate a precise connotazioni politiche, mi sto riferendo alle definizioni elaborate degli intellettuali organici, in questa sede si utilizzerà l'accezione plasmata da N. BOBBIO, *Società civile*, Torino Einaudi 2013 pp. 1 e sgg. La società civile, in questo quadro, rappresenterebbe la libera arena dal quale i partiti politici possono recepire le istanze sociali prodotti da gruppi autonomi e farle proprie; questa visione è forse più attuale nelle odierne società rispetto ad altre più rigide come quella di Antonio Gramsci che identifica la società civile nel luogo di scontro tra diversi gruppi sociali animati, ciascuno, da una propria "volontà collettiva". Un'interessante confronto fra le opere si ha all'indirizzo <http://www.italianieuropei.it>

“Il liberalismo teme la tirannia della maggioranza così come teme la tirannia dello Stato, dal momento che esso aspira alle libertà dell'individuo.” (Raymond Aron)

La prospettiva liberale è sicuramente uno dei più grandi traguardi raggiunti dalla riflessione culturale Occidentale e provare a definirla è compito assai arduo; in linea di massima per gli esponenti liberali l'uomo libero provvede ai propri interessi meglio di qualunque altra autorità e proprio la condizione di libertà, elevata a priorità assiologica, è l'elemento che permette un razionale sviluppo del genere umano.

Il liberalismo classico, nato al calar del XVII secolo grazie a John Locke e ad Adam Smith, osteggia le spinte autoritarie presenti in Europa Continentale e, attribuendo quasi una fiducia fideistica alle capacità individuali, mette in discussione l'assolutismo dei regnanti²¹, dando preminenza ad alcuni precisi diritti considerati come sacri e inviolabili²².

Il pensiero liberale si orienta sistematicamente verso un atteggiamento di forte diffidenza verso i pubblici poteri, nonché nei confronti dei corpi intermedi, ritenuti un freno alle innate capacità dell'individuo, con un rapporto bipolare, quando non esplicitamente antagonista²³, tra l'autorità e il cittadino; questa “antipatia” verso i pubblici poteri è da considerarsi uno dei primi filoni liberali legati alla sussidiarietà in età moderna, seppure sia stata sempre declinata con sfumature differenti dai vari studiosi.

Ad esempio all'interno della produzione culturale statunitense ben presto si affermò, a fine Settecento, un modello teorico fortemente chiuso ad ingerenze statali fondato sul mito della “amministrazione della fattoria” di Thomas Jefferson, proteso in particolar modo verso la tutela della libertà economica, ritenuta espressione della persona e, pertanto, da preservare²⁴.

All'interno del dibattito tedesco, ambiente da sempre molto legato alla sussidiarietà e all'esigenza di temperare autorità e libertà²⁵, prevalse più un indirizzo definibile come “Costituzionale”, volto ad individuare i presupposti che potessero giustificare l'azione pubblica e la conseguenziale compressione dell'autonomia privata.

²¹ Emblematica la querelle tra John Locke e Robert Filmer circa la natura dei poteri regi, dal secondo ricondotti addirittura ad Adamo e ai patriarchi e, per questo riflesso, di Dio

²² “Vita, Libertà e Proprietà” (espressione meglio conosciuta in inglese con “*Life, Liberty and Property*”) sono alla base del liberalismo; la proprietà, in particolare, ha acquisito un ruolo centrale nella produzione Costituzionale, con il riconoscimento del carattere della “sacralità” in quasi tutte le Carte Costituzionali dell'Ottocento a partire dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo Francese del 1789 all'art.17.

²³ Questo è in particolar modo affermato da A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., p. 60

²⁴ Cfr. G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., p. 19. mette in luce come il liberalismo nord-americano fosse contraddistinto da una vena più individualista rispetto a quella europea

²⁵ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p.14 e A. ALBANESE, *ibidem*, e A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, cit., pp. 10 e sgg.

L'accezione tedesca del liberalismo acquisisce quindi una dimensione meno antagonista e si concentrerà, soprattutto con Robert von Mohl, Georg Jellinek e Wilhelm von Humboldt, verso una identificazione del ruolo dello Stato attraverso due filoni: ciò che legittima l'intervento dei pubblici poteri e quali materie siano, per diritto naturale, oggetto dell'attenzione pubblica²⁶.

Per quanto riguarda il primo aspetto possiamo sottolineare come un tratto comune nella elaborazione tedesca sia rappresentato dalla convinzione secondo cui la necessità di intervento statale, vero e proprio obbligo²⁷, sia ravvisabile solo in presenza di ragioni a carattere eccezionale e temporaneo, fondate proprio sulla sussidiarietà; se così non fosse, per von Humboldt, ogni bisogno umano richiederebbe un'azione pubblica, in un processo di moltiplicazione infinita delle aree di intervento dello Stato.

La sussidiarietà orizzontale diviene, in questa ricostruzione, a un tempo vero e proprio principio ordinatore delle competenze tra pubblico e privato, una prospettiva molto simile a quella attuale scolpita nell'articolo 118 comma IV della Costituzione, e ad altro criterio di composizione dei conflitti, garantendo margini di manovra alla *longa manus* statale solo in presenza di situazioni potenzialmente definibili oggi come di "fallimenti del mercato": ove l'autonomia privata sia incapace, per ragioni contingenti quali ad esempio estemporanee crisi, di autoregolarsi è il soggetto pubblico a dover intervenire garantendo, poi, ai cittadini la possibilità di riprendere il controllo della situazione e di tornare ad essere i padroni sulla scena²⁸.

Il secondo profilo ruota attorno alle materie riconosciute appannaggio, *naturaliter*, dei pubblici poteri in virtù delle loro caratteristiche intrinseche.

L'ordine pubblico, la sicurezza nazionale e la tutela degli assetti proprietari, comprensivi del diritto di proprietà e della tutela della concorrenza, sono ambiti inidonei ad essere oggetto di attenzione da parte dell'autonomia privata in quanto legati all'intera collettività e privi di un interesse individuale percepibile immediatamente da tutti. La difesa dello Stato, ad esempio, potrebbe essere vista come una necessità dall'apparato amministrativo statale ma, se si risolvesse in una guerra combattuta concretamente da altre fasce sociali della popolazione, può essere osteggiata e ostacolata da alcuni individui.

²⁶ Cfr. G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., pp. 23 e sgg. Per l'Autore Mohl si contraddistingue per una visione più individualista dei pubblici poteri, funzionali al benessere morale e materiale del cittadino, von Humboldt sulla sussidiarietà come titolo di legittimazione dell'intervento statale e Jellinek ad alcuni obiettivi propri dello Stato.

²⁷ Pregevole per i suoi riflessi nella dottrina successiva è l'espressione forgiata da von Humboldt secondo cui lo Stato ha il compito di "rimuovere gli ostacoli "posti nel libero sviluppo della personalità dell'individuo. Curiosamente il concetto è stato poi fatto proprio più dai teorici organici o socialisti che da quelli liberali; T. E. FROSINI, *Profili della Costituzionalità in senso orizzontale*, cit., p. 20

²⁸ Cfr. G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., p. 21 e sgg. per notare una distinzione con il principio di proporzionalità. Quest'ultimo, infatti, "misura" l'intensità dell'azione pubblica ma non è utilizzabile per accertare la legittimità del suo fondamento; la sussidiarietà, al contrario, è "norma di competenza".

In buona sostanza, secondo i teorici liberali, lo Stato assume la funzione di garante degli interessi individuali, in un percorso che lo porterebbe alla integrale distruzione di se stesso, attraverso un processo al cui esito ognuno sia pienamente autosufficiente rispetto all'altro.

In Francia le sensibilità liberali non attecchirono mai come in Germania o nelle tradizioni Anglosassoni e, anzi, molte di queste istanze furono amalgamate con aspetti sociali forgiando, in special modo con Napoleone, le basi di uno Stato sociale.

Si rivela pertanto interessante l'analisi di Pierre-Joseph Proudhon che, seppur da una prospettiva in giovinezza decisamente anarchica e poi via via più sfumata e vicina ad idee federali, si interrogò sulle necessità del potere, croce e delizia di ogni società umana.

Per Proudhon il conflitto ontologico tra autorità e libertà può essere risolto in base ad un contratto tra gruppi sociali organizzati in cui siano definiti non solo le cause di intervento dell'autorità centrale, ma anche i suoi doveri, in una visuale senza dubbio positiva e non solo meramente difensiva come sviluppata ad esempio da Jefferson; la sussidiarietà diviene, secondo il filosofo francese, il fondamento e il limite dei pubblici poteri, da inserire in un sistema federale considerato il giusto equilibrio tra esigenze di libertà e di uguaglianza.

L'attenzione di matrice liberale per la condizione dell'individuo e il suo rapporto con lo Stato, seppur sconfitta dai Totalitarismi nel Novecento, è riemersa con particolar forza negli ultimi trent'anni in Europa con la Scuola di Friburgo teutonica e negli Stati Uniti con la Scuola di Chicago.

In Germania, patria come abbiamo già osservato del liberalismo costituzionale, molte idee liberali sono state rinnovate, coniugandole con le istanze sociali emerse nel XX Secolo, attraverso la cosiddetta economia sociale di mercato, alla base della società tedesca e oggi anche di quella Sovranazionale europea²⁹.

I pubblici poteri hanno il compito primario di regolare l'attività economica, non dirigendola ma garantendo una tutela degli assetti proprietari, concorrenza compresa; nel contempo, per recepire le già richiamate esigenze sociali, la Scuola di Friburgo si mostra aperta ad accettare un salario minimo o l'esenzione dall'applicazione delle imposte ai mezzi economici minimi per assicurare all'individuo una vita dignitosa (teoria del minimo vitale)³⁰.

La Scuola di Chicago, in qualche modo legata al pensiero fortemente antagonista fra Stato e cittadino Statunitense sviluppato per primo da Thomas Jefferson, ha al contrario perfezionato le teorie liberali classiche accentuando i concetti di massimizzazione di utilità e benefici

²⁹ L'odierno articolo 3 comma III del Trattato sull'Unione Europea recita: "l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico."

³⁰ Nei prossimi capitoli il risvolto sarà limpido alla luce di alcune pronunce tedesche degli ultimi decenni, inclini a collegare a quelle spese minime per l'esistenza una manifestazione della dignità umana.

individuali, associando all'amministrazione centrale il solo compito di intervenire in quegli ambiti come la sicurezza o l'ordine pubblico, già richiamati, inidonei alla gestione privata. Nel campo del diritto questo indirizzo è stato perseguito in particolar modo dalla analisi economica del diritto, fondata sia su un'analisi "descrittiva" delle norme, legata alla formulazione della norma e al tipo di effetti da essa prodotti, sia su una "normativa", ossia la sua incidenza nel sistema nel suo complesso e il suo grado di "appetibilità" manifestato dai consociati.

La sussidiarietà orizzontale assume in questi due contesti un ruolo molto diverso.

Nella Scuola di Friburgo l'intervento statale è riconosciuto come legittimo per riequilibrare situazioni di disagio espresse dal corpo sociale e la sussidiarietà orizzontale diviene fondamento dell'azione pubblica tollerabile dal sistema. Al contrario nella Scuola di Chicago sembra essere il fondamento della supremazia dell'individuo sugli apparati pubblici, in una prospettiva intrinsecamente negativa o difensiva, dove questi siano legittimati ad agire solo e soltanto in quelle materie per natura estranee alla sfera del singolo cittadino.

L'assetto, letteralmente rovesciato, tra i due contesti dipende in modo netto dal diverso percorso dei due modelli giuridici, nel caso europeo influenzato dai continui processi di scomposizione e aggregazione della statualità, anche in modo violento, mentre negli Stati Uniti legato alla rivoluzione contro il dominio inglese e dalla stipula di un contratto sociale originario sottoscritto da uomini privi del retaggio storico dei privilegi feudali e, pertanto, "uguali" fra loro³¹.

2.1 Alcune critiche al pensiero liberale

"In molte teorie economiche attuali gli esseri umani sono visti come rigidi massimizzatori di angusti interessi personali e, dato questo implacabile obbligo, il pessimismo riguardo alle riforme degli assetti sociali volti a ridurre l'ineguaglianza sarà davvero giustificato.

Però, non solo si può dire che questo modello dell'uomo è deprimente e desolante, ma vi sono ben poche prove che esso costituisca una buona rappresentazione della realtà.

Le persone sono influenzate non solo dalla percezione del loro interesse, ma anche, come dice

Albert Hirschman, dalle loro <passioni>"

(Amartya Sen)

³¹ G. VECCHIO, *Sussidiarietà orizzontale e principio di competenza nella riflessione di Antonio D'Atena. Una suggestiva lettura del rapporto pubblico-privato*, in *Scritti in Onore di Antonio D'Atena*, (promossi da) F. B. C., Milano Giuffrè 2015 Volume IV pp. 3164. Cfr. anche G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., p. 21 e P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, in *Studi sulla riforma costituzionale: itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, (a cura di) A. A. C., S. P. E. P. R., Torino Giappichelli 2001 pp.221

Il pensiero liberale ha influenzato come pochi la nostra società predicando la tolleranza, il rispetto per l'individuo e un'organizzazione pubblica fondata sulla ragione e non su dogmi.

In realtà il liberalismo, pur propugnando l'adesione a schemi razionali in cui lo Stato assuma una fisionomia neutrale rispetto agli interessi individuali, riflette una precisa tavola di valori in cui la vita, la libertà e la proprietà assumono una posizione preminente rispetto ad altri.

La pretesa di voler ricreare un assetto che sarebbe presente in natura senza l'assolutismo, per l'appunto la tutela dell'individuo e delle proiezioni della sua personalità, non ha alcun riferimento concreto in un'ipotetica situazione di stato di natura: a ben vedere, infatti, se ciò corrispondesse al vero non ci sarebbe in alcun modo bisogno di interventi da parte dei pubblici poteri, che, anzi, in una società liberale divengono essenziali ai fini del rispetto della concorrenza e del diritto di proprietà, ma tutti noi potremmo autoregolare le nostre disponibilità economiche in pace e in armonia.

L'impianto organizzativo dei pubblici poteri ora delineato manifesta tutta una serie di contraddizioni che, non a caso, ne segneranno la sua sconfitta e comporteranno l'inevitabile ascesa dei totalitarismi nel Novecento con una forte reazione proprio da quel popolo a cui, per i primi, il pensiero liberale aveva attribuito la sovranità.

Lo Stato, di fatto monoclasse borghese, si reggeva essenzialmente su una *fictio iuris* e fra i vari esempi, oltre all'elettorato attivo già menzionato nell'introduzione, possiamo ricordare l'assistenza pubblica agli indigenti, oggetto di un interessantissimo dibattito proprio nell'Ottocento.

Una visione autenticamente liberale prospetterebbe, in tal caso, l'assenza di intervento da parte dei pubblici poteri per mantenere gli indigenti, cittadini incapaci di provvedere a se stessi per loro mancanze, ma questo avrebbe probabilmente alienato alle autorità di allora il consenso di larghe fasce della popolazione; per questo perenne *deficit* di legittimazione, perfettamente compreso dagli intellettuali liberali, l'assistenza fu giustificata in Europa in un'ottica morale e di buone pratiche di una nazione civile³² creando una frattura tra teoria e prassi.

La sussidiarietà orizzontale delineata dagli esponenti liberali risente proprio di queste contraddizioni assumendo una fisionomia quasi unicamente negativa o difensiva di tutela di fronte all'invasione dei pubblici poteri, se non proprio di aperta contrapposizione; come

³² Soluzione diversa adottò, ancora una volta, la Francia che dall'epoca rivoluzionaria identificò l'assistenza sociale come uno strumento di consenso sociale; la Francia, già con Napoleone, avviò una netta secolarizzazione di questi servizi istituendo orfanotrofi e ospedali militari. Come vedremo più avanti una prospettiva più autenticamente liberale si coglie tutt'oggi nella società Statunitense dove si opera una distinzione tra *deserving poor* e *non deserving poor*; i primi sarebbero i cosiddetti "poveri meritevoli di tutela" da parte di privati e forze pubbliche, i secondi al contrario sono cittadini indigenti per loro scelta e non è opportuno assisterli.

vedremo più avanti all'interno della trattazione, questo principio può assumere nella realtà empirica una valenza anche positiva, con un vero e proprio dovere di intervento non più legato ad esigenze morali, come nel caso dell'assistenza agli indigenti appena riportato, ma pienamente giuridiche e censurabili in sede giurisdizionale.

L'esigenza di mutare in parte questi paradigmi, come detto riportati in *auge* con le teorie più recenti, sembra essere sempre più un tema all'ordine del giorno del dibattito dottrinale e in futuro ogni mutamento in merito influenzerà senza alcun dubbio la fisionomia della sussidiarietà orizzontale.

Quale natura questa assumerà sarà una domanda da porre ai prossimi studiosi, lecito però è prevedere una valorizzazione degli aspetti positivi o costruttivi come messo generalmente in luce da Amartya Sen³³ nella sua critica all'impianto attuale.

3. La dottrina sociale cattolica.

“Siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle ed assorbirle”.

(Il Pontefice Pio XI all'interno dell'enciclica “*Quadragesimo Anno*”)

La dottrina sociale cattolica è ritenuta dalla dottrina³⁴ una delle principali matrici del principio di sussidiarietà orizzontale.

L'attenzione per il rapporto tra i pubblici poteri e il cittadino era stata già analizzata in una prospettiva intimamente cattolica da Tommaso D'Aquino che, come osservato in precedenza, argomentò la necessaria preminenza dell'individuo e della dignità umana rispetto al potere secolare; proprio partendo da queste considerazioni alla fine dell'Ottocento si sviluppò la teoria sociale Cattolica muovendo le prime riflessioni dall'enciclica di Leone XIII “*Rerum Novarum*” (1891).

³³ Sen non si riferisce in termini compiuti alla sussidiarietà orizzontale ma, di fatto, la evoca trattando del rapporto tra pubblici poteri e cittadini, denigrando un impianto liberale che valorizzi solo gli aspetti negativi o difensivi di questo legame.

³⁴ Cfr. A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit. p.77, “*Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p.14, S. STAIANO, *Profili teorici della sussidiarietà orizzontale in Federalismi* numero 5 del 2006 pp. 1-29 e A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., p. 60. Interessanti spunti sono offerti dalla teologia, ricordiamo il *Compendio Della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2004 pp. 99 e sgg.

Il Pontefice, in un periodo scosso da violenti sussulti sociali, per la prima volta condannò gli eccessi liberali e la pretesa di neutralità dello Stato, invocando un intervento dei pubblici poteri per arrestare la povertà in cui versava larga parte della popolazione³⁵.

L'elemento maggiormente caratteristico di questa impostazione riguarda i rimedi prospettati dalla Chiesa Cattolica per far fronte alle dilaganti contrasti sociali, fondati su una "collaborazione tra tutte le forze"³⁶ attive all'interno della società; Leone XIII rigetta tanto le tesi liberiste più estreme, legate ad un'idea di neutralità dello Stato e di massimizzazione dell'utilità individuale, quanto gli assunti sviluppati dai nascenti movimenti socialisti quale, ad esempio, la lotta di classe³⁷.

Se lo Stato è legittimato ad agire per arginare i disagi sociali proprio in base alla sussidiarietà, identificata come un vero e proprio titolo abilitativo, emerge nell'Enciclica "*Rerum Novarum*" una concezione fortemente solidaristica del principio, che acquisisce in questa prima fase di elaborazione cattolica una dimensione positiva e costruttiva, differente rispetto a quella negativa o difensiva prevalente, ma non universale, nel pensiero liberale³⁸.

La dignità umana³⁹, stella polare della tradizione della Chiesa di Roma, è centrale nella società teorizzata da Leone XIII e, proprio grazie alla sussidiarietà, viene risolto un classico dilemma etico antichissimo.

La dignità presuppone libertà di scelta, autonomia e responsabilità personale, ma proprio la libertà può distruggere la dignità, potendo risolversi nella ricerca dell'egoismo, dell'edonismo e di altri sentimenti negativi umani; nel momento in cui, però, la dignità assume un'accezione solidaristica protesa alla cooperazione in un sistema pluralistico, improntato sia sul mutuo riconoscimento tra corpi intermedi e pubblici poteri, sia sul principio di sussidiarietà come fattore legittimante dell'azione statale, ci troviamo di fronte ad una vera e propria rotta impressa alle condotte umane, necessariamente guidate verso l'assistenza consapevole nei confronti del proprio vicino e garantite, in caso di insuccesso, dall'intervento dei pubblici poteri.

³⁵ (Estratto dal *Rerum Novarum*): "È dunque un errore grande e dannoso volere che lo Stato possa intervenire a suo talento nel santuario della famiglia. Certo, se qualche famiglia si trova per avventura in sì gravi strettezze che da sé stessa non le è affatto possibile uscirne, è giusto in tali frangenti l'intervento dei pubblici poteri, giacché ciascuna famiglia è parte del corpo sociale. Similmente in caso di gravi discordie nelle relazioni scambievoli tra i membri di una famiglia intervenga lo Stato e renda a ciascuno il suo, poiché questo non è usurpare i diritti dei cittadini, ma assicurarli e tutelarli secondo la retta giustizia. Qui però deve arrestarsi lo Stato; la natura non gli consente di andare oltre".

³⁶ Estratto della stessa enciclica; curiosamente questa espressione ricorda chiaramente la "concordanza" di Althusius.

³⁷ Secondo A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., p. 63 quest'opera fu influenzata in modo netto dal pensiero di Wilhelm Emmanuel von Ketteler, il "Vescovo Sociale" molto impegnato nella lotta cosiddetta "Questione Sociale".

³⁸ Abbiamo già osservato come von Humboldt, così come Proudhon, abbia in realtà una visione più attenta alle istanze sociali rispetto al rapporto Stato-Mercato, avvertito come primario da altri liberali come Jefferson

³⁹ L'accezione cattolica del termine è particolare ed è associata alla capacità della persona di formarsi autonomamente in modo responsabile, in un percorso individuale di crescita. Questa interpretazione, generalizzata ad esempio nel "Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa", può d'altronde essere sintetizzata dalla celebre frase "*Homo faber fortunae suae*".

Il Pontefice, riprendendo parte degli elementi costitutivi della società medioevale come le strutture intermedie, plasma un assetto policentrico in cui, proprio grazie alla sussidiarietà solidaristica, la libertà e l'uguaglianza non si trovano in conflitto ma sono ricomposti all'interno della dignità, tutelata in caso di fallimento dei singoli dall'intervento pubblico, visto come un'eccezione o, meglio, come un sostegno all'autonomia privata basata sulle famiglie.

Questa visione, in qualche modo il punto di (ri)partenza di un interesse cattolico nei riguardi della società, subirà una mutazione nel giro di soli quarant'anni con l'Enciclica "*Quadragesimo Anno*" (1931), promulgata dal Pontefice Pio XI.

Il contesto in cui è pubblicato il documento è ben diverso da quello della *Rerum Novarum* e vede i totalitarismi avanzare in tutta Europa a causa della crisi del 1929.

Se con Leone XIII il pensiero Cattolico sembra quasi esortare un intervento pubblico fondato sul principio di sussidiarietà orizzontale, con Pio XI si rinnova una netta critica nei confronti dei movimenti sociali e il nuovo Pontefice assume un atteggiamento di chiusura nei confronti dei pubblici poteri, percepiti sempre più come invadenti all'interno della sfera privata dell'individuo: la sussidiarietà orizzontale si avvicina, sotto molti aspetti, a quella liberale di matrice tedesca⁴⁰, con un'attenzione posta sui presupposti e sui limiti della sovranità che, quasi fosse una piovra, allungava i suoi tentacoli anche in ambiti fino ad allora prettamente privati come l'educazione familiare⁴¹.

La sussidiarietà diviene il carattere "<<naturale>> della comunità sociale (...), <<legge di azione sociale>> rispecchiante l'ordine gerarchico ontologico delle comunità umane", in una scala che parte dalla famiglia e perviene allo Stato, "entificazione della sussidiarietà"⁴².

La concezione teorizzata da Leone XIII e Pio XI diverrà una costante della filosofia sociale Cattolica successiva⁴³ attraverso la conservazione della duplicità di accezione della sussidiarietà, in grado, a seconda del contesto storico, di rivelare una natura flessibile e di adattarsi alle esigenze contingenti del momento⁴⁴.

3.1 Alcune riflessioni sulla dottrina sociale Cattolica

⁴⁰ A. D'ATENA, *Costituzione e Principio di Sussidiarietà*, cit. p. 15 e A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, cit., p. 18 sostengono la presenza di una convergenza tra liberalismo e dottrina sociale, tanto da utilizzare il termine di "liberalismo sociale".

⁴¹ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, cit., Come ricorda l'Autore, l'articolo 147 comma II del codice civile del 1942 addirittura imponeva che l'educazione fosse conforme al "sentimento nazionale fascista".

⁴² G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., p. 12.

⁴³ Possiamo ritrovare riferimenti al principio di sussidiarietà orizzontale all'interno delle Encicliche Giovanni XXIII, Paolo VI, Giovanni Paolo II e Benedetto XVI. È in particolare quest'ultimo, all'interno della Enciclica "*Deus Caritas Est*," a mettere l'accento sul ruolo di sostegno che i pubblici poteri devono assumere "Non uno Stato che regoli e domini tutto è ciò che ci occorre, ma invece uno Stato che generosamente riconosca e sostenga, nella linea del principio di sussidiarietà, le iniziative che sorgono dalle diverse forze sociali e uniscono spontaneità e vicinanza agli uomini bisognosi di aiuto." (par. 28 Let. B)

⁴⁴ A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, cit., p.21.

“Intervenendo direttamente e deresponsabilizzando la società, lo Stato assistenziale provoca la perdita di energie umane e l’aumento esagerato degli apparati pubblici, dominati da logiche burocratiche più che dalla preoccupazione di servire gli utenti, con enorme crescita delle spese”

(Giovanni Paolo II all’interno dell’Enciclica “*Centesimus Annus*”)

La dottrina sociale Cattolica rispetto al pensiero liberale si connota per una maggiore attenzione agli aspetti positivi o costruttivi della sussidiarietà, valorizzando i corpi intermedi considerati dai secondi un freno allo sviluppo umano.

I vari Pontefici, recuperando molto dell’impianto tomistico, tentano di costruire un sistema posto a metà strada fra un liberismo sfrenato, la cui proiezione istituzionale si stava configurando nei termini di uno stato autoritario, nazionale e laico, e i vari movimenti di sinistra che propugnavano con diverse sfumature la lotta di classe come soluzione alle iniquità sociali esistenti.

Il pensiero Cattolico si rivela, pertanto, come un vero e proprio crocevia fra le diverse istanze sostenendo la cooperazione in luogo della rivoluzione, con una collaborazione di tutti gli attori sulla scena in una prospettiva decisamente etica, per molti aspetti vicina a quella medioevale da cui si differenzia solo per una sfumatura più personalistica e meno organicistica.

Come sappiamo la storia prenderà nell’immediato un altro corso⁴⁵, la questione sociale affrontata dalle riflessioni cattoliche si scontrerà con i vari movimenti sociali di estrema destra o sinistra che, in un percorso prefigurato già da Hegel, costruiranno lo Stato totalitario il quale avrà in comune, paradossalmente, con la dottrina sociale Cattolica il carattere della marcata eticità, ma la cui natura sarà profondamente autoritaria e laica, come segnalato con preoccupazione e timore dallo stesso Pio XI all’interno delle due Encicliche “*Mit Brennender Sorge*” e “*Divini Redemptoris*”, promulgate entrambe nel 1937, nelle quali viene totalmente respinto l’approccio pervasivo adottato dal Nazismo in Germania e dal Comunismo in Unione Sovietica.

Dopo la II Guerra Mondiale la dottrina sociale Cattolica avrà maggiore fortuna in molti ordinamenti, inserendosi meglio nel nuovo contesto dello Stato sociale, più aperto ai movimenti sociali in precedenza tagliati fuori dalla vita politica dai vari gruppi totalitari al potere⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., p.10 specifica come nell’immediato, soprattutto con riguardo all’enciclica “*Rerum Novarum*”, il messaggio Cattolico risultò debole rispetto a quelli a più forte contenuto sociale di matrice laica e, spesso, autoritaria.

⁴⁶ Soprattutto Italia e Germania.

Illuminante è il dibattito emerso all'interno del nostro ordinamento, molto influenzato se non completamente assorbito dai movimenti sociali cattolici e di sinistra, nel dopoguerra e, in particolar modo, durante i lavori in sede Costituente.

Giorgio La Pira, cattolico popolare, sostenne con vigore durante i lavori della Prima Sottocommissione la necessità di plasmare una Costituzione, sì "intagliata" sul concreto corpo sociale, ma animata da una spiccata sensibilità pluralistica e democratica, fondata sulla dignità umana con un integrale rigetto tanto del liberalismo classico quanto dei totalitarismi recenti⁴⁷.

Questa visione, sostenuta tanto a destra quanto a sinistra con sfumature diverse⁴⁸, porterà all'approvazione di una Carta Costituzionale contraddistinta da venature fortemente sociali, in cui la dignità assume il rango di interesse supremo e inviolabile⁴⁹, preminente rispetto alle esigenze di tutti gli attori privati e pubblici sulla scena, dove l'assetto organizzativo della società è aperto ai corpi intermedi, visti come un luogo di realizzazione della persona umana⁵⁰, e con il riconoscimento della subordinazione dei diritti individuali ad esigenze a carattere sociale⁵¹.

La sussidiarietà orizzontale secondo la visione cattolica, seppur mai menzionata nella originaria Costituzione, sembra quasi aleggiare su tutto il documento⁵², realizzando davvero quelle comunità solidali fra loro garantite dall'intervento dei pubblici poteri in caso di fallimento delle loro azioni⁵³.

La crisi del *Welfare State* ha determinato una conseguenziale crisi del modello sociale cattolico, in difficoltà nelle realtà occidentali sempre più individualizzate e sempre più vicine, paradossalmente, alle idee liberali Ottocentesche.

⁴⁷ Adunanza della prima Sottocommissione del 8 Ottobre 46, resoconto sommario 201.

⁴⁸ Lelio Basso, socialista, affermò nell'Adunanza della Prima Sottocommissione il 10 settembre del 1946 "(...) Le Ideologie affiorate nel corso della discussione (...) riflettono, nonostante un tentativo di superamento, quelle di epoca individualista ormai passata (...) Lo Stato non è venuto prima della persona ma nemmeno la persona prima dello Stato, in quanto la persona non può esistere come tale senza la società nella quale vive (...). Lo Stato, come la famiglia e come tutte le altre forme di convivenza degli esseri umani, hanno il medesimo valore storico"(Resoconto sommario 24).Ancora Aldo Moro all'interno della Prima Sottocommissione sottolineò "(...) è effettivamente insostenibile la concezione liberale in materia economica, in quanto vi è necessità di un controllo in funzione dell'ordinamento più completo dell'economia mondiale, anche e soprattutto per raggiungere il maggior benessere possibile (...) Nello Stato Democratico non nascerà un totalitarismo né economico né politico. Lo Stato Fascista non era uno Stato Democratico, era anche nelle sue forme di controllo uno Stato delle classi capitalistiche, le quali non tutelavano gli interessi della collettività ma tutelavano gli interessi della classe che rappresentavano (...) Non è possibile permettere che gli egoismi si affermino ma è necessario porre la barriera dell'interesse collettivo come un orientamento e un controllo di carattere giuridico"(Resoconto Sommario 188). Cfr. a tal proposito V. CERULLI IRELLI E R. CAMELI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente*, da <http://www.astrid-online.it/>

⁴⁹ Articolo 3 comma I della Costituzione

⁵⁰ Articolo 2 della Costituzione

⁵¹ Qui è netto il rigetto dell'impostazione liberale secondo cui la proprietà era ritenuta "sacra e inviolabile" così come quella delle filosofie marxiste ideologicamente ostili all'iniziativa economica dei singoli.

⁵² S. STAIANO, *Profili teorici della sussidiarietà orizzontale*, cit., p.7 parla, ad esempio, di "seme che si nasconde".

⁵³ Cfr. A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit., e *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione Italiana*, cit. pp. 615 e sgg. che ricorda il ruolo assunto dalle disposizioni costituzionali in tema di famiglia(31) e confessioni religiose(8 comma II).

La perdita di rappresentatività dei corpi intermedi, ivi compresa la famiglia che nella tradizione Cattolica è considerata da sempre primaria nella società, ha infatti sfumato le prospettive solidaristiche legate alla sussidiarietà orizzontale, accentuando il dilemma etico tra dignità umana e libertà in precedenza risolto.

In questo nuovo scenario il pensiero Cattolico si è diviso tra chi guarda con favore alla necessità di recuperare la dimensione comunitaria⁵⁴ e chi, al contrario, pone l'attenzione soprattutto sul versante negativo della sussidiarietà orizzontale, imputando la degenerazione sociale attuale all'eccessivo statalismo presente per decenni nel nostro sistema⁵⁵.

In realtà questa prospettiva, come accennato da Sandro Staiano in “profili teorici della sussidiarietà orizzontale”, è viziata da un'impostazione ideologica di fondo ostile ai pubblici poteri e molto più affine, ad esempio, al liberalismo costituzionale che alla tradizione sociale cattolica per come ha sviluppato la sussidiarietà in un'ottica sia positiva sia negativa.

Nel contesto odierno, data la dimensione spiccatamente individualista assunta dalla società, assistiamo ad una prevalenza della libertà sulla dignità, tanto per utilizzare un'espressione celebre di questo filone culturale; sarebbe, forse, più funzionale a risolvere questo contrasto una “cura” dei corpi intermedi oggi sofferenti, famiglia compresa, e non un'ostilità all'autorità pubblica in quanto tale, più simile alla società statunitense che a quella europea e, in specie, italiana⁵⁶.

4. L'approccio federalista

“Il Federalismo rappresenta (...) Una sorta di fine della storia, in quanto risolve i conflitti considerati ancora insolubili per le generazioni successive”
(Pierre-Joseph Proudhon in “Del principio federativo”)

L'ultimo filone culturale connesso al principio di sussidiarietà è rappresentato dall'approccio federalista, una serie di teorie ed esperienze pratiche presenti in alcuni ordinamenti in cui la forma di stato assume un'impostazione decentrata.

⁵⁴ S. STAIANO, *Profili teorici della sussidiarietà orizzontale*, cit. pp. 7-8.

⁵⁵ F. GENTILE, ad esempio, in “*Il problema della burocrazia alla luce del principio di sussidiarietà*”, in “*Liberi di scegliere: dal Welfare State alla Welfare society*”, (a cura di) G. V., Parma, Etas 2002 pp. 16-41. Una posizione peraltro simile sembra assumere lo stesso Pontefice Giovanni Paolo II, come richiamato nella citazione ad inizio paragrafo.

⁵⁶ Pensare di poter combattere i contrasti sociali attuali, istituendo un nuovo sistema fondato sulla famiglia tradizionale, ignora il collasso subito anche da questa comunità intermedia. Un interessante spunto è offerto da A. CAMPANINI, *Famiglia o famiglie nel terzo Millennio*, in *Alternativas. Quadernos de Trabajo Social*, 2004, n. 12.

Lo Stato Moderno, il cui cammino, come abbiamo detto, prende le mosse dalla Pace di Westfalia nel 1648, trova una sua prima e compiuta realizzazione in Francia dopo la Rivoluzione con l'apertura dei nascenti apparati amministrativi anche a non aristocratici, in un nuovo disegno organizzativo che assume il nome di Burocrazia ("potere dell'ufficio", dal greco *Κρατος* unito al francese *Bureau*).

Lo Stato Francese diviene, in breve tempo, un vero e proprio modello istituzionale fondato su capillari articolazioni centrali, diffuse su tutto il territorio e poco orientate a garantire spazi di autonomia alle varie realtà locali; esempio calzante è l'istituto napoleonico della Prefettura, chiamato anche con enfasi "l'occhio del Governo", preordinato ad applicare le direttive del governo centrale e ad esercitare il controllo su ogni aspetto della vita amministrativa dei vari Dipartimenti in cui era suddiviso il Primo Impero Francese.

Questa prima forma di Stato Moderno sarà esportata da Napoleone Bonaparte durante le sue guerre, sopravvivendo al suo creatore e alla Restaurazione successiva, e sarà ripresa anche in Italia, soprattutto dopo l'unificazione della Penisola nel 1861.

In progresso di tempo si affiancherà al modello di stampo francese quello federale Nord-Americano, punto di arrivo di un processo giuridico in cui diversi Stati autonomi prima si impegnarono a costituire una Confederazione⁵⁷, munita di alcune prerogative comuni, e in un momento successivo istituirono una nuova entità statale caratterizzata da una sovranità originaria, con un proprio Governo, un unico Parlamento, una organizzazione giurisdizionale comune e via dicendo⁵⁸.

La Federazione degli Stati Uniti d'America nacque ufficialmente nel 1787⁵⁹, sebbene la Costituzione entrasse in vigore concretamente nel 1789, e divenne ben presto un punto di riferimento sia la garanzia dei diritti individuali inserita in un contesto decentrato⁶⁰, sia per il suo procedimento di formazione bifasico, diviso in un momento confederativo e in uno propriamente definibile come federale.

In Europa l'impianto in questione sboccherà lentamente a causa della predominanza dell'esempio francese e, solo a partire dalla metà dell'Ottocento, possiamo riscontrare la nascita delle prime federazioni come quella Svizzera nel 1848 o quella tedesca nel 1871.

⁵⁷ "Salda lega di amicizia per la difesa e il benessere comuni" è definita nella precedente esperienza istituzionale legata agli "Articoli di Confederazione e di unione perpetua" del 1777.

⁵⁸ Netta la contrapposizione fra gli "*Articles of Confederation*" del 1781 e la Costituzione Federale degli Stati Uniti del 1787, una veloce comparazione sarà illuminante: Article II of Articles of Confederation: "*Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled.*" Article I of Constitution of United States of America: "*All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.*"

⁵⁹ Influyente fu il contributo federalista di Alexander Hamilton, James Madison e John Jay con il periodico "*The Federalist*", utilizzato successivamente come vera e propria fonte ermeneutica nell'interpretazione della Costituzione dai giudici americani.

⁶⁰ Forse il più grande avvocato del sistema istituzionale americano può essere identificato, paradossalmente, in un europeo: Alexis de Tocqueville.

Prescindendo dall'approfondimento della variante dello Stato Regionale, ampiamente trattata da Antonio D'Atena⁶¹, possiamo vedere come l'assetto federale sia legato alla sussidiarietà soprattutto nella sua accezione verticale, nei termini sia di guida nell'allocazione dei poteri statuali, con un *favor* per le strutture pubbliche più vicine al cittadino, sia come criterio, anche censurabile in sede giurisdizionale, attraverso il quale mettere in discussione interventi esorbitanti dell'autorità centrale.

Questa visione, in qualche modo anticipata dal pensiero di Althusius e Proudhon espresso nei precedenti paragrafi, si svilupperà proprio nei due primordiali contesti dove il federalismo trovò per primo cittadinanza in Europa: in Germania l'approccio federale entrerà nel patrimonio costituzionale, tanto da trovare sempre applicazione nella esperienza pubblicistica teutonica salvo la tragica vicenda Nazista⁶², e in Svizzera il decentramento delle funzioni ha progressivamente assunto una funzione quasi pedagogica⁶³, in cui più il raggio dei pubblici poteri è ridotto e più il custode può essere sorvegliato dai cittadini custoditi.

La spiccata propensione per la dimensione verticale della sussidiarietà propria del federalismo non preclude, tuttavia, l'analisi di alcuni aspetti più propriamente riconducibili al rapporto tra Stato e cittadino e, quindi, alla sua dimensione orizzontale.

In primo luogo possiamo osservare come la nascita di un sistema federale necessiti di alcuni precisi presupposti legati alla relazione tra pubblici poteri e individui, fondati essenzialmente sull'assenza di pervasivi poteri pubblici; in Europa, dominata dall'idea francese di stato burocratico nato sulle ceneri dell'*Ancien Régime*, questa è stata la ragione di un certo ritardo nell'adozione di questo modello che, al contrario, nel Nuovo Continente era nato parallelamente alle strutture pubbliche, in un processo di costituzione simultanea di Stato moderno e unificazione nazionale.

Definire poi quale sia la "corretta" intensità dei poteri pubblici funzionale all'approccio federale è puro esercizio astratto, ogni ricostruzione dogmatica, infatti, deve essere poi calata in una realtà empirica e qui perde parte della propria purezza.

In generale, provando a individuare solo qualche coordinata strutturale, possiamo vedere come più ci siano sistemi di *checks and balances* e più si argini il pericolo di una degenerazione in senso autoritario del potere tesa ad annullare, come nel caso dei totalitarismi, la sfera di autonomia propria dei privati; sempre per citare il caso francese, la costruzione dello Stato fondata su una preminenza del potere Esecutivo, con relative articolazioni burocratiche, sugli altri può essere considerata una delle cause principali dietro lo scarso riconoscimento di una valorizzazione dei compiti degli individui.

⁶¹ A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit., pp.1 e sgg.

⁶² E non è un caso che uno dei primi provvedimenti assunti dal Terzo Reich fu diretto a sopprimere l'assetto federale per uno Stato fortemente centralizzato, presupposto imprescindibile per l'attuazione dei totalitarismi.

⁶³ Espressione coniata da A. D'ATENA, *Costituzione e Principio di Sussidiarietà*, cit., p. 17.

Oltre a questo si deve poi ammettere la possibilità, in casi da positivizzare, di intervento statale per rimuovere gli eventuali contrasti sociali prodotte proprio dalla libertà individuale: come infatti abbiamo visto, uno Stato eccessivamente neutrale rispetto agli interessi individuali tende ad avvitarci su sé stesso, rivelando un carattere autoritario incline al totalitarismo.

Negli Stati Uniti, ad esempio, la crisi del '29, che fu una delle principali concause dell'ascesa dei regimi dittatoriali in Europa, fu affrontata mettendo in discussione le politiche *laissez faire* con una serie di interventi massicci dello Stato nell'economia, messi a punto dall'allora Presidente Franklin Delano Roosevelt e passati alla storia con il nome di *New Deal*.

A tal fin si rivela, poi, determinante la presenza di un sistema democratico policentrico su cui l'approccio federale possa prosperare: se i pubblici poteri devono in qualche modo avere un raggio non assoluto, è necessario che il corpo civico sia in qualche modo disposto a "pagare" il prezzo dell'autonomia con un impegno individuale su base spontaneistica, nettamente differente dalle corporazioni europee istituzionalizzate⁶⁴.

4.1 L'esperienza Europea

“Insolubili sono diventati i molteplici problemi che avvelenano la vita internazionale del continente: tracciati dei confini a popolazione mista, difesa delle minoranze allogene, sbocco al mare dei paesi situati nell'interno, questione balcanica, questione irlandese, ecc., che troverebbero nella Federazione Europea la più semplice soluzione (...).”

(Altiero Spinelli, Manifesto di Ventotene)

La progressiva integrazione europea ha, in qualche modo, reinterpretato la sussidiarietà legandola al fondamento di un'ipotetica Federazione Europea.

Altiero Spinelli, padre nobile di questo nuovo indirizzo federalista, sottolineò come la ragione dell'instabilità europea fosse da individuare nel nazionalismo e, di conseguenza, nel perenne stato di guerra sul continente fra potenze da secoli rivali fra loro⁶⁵.

La creazione di un sistema su base federale avrebbe disinnescato sul nascere ogni velleità di conquista dei singoli popoli europei e avrebbe garantito, attraverso una Costituzione Europea, quella unità politica mancante nel Vecchio Continente fin dai tempi dell'Impero Romano.

⁶⁴ Cfr. P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, cit., p. 220 e C. MILLON-DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, Milano Giuffrè 2003, pp. 32 e sgg. G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., pp. 3 e sgg, ritiene che, al contrario, la sussidiarietà verticale preceda quella orizzontale e che la prima possa essere compatibile con ordinamenti totalitari, come nel caso Sovietico.

⁶⁵ Il Manifesto di Ventotene, redatto durante la prigionia dello stesso Spinelli, rappresenta senza alcun dubbio il più importante documento favorevole all'integrazione europea che sia stato mai realizzato.

Le teorie di Spinelli, per una serie di ragioni⁶⁶, non furono mai attuate integralmente, o dove si cercò di farlo hanno trovato uno scarso successo⁶⁷, e il nascente sistema sovranazionale europeo basato sulle tre Comunità⁶⁸ optò per un sistema istituzionale più realistico, improntato ad una integrazione funzionalista con una condivisione di tutti quei settori a rilevanza economica.

Questa scelta, non estranea alle forti resistenze dei singoli governi particolarmente “gelosi” della propria sovranità, non ha comunque rimosso i tentativi dei seguaci di Spinelli, come Jürgen Habermas e Joschka Fischer, di valorizzare la vocazione federale del sistema sovranazionale attribuendo, in particolare, un ruolo cruciale alla sussidiarietà, identificata come il punto di equilibrio tra le prerogative riconosciute e da riconoscere alle Comunità e quella da mantenere in capo ai singoli stati membri⁶⁹.

Il dibattito intellettuale ha poi indotto un primo riferimento al principio di sussidiarietà nell’Atto Unico Europeo del 1987, a livello ambientale *ex* articolo 130 R paragrafo 4⁷⁰, e un decisivo riconoscimento con il Trattato di Maastricht, sia all’interno del Preambolo, in cui i rappresentanti degli stati membri esternano la volontà di unirsi sempre più all’insegna della sussidiarietà⁷¹, sia in base all’articolo 3 B⁷², il cui contenuto è stato poi ripreso all’interno del Trattato di Lisbona, allargandolo anche alle entità sub-statali⁷³.

In seguito è stato poi approvato un apposito Protocollo sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità dove si “procedimentalizza” la sua attuazione⁷⁴, recependo una serie di proposte formulate da autorevole dottrina⁷⁵.

⁶⁶ In generale fra le cause più rilevanti possiamo menzionare le resistenze ideologiche di alcuni Stati che si sono susseguite nel tempo (prima la Francia di De Gaulle, poi il Regno Unito e oggi la Germania e l’area nordica).

⁶⁷ Il pensiero va subito al tentativo di introdurre una Costituzione Europea, naufragato nel 2005 dopo il *referendum* francese e quello olandese

⁶⁸ Prima la CECA (Comunità Europea per il Carbone e per l’Acciaio) costituita nel 1951 e poi la CEE (Comunità Economica Europea) e l’EURATOM (Comunità Europea dell’energia atomica) istituiti dopo i Trattati di Roma del 1957

⁶⁹ Cfr. F. VECCHIO, *Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà*, cit., A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., pp. 21 e sgg. e G. SCACCIA, *La dimensione giuridica della sussidiarietà*, in *La sussidiarietà: mappe e rotte di esplorazione*, (a cura di), S. S Roma G&B Press 2014, pp. 90 e sgg.

⁷⁰ Il principio in questo caso non è menzionato formalmente ma la sostanza della disposizione non lascia spazio a dubbi: “La Comunità agisce nella misura in cui gli obiettivi possono essere realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli Stati membri.”

⁷¹ “DECISI a portare avanti il processo di creazione di un’unione sempre più stretta fra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio della sussidiarietà”.

⁷² “Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario.”

⁷³ “In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l’Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell’azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.”

⁷⁴ Sono contenute una serie di enunciazioni circa il ruolo dei Parlamenti Nazionali e locali e inerenti un’adeguata motivazione nell’attuazione dei citati principi.

⁷⁵ A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., pp. 21 e sgg.

Quest'ultimo aspetto è stato poi oggetto di grande attenzione nella speranza che potesse in qualche modo ovviare alla problematica relativa alla scarsa giustiziabilità del principio⁷⁶, spesso vittima di pronunce sfumate e prive di concretezza da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁷⁷.

La questione è stata ritenuta particolarmente spinosa sia per il carattere intrinsecamente polisenso del termine, aperto a numerose interpretazioni come dimostra la differente impostazione nel pensiero Cattolico accolta nel giro di quarant'anni, sia per i rapporti tra Unione Europea e Stati, improntati sempre più verso un modello ibrido a metà tra l'assetto federale e quello delle organizzazioni internazionali.

I due profili sono strettamente connessi fra loro in quanto in assenza di un contenuto positivizzato della sussidiarietà all'interno dei Trattati si finisce per attribuire alla Corte di Giustizia, organo giudiziario, il potere di ergersi a legislatore, definendo cosa sia la sussidiarietà attraverso una scelta di chiaro carattere politico e, nel contempo e per collegarci al secondo profilo, senza alcun contrappeso riconosciuto in capo ai singoli Stati nazionali, ostaggio delle decisioni prese al livello Sovranazionale, con il rischio di una cessione indebita di sovranità non consensuale⁷⁸.

La soluzione della procedimentalizzazione garantirebbe, al contrario, una maggior tutela di quella "unità nella diversità" propria dell'integrazione europea, sempre più ispirata dal cosiddetto *Multilevel Constitutionalism*, un progetto nuovo e atipico nel panorama costituzionale mondiale, come sottolineato da parte della dottrina⁷⁹.

Data la presenza di un "Sonderweg" europeo fondato sulla compresenza di diverse Costituzioni nazionali diverse tra loro, alcuni autori infatti sostengono una rivisitazione del concetto di

⁷⁶ F. VECCHIO, *Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà, cit.*, e A. D'ATENA, *ibidem*.

⁷⁷ Emblematica la sentenza 491/01 "*British-American Tobacco*" dove la Corte conferma il rispetto della sussidiarietà attraverso una formulazione stringata: "A tale riguardo si deve ricordare che la Corte ha dichiarato, al punto 124 della presente sentenza, che la direttiva ha l'obiettivo di eliminare gli ostacoli risultanti dalle differenze che ancora sussistono tra le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco, assicurando nel contempo un livello di protezione elevato in materia di tutela della salute. Un simile obiettivo non può essere realizzato in modo soddisfacente mediante un'azione intrapresa a livello dei singoli Stati membri e presuppone un'azione a livello comunitario, come è dimostrato dall'evoluzione eterogenea delle legislazioni nazionali nel caso di specie. Ne consegue che, nel caso della direttiva, l'obiettivo dell'azione progettata poteva essere realizzato meglio a livello comunitario. Occorre rilevare, in secondo luogo, che l'intensità dell'azione intrapresa dalla Comunità nel caso di specie ha parimenti rispettato i dettami del principio di sussidiarietà in quanto essa, come risulta dai punti 122-141 della presente sentenza, non ha oltrepassato la misura necessaria per realizzare l'obiettivo cui tale azione è diretta. Dalle considerazioni che precedono in merito alla prima questione, lett. e), risulta che la direttiva non è invalida per violazione del principio di sussidiarietà."

⁷⁸ Cfr. G. SCACCIA, *La dimensione giuridica della sussidiarietà, cit.*, pp. 90 e sgg. L'Autore mette in luce come un *test* sull'adeguatezza o sull'efficacia dell'azione degli Stati membri riveli, intrinsecamente, la sua natura politica, risolvendosi in giudizio di preferenza o di valore totalmente sganciato da appigli normativi. Nella prassi questo si è risolto in un accentramento delle competenze dell'Unione.

⁷⁹ F. VECCHIO, *Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà, cit.*,

Costituzione, ampliandola a quel fenomeno dialettico e dinamico di perenne confronto tra ordinamenti nazionali e ordinamento Sovranazionale nel suo complesso⁸⁰.

Queste prospettive sono tutte inclini a legare la sussidiarietà ad un modello di comunità internazionale prettamente economico, ma oggi devono in qualche modo essere affiancate alla dimensione sempre più integrata e sociale presente nel Continente, con piccoli passi in avanti mossi in direzione di un impianto federale.

In questo contesto, soprattutto in ottica futura, la procedimentalizzazione è perfettamente compatibile con la sussidiarietà verticale, ma con quella orizzontale rischia di aprire alcune problematiche.

Non essendo, infatti, oggetto del contendere una ripartizione del potere fra attori pubblici ma la stessa legittimità dell'allocazione di questo fra il settore pubblico e l'autonomia privata, procedimentalizzare senza una definizione positiva della nozione di sussidiarietà orizzontale porta con sé il rischio di devolvere alla Corte Europea di Giustizia un controllo con ampi spazi discrezionali, senza avere alcun parametro di riferimento soprattutto nell'ipotesi di sviamento di potere, disciplinata dall'articolo 263 comma II del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea⁸¹.

Per evitare che la spinosa tematica si sposti ad un altro livello di lettura, con il rischio di aprire scontri istituzionali per capire chi sia competente a definire la sussidiarietà orizzontale, una soluzione praticabile sarebbe la identificazione del principio ad opera degli organi legislativi sovranazionali. Questa ipotesi, ricollegandosi a quanto detto in ordine al tratto distintivo dell'Unione Europea basato sulla diversità, potrebbe ben saldarsi con la vocazione federale, lasciando un margine di apprezzamento ai vari stati membri.

Una o più direttive, ad esempio, sarebbero preferibili ad una rigida enunciazione della sussidiarietà orizzontale che, dato il carattere polisenso del termine, potrebbe in potenza generare conflitti tra gli stati membri e l'Unione⁸².

La formulazione del principio, poi, non dovrebbe necessariamente essere di tipo "statico", per avvalersi di una ripartizione introdotta in materia da autorevole dottrina⁸³, ma potrebbero avere natura anche "dinamica" purché siano dettati dei criteri per la loro giustiziabilità⁸⁴; in questo modo, o sulla base dell'attuazione eseguita dai singoli membri a seguito di direttiva o in

⁸⁰ F. VECCHIO, *Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà*, cit., afferma che la paternità dell'idea è ascrivibile a F. Mayer e I. Pernice. L'idea è definibile nei termini di "una Costituzione integrata per l'Europa".

⁸¹ Questa figura ricalca, nelle sue linee di fondo, quella italiana di eccesso di potere.

⁸² Basti pensare alla nozione di laicità che, come vedremo, ha un contenuto profondamente diverso da ordinamento a ordinamento.

⁸³ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 19 e sgg.

⁸⁴ Cfr. A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit. mette in guardia dall'adozione di criteri politici, nei dispositivi dinamici, proprio per evitare un nuovo giudizio politico.

ossequio ai criteri dinamici predisposti dal Legislatore, i giudici potrebbero esercitare un sindacato concreto ed effettivo nelle ipotesi di violazione della sussidiarietà orizzontale.

Un modello di riferimento, come vedremo nei prossimi capitoli, può desumersi dalla normativa tedesca in tema di servizi pubblici locali, le cosiddette *Gemeindeordnungen* che consentono lo svolgimento di queste attività da parte dei poteri pubblici solo quando gli operatori privati non siano in grado di offrire condizioni più vantaggiose per l'utenza.

5. Conclusioni interlocutorie

Il nostro viaggio lungo le radici culturali del principio di sussidiarietà giunge alla sua conclusione ma ci permette, tracciando le fila del discorso, di analizzare alcuni punti fermi che saranno poi alla base della successiva trattazione.

In primo luogo il principio di sussidiarietà è un concetto intimamente storico⁸⁵, declinabile diversamente non solo a seconda della visuale da cui si parte, se più legata al pensiero liberale o alla teoria sociale cattolica o ancora all'approccio federale, ma anche in base ai singoli esponenti della stessa prospettiva, come dimostrano le due definizioni della sussidiarietà fornite da Leone XIII e Pio XI.

Questa consapevolezza non deve esimere l'interprete dal tentativo di capire cosa sia la sussidiarietà orizzontale o come possa trovare concreta applicazione nell'ordinamento ma, semmai, spingerlo a forgiarne un embrione di contenuto partendo proprio dalle radici analizzate: il pensiero liberale, la teoria sociale cattolica e l'approccio federale.

Identificando tutti questi profili come possibili sfaccettature dello stesso principio, il giurista può sciogliere il nodo gordiano della sua definizione elaborando varie soluzioni da cui, dopo un naturale dibattito, le Istituzioni europee possano elaborarne un'identità precisa, magari per mezzo dello strumento della direttiva, per garantirne una piena effettività.

La relatività della sussidiarietà non ne costituisce un suo elemento esclusivo ma è una caratteristica propria di ogni principio.

A pensarci bene il principio di separazione dei poteri, asse portante dello Stato di Diritto, è stato interpretato in maniera molto diversa negli Stati Uniti e in Francia, nel primo caso con l'istituzione di un sistema di pesi e contrappesi concatenato, nel secondo con una preminenza del potere esecutivo su gli altri due poteri.

Il giusto equilibrio tra le varie matrici, relegando le premesse culturali di età medioevale e classica al ruolo di comprimari a causa delle più marcate differenze rispetto all'assetto attuale, si può costruire analizzandone i loro differenti ambiti elettivi.

⁸⁵ F. VECCHIO, *Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà*, cit.

Se il pensiero liberale tende, nei fatti, a concentrarsi sui risvolti economici del rapporto tra pubblici poteri e individui in una prospettiva soprattutto difensiva o negativa, la teoria sociale Cattolica si indirizza verso aree più legate alla sfera personale del cittadino (ruolo della famiglia ed educazione) ma non per questo extra-giuridiche; infine l'approccio federale, pur orientato verso la questione della divisione del potere tra gli attori pubblici, sottende una visione d'insieme dove l'autorità non sia totalitaria, in un'armonia tendenziale tra pubblici poteri e cittadini⁸⁶.

Sembra, comunque, incontestabile che il cuore della sussidiarietà orizzontale, il nucleo del suo contenuto, sia rappresentato dalla "*Vorrangentscheidung*", la decisione di preferenza in favore del livello più vicino agli interessati, che ci induce a sviluppare un ragionamento fondato non esclusivamente sul titolo di legittimazione dell'intervento pubblico, come erano soliti fare i liberali, bensì a ragionare in un'ottica di graduazione, di come i poteri pubblici possano essere esercitati⁸⁷.

Una volta trasposto in norma lo spirito della sussidiarietà, desumibile da questi tre ambiti (sfera economica, sociale e istituzionale) con un bilanciamento reciproco dei singoli aspetti più spigolosi⁸⁸, possiamo dare una veste pienamente giuridica a questo principio e, nel contempo, risolvere un'altra annosa questione legata alla sua duplicità (verticale e orizzontale) di dimensione.

Accogliendo una tesi in parte già espressa da Giuseppe Vecchio⁸⁹ e riprendendo l'attributo relazionale del principio formulato da Antonio D'Atena possiamo giungere alla conclusione secondo cui il principio di sussidiarietà sia unico e le due sue accezioni trovino fondamento nelle particolari vicende europee di aggregazione e di disgregazione della statualità⁹⁰.

In tal senso si spiegherebbe sia la valenza relazionale, intesa come regolazione dei rapporti tra soggetti diversi comune in entrambi i casi di sussidiarietà, sia la ragione per cui negli Stati Uniti,

⁸⁶ D'altronde sembra incontestabile la diversità nella ricostruzione della sussidiarietà tra le varie matrici, temperate da profili di convergenza come fra dottrina sociale Cattolica e liberalismo tedesco. Tuttavia, anche in questo caso, come espresso da D. GOLEMBOSKI, *Federalism and the Catholic principle of subsidiarity*, tratto da *Publius* Volume 45 Fascicolo 4 pag. 1763 e sgg., le due tesi divergono sul ruolo dei compiti svolti dagli individui: Pio XI adotta dei canoni intimamente morali, parlando di giustizia e ingiustizia, quando censura il totalitarismo statale mentre il liberalismo tedesco pone sempre l'accento su una priorità ontologica e razionale da riconoscere all'attività privata rispetto a quella pubblica.

⁸⁷ A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, cit.

⁸⁸ Come abbiamo visto il liberalismo tende ad avvitarci su sé stesso generando l'autoritarismo mentre la dottrina sociale Cattolica propende per una visione eccessivamente flessibile della sussidiarietà. L'approccio federale si distingue richiedendo come presupposto una particolare relazione tra poteri pubblici e società, necessariamente non totalitaria.

⁸⁹ G. VECCHIO, *Sussidiarietà orizzontale e principio di competenza nella riflessione di Antonio D'Atena. Una suggestiva lettura del rapporto pubblico-privato*, cit, p. 3161. "Paradossalmente, la stessa qualificazione della sussidiarietà potrebbe essere l'ombra delle vicende (tutte europee, continentali, napoleoniche, bismarckiane) della costruzione delle moderne concezioni statali fondate sulla separazione autoritaria dell'individuo, delle comunità, dello Stato (personificato, entificato, hobbesianamente concepito come mostro, hegelianamente come <<ente>>".

⁹⁰ Semplificando possiamo considerare la differenziazione tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale in termini meramente descrittivi, come una specificazione di un fenomeno unitario relativo alla corretta allocazione del potere.

contesto dove lo Stato Moderno è sorto contemporaneamente allo Stato di Diritto, il dibattito sulla sussidiarietà sia assente.

Il secondo profilo si legherebbe, peraltro, all'inidoneità di questo principio a ricomporre i conflitti tra pubblici poteri e individui essendo il fondamento, come abbiamo visto, della supremazia del singolo sullo Stato⁹¹; al contrario, nell'esperienza di *Civil Law* continentale la sussidiarietà può essere la base di un nuovo rapporto più equilibrato tra autorità centrale, sue articolazioni e cittadini nonché criterio ermeneutico di ricomposizione dei conflitti tra queste due aree.

A tal proposito si conferma come necessaria una sua positivizzazione, in grado di coniugare i diversi aspetti della sussidiarietà orizzontale in un quadro più ampio di *Governance* europea.

A piccoli passi sembra, a maggior ragione dopo il Trattato di Lisbona e i suoi Protocolli applicativi, che si stia procedendo proprio lungo questo binario, verso una direzione dove statualità e comunità possano trovare finalmente armonia in un sistema che aspiri ad essere completo e retto sui principi.

Come è sempre stata, d'altronde, la tradizione giuridica di *Civil Law*.

⁹¹ Cfr. P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, cit., p. 220. Concordano anche A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., p.60, A. VIGNUDELLI, *Economia senza amministrazione o tecnopolitica del mercato?* in *Federalismi* 14/06, pag. 5 e sgg. e G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., p. 20.

CAPITOLO 2:

La elaborazione della sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano

“a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni, non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella; b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e a perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie, disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato; c) che perciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato.”

(Ordine del Giorno Dossetti del 9 settembre 1946)

Sommario: 1. Introduzione; 2. Le prime testimonianze della sussidiarietà: la Carta Europea delle Autonomie Locali e il ruolo delle Comunità Europee; 3. Le reazioni dell'ordinamento italiano; 4. La prima legge Bassanini e l'ingresso della sussidiarietà orizzontale nel tessuto legislativo italiano; 5. Il contributo della Commissione Bicamerale e degli atti successivi; 6. La costituzionalizzazione della sussidiarietà: i lavori preparatori; 6.1 Perché favorire l'autonomia dei privati? ; 6.2 “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono”; 6.3 “L'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”; 6.4. La problematica del risarcimento per danni; 7. Conclusione e prospettive

1. Introduzione

Il principio di sussidiarietà non ha ricevuto un'immediata costituzionalizzazione nel 1948, ma è possibile affermare come alcuni aspetti ad esso riconducibili siano stati oggetto di una piena attenzione all'interno dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente⁹²; tale sensibilità non

⁹² A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà, cit. e Il principio di sussidiarietà nella Costituzione Italiana, cit.* pp. 615 e sgg. ricorda il ruolo assunto dalle disposizioni costituzionali in tema di famiglia (31), confessioni religiose (8 comma II) e valorizzazione degli enti locali, in specie l'articolo 5 e il 128 nella sua precedente formulazione. Cfr. anche V. CERULLI IRELLI – R. CAMELI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori*

fu, tuttavia, motivata dalla volontà di conferire rilievo alla sussidiarietà in quanto tale ma, piuttosto, dalla necessità di prestare adeguato risalto ad alcuni profili collegati alle ideologie politiche, in specie quella cattolica e comunista, all'epoca dominanti nel dibattito pubblico⁹³.

Per queste ragioni la Norma Fondamentale italiana fu orientata alla salvaguardia di una dimensione spiccatamente pluralistica, a tutela dei diritti sociali quale proiezione naturale della persona umana, con una relativa compressione di alcuni diritti individuali⁹⁴, e un generale atteggiamento di chiusura nei confronti delle entità sub-statali⁹⁵.

Il diffuso atteggiamento di disinteresse nei confronti della sussidiarietà, salvo l'isolato contributo nel 1959 di Egidio Tosato⁹⁶, fu invertito solo e soltanto tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta su intensa spinta degli ordinamenti sovranazionali europei, tra i primi attori, salvo il peculiare caso tedesco, ad interessarsi del rapporto tra pubblici poteri e società civile per la loro fisionomia mercato-centrica.

2. Le prime testimonianze della sussidiarietà: la Carta Europea delle Autonomie Locali e il ruolo delle Comunità Europee

Un primo segnale di inversione di tendenza circa il ruolo del principio di sussidiarietà si può scorgere, dopo circa tre decenni e mezzo, nel 1985, quando fu approvata la Carta Europea della Autonomia locale firmata a Strasburgo.

La Carta fu approvata il 15 ottobre 1985 dopo ben quattro anni di trattative in sede di Consiglio D'Europa, organizzazione internazionale distinta rispetto alle Comunità Europee e nata nel 1946 allo scopo di fornire una omogenea tutela sovranazionale ad alcuni diritti, per lo più individuali⁹⁷, ritenuti particolarmente meritevoli di tutela; l'atto fu recepito integralmente nel

dell'Assemblea Costituente, cit. secondo cui il principio di sussidiarietà sarebbe implicito nelle righe della Costituzione.

⁹³ Quella che fu definita, soprattutto in termini giornalistici, come "Prima Repubblica" fu dominata dall'esigenza di impedire alle forze comuniste di andare al Governo secondo la regola non scritta della "*Conventio ad Excludendum*". In questo contesto, saturo dalla contrapposizione tra i due maggiori partiti presenti all'epoca, solo Giuseppe Dossetti manifestò la volontà di costituzionalizzare il contenuto del principio di sussidiarietà. L'ordine del giorno del 9 settembre del 1946, chiamato anche "ordine del giorno Dossetti", non fu però mai votato. Il testo è riportato all'inizio del paragrafo e risultano evidenti i richiami alla dottrina sociale Cattolica. A tal riguardo, cfr. A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit.

⁹⁴ Il pensiero corre subito ai rapporti economici disciplinati dal Titolo III e fortemente condizionati dall'impianto culturale sociale, ostile ad esempio a riconoscere una tutela priva di funzione sociale al diritto di proprietà.

⁹⁵ Caso tipico è l'applicazione differita della integrale regionalizzazione della Repubblica, avvenuta solo negli anni settanta e ritardata sia per ragioni politiche legate allo scontro tra Democrazia Cristiana e Partito Comunista, sia per motivi culturali tali per cui uno Stato centralizzato era ritenuto più funzionale a rimuovere le cause di disuguaglianza rispetto ad uno decentrato.

⁹⁶ Contenuto oggi all'interno della monografia *Persona, Società intermedie e Stato*, Milano Giuffrè 1989, pp. 83-101; la visuale di Tosato risente notevolmente della dottrina sociale cattolica, specie del tomismo, identificando la sussidiarietà sia sotto un versante positivo, sia sotto uno negativo.

⁹⁷ Ad esempio la libertà delle persone fisiche, il diritto ad un processo equo, la libertà di pensiero e il diritto al rispetto dei beni e della proprietà.

suo contenuto attraverso la legge 439/89 (“Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell’autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985”⁹⁸) e, ai nostri fini, è interessante mettere in luce il Preambolo e l’articolo 4 comma III.

All’interno del Preambolo si afferma come le “collettività locali costituiscono uno dei principali fondamenti di ogni regime democratico” in quanto è proprio a quel livello che la partecipazione dei cittadini all’interno della gestione degli affari pubblici si concretizza in modo più marcato; inoltre, sono proprio queste “collettività locali” ad essere il presupposto alla base di un’amministrazione effettivamente vicina al cittadino, piena realizzazione di quella democrazia a cui si ispirano tutti gli ordinamenti europei e in linea con le varie elaborazioni federaliste già viste all’interno del primo capitolo⁹⁹.

La scelta terminologica dietro alcune espressioni, come “il più direttamente possibile” o un’amministrazione “efficace e vicina al cittadino”, ricorre in modo quasi pedissequo all’interno del testo, come testimoniato, tra gli altri, dall’articolo 4 comma III quando si parla di una responsabilità pubblica posta preferibilmente alle “autorità più vicine ai cittadini”¹⁰⁰.

L’irruzione della sussidiarietà, per quanto mai citata espressamente, all’interno del nostro ordinamento avvenne, tuttavia, solo con riguardo alla ripartizione del potere tra attori pubblici territoriali e, quindi, con un’attenzione concentrata alle sue relazioni verticali.

La stessa logica informò l’Atto Unico Europeo e il Trattato di Maastricht, già analizzati nel primo capitolo, che per primi introdussero le tematiche della sussidiarietà, seppur con esclusivo

⁹⁸ V. PARISIO, *Europa delle autonomie locali e principio di sussidiarietà: la carta europea delle autonomie locali*, in *Foro Amministrativo* Fascicolo 9 1995, pp.2124 e sgg., esalta questa scelta di politica legislativa nazionale, sottolineando come sia funzionale ad un più intenso riconoscimento della sussidiarietà e delle autonomie locali. Un’altra lettura si rinviene in base a quanto esposto da N. RONZITTI, *Introduzione al Diritto Internazionale*, Torino Giappichelli 2013; il giurista, infatti, chiarisce come il legislatore italiano si avvalga del procedimento speciale per fornire esecuzione a trattati internazionali più per inerzia che per una scelta razionale. Come noto, attraverso il procedimento speciale viene attribuito valore legale al Trattato Internazionale nel suo complesso, senza necessità di integrarlo con un rinvio materiale. È, a tutti gli effetti, un malcostume legislativo e questo ne potrebbe essere un esempio lampante, tanto più che la portata indeterminata di molte prescrizioni avrebbe necessitato di una specificazione legislativa, avvenuta solo indirettamente con la legge Gava 142/1990.

⁹⁹ Preambolo: “(...)Considerando che il fine del Consiglio d’Europa è di realizzare un’unione più stretta tra i suoi membri, per salvaguardare e promuovere gli ideali ed i principi che sono il loro patrimonio comune;(...) Considerando che le collettività locali costituiscono uno dei principali fondamenti di ogni regime democratico; Considerando che il diritto dei cittadini a partecipare alla gestione degli affari pubblici fa parte dei principi democratici comuni a tutti gli Stati membri del Consiglio d’Europa; Convinti che è a livello locale che il predetto diritto può essere esercitato il più direttamente possibile; Convinti che l’esistenza di collettività locali investite di responsabilità effettive consente un’amministrazione efficace e vicina al cittadino; Consapevoli del fatto che la difesa ed il rafforzamento dell’autonomia locale nei vari Paesi europei rappresenti un importante contributo all’edificazione di un’Europa fondata sui principi della democrazia e del decentramento del potere; Affermando che ciò presuppone l’esistenza di collettività locali dotate di organi decisionali democraticamente costituiti, che beneficino di una vasta autonomia per quanto riguarda le loro competenze, le modalità d’esercizio delle stesse, ed i mezzi necessari all’espletamento dei loro compiti istituzionali, Hanno convenuto quanto segue(…)”

¹⁰⁰ “L’esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cittadini. L’assegnazione di una responsabilità ad un’altra autorità deve tener conto dell’ampiezza e della natura del compito e delle esigenze di efficacia e di economia.”

riguardo alla sua dimensione verticale e ai rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali, non attribuendo rilievo al rapporto tra pubblici poteri e società civile¹⁰¹.

3. Le reazioni dell'ordinamento italiano

L'intervento del nostro Legislatore nel 1990 con la legge 142 ("Ordinamento delle autonomie locali", cosiddetta legge Gava dal nome del Ministro Antonio Gava) si collocò sulla stessa scia incidendo, unicamente, nel delicato rapporto tra entità sub-statali e autorità centrale.

La legge, a dire il vero in netto ritardo rispetto alle esigenze concrete, tentò di mettere fine a quel dilemma sull'esercizio delle funzioni amministrative regionali e locali previste dalla Costituzione. A causa di un non perfetto equilibrio costituzionale le funzioni amministrative erano, infatti, sospese fra due diversi modelli amministrativi: un primo definibile nei termini di "integrazione funzionale", tale per cui le Regioni erano tenute "normalmente" a delegare le proprie funzioni amministrative agli enti locali in base all'articolo 118 comma III¹⁰² o, in alternativa, ad avvalersi dei loro uffici, e una seconda logica improntata al compimento diretto di un'attività amministrativa autonoma da parte delle entità sub-statali¹⁰³.

Nel primo caso, le Regioni furono chiamate da Massimo Severo Giannini "enti ad amministrazione indiretta necessaria", proprio per indicare questa delega delle funzioni amministrative al livello locale, nel secondo Antonio D'Atena utilizzò l'espressione "meccanica sovrapposizione" per riferirsi a quella coincidenza, ispirata da esigenze di coordinamento, tra Regioni ed enti Locali nell'azione amministrativa¹⁰⁴.

La legge Gava¹⁰⁵ operò un bilanciamento fra queste impostazioni attribuendo una vera e propria competenza residuale agli enti locali, introducendo un criterio di ripartizione delle funzioni

¹⁰¹ S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Il Foro Italiano* Volume 118 numero 10 1995, pp. 373 e sgg. ad esempio ritiene come la sussidiarietà fu uno degli espedienti utilizzati per rendere maggiormente "tollerabile" ai governi nazionali la perdita di sovranità. A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit., racconta come il Primo Ministro inglese dell'epoca, la signora Thatcher, definisse la sussidiarietà nei termini di "gobbledegook", un'espressione equivalente al nostro bla bla bla.

¹⁰² La regione esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle provincie, ai comuni o ad altri enti locali, o valendosi dei loro uffici.

¹⁰³ Ricordiamo che era previsto, ex articolo 118 comma I, il principio del parallelismo delle funzioni amministrative e legislative: "Spettano alla Regione le funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo, salvo quelle di interesse esclusivamente locale, che possono essere attribuite dalle leggi della Repubblica alle Provincie, ai Comuni o ad altri enti locali."

¹⁰⁴ L. ANTONINI, *Lo spazio della sussidiarietà nel terzo decentramento: dalle leggi Bassanini alla riforma delle autonomie locali*, tratto da www.fga.it, opera una distinzione da altro punto di vista. Per Antonini l'art. 118 comma I introduce il principio del parallelismo delle funzioni amministrative e legislative in capo alle Regioni ma prescrive come le funzioni di interesse esclusivamente locale possano essere attribuite, per mezzo di legge dalla Repubblica, ai comuni, alle provincie o ad altri enti locali in un rapporto, pertanto, di separazione e garanzia.

¹⁰⁵ L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del trattato sull'Unione europea*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, fascicolo 3, 1993, pp. 324 e sgg.

amministrative rappresentato dalle esigenze unitarie¹⁰⁶ e inserendo un filtro rigido rappresentato dalla necessità in capo alle Regioni di individuare, in base alla popolazione e alla conformazione del territorio, quali funzioni dovessero essere concretamente attribuite al piano locale¹⁰⁷.

Le innovazioni menzionate risultarono arricchite dall'economia generale del sistema, con previsioni inerenti i settori al cui interno riconoscere gli ambiti di attività amministrativa propri delle province e delle città metropolitane¹⁰⁸, con criteri di individuazione di queste funzioni¹⁰⁹ e con una riserva a favore degli enti sub-regionali in certe aree considerate, naturalmente, oggetto di un'azione più prossima al cittadino¹¹⁰.

La possibilità, peraltro, di tutelare questa nuova architettura nei rapporti tra i vari attori pubblici territoriali si rivelò accresciuta grazie alla già citata Carta Europea della Autonomia Locali, ratificata nel 1989 e idonea a dispiegare integralmente i propri effetti in chiave di interpretazione del nostro *corpus* legislativo, in quanto totalmente recepita nel nostro ordinamento.

Quali sono, quindi, i punti critici della normativa in questione?

Come prospettato in dottrina, questa lettura per quanto, senza dubbio, abbia il merito di essere il primo segno tangibile di attenzione da parte del nostro Legislatore al principio di sussidiarietà, finisce per non coglierlo interamente nei suoi contenuti¹¹¹, ignorando, a un tempo, il rapporto tra pubblici poteri e società civile e, ad altro, il fenomeno delle cosiddette “autonomie funzionali”, ribadendo le tendenze partitocratiche presenti nel nostro ordinamento fin dal secondo dopoguerra¹¹².

¹⁰⁶ Articolo 3 comma I: “Ai sensi dell'articolo 117, primo e secondo comma, e dell'articolo 118, primo comma, della Costituzione, ferme restando le funzioni che attengano ad esigenze di carattere unitario nei rispettivi territori, le Regioni organizzano l'esercizio delle funzioni amministrative a livello locale attraverso i comuni e le province”

¹⁰⁷ Articolo 3 comma II “Ai fini di cui al comma 1, le leggi regionali si conformano ai principi stabiliti dalla presente legge in ordine alle funzioni del comune e della provincia, identificando nelle materie e nei casi previsti dall'articolo 117 della Costituzione gli interessi comunali e provinciali in rapporto alle caratteristiche della popolazione e del territorio.”

¹⁰⁸ Articoli 14 e 17.

¹⁰⁹ Articolo 14: “Spettano alla provincia le funzioni amministrative di interesse provinciale che riguardino vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale”. Articolo 19: “La legge regionale, nel ripartire fra i comuni e la città metropolitana le funzioni amministrative, attribuisce alla città metropolitana, oltre alle funzioni di competenza provinciale, le funzioni normalmente affidate ai comuni quando hanno precipuo carattere sovracomunale o debbono, per ragioni di economicità ed efficienza, essere svolte in forma coordinata nell'area metropolitana”

¹¹⁰ Articolo 9 comma I: “Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardino la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.”

Articolo 19 comma II: “Alla città metropolitana competono le tasse, le tariffe e i contributi sui servizi ad essa attribuiti.” Comma III: Ai comuni dell'area metropolitana restano le funzioni non attribuite espressamente alla città metropolitana.”

¹¹¹ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit. pp. 27-28.

¹¹² Un celebre discorso del Presidente del Consiglio Giuliano Amato fu diretto proprio a censurare questa tendenza “consociativa” tipica della Prima Repubblica; il 21 aprile del 1993 affermò dopo un *referendum* sulla legge elettorale: “E perciò un autentico cambio di regime, che fa morire dopo settant'anni quel modello di partito-stato

I rapidi cambiamenti avvenuti a metà degli anni novanta per mezzo del passaggio dalla cosiddetta “prima Repubblica” alla “seconda Repubblica”, contraddistinta dall’ascesa tanto a destra quanto a sinistra di movimenti politici territoriali e fautori di interventi in linea con un più marcato regionalismo, se non di federalismo, favorirono nuovi processi di riforma.

I primi tentativi¹¹³ presero le mosse dall’esito della Commissione Bicamerale De Mita-Iotti, istituita durante la XIII Legislatura al fine di elaborare un progetto di legge Costituzionale, volto a cambiare la seconda parte della Costituzione con meccanismi di ispirazione tedesca, e proseguirono con i due progetti Speroni sviluppati in seno ad un Comitato Ministeriale presieduto dallo stesso Ministro Speroni¹¹⁴.

L’importanza dei progetti Speroni è notevole perché, per la prima volta, si provò ad aprire le porte del nostro ordinamento alla sussidiarietà tanto nella sua dimensione verticale¹¹⁵ quanto a quella orizzontale¹¹⁶.

Sembra trovare conferma ulteriore, alla luce di quanto detto, la tesi secondo cui fu la rottura dell’assetto materiale della nostra Repubblica, con l’ascesa nell’agone politico di movimenti territoriali, ad influire sulla ricezione della sussidiarietà e questo diventa ancora più evidente comparando l’ordinamento italiano e quello sovranazionale.

Se in Europa la questione circa il ruolo della sussidiarietà nacque in forma “spontanea”, o per le pressioni dei gruppi federalisti vicini alle idee di Spinelli, o come soluzione funzionalista all’ampliarsi delle competenze delle Comunità, nell’ordinamento nazionale il principio fu indotto e recepito pienamente solo con il passaggio dalla prima alla seconda Repubblica, sintomatico di una certa frattura non a livello formale, la Costituzione non uscì modificata da questa transizione, ma materiale e concreto con l’archiviazione di una serie di “liturgie” tipiche del secondo dopoguerra come la *Conventio ad Excludendum*.

4. La prima legge Bassanini e l’ingresso della sussidiarietà orizzontale nel tessuto legislativo italiano

che fu introdotto in Italia dal Fascismo e che la Repubblica aveva finito per ereditare, limitandosi a trasformare un singolare in plurale”.

¹¹³ A. D’ATENA, *Il Principio di sussidiarietà nella Costituzione Italiana*, cit. pp. 603 e sgg.

¹¹⁴ I Progetti Speroni per quanto considerati i più rilevanti nel panorama legislativo dell’epoca non furono isolati, contestualmente o poco prima furono anche presentati un Progetto (Progetto Caveri) e due proposte della Regione Lombardia volte a introdurre il principio di sussidiarietà in Costituzione come criterio di ripartizione delle funzioni amministrative; non fu al contrario preso in esame il principio come scriminante nei rapporti fra la potestà legislativa statale e quella regionale.

¹¹⁵ Progetto numero 1403, articolo. 118 comma I: “Con legge dello Stato sono ripartite tra Regioni, Province, Comuni ed altri Enti Locali le funzioni amministrative nelle materie di competenza legislativa regionale, secondo il criterio di sussidiarietà”

¹¹⁶ Progetto numero 1304, articolo 2 comma II: “La Repubblica Federale si organizza conformemente al principio di sussidiarietà, sia per quanto riguarda i singoli cittadini e le formazioni sociali, sia per quanto riguarda i soggetti pubblici territoriali e non territoriali nazionali ed internazionali”

Il nuovo quadro materiale si coglie in modo precipuo con le cosiddette leggi Bassanini, così chiamate dal nome del suo creatore Franco Bassanini, che realizzarono il federalismo amministrativo, anche chiamato federalismo a Costituzione invariata.

Nelle intenzioni, desumibili dall'articolo 4 comma I del progetto di legge 1124 presentato dal Governo, questo processo di riforma doveva, senza variazione formale della nostra Norma Fondamentale, estendersi a tutta l'attività amministrativa della Repubblica, con l'attribuzione da un lato di una serie di compiti amministrativi alle regioni e agli enti locali in linea con la sussidiarietà verticale¹¹⁷, dall'altro con la sottoscrizione di un nuovo rapporto tra potere e società civile all'insegna della sussidiarietà orizzontale, attuato concretamente con una liberalizzazione¹¹⁸ delle funzioni amministrative, per mezzo di una loro soppressione o mediante delega senza oneri per i contribuenti ai privati¹¹⁹.

Questa architettura era poi richiamata dal comma successivo a proposito della potestà legislativa in quanto la sussidiarietà, insieme agli altri principi citati, assurgeva a "norma fondamentale di riforma economico-sociale", idonea a vincolare la legiferazione delle regioni a statuto ordinario e speciale¹²⁰.

La concezione in esame aveva il merito di interpretare, correttamente, il fenomeno della sussidiarietà come unitario per quanto distinto nei suoi profili relazionali e, proprio per questo, sorprese la scelta con cui il Legislatore caratterizzò la legge 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") del 15 marzo 1997, anche chiamata prima legge Bassanini.

Come affermato dalla dottrina, il testo finale licenziato dalle Camere si concentrò unicamente sui rapporti tra diversi livelli di governo pubblici, eliminando i riferimenti alla declinazione orizzontale poc' anzi richiamati¹²¹; l'unico legame riscontrabile nell'atto è all'articolo 4 comma

¹¹⁷ Articolo 4 comma I: "Nella emanazione dei decreti legislativi di cui all'articolo 1 il Governo si atterrà ai seguenti principi e criteri direttivi: a) individuazione preliminare e tassativa delle funzioni e dei compiti da mantenere in capo alle amministrazioni centrali, ed indicazione dei settori e delle materie da conferire alle Regioni e agli enti locali, secondo i seguenti principi: (...)

¹¹⁸ Per una utile distinzione tra questi fenomeni si rimanda all'opera T. BANFI, *Lezioni di Diritto Pubblico dell'Economia*, Torino Giappichelli 2014, pp. 22-23; possiamo definire la liberalizzazione comporti l'apertura di determinate attività all'esercizio da parte dei privati, la privatizzazione o, meglio, semplificazione comporta l'attribuzione delle stesse ad un livello più vicino agli interessati con la riduzione di una serie di passaggi amministrativi in grado di accentuare la loro complessità.

¹¹⁹ Articolo 4 comma III lettera a): "1) il principio di sussidiarietà, con la eliminazione e la soppressione delle funzioni e dei compiti divenuti superflui o che possono essere utilmente attribuiti alla attività e alla autonomia privata e con attribuzione, ove possibile, delle responsabilità pubbliche alla autorità territorialmente più vicina ai cittadini interessati; (...)"

¹²⁰ Articolo 4 comma II, disegno di legge 1124 "2. I principi indicati al comma 1, lettera a), numeri 1), 2), 3) e lettera b), valgono come norme fondamentali di riforma economico-sociale che vincolano la potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale nel rispetto degli statuti e relative norme di attuazione, e come principi generali che vincolano la potestà legislativa delle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione".

¹²¹ G. PASTORI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Sussidiarietà e ordinamenti Costituzionali: esperienze a confronto*, (a cura di) A. R., L. C. – R. S., cit. pp. 174 e sgg. o, ancora, S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*

III lettera a)¹²², in cui la sussidiarietà diventò unicamente criterio di ripartizione delle funzioni amministrative fra i vari attori pubblici mentre la tematica semplificatoria, connessa e ben evidente nel testo originario¹²³, fu sciolta con una formula di ben più lieve impatto¹²⁴.

A riprova della tesi secondo cui la relazione tra poteri pubblici e società civile è diventata nella legge 59 del 1997 semplice strumento di devoluzione di competenza alle Regioni e agli Enti Locali, in un quadro politico dominato da movimenti territoriali più interessati allo spostamento del potere ad un livello vicino agli interessati che non alle dinamiche d'insieme, concorre anche la particolare enfasi al termine "anche", inserito nella parte dell'articolo dedicata allo svolgimento dei compiti di rilevanza sociale da parte della società civile.

Questo indirizzo, come specificato in dottrina, ben si salda con l'impostazione propria della legge Gava del 1990¹²⁵ e fu contemperato unicamente dalla previsione *ex* articolo 1, IV comma lettera d)¹²⁶, secondo cui le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nonché le università degli studi, risultino estranee all'applicazione del regime ora delineato.

Trovano ingresso nel nostro sistema le cosiddette "autonomie funzionali", espressione coniata proprio in occasione della legge 59/97, e che rappresentano un particolare modo di attuazione della sussidiarietà orizzontale in quanto poste ad un crocevia tra settore pubblico e autonomia privata, incarnando "comunità parziali" rappresentative di componenti della popolazione e in grado di svolgere un ruolo istituzionale all'interno della nostra multiforme società.

Senza voler entrare nel merito della discussione, le autonomie funzionali saranno infatti oggetto di una specifica trattazione in seguito, possiamo soltanto sottolineare come le loro funzioni siano escluse da questa rivisitazione complessiva dei compiti amministrativi, in un'ottica di garanzia desumibile dal già richiamato articolo 4 comma III lettera a)¹²⁷.

nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione, in Istituzioni del Federalismo numero 3 2011 pp. 598 e sgg.

¹²² Articolo 4 comma III lettera a): "I conferimenti di funzioni di cui ai commi 1 e 2 avvengono nell'osservanza dei seguenti principi fondamentali: a) il principio di sussidiarietà, con 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, attribuendo 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"

¹²³ Articolo 4 comma III lettera a): "con la eliminazione e la soppressione delle funzioni e dei compiti divenuti superflui o che possono essere utilmente attribuiti alla attività e alla autonomia privata e con attribuzione, ove possibile, delle responsabilità pubbliche alla autorità territorialmente più vicina ai cittadini interessati;"

¹²⁴ Articolo 4 comma III lettera a): "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;"

¹²⁵ L. ANTONINI in "Lo spazio della sussidiarietà nel terzo decentramento: dalle Leggi Bassanini alla riforma delle autonomie locali", tratto da www.fga.it

¹²⁶ Articolo 1 comma IV lettera d): "Sono inoltre esclusi dall'applicazione dei commi 1 e 2: d) i compiti esercitati localmente in regime di autonomia funzionale dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e dalle università degli studi".

¹²⁷ Articolo 4 comma III lettera a): "(...) attribuendo 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".

Altri due aspetti richiamabili ai nostri fini all'interno della prima legge Bassanini sono le differenze con la sussidiarietà di matrice sovranazionale e l'impostazione culturale di riferimento dei movimenti politici italiani.

Per quanto attiene il primo punto¹²⁸, possiamo vedere come l'articolo 3 B del Trattato di Maastricht sia stato poi trasposto nell' articolo 5 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea, ponendo l'accento ad un lato su una limitazione delle competenze sovranazionali¹²⁹, ad altro prendendo come metro di paragone non la funzione degli apparati europei bensì l'"azione"¹³⁰. Da qui la considerazione secondo cui il principio di sussidiarietà, seppur delineato in modo sbilanciato esclusivamente nella sua dimensione verticale, presentasse un tasso di rigidità maggiore nel nostro ordinamento in quanto il concetto di "funzione" è, *naturaliter*, più generico e onnicomprensivo rispetto a quello di "azione", da accertare di volta in volta¹³¹.

Il secondo elemento da tenere sempre a mente analizzando la legge Bassanini è l'impostazione culturale di riferimento, bipolare e piuttosto rigida nel dividere l'area pubblica dal settore privato.

Richiamando infatti degli atteggiamenti quasi "giacobini", il nostro Legislatore si è sempre manifestato ostile ad attribuire delle funzioni amministrative, o comunque pubbliche, a soggetti privati, nella cieca convinzione che determinate attività siano, necessariamente, da imputare all'autorità, statale o regionale, provinciale o comunale.

Probabilmente la già richiamata propensione partitocratica ha influito non poco, tanto più che un'eventuale ripartizione nella gestione delle funzioni amministrative diveniva per i movimenti e partiti politici maggiormente appetibile rispetto ad una loro sostanziale liberalizzazione o privatizzazione, simile a quella originariamente prevista nel progetto Bassanini.

Oltretutto questa diffidenza, spesso esternata da personaggi politici¹³², si rivelò antiquata già negli anni Novanta alla luce di tutta la produzione dottrina sul ruolo della sussidiarietà,

¹²⁸ G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. pp. 9 e sgg.

¹²⁹ Articolo 3 B Trattato di Maastricht, I paragrafo: "La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato."

¹³⁰ Articolo 3 B, II paragrafo: "Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato."

¹³¹ Come messo in luce da RESCIGNO nel testo citato uno dei punti deboli della costruzione sovranazionale è proprio questa eccessiva indeterminatezza, tale da non aver indicato un organo deputato ad accertare quando si verificano i presupposti previsti per lo "slittamento" delle competenze verso l'alto. Ciò forse si spiega, e cfr. S. CASSESE, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, cit. pp. 373 e sgg, nella misura in cui nella Comunità Europea vi è la progressiva necessità di condividere alcune funzioni ma, allo stesso tempo, i vari Stati Sovrani restano gelosi delle loro prerogative e sono titubanti a istituire organi sovranazionali dotati di una legittimazione costituzionale o paracostituzionale. In Italia, dopo l'ascesa di movimenti politici fortemente territoriali e il collasso del precedente assetto centralistico, i rapporti di forza si rovesciarono a favore degli enti locali; la fiducia in questi organi era tale che spesso si parlava in quel decennio di "Italia dei Sindaci" in contrapposizione alla costosa e lenta burocrazia statale.

¹³² Un riferimento nitido si coglierà nel dibattito parlamentare sulla formulazione della sussidiarietà orizzontale nei prossimi paragrafi

identificata come guida in un nuovo rapporto tra amministratori e amministrati all'insegna di una sinergia in cui la comunità, nel suo insieme, possa giovare¹³³; peraltro, oltre ad essere stata già teorizzata¹³⁴, questa "compartecipazione" risultava applicata in forme diverse in alcuni ordinamenti stranieri¹³⁵ già da diversi decenni, con risultati unicamente positivi.

La polemica in esame ha influenzato, purtroppo, anche i vari interventi successivi alla legge Bassanini e, più precisamente, il progetto di revisione Costituzionale varato dalla Commissione Bicamerale D'Alema, il D.Lgs 112/98 ("Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59") attuativo della prima legge Bassanini, il D.Lgs 267/00 ("Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali a norma dell'articolo 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265"), la legge 328/200 ("legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali") e la legge Costituzionale 3/01 ("Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione").

5. Il contributo della Commissione Bicamerale e degli atti successivi

Nel 1997 fu istituita la Commissione Bicamerale D'Alema, così chiamata dal nome del suo Presidente, la quale aveva il compito di modificare la seconda parte della Costituzione in modo tale da accentuare l'autonomia locale in modo alternativo rispetto al metodo prescritto all'interno della nostra Norma Fondamentale.

Il primo progetto, approvato il 30 giugno del 1997, stabiliva all'articolo 56 come le funzioni amministrative inidonee alla gestione dei privati dovessero essere ripartite tra Comuni, Province, le Regioni e lo Stato in base ai principi di sussidiarietà, intesa quindi nella sua declinazione verticale, di differenziazione e nel rispetto delle autonomie funzionali¹³⁶.

Questa previsione presentava il merito di ridare veste unitaria alla sussidiarietà prescrivendo, peraltro, come la titolarità delle funzioni amministrative dovesse essere assegnata agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, riconoscendo una esplicita riserva garantista in loro favore; l'unica pecca era rappresentata da una formulazione imprecisa, tale da escludere l'autonomia privata anche a "parità di condizioni" con le prestazioni offerte dai poteri pubblici.

¹³³ Cfr. C. MILLON-DELSOL, *Il principio di sussidiarietà. cit.*, pp. 55 e sgg.

¹³⁴ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova CEDAM 1975, pp. 807-855.

¹³⁵ Da questo punto di vista è antesignano l'ordinamento statunitense che ha previsto fin dagli anni quaranta forme di compartecipazione tra individui e poteri pubblici, menzioniamo ad esempio l'*Administrative Procedure Act* del 1946.

¹³⁶ Articolo 56, versione del 30 giugno 1997: "Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le comunità locali, organizzate in comuni e province, le Regioni e lo 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."

Analoghe considerazioni possono valere per l'emendamento 2.65 a firma degli onorevoli Pisanu, Selva, Pagliarini, Follini, Volonté e Rebuffa relativo alla formulazione dell'articolo 114 Comma I della Costituzione secondo cui "I comuni, le province, le regioni e lo Stato esercitano le sole attività che non possono essere svolte in modo più efficace dall'iniziativa autonoma dei privati".

Il testo finale della Commissione Bicamerale fu licenziato il 4 Novembre 1997 e prescriveva, mutando l'impostazione originaria, come le funzioni pubbliche fossero attribuite, nel rispetto dell'autonomia iniziativa dei cittadini, ai comuni, alle province, alle regioni e allo Stato in base al principio di sussidiarietà e differenziazione, con una precisa certezza in ordine alla loro titolarità e una riserva estesa anche alle autonomie funzionali¹³⁷.

Prescindendo da alcuni dibattiti sulla portata delle due formule¹³⁸, possiamo scorgere in questo testo una certa continuità con gli spunti offerti fino ad ora in tema di sussidiarietà orizzontale, soprattutto per il suo potenziale collegamento con le formazioni sociali tutelate dall'articolo 2 della nostra Costituzione¹³⁹.

La sussidiarietà nella sua relazione tra attori pubblici e società civile diventò, finalmente, uno strumento funzionale a garantire uno sviluppo della persona umana, per definizione uno degli obbiettivi primari della nostra Repubblica.

L'esaurimento dell'accordo politico posto alla base dei lavori della Commissione Bicamerale ne arrestò i lavori, ma il cammino, divenuto in breve cavalcata, della sussidiarietà all'interno del nostro ordinamento non si arrestò.

¹³⁷ Articolo 56: "Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma 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 a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali."

¹³⁸ P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, cit. p.205 ritiene la seconda formulazione meno propensa a riconoscere margini di operatività alla sussidiarietà, al contrario di A. D'ATENA, *Costituzione e Principio di Sussidiarietà*, cit. pp. 18 e sgg. L'oggetto del contendere ruota tutto attorno ad un mutamento lessicale: nel progetto originario ci si riferisce alla sussidiarietà in termini di funzioni, nel secondo con l'espressione attività. Dalla prospettiva di Ridola il primo vocabolo abbracciando le funzioni pubbliche, per quanto uno dei punti deboli della costruzione giuridica *de qua* sia rappresentato proprio dall'assenza della specificazione di "pubbliche", è più esteso nella sua portata operativa rispetto al secondo testo licenziato dalla Commissione Bicamerale; dalla prospettiva di D'Atena si mette in luce come il pubblico nel progetto originario sarebbe posto in una posizione di ontologica priorità anche nel caso di parità di condizioni con la sfera privata. Per G. PASTORI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Sussidiarietà e ordinamenti Costituzionali: esperienze a confronto*, (a cura di) A. R., L. C. – R. S., cit. pp. 177 non dovremmo fermarci ad un'interpretazione letterale del progetto finale varato dalla Commissione, tale da sminuire il termine "attività" quanto, e piuttosto, collocarlo a stretto contatto in base ad un'opzione ermeneutica sistematica con il concetto di funzione pubblica. Le attività previste dall'articolo 56 sarebbero quelle espressione di una funzione pubblica in quanto, in caso contrario, la stessa previsione non avrebbe senso di esistere, essendo le attività private libere per definizione; i pubblici poteri possono limitarle o disciplinarle ma, in tal caso, le attività di regolamentazione sono riconducibili proprio al paradigma esposto dall'articolo 56.

¹³⁹ Articolo 2 della Costituzione: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."

Il D.Lgs 112/1998 ("Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59"), attuativo della prima legge Bassanini, incise sia liberalizzando diversi settori produttivi come l'artigianato¹⁴⁰, l'industria¹⁴¹, le Camere di Commercio¹⁴², il commercio¹⁴³, il turismo¹⁴⁴, attraverso la soppressione di atti autorizzatori o di controllo preventivo, sia privatizzando alcune funzioni per mezzo dell'allora Dichiarazione di Inizio Attività (D.I.A.) o del silenzio-assenso, sempre in tema di industria¹⁴⁵, opere pubbliche¹⁴⁶ o trasporti¹⁴⁷.

Fra gli atti successivi ricordiamo il D.Lgs 267/00 ("Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali a norma dell'articolo 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265") che riaffermò il significativo ruolo svolto dalla sussidiarietà, anche in relazione ai suoi legami con lo sviluppo della persona umana *ex* articolo 3 comma V¹⁴⁸, e la legge 328/00("legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"), in cui troviamo due esprese previsioni in tema di sussidiarietà: l'articolo 1 comma III sui principi generali e le finalità del sistema integrato di interventi e servizi sociali¹⁴⁹, fondato su una serie di principi tra la sussidiarietà, e l'articolo 5 comma I in cui, proprio per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, le Regioni e lo Stato si impegnano in azioni a favore dei soggetti presenti nel terzo settore¹⁵⁰.

Proprio quest'ultima disposizione è interessante da analizzare in quanto esplicita l'obbligo, in capo ai poteri pubblici, di sostenere la sussidiarietà promuovendo azioni e politiche attive¹⁵¹, individuando, e per certi aspetti anticipando, la successiva riforma Costituzionale in tema di

¹⁴⁰ Articolo 16

¹⁴¹ Articolo 21 comma I, 22 I comma

¹⁴² Articolo 37

¹⁴³ Articolo 42 comma II

¹⁴⁴ Articolo 46

¹⁴⁵ Articoli 22 II-III comma; 25 II comma lettera h)

¹⁴⁶ Articolo 90

¹⁴⁷ Articoli 103 III comma; 105 VII comma

¹⁴⁸ Articolo 3 comma V: "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."

¹⁴⁹ Articolo 1 comma III: "La programmazione e l'organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali compete agli enti locali, alle Regioni ed allo Stato ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e della presente legge, secondo i principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali."

¹⁵⁰ Articolo 5 comma I: "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."

¹⁵¹ Originale è il riferimento a Regioni ed enti locali, quasi ad indiretta conferma di quella unitarietà intrinseca alla fisionomia del principio di sussidiarietà; cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit. pp. 74 e sgg. A questo punto, semmai, l'unica critica al Legislatore dell'epoca, e forse anche a quello attuale, è la seguente: come si può azionare questo obbligo di implementare politiche attive e chi è competente a sindacarlo?

funzioni inderogabilmente esercitate dall'autorità centrale come il livello essenziale delle prestazioni¹⁵².

Il percorso della sussidiarietà orizzontale, inizialmente irto di ostacoli, agli inizi del Duemila sembra ormai procedere con velocità e non sorprende la scelta del Legislatore di giungere ad una sua costituzionalizzazione.

6. La costituzionalizzazione della sussidiarietà: i lavori preparatori

“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.”

(Art.118 comma IV)

Come abbiamo visto, l'ingresso della sussidiarietà all'interno del nostro ordinamento fu promosso primariamente dal diritto sovranazionale europeo ma, già nel giro di qualche anno, l'attenzione su questo principio da parte del nostro Legislatore si fece via via sempre più marcata.

Dopo la riforma Bassanini e le varie leggi di attuazione si aprì un dibattito nel mondo politico con la Commissione Bicamerale sull'opportunità di costituzionalizzare o meno la sussidiarietà ma, come detto, l'esaurimento dell'accordo su cui si fondava questo speciale organo arrestò momentaneamente il processo di modifica della nostra Norma Fondamentale; nel giro di qualche anno, tuttavia, questo processo riprese forza tanto da giungere a piena conclusione con la legge Costituzionale 3 del 2001.

Le medesime tensioni ideologiche e culturali presenti dietro la legge 59/97 si riproposero in questo contesto, oscillando tra chi temeva di aprire le porte al liberismo più sfrenato mediante l'introduzione della sussidiarietà in Costituzione¹⁵³ e chi, al contrario, temeva una minimizzazione del principio e auspicava soprattutto una difesa dall'intervento statale in una concezione, quindi, prettamente negativa o difensiva di Ottocentesca memoria¹⁵⁴.

Questa incertezza, che in fondo potremmo ricollegare anche all'intrinseca indeterminatezza della sussidiarietà, si riflesse nei lavori preparatori: vi fu qualcuno favorevole all'inserimento del principio nella sua declinazione orizzontale non nel Titolo V ma, addirittura, nella prima

¹⁵² Articolo 9 legge 328/2000

¹⁵³ Paura comune soprattutto alla maggioranza di Governo di allora, composta da una coalizione di centro-sinistra e guidata prima da Prodi e poi da D'Alema.

¹⁵⁴ Il riferimento è all'opposizione dell'epoca incarnata dal centro-destra con ideali tendenzialmente liberali.

parte della Costituzione¹⁵⁵, ma il timore di rinviarne l’inserimento a data da destinarsi, tanto più che vi era il precedente negativo del fallimento della Commissione Bicamerale, indusse il relatore Cerulli Irelli a immettere questo profilo all’interno della riforma dei rapporti tra Stato ed entità sub-statali¹⁵⁶.

Durante i lavori in Assemblea sotto il Governo Amato è interessante osservare il contributo dell’Onorevole Massimo D’Alema, già ex presidente della Commissione Bicamerale nonché uno dei principali promotori della riforma del Titolo V, in quanto ci permette di chiarire numerosi passaggi prodromici all’analisi dell’articolo 118 Comma IV¹⁵⁷.

D’Alema ritenne che il contenuto della sussidiarietà fosse, nei fatti, già presente nella prima parte della Costituzione, come affermato da autorevole dottrina¹⁵⁸; in secondo luogo riemerge, celata fra le righe dell’orazione, quella diffidenza nei confronti della sussidiarietà tipica di alcuni schieramenti politici, tale per cui questo principio aprirebbe le porte al liberismo in determinati settori che dovrebbero essere guidati da istanze diverse, come “l’equità e l’interesse nazionale”.

L’Onorevole Riccardo Migliori, di opposta estrazione politica, contestò questa ricostruzione sottolineando come la sussidiarietà fosse intesa dalla maggioranza come una “semplice promozione dell’attività dei privati, da elargire in modo paternalistico”, criticandone la semplicistica associazione al liberismo ma, nei fatti, esaltandone proprio quel tratto rispetto a quelli di matrice federalista o cattolica¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Marco Boato, durante il resoconto della I Commissione Permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), affermò: “dopo aver preso atto di quanto testé affermato dal deputato Armaroli, sottolinea come, in merito alla discussa questione della sussidiarietà orizzontale, sarebbe personalmente contrario all’ipotesi di inserire il principio di sussidiarietà orizzontale nel titolo V della Costituzione, dichiarandosi, invece, favorevole ad una soluzione che preveda una distinta ma contestuale trattazione dell’argomento all’interno di un progetto di legge costituzionale volto ad inserire il suddetto principio nella prima parte della Costituzione.” Tratto da <http://leg13.camera.it/>

¹⁵⁶ Dal resoconto della I Commissione Permanente: “sottolinea che, dopo il fallimento della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, si è deciso di procedere all’approvazione delle riforme possibili, piuttosto che arrendersi a non approvare alcuna riforma. Ribadisce, inoltre, che di fronte alle sopravvenute difficoltà aveva ritenuto utile un ulteriore rinvio della calendarizzazione in Assemblea, non giudicando possibile approvare una riforma costituzionale quale quella in esame in assenza delle necessarie condizioni politiche. Quanto, poi, alla questione della sussidiarietà sociale, ha già avuto modo di manifestare il suo orientamento favorevole ad un esame contestuale della medesima rispetto all’esame del provvedimento in titolo. Su tale ultima ipotesi occorrono, tuttavia, gli opportuni chiarimenti politici.”

¹⁵⁷ Dal resoconto del dibattito in Assemblea: “Premesso che il principio di sussidiarietà è di fatto già recepito nella parte prima della Costituzione, ritengo che il testo di riforma in esame segni un importante passo in avanti nel favorire l’iniziativa dei cittadini, delle associazioni e delle imprese, fermi restando i principî di equità e di interesse nazionale che non consentono di demandare ai privati determinate funzioni pubbliche; osserva inoltre che un approfondimento del tema concernente le diverse interpretazioni del principio di sussidiarietà, in un clima di dialogo costruttivo che la sua parte politica ha comunque favorito, avrebbe probabilmente consentito di individuare una soluzione più largamente condivisa”.

¹⁵⁸ A. D’ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit.

¹⁵⁹ Dal resoconto del dibattito in assemblea: “Inoltre, abbiamo un passo indietro significativo rispetto agli stessi approdi della Commissione bicamerale per quanto riguarda le questioni legate alla sussidiarietà orizzontale. Vi è una differenza profonda che si è manifestata sul punto in quest’aula, in quanto è emersa un’interpretazione della sussidiarietà come semplice promozione dell’attività dei privati, da elargire in modo paternalistico. Una fetta significativa di quest’Assemblea, infatti, ha una concezione della sussidiarietà come luogo deputato ad essere depositario di poteri e competenze che lo Stato assegna alla società civile, per la quale registriamo invece

La formulazione finale dell'articolo 118 comma IV della nostra Costituzione, riportata anche all'inizio del paragrafo, riproduce lucidamente questa tensione concettuale.

6.1 Perché favorire l'autonomia dei privati?

Prima di soffermarci sull'interpretazione testuale della disposizione occorre partire da una considerazione preliminare: perché la Repubblica, come abbiamo visto composta da più soggetti proprio grazie alla modifica del Titolo V e, in particolare, dell'articolo 114¹⁶⁰, dovrebbe favorire i cittadini?

La risposta è di tipo culturale ed è legata alla concezione etica sottesa alla sussidiarietà, ripresa parzialmente dalla maggioranza di allora nell'*iter* di revisione costituzionale.

La sussidiarietà, nella sua relazione tra poteri pubblici e cittadini, è identificata come il fondamento di una nuova forma di Stato¹⁶¹, non più contraddistinta da un'impostazione, se non antagonista, direi certamente bipolare fra pubblica amministrazione esclusiva erogatrice di servizi e il cittadino utente finale¹⁶².

La concezione tale per cui la pubblica amministrazione vanta l'esclusività in tema di perseguimento di interessi generali, basata su una intensa sfiducia verso l'individuo¹⁶³ e rintracciabile in ogni testo di diritto amministrativo¹⁶⁴ dell'epoca, fu già messa in discussione da Feliciano Benvenuti durante gli anni Settanta in quanto poco efficiente in termine di risultati e poco allineata alla realtà empirica¹⁶⁵.

La società oggi è molto più polverizzata che in passato, individualizzata e molto più eterogenea rispetto ai rigidi e monolitici blocchi del Novecento, la stessa distinzione tra pubblico e privato

sofferenze e limiti gravi di interpretazione e di lettura. Basti pensare alla convinzione di alcuni autorevoli colleghi dei Democratici di sinistra che vedono addirittura, in questa logica, una sorta di valorizzazione del liberismo e del mercato, che sono cose diverse rispetto ad un'interpretazione giusta della sussidiarietà, che significa uno Stato più leggero rispetto alle capacità di autogoverno ed autorganizzazione della società”

¹⁶⁰ Articolo 114 della Costituzione: “La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato.”

¹⁶¹ P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, cit. pp. 201 e sgg.

¹⁶² G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'articolo 118 ultimo comma della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli Jovene Editore 2005 pp. 180 e sgg., N. POLITO, *Articolo 118 Ultimo Comma. Un Approfondimento sul favoriscono*, da <http://www.astrid-online.it>, C.MILLON-DELSOL *Il principio di sussidiarietà*, cit. pp. 55 e sgg. e F. PIZZETTI, *Il principio di sussidiarietà nel nuovo art.118* da <http://www.forumcostituzionale.it>

¹⁶³ C. MILLON-DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, cit. pp. 50-51 fa curiosamente notare come questo sia un denominatore comune tanto al liberismo quanto al socialismo, le principali ideologie del Novecento successive alla II Guerra Mondiale; l'Autrice pone in luce come, in entrambi i casi, il cittadino sia visto come un freddo calcolatore di interessi individuali, tale per cui l'unico soggetto ad essere legittimato a perseguire scopi sovraindividuali è la pubblica amministrazione.

¹⁶⁴ Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo Volume Uno*, Milano Giuffrè 1950, p. 93: “Tali soggetti, nel campo del diritto amministrativo, sono, da un lato, le pubbliche amministrazioni, ossia lo Stato e gli altri enti ausiliari di esso; dall'altro gli amministrati, detti di solito i cittadini o i sudditi. Le prime costituiscono i soggetti attivi della potestà amministrativa; i secondi i soggetti passivi di essa”.

¹⁶⁵ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit. pp. 807 e sgg.

risulta talvolta difficile nella natura di alcuni compiti e ancor meno nelle finalità di certe azioni¹⁶⁶.

Prendere atto, al contrario, che in certi contesti una *summa divisio* sia gravosa e difficoltosa può indurre a vedere il pubblico e il privato come alleati nel soddisfacimento di interessi generali, secondo una direttrice molto comune in Europa chiamata *public-private partnership*¹⁶⁷, determinando un guadagno complessivo dell'economia del nostro sistema per mezzo di un adeguamento dell'impianto formale a quello materiale.

E proprio a proposito di economia sono innegabili i vantaggi derivanti dall'accoglimento di questa nuova prospettiva: la devoluzione di compiti all'esclusiva azione della pubblica amministrazione alimenta la burocrazia aggravando le spese e, da un punto di vista personale, impoverisce l'animo umano.

Millon-Delsol ne fa un caposaldo della sua opera "Il principio di sussidiarietà", mettendone in luce tutti i suoi effetti legati ad una edificante crescita umana.

A dire della studiosa francese, i pubblici poteri finiscono spesso per aumentare le spese necessarie per il soddisfacimento degli interessi generali a causa, da un lato, della loro lontananza dagli obiettivi prefissati e, dall'altro, dei loro rigidi schemi organizzativi, mentre i singoli individui sarebbero più estranei a questioni inerenti i massimi sistemi ma ben più vicini ad incidere concretamente sulla realtà con le loro azioni¹⁶⁸.

La progressiva spersonalizzazione dei meccanismi solidaristici finisce, per Millon-Delsol, per alimentare peraltro l'egoismo umano, favorendo l'utilizzo della creatività e della propria energia personale unicamente verso il tempo libero e il proprio *comfort*, disinteressandosi degli altri.

¹⁶⁶ Si pensi alle ristrutturazioni archeologiche compiute da soggetti privati nel nostro ordinamento come quella del Colosseo a Roma sostenuta da privati. La natura in questo caso è facilmente riconducibile a soggetti distinti dai poteri pubblici, ma la finalità può dirsi estranea ad un interesse generale?

¹⁶⁷ Fenomeno comune soprattutto in ambito di appalti e concessioni.

¹⁶⁸ C. MILLON-DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, cit. p.71 "Al contrario lo Stato, unico promotore della realizzazione dell'interesse generale, finisce per sperperare e disperdere gran parte delle risorse destinate al bene comune. Se lo Stato sostiene finanziariamente le iniziative private finalizzate all'interesse generale, invece di pagare i suoi funzionari per il conseguimento dello stesso obiettivo, le risorse saranno utilizzate meglio. (...) Invece una società strutturata è quella in cui l'individuo concorre al benessere comune non solamente con il pagamento delle tasse, ma con l'impiego di una parte del suo tempo, della sua energia, della sua creatività. Nella misura in cui desidera partecipare alla "cosa di tutti", e secondo il tempo di cui dispone, egli si associa per organizzare azioni consone ai bisogni sociali più trascurati e negli ambiti in cui si considera competente e creativo. La strutturazione sociale rappresenta, per i sostenitori del Principio, più che una necessità, una figura "normale" dell'esistenza sociale: agire insieme rappresenta la prima espressione dell'esistenza di una società. La storia delle società del Vecchio Continente racconta di una moltitudine di piccole società che lottano con successo per conservare le loro capacità d'iniziativa in seno alla grande società: corporazioni, città, "universitates" in genere. Esse non cedono competenze alle istanze superiori se non in caso di bisogno.(...)Confiscando, per farla propria, ogni iniziativa di interesse generale, e gettando il sospetto sulle azioni private finalizzate all'interesse generale, lo Stato-Providenza imprigiona i potenziali attori nel loro privato. Costoro, dotati di un'energia superflua, la useranno per il proprio tempo libero e per il proprio comfort. Nessuna società è interiorizzata come questa. Tutta la passione che potrebbe essere indirizzata all'esterno, si rattrappisce rinchiudendosi negli stretti limiti del proprio orticello. Lo Stato-providenza genera delle élites egoiste".

Lo Stato si trasforma da “*Welfare State*” a “Stato-provvidenza”, perseguendo qualsiasi interesse sovraindividuale data l’ontologica propensione umana all’egoismo o all’apatia.

La creazione di una nuova società “strutturata”, per utilizzare un’espressione della studiosa francese, ma sempre fondata sull’individuo e garantita da contributi materiali pubblici o incentivi fiscali¹⁶⁹, permetterebbe una crescita interiore improntata alla valorizzazione della dignità umana quale naturale meta della autonomia, risolvendo nel contempo quell’atavico e ipotetico scontro tra dignità e libertà su cui si era interrogata la dottrina cattolica fin dalle sue origini, inserendosi perfettamente nella prospettiva di crescita individuale fissata dalla Costituzione *ex* articolo 2¹⁷⁰.

Sempre trattando della dignità non si può non citare un passaggio su cui questa area dottrinarina, vicina alle posizioni sociali cattoliche, ha posto molto l’accento e relativo alla cosiddetta “sussidiarietà fiscale”.

Il tema riguarda la capacità contributiva legittima riconosciuta agli individui, questione in Italia molto sentita a causa dell’elevato carico fiscale presente; come riporta la dottrina¹⁷¹, in Germania il livello impositivo fiscale fu analizzato in una serie di sentenze della Corte Costituzionale, a partire da quella del 22 giugno 1995.

In particolare, la pronuncia del 10 Novembre 1998 “*BVerfGE 99, 246 - Kinderexistenzminimum I*” impose al Legislatore teutonico di rendere fiscalmente deducibili tutte quelle spese riconducibili al *Familien Existenzminimum*, ossia quell’importo economico destinato alle spese per il riscaldamento, l’affitto o l’educazione per i figli, funzionale a garantire un’esistenza dignitosa alla propria famiglia.

¹⁶⁹ Il filone dottrinario legato alle tesi cattoliche sociali è molto vicino oggi a quest’argomento e propugna il cosiddetto *Welfare Society* o *mix*, un *welfare* integrato e spontaneo che si sviluppa in seno alla società. Cfr. G. VITTADINI, *Introduzione*, in *Liberi di scegliere: dal Welfare State al Welfare Society*, (a cura di) G. V. pp. 1 e sgg., L. ANTONINI, *Lo Spazio della Sussidiarietà nel terzo decentramento: dalle leggi Bassanini alla Riforma delle Autonomie Locali*, da www.fga.it e, dello stesso autore, *Sulla giustiziabilità del principio di Sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni Costituzionali* Fascicolo 3 2003, pp. 635 e sgg.

¹⁷⁰ Cfr. la sentenza 75 del 1992 della Corte Costituzionale sul volontariato: “Quale modello fondamentale dell’azione positiva e responsabile dell’individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente presta personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità, il volontariato rappresenta l’espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell’uomo, derivante dall’originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l’individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un’autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l’originaria connotazione dell’uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, dall’art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente.”

¹⁷¹Cfr. G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit. p. 4 L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni Costituzionali* Fascicolo 3 2003 pp. 6354 e sgg. O *Lo Spazio della Sussidiarietà nel terzo decentramento: dalle leggi Bassanini alla Riforma delle Autonomie Locali*, da www.fga.it pp. 37 e sgg.

La *ratio* di queste decisioni è da rinvenire nella consapevolezza secondo cui le spese per i figli sono “spese inevitabili”, per cui lo “Stato non può opporre al cittadino l’evitabilità dei figli allo stesso modo di altri costi (evitabili) per la conduzione della vita”.

La Corte tedesca ha ritenuto non equiparabile a questo scenario un’assistenza statale compiuta con altri mezzi, ad esempio gli assegni familiari, perché “Le risorse che lo Stato trasferisce al cittadino non danno la stessa dignità di quelle guadagnate di persona (...), trasformano un cittadino in un assistito”, ledendo proprio la sua dignità personale; da qui, alcuni studiosi¹⁷² enucleano il concetto di “sussidiarietà fiscale”, ponendo l’accento sulla valorizzazione dell’autoresponsabilità posta in risalto dalla giurisprudenza tedesca.

La somma di questi eterogenei aspetti può, in sintesi, essere definita in termini di “cittadinanza attiva o societaria”¹⁷³ e, secondo taluni, questa visione porterebbe a sintesi la datata contrapposizione tra la cultura liberale e quella laburistica tipica del Novecento, con il superamento della dimensione freddamente razionale associata alla vita umana, vista come esclusivamente orientata al soddisfacimento dei propri desideri egoistici¹⁷⁴.

È interessante osservare come proprio questo concetto di cittadinanza societaria, di matrice sociologica, sia stato recepito anche in un aspetto dinamico di gestione della giustizia quale è la giurisdizione.

All’interno del parere 1440 del 25 Agosto 2003 il Consiglio di Stato in sede consultiva sostenne, escludendo dall’ambito di applicazione della sussidiarietà le imprese, come vi fosse una riserva originaria di attribuzioni a soggetti esponenti della comunità, fondata per il solo fatto di porsi nel contesto sociale fuori dai rigidi schemi normativi, citando *in toto* il concetto di cittadinanza societaria¹⁷⁵.

¹⁷² Cfr. L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in Quaderni Costituzionali Fascicolo 3 2003, pp. 6354 e sgg. O *Lo Spazio della Sussidiarietà’ nel terzo decentramento: dalle leggi Bassanini alla Riforma delle Autonomie Locali*, da www.fga.it pp. 37 e sgg.

¹⁷³ C. MILLON-DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, cit. p. 48 e sgg. la chiama “cittadinanza attiva”, P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari Laterza 2003, pp. 1 e sgg la qualifica, per l’appunto, come “cittadinanza societaria, ponendo in risalto la valenza relazionale messa a fuoco, soprattutto, da A. D’ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit.

¹⁷⁴ P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, cit. pp. 100 e sgg.

¹⁷⁵ Cfr. parere 1440 del 2003: “È questa la prova di una riserva originaria di materie (attribuzioni si potrebbe dire utilizzando l’analogia con quanto la legge conferisce alle potestà pubbliche) a soggetti esponenti del fenomeno della cittadinanza societaria, secondo la definizione di una recente dottrina sociologica. Per cittadinanza societaria deve intendersi l’aspetto relazionale che ai soggetti, prevalentemente comunitari (famiglie, associazioni), è conferito per il solo fatto di porsi nel contesto sociale e di operarvi al di fuori di regole pre-confezionate da autorità munite di pubblici poteri: gli interessi sociali e generali che tali comunità esprimono attraverso l’assunzione di compiti, la risoluzione di problemi pratici compresenti in una collettività, la gestione di attività coerenti allo sviluppo della comunità stessa costituiscono manifestazioni originarie e non comprimibili di cittadinanza societaria che le autorità territoriali sono tenute a favorire e a rispettare, posto che esse si traducono, in una valutazione per dir così a posteriori, in uno svolgimento implicito di funzioni tipiche dell’ente pubblico di riferimento(...) Si tratta, in altre parole, di prendere atto della coesistenza di interessi e di istanze che non necessariamente devono essere assunti dall’ente pubblico, quasi che quest’ultimo sia in grado di fagocitare gli interessi costituenti l’intera esponentza della collettività di riferimento. Esistono, cioè, forme di impegno e di attività, soprattutto nel versante sociale, ma non esclusivamente in quest’ultimo, che sono dislocate (e non possono non esserlo) a livello di soggetti utenti e agenti al medesimo tempo. L’articolo 118 Cost. enuncia il dovere per gli enti territoriali componenti la Repubblica di favorire tali forme di assunzione di responsabilità in contesti di interesse generale non gestiti dalla

Colpisce, vista anche la dottrina citata, l'esplicito riferimento all'"aspetto relazionale dei soggetti", quel presupposto che li giustifica a perseguire interessi generali senza essere fagocitati dalla pubblica amministrazione.

Il vantaggio per i pubblici poteri è evidente: se gli interessi generali, "implicite funzioni tipiche dell'ente pubblico di riferimento" secondo il parere citato, sono perseguiti da soggetti estranei alla pubblica amministrazione, questa dovrà occuparsi di meno attività.

Merita menzione, proprio su questo versante, il decreto legge numero 133 del 2014, convertito nella legge 164 del 2014 ("Misure di agevolazione della partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione dei territori").

L'articolo 24, in particolare, attribuisce la possibilità ai Comuni di "definire i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli e associati", in cambio di "riduzioni o esenzioni di tributi inerenti al tipo di attività posta in essere"¹⁷⁶.

Il Comune di Bologna ha, fra i vari enti locali, definito i criteri e le condizioni per l'accesso alle agevolazioni, formulando, nel contempo, la richiesta di un parere alla Corte dei Conti sui limiti di questa previsione, data l'incidenza sulla materia tributaria; nel parere 27 del 2016, la Corte dei Conti ha ritenuto compatibile con le esigenze di erario pubblico le previsioni approvate dal Comune in un regolamento, specificando, tuttavia, come sia necessario adottare un'interpretazione restrittiva dell'articolo 24 del decreto legge, teso a non compromettere l'equilibrio finanziario locale.

Spunto interessante è il richiamo alla sussidiarietà orizzontale espresso dai giudici contabili, i quali la identificano come uno strumento in grado di porre al servizio della comunità la competenza dei privati ed, elemento perfettamente in linea con quanto detto poc'anzi, ad assicurare un risparmio per le casse degli enti locali¹⁷⁷.

6.2 "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono"

mano pubblica (o dalle organizzazioni privatistiche che sempre più frequentemente sono i successori dell'ente pubblico nelle gestioni dei servizi)."

¹⁷⁶ Cfr. articolo 24 "Misure di agevolazione della partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio": "1. I Comuni possono definire i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli e associati, purché' individuati in relazione al territorio da riqualificare. Gli interventi possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade ed in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. In relazione alla tipologia dei predetti interventi i Comuni possono deliberare riduzioni o esenzioni di tributi inerenti al tipo di attività posta in essere. L'esenzione è concessa per un periodo limitato, per specifici tributi e per attività individuate dai Comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere."

¹⁷⁷ Cfr. parere 27 del 2016, Corte dei Conti, sezione regionale per l'Emilia Romagna: "Come è stato osservato in dottrina e, come anche evidenziato nella richiesta di parere dello stesso ente istante, la norma è espressione del principio della sussidiarietà orizzontale di cui all'articolo 118, comma 4, Cost. in quanto consente alle comunità di cittadini di partecipare alla gestione dei servizi relativi alla cura e alla valorizzazione del territorio. I soggetti amministrati possono diventare soggetti attivi nella cura dei beni comuni con il vantaggio per l'amministrazione locale di beneficiare di risorse, competenze ed esperienze di cui si fanno portatori i soggetti privati."

Proseguendo con l'esposizione, una volta chiarite le ragioni pratiche dietro questa formulazione, possiamo soffermarci sull'interpretazione testuale dell'articolo 118 ultimo comma partendo dalle prime espressioni.

Possiamo dire, *in primis*, che l'articolo 118 sia calato nel nuovo impianto istituzionale delineato dalla più generale riforma del Titolo V per mezzo del riconoscimento di una Repubblica composita, organizzata in diverse autorità di governo: il vertice Statale, le venti Regioni, le Città Metropolitane come enti di area vasta, le Province e i Comuni¹⁷⁸.

Più interessante e problematico è il lemma successivo.

I soggetti appena richiamati favoriscono, infatti, l'attività autonoma dei privati e, anche in virtù della scelta terminologica piuttosto vaga, l'espressione si presta ad ampi tratti di indeterminazione.

Favorire comporta solo un indirizzo generale a cui sono tenuti i poteri pubblici? Devono anche garantire l'autonomia dei privati? In che modo devono favorirle? La disciplina di queste attività è pubblicistica o privatistica? Sono sindacabili? Si può configurare una responsabilità in capo ai cittadini in caso di danni? Se sì, di tipo civilistico o pubblicistico?

Come possiamo vedere in rapida approssimazione tutte queste problematiche sono concrete e reali e solo l'interprete, armato di logica e pazienza, può colmarle.

Preliminarmente va affermato come ogni norma Costituzionale sia, di per se, immediatamente precettiva e perciò si debba sgombrare il campo dall'attribuire una valenza non giuridicamente impegnativa alla sussidiarietà orizzontale¹⁷⁹; peraltro, a riprova empirica emerge la constatazione secondo cui il principio è richiamato in tutta una serie di pronunce, come il parere già analizzato 1440/03 o la sentenza 267 del 2004 resa dal TAR Liguria^{180 181}, in cui i giudici amministrativi parlano di "effetti procedurali e processuali" connessi alla sussidiarietà orizzontale e discendenti dal suo inserimento in Costituzione.

Peraltro, autorevole dottrina sottolinea come l'inserimento del principio nella Legge Fondamentale determini il suo utilizzo in sede sistematica e per colmare le eventuali lacune

¹⁷⁸La previsione in questione echeggia nitidamente l'articolo 114 della Costituzione: "La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato." Il rovesciamento della formula nell'articolo 118 sembra ribadire come la sussidiarietà orizzontale sia primariamente assicurata dai Comuni in quanto enti funzionalmente più prossimi ai cittadini.

¹⁷⁹ Questa è pacifico fin dalla prima sentenza della Corte Costituzionale nel 1956.

¹⁸⁰ Cfr. S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, cit., D. BOLOGNINO, R. CAMELI E F. GIGLIONI, *La sussidiarietà nella giurisprudenza italiana e comunitaria* da <http://www.labsus.org>, P. DURET, *L'Horror Vacui e la sussidiarietà*, da Jus fascicolo 3 anno 2010 pp. 539 e sgg. e N. POLITO, *Strumenti per la sussidiarietà orizzontale: un'ipotesi per l'applicazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione*, da <http://www.astrid-online.it/>

¹⁸¹ Cfr. sentenza 267/2004 TAR Liguria: "(...) I pubblici poteri devono agire preferenzialmente tramite il coinvolgimento diretto dei singoli e dei gruppi sociali liberamente costituiti, in quanto chiamati in prima persona a cogestire la funzione amministrativa secondo il principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale (...) Non v'è dubbio, infatti, che lo specifico ruolo ordinamentale attribuito ai privati ed alle loro formazioni sociali sul piano sostanziale, riverberi i suoi effetti anche sul piano procedimentale e processuale".

normative, con un'efficacia che, per quanto limitata a causa della sua formulazione, non può essere messa in discussione¹⁸².

Chiaro è che, come osservato da Gregorio Arena, concreta vita al nuovo sistema sociale può essere garantita solo dai cittadini in base ad un nuovo spirito etico già analizzato nei paragrafi precedenti, in sua assenza, infatti, la previsione contenuta all'interno dell'articolo 118 comma IV rimarrebbe lettera morta, confinata in una dimensione iper-uranica¹⁸³.

A proposito dell'obbligo di garanzia in capo ai pubblici poteri occorre capire se questi debbano solo favorire o, in una qualche misura, intervenire *ex ante* per creare le condizioni prodromiche alla diffusione della sussidiarietà orizzontale, anche da un punto di vista culturale.

Prescindendo da valutazioni eccessivamente legate ai massimi sistemi, se sia legittimo o meno attribuire una legittimazione nella produzione di valori etici ai pubblici poteri, nella prassi è innegabile esigere un preciso orientamento di fondo assunto dall'autorità pubblica in merito alla sussidiarietà orizzontale proprio perché, come abbiamo visto, senza una concreta risposta da parte della società il principio è destinato a rimanere lettera morta.

Sono, quindi, legittime quelle politiche pubbliche volte a creare l' *humus* culturale ed etico su cui far crescere la sussidiarietà¹⁸⁴, senza timore di degenerazioni totalitarie¹⁸⁵; la paura di una "centralizzazione" decisionale come conseguenza di politiche pubbliche etiche, dinamica approfondita in particolar modo dal pensiero liberale, sarebbe in questo caso *ab origine* assente in virtù del contenuto intrinsecamente pluralistico del principio, non solo ontologicamente incompatibile con ogni fenomeno di accentramento del potere ma anche, nella sostanza, vera essenza della democrazia: rappresentatività ai più prossimi livelli del cittadino, responsabilità e crescita individuale e libertà economica sono il cuore di ogni sistema concretamente democratico.

Il nodo gordiano, sollevato soprattutto da alcuni politici in sede di elaborazione della sussidiarietà, si rivela soltanto apparente¹⁸⁶.

Un'attività a monte atta a favorire l'autonomia dei singoli cittadini deve essere, in maniera implicita, in qualche modo garantita proprio e soprattutto per mezzo di una base culturale, senza contributi economici a pioggia o scelte clientelari tipiche di quella visione stato-centrica della

¹⁸² A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit.

¹⁸³ G. ARENA, *Principio di sussidiarietà e forme di cittadinanza attiva*, cit.

¹⁸⁴ Anzi, in un contesto quale quello italiano politiche pubbliche a favore della realizzazione di questo principio si rivelerebbero essenziali data la propensione all'individualismo e all'anarchia tipiche del nostro ordinamento.

¹⁸⁵ Il pensiero liberale coglie acutamente questo punto: se lo Stato diventa l'unico tutore della cultura di un paese, le idee diventano ideologie, la democrazia si trasforma in totalitarismo; questo aspetto sarà approfondito in modo pratico con riguardo all'istruzione.

¹⁸⁶ L'area conservatrice, ricordiamo, avanzava delle richieste atte a rendere la sussidiarietà una barriera più intensa rispetto al raggio di intervento pubblico, in una rielaborazione attuale del pensiero liberale Ottocentesco.

nostra prima Repubblica; a valle, nella fase del concreto svolgimento, possiamo al contrario immaginare un supporto diverso compiuto dai pubblici poteri, materiale e concreto¹⁸⁷.

Al di là di queste argomentazioni, il termine “favoriscono” si rivela intrinsecamente pregno di significati, emblematicamente rappresentativo di quella incertezza legata alla sussidiarietà orizzontale.

La formula necessita di meccanismi applicativi per dispiegare concretamente i propri effetti e, nel contempo, espone il fianco a critiche su una presunta assenza della componente negativa, consistente nell’astensione da parte dei pubblici poteri nel compimento di attività a rilevanza generale¹⁸⁸. Sembrerebbe che il settore pubblica debba, soprattutto in base alla ricostruzione prospettata da Rescigno e da D’Atena¹⁸⁹, motivare l’eventuale assunzione di attività private giustificandola sulla base di dati o indicatori oggettivi; come vedremo nel prossimo capitolo, soprattutto in merito ai servizi pubblici locali, ciò non è semplice.

6.3 “L’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”

Per rispondere agli altri quesiti prima richiamati, come l’autorità può favorire e quale sia la natura di questa agevolazione, occorre soffermarci sul secondo periodo dell’articolo 118 il quale recita:

“L’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.”

A riguardo è interessante la tesi di Nicola Polito¹⁹⁰, secondo cui è lecito immaginare due distinte *species* di interventi pubblici a seconda che l’iniziativa parta dal basso da parte degli amministrati o sia, in qualche modo, sollecitata dalla pubblica amministrazione; al contrario, non è condivisibile l’impostazione di chi circoscrive l’operatività di questa previsione alla spontaneità degli amministrati¹⁹¹.

¹⁸⁷ U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. pp. 31-32 mette in guardia da abusi di assistenza da parte dei pubblici poteri in favore dell’autonomia privata; questa prospettiva è senza dubbio da condividere ma occorre ricordare come in ogni caso l’aiuto dei pubblici poteri, se si concretizza in elargizioni o provvidenze, è subordinato all’apposita disciplina come diremo più avanti nella trattazione.

¹⁸⁸ Cfr. A. D’ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit., G. SCACCIA, *La dimensione giuridica della sussidiarietà*, cit. pp. 63 e sgg., U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. pp. 28 e sgg., S. STAIANO, *Profili teorici della sussidiarietà orizzontale*, cit. pp. 25 e sgg e A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit. pp. 77 e sgg.

¹⁸⁹ Cfr. U. RESCIGNO, *ibidem* e A. D’ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, in www.issirfa.cnr.it/

¹⁹⁰ N. POLITO, *Strumenti per la Sussidiarietà orizzontale: un’ipotesi per l’applicazione dell’art. 118, quarto comma, della Costituzione*, da <http://www.astrid-online.it>

¹⁹¹ V. CERULLI IRELLI, *Il Nuovo Assetto dell’amministrazione*, in *Federalismi* numero 19 del 2004, pp. 27 e sgg.

Non vi è, infatti, alcun riferimento esplicito tale per cui l'articolo 118 debba indirizzarsi unicamente verso una tipologia di attività, anzi, avendo come destinatario elettivo lo "svolgimento di attività di interesse generale", è ragionevole desumere come sia arbitrario porre una distinzione in base alla diversa natura genetica della operazione.

Chiaramente le due ipotesi implicano dinamiche totalmente diverse.

Nel caso in cui la pubblica amministrazione stimoli l'attività dei cittadini, occorre dotarla di moduli tali da non eludere l'imparzialità al cui rispetto è obbligata nell'operato¹⁹², ad esempio con procedure ad evidenza pubblica e criteri predeterminati e oggettivi, all'insegna di una delimitazione degli spazi discrezionali astrattamente interpretabili come clientelismo; nell'altro caso, iniziative nate spontaneamente all'interno della società civile, la questione si fa più complessa perché accanto a problemi pratici ma facilmente risolvibili, come la creazione sia di canali di comunicazione formali ma agevoli tra autorità pubblica e individuo, sia di una serie di criteri di valutazione posti per valutare le varie attività presenti, occorre capire "cosa" possa risultare meritevole di attenzione da parte della pubblica amministrazione in quanto, in caso contrario, ogni singola iniziativa privata potrebbe considerarsi potenzialmente oggetto del supporto pubblico¹⁹³.

Qui si annida un aspetto vitale, da definire prima della prosecuzione della trattazione, e sintetizzabile in questo modo: lo stesso corpo sociale può, in totale assenza di un atto positivo, definire cosa sia interesse pubblico? Come potrebbe conciliarsi ciò con il principio di Legalità? E che differenza sussisterebbe, a tal punto, tra pubblica amministrazione e cittadini?

La dottrina non è univoca.

Gregorio Arena, ad esempio, pur ritenendo che la sussidiarietà sia la chiave interpretativa lungo cui forgiare un "nuovo modo di amministrare", ritiene come ai cittadini sia precluso qualificare un'esigenza come meritevole di tutela per completezza dell'ordinamento¹⁹⁴; ciò svuoterebbe la relazione tra pubblica amministrazione e società civile, rendendo la prima superflua rispetto alla seconda.

Oltre ad un'alterazione sostanziale del principio della separazione del potere, dato che i cittadini sarebbero a un tempo Legislatore nella fissazione di un interesse meritevole di tutela, e, ad altro, Esecutivo nella fase "para-amministrativa" di attuazione, occorre considerare rilevante la situazione dei terzi, i quali, in potenza, potrebbero subire una lesione dal giudizio di meritevolezza compiuto solo da una parte dei consociati. Questa ricostruzione sembrerebbe più

¹⁹² Cfr. articolo 1 comma I della legge 241/90: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario."

¹⁹³ Cfr. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. pp. 31-32.

¹⁹⁴ Cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'articolo 118 ultimo comma della Costituzione*, cit. p.212.

convincente rispetto a quella avanzata da Vincenzo Cerulli Irelli, secondo cui è sufficiente una legittimazione sociale a rendere un'attività di interesse generale¹⁹⁵.

Allo stesso modo, e per le stesse ragioni, non risulterebbe condivisibile la posizione intermedia promossa da Nicola Polito, il quale sostiene che l'eventuale intervento del Legislatore nella definizione di un interesse a carattere generale sia una sorta di "prova indiziaria", orientativa ma non risolutiva nella misura in cui l'utilità sociale è concetto empirico e non positivo¹⁹⁶.

La premessa da cui partire è la seguente: i cittadini, per le ragioni esposte con lucidità da Arena, non sono legittimati a qualificare un interesse come generale ma, a compensare questa preclusione, anche un interesse parziale comportante un indiretto vantaggio per la collettività può essere ritenuto generale dalla pubblica amministrazione¹⁹⁷; per di più, e questa è una elaborazione personale sulla base dei ragionamenti di Luca Antonini¹⁹⁸, le naturali esigenze di certezza del diritto, volte ad attribuire una potestà esclusiva all'autorità pubblica circa un giudizio sulla meritevolezza degli interessi, non ostano all'utilizzo di atti legislativi diversi da quelli nazionali per la loro definizione¹⁹⁹.

In altri termini: anche il Legislatore regionale può, anzi, deve, in relazione alle diverse situazioni presenti sul territorio, offrire una qualificazione degli interessi meritevoli di tutela, magari mediante la previsione di una fase di consultazione con associazioni e gruppi locali²⁰⁰, come presente a livello europeo nei procedimenti tecnici sovranazionali di *Bottom Up*²⁰¹ o nel

¹⁹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Il Nuovo Assetto dell'amministrazione*, cit. p. 27: "Affinché un'attività possa essere qualificata d'interesse generale, è necessario che risponda ad un interesse generale come emergente dalla realtà storico-sociale, anche al di fuori di ogni previsione normativa; non convincono, su quest'ultimo punto, le tesi di coloro che tendono a ricondurre il novero delle attività di cui all'articolo 118 entro quelle già predeterminate *ex lege*; difatti, quantunque sia possibile solitamente rinvenire nella Legislazione un riferimento idoneo a qualificare come pubblico un dato interesse, ciò non esclude che in un dato contesto possano emergere ulteriori interessi rispetto a quelli prefissati in via normativa"

¹⁹⁶ N. POLITO, *Strumenti per la Sussidiarietà orizzontale: un'ipotesi per l'applicazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione*, da <http://www.astrid-online.it>: "Si ritiene, tuttavia, che l'attività definitoria del legislatore rappresenti un orientamento utile e opportuno ma non definisca compiutamente i confini della libertà di un cittadino di attivarsi per perseguire un interesse meta-individuale. Non possono dunque considerarsi "di interesse generale" solamente quelle attività definite come tali dalla legge, pena il rischio di confondere la categoria dell'interesse generale di cui all'art. 118, u.c. , con quella di interesse "protetto", nell'accezione che la dottrina propone. L'interesse generale è una caratterizzazione teleologica essenzialmente e strutturalmente dinamica e libera, senza struttura, che orienta l'azione individuale a finalità e risultati di interesse comunitario ma non può - né deve - in alcun modo lasciarsi imbrigliare nelle maglie della normativa definitoria; allo stesso tempo, però, la sfera delle azioni di interesse generale non coincide con l'ampia sfera della liceità, ma abbisogna di una caratterizzazione - "l'utilità sociale" per l'appunto - che il legislatore può aiutare a definire."

¹⁹⁷ I riferimenti li fornisce ancora una volta Arena: ad esempio dei commercianti che interviene per abbellire la strada su cui insistono i loro esercizi o un gruppo di cittadini che ripulisce un'area verde situata all'interno del proprio quartiere.

¹⁹⁸ L. ANTONINI, *Lo Spazio della Sussidiarietà nel Terzo Decentramento: Dalle Leggi Bassanini alla riforma delle Autonomie Locali*, cit.

¹⁹⁹ Questa rimodulazione dei poteri pubblici, da erogatori esclusivi a semplici garanti della meritevolezza degli interessi, è perfettamente in linea con l'evoluzione della sussidiarietà vista nei paragrafi precedenti, con un più razionale ruolo assunto dall'autorità nei confronti dei cittadini.

²⁰⁰ Cfr. D. BOLOGNINO, R. CAMELI e F. GIGLIONI, cit.; gli autori citano la sentenza 1617 del Consiglio di Stato che, pur non essendo basata sulla sussidiarietà orizzontale, ribadisce la necessaria presenza degli interessati al procedimento amministrativo.

²⁰¹ Cfr. B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, (a cura di) M. P. C., Milano Giuffrè 2013 pp. 336 e sgg.

Protocollo di Applicazione del principio di sussidiarietà allegato al Trattato di Amsterdam del 1997²⁰².

Indicativa può essere, ad esempio, la legge regionale dell'Umbria numero 16 del 2006 che, *ex* articolo 1 comma II²⁰³, definisce d'interesse generale le attività inerenti i servizi pubblici sociali, quelli culturali, quelli volti alla valorizzazione del lavoro e dell'impresa, le prestazioni di utilità ai cittadini e alle categorie svantaggiate, con un *favor* particolare nei confronti di quelli frutto di una collaborazione e co-progettazione territoriale.

All'interno di questa struttura concettuale rimane ancora da capire cosa possa essere oggetto dell'attività dei cittadini, in altre parole quale tipologia di compiti possa essere espletata dallo stesso corpo sociale.

A tal proposito non possiamo dar adito a dubbi: l'interpretazione testuale e sistematica dell'articolo 118 ci consente di ritenere come le "attività di interesse generale" siano ben altro concetto rispetto alle funzioni espressione di un potere amministrativo, sia perché in caso contrario il Legislatore avrebbe riprodotto l'espressione contenuta all'interno del I comma ("funzioni amministrative"), sia perché i lavori preparatori e il dibattito in aula ci permette di riscontrare la volontà, da parte degli autori della riforma del Titolo V, di non delegare le funzioni amministrative ai privati nel timore di aprire le porte al liberismo²⁰⁴.

Interessanti, anche per capire l'applicazione pratica di questo schema, si rivelano le parole²⁰⁵ della giurisprudenza del Consiglio di Stato che, nel parere 1354 del 2002, affermò come l'autonomia privata acquisisce, a seguito della revisione del Titolo V, portata prioritaria sia quando è diretta alla realizzazione di bisogni individuali, sia quando persegue utilità generali "configurando spazi autonomi di tutela per «attività strumentali» così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi".

²⁰² A. D'ATENA, *Costituzione e Principio di Sussidiarietà*, cit. pp. 22 e sgg. e *Sussidiarietà e sovranità*, in *Annuario 1999: la Costituzione europea: atti del 14. Convegno annuale, Perugia, 7-8-9- ottobre 1999/Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova CEDAM 2000, pp. 27 e sgg.

²⁰³ Articolo 1 comma II: "I servizi pubblici sociali, i servizi culturali, i servizi volti alla valorizzazione del lavoro e dell'impresa e al rafforzamento dei sistemi produttivi locali, i servizi alla persona e comunque le prestazioni di utilità alla generalità dei cittadini e alle categorie svantaggiate, con particolare riferimento a forme di erogazione e svolgimento dei servizi che privilegiano la libera scelta e l'autosostentamento in una logica di collaborazione e di co-progettazione territoriale".

²⁰⁴ Questo aspetto si coglie sia nella maggioranza allora di Governo preoccupata dal non rimuovere profili riconducibili allo Stato sociale (in realtà più che profili dello Stato sociale sono, come abbiamo visti, indici di assetto sociale stato-centrico), sia nell'opposizione trincerata in una concezione negativa o difensiva della sussidiarietà.

²⁰⁵ Parere 1354 del 2002: "Ciò muta la stessa nozione di autonomia privata, nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione dei bisogni individuali (art. 41 Cost.), ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per «attività strumentali» mediante le quali si persegue la realizzazione delle «utilità generali», così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi."

Un esempio reale di questo dibattito teorico è rappresentato dal fenomeno delle cosiddette “ronde”.

Con il termine *ronde* si definisce quell’attività di vigilanza svolta dal cittadino, tendenzialmente ostacolata negli ordinamenti europei, sia per ragioni di garanzia, (il monopolio statale nell’uso della forza è una costante della tradizione di *Civil Law*), sia per regolamentare la stessa attività, consentendone un utilizzo razionale e proficuo.

Tra il 2008 e il 2009 l’allora maggioranza di governo promosse un tentativo di estendere il compito di vigilanza ai cittadini, ricorrendo all’appiglio della sussidiarietà orizzontale, dapprima con il decreto legge 11 del 2009 (“Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori”) ai commi IV, V e VI dell’articolo 6 e poi, dopo la loro soppressione in sede di conversione in conseguenza di numerose polemiche, con la legge 94/09 (“Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”)²⁰⁶; le previsioni sul fenomeno furono tuttavia ben diverse rispetto all’impianto iniziale, per certi aspetti minimizzate tanto da contemplare solo la possibilità per associazioni di cittadini iscritte in un apposito albo la licenza di segnalare “eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale”²⁰⁷.

Fu riproposto un ulteriore tentativo con il decreto ministeriale 8 del 2009 (“Determinazione degli ambiti operativi delle associazioni di osservatori volontari, requisiti per l’iscrizione nell’elenco prefettizio e modalità di tenuta dei relativi elenchi”), di attuazione e contenente i requisiti per la iscrizione²⁰⁸, ma la mossa non ebbe l’esito sperato: il Legislatore italiano ridusse l’ambito operativo delle *ronde* civiche solo e soltanto a compiti di segnalazione, ponendo, nel contempo, il divieto di utilizzo e possesso d’armi in quanto incompatibile con la normativa vigente nel nostro ordinamento.

Alcuni studiosi hanno, in questi anni, messo in luce come l’intervento in esame non solo abbia avuto un impatto minimo in termini legali all’interno del nostro sistema ma, oltretutto, sia stato accolto con una totale indifferenza da parte dei cittadini sul piano della effettività²⁰⁹.

Da un lato si è registrato come fosse arduo distinguere cosa, in termini concreti, un cittadino potesse fare in più rispetto al passato dopo la promulgazione della legge 94/09 e del successivo decreto ministeriale, una telefonata è nei fatti una segnalazione e chiamare le Forze dell’Ordine non è certo una novità del 2009, dall’altro sembra che i due atti non abbiano soddisfatto

²⁰⁶ Cfr. F. CORTESE, *Continua la razionalizzazione della disciplina statale in materia di sicurezza urbana: la Corte costituzionale e le «ronde», tra ordine pubblico e disagio sociale*, da *Le Regioni* Fascicolo 5 del 2011, pp. 1001 e sgg. e S. ROSSI, *Ronde e disagio sociale. Nota a Corte Costituzionale n. 226/2010*, da <http://www.forumcostituzionale.it>

²⁰⁷ Articolo 3 Commi 40,41,42 e 43

²⁰⁸ Articolo 1 e 5

²⁰⁹ V. D’AMBROSIO, *Il pacchetto sicurezza: un’occasione sprecata*, da www.astrid-online.it e M. MASSA, *I vigilanti privati e il volto pubblico della pubblica sicurezza*, da <http://www.costituzionalismo.it/>

un'esigenza intensamente avvertita dal corpo sociale, dato l'esiguo numero di associazioni ad oggi iscritte nei vari registri.

Cosa può aver determinato il fallimento di questo istituto inserito proprio sulla scia della sussidiarietà orizzontale?

È mancata un'interpretazione corretta del contenuto dello stesso principio, tirato in causa più per fini propagandistici²¹⁰ che per ragioni reali, con una mancata comprensione, emersa pienamente in sede di conversione del primo decreto legge, circa la tipologia delle attività oggetto della sussidiarietà.

Un'ipotetica attribuzione di poteri più incisivi, come quelli di arresto o di utilizzo di armi da fuoco, sarebbe stata senza dubbio incostituzionale, proprio alla luce dell'articolo 118 comma IV il quale lega la sussidiarietà orizzontale alle "attività di interesse generale" e non alle funzioni amministrative; a riprova di quanto detto si pone anche la constatazione secondo la quale il fenomeno delle *ronde*, nella sua formulazione, fu oggetto di critiche da parte dei giuristi e fu censurato da due sentenze della Corte Costituzionale, che ne proclamarono la illegittimità nella parte in cui si occupava di materie rientranti nella potestà Legislativa regionale²¹¹.

Esaurendo questo aspetto, rimane da capire un ulteriore passaggio, vivacemente dibattuto in dottrina, concernente lo scopo perseguibile da questi gruppi sociali civici.

Parte della dottrina ritiene che sia arbitrario operare una discriminazione fra realtà preordinate al perseguimento dello scopo di lucro e realtà *non-profit*²¹², mentre alcuni studiosi fanno leva sulla formula "attività di interesse generale" per giustificare una sorta di intrinseca preclusione ai soggetti che esercitano un'attività di impresa²¹³; la questione non è priva di interesse pratico in quanto condiziona, nei fatti, la forma giuridica utilizzabile dai cittadini per perseguire l'attività di interesse generale, oggetto dell'articolo 118 ultimo comma.

Se accolta questa seconda prospettiva, consequenzialmente, si dovrebbe circoscrivere l'ambito applicativo della sussidiarietà orizzontale escludendo società e imprese.

La *summa divisio* si rivela, anche in questo ambito, come frutto di ragionamenti personali, slegati da un fondamento costituzionale.

²¹⁰ Il principale promotore dell'iniziativa è collocabile in uno schieramento politico molto attento alle esigenze di sicurezza.

²¹¹ Sentenza 226 e 274 della Corte Costituzionale in cui si censura la legiferazione statale in materie oggetto della potestà residuale regionale *ex* articolo 117 comma IV del 2009.

²¹² G. U. RESCIGNO, Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali, cit., pp. 29 e sgg., S. STAIANO, Profili teorici della sussidiarietà orizzontale, cit. pp. 25 e sgg. e M. MENGOZZI, Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile, in Scritti in onore di Antonio D'Atena, (promossi da) F. B. C. volume III pp. 1865-1895, Milano Giuffrè 2015.

²¹³ V. CERULLI IRELLI, *Il Nuovo Assetto dell'amministrazione*, cit. pp.24, ripreso da S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, cit., pp. 599 e sgg.

L'interpretazione letterale non ci fornisce alcun elemento utile ai fini di questa distinzione e sostenere come le attività di interesse generale siano, esclusivamente, quelle compiute senza scopo di lucro è un'universalizzazione di una regola, neanche troppo frequente nella prassi.

Appare, *de facto*, arduo considerare privo di interesse generale un servizio pubblico locale²¹⁴ e un breve *excursus* sulla dimensione storico-giuridica della sussidiarietà ci permette di capire come i rapporti economici ne rappresentino una parte, non esclusiva certo, ma sicuramente esistente.

A riprova di quanto detto emerge la constatazione secondo cui il vero tratto caratterizzante delle "attività di interesse generale" non sia rappresentato dalla forma giuridica prescelta dai cittadini²¹⁵ quanto il vantaggio, anche solo indiretto, che può trarne la comunità dall'azione della società civile.

In tal senso sembrerebbero deporre anche alcune leggi regionali come quella numero 1 del 2000 della Lombardia, che prescrive, *ex* articolo 10, come l'autorità pubblica promuova e valorizzi l'apporto dei soggetti privati in attuazione del principio di sussidiarietà²¹⁶.

La scelta dell'espressione inserita nell'ultimo capoverso, "particolare riguardo", può legittimare un *favor* pure legittimo da parte dei pubblici poteri nei confronti dei soggetti *non-profit* ma, sicuramente, non ne giustifica una loro esclusione che si risolverebbe in una esplicita discriminazione.

La giurisprudenza appare, però, inizialmente oscillante.

Nel parere prima richiamato 1440/03 reso dal Consiglio di Stato i giudici affermarono²¹⁷ come le imprese siano del tutto estranee al fenomeno della sussidiarietà orizzontale, la quale orienta i propri effetti verso forme organizzative diverse da quella imprenditoriale.

²¹⁴ A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., pp. 206-207 parla, ad esempio, di servizio idrico in relazione alla sussidiarietà orizzontale; il tema sarà ripreso nel prossimo capitolo.

²¹⁵ Anzi, l'articolo 118 specifica "singoli e associati"

²¹⁶ Articolo 10 legge 1 Lombardia: "In attuazione del principio di sussidiarietà, la Regione, le province, i comuni e le comunità montane svolgono e coordinano l'attuazione delle attività e dei servizi di propria competenza promuovendo e valorizzando l'apporto delle formazioni sociali e dei soggetti privati, con particolare riguardo alle strutture rappresentative della società civile e agli organismi senza finalità di lucro".

²¹⁷ Parere 1440 del 2003: "In questa prospettiva, è evidente come le imprese (e gli eventuali aiuti alle stesse) nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale. Quest'ultima si esprime in forme diverse dall'impresa: l'art. 118 Cost. indica come protagonista del fenomeno il cittadino singolo o associato, le leggi ordinarie n. 59 del 1997 e n. 265 del 1999 collegano la sussidiarietà orizzontale alle famiglie, alle formazioni sociali, alle associazioni e alla comunità, configurando una capacità relazionale che si estrinseca in percorsi e metodiche rispetto alle quali, pur che sia salvaguardato il principio di democraticità implicito alle previsioni dell'articolo 18 Cost., i pubblici poteri non hanno sostanzialmente titolo all'intromissione. A prescindere dalla qualità del soggetto è comunque certo che la metodica dell'ausilio finanziario pubblico erogato in ambiti territoriali determinati può essere applicata anche ai fenomeni tipici della sussidiarietà orizzontale purché sussistano tutte le condizioni che implicitamente sono poste dai precetti (costituzionali e ordinari): sussistenza di una attività a cura e iniziativa di cittadini, famiglie, associazioni, comunità che si riveli adeguata e di interesse generale, tipicità della stessa attività e sua riferibilità esclusiva a quei soggetti, giudizio da parte dell'ente pubblico della necessità che il servizio o l'attività possano continuare per beneficio della comunità di riferimento, erogazione dell'ausilio quale forma di concorso per l'implicita utilizzazione dei benefici dall'intera collettività, anche politica, di riferimento. Nulla di tutto questo è dato riscontrare nel caso di specie nel quale gli interventi non sono in fase d'attuazione per la spontanea azione dei soggetti nel contesto sociale, ma sono ancora allo stato di valutazione sulla loro convenienza e utilità per le aree interessate."

L'articolo 118, a dire dei giudici amministrativi, si rivolge nei confronti del cittadino, singolo o associato, in quanto solo la persona umana ha una vocazione relazionale; nel rispetto di questo, è possibile, anzi, doveroso, immaginare contributi materiali finanziari dei poteri pubblici.

Appena un anno prima, tuttavia, il TAR Lombardia con la sentenza 94 sostenne la pertinenza della sussidiarietà all'ambito economico, sottolineando come l'azione pubblica nell'economia locale dovesse essere adeguatamente giustificata²¹⁸. L'iniziativa economica privata sarebbe, a dire dei giudici, tutelata tanto dall'articolo 41 della Costituzione, quanto dal principio di sussidiarietà orizzontale^{219 220}.

Sempre nel 2002, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale con la sentenza 6395 era arrivato a ritenere ammissibile il coinvolgimento delle USL, soggetti la cui natura imprenditoriale oggi è pacifica, argomentando come il principio di sussidiarietà orizzontale comporti, in tema di cure mediche, il doppio effetto di consentire al paziente la libertà di scelta delle strutture sanitarie e di porre sul medesimo piano il pubblico e il privato, con una distribuzione delle risorse collettive fondata sulla base dei criteri di convenienza per i cittadini²²¹.

Il quadro, confuso, sembrerebbe essersi assestato con le più recenti pronunce.

In primo luogo la sentenza 2407 del 21 Dicembre 2007 resa dalla prima sezione del Tribunale Amministrativo della Sardegna, pur respingendo le tesi del ricorrente, non specifica che la natura imprenditoriale di un soggetto osti alla proposizione di un ricorso fondato sulla sussidiarietà, mentre il Consiglio di Stato, con la sentenza 4080 del 25 Agosto 2008, lega espressamente l'iniziativa economica al principio sottolineando, in tema di società miste, come

²¹⁸ Sentenza TAR Lombardia 94/2002: "Si può aggiungere che l'obbligo di motivazione si pone anche con riferimento all'effettiva necessità di un intervento pubblico nell'economia locale che, nel caso in esame, si contrapporrebbe all'iniziativa economica privata, diretta alla lottizzazione e alla commercializzazione, a prezzi mercato e non certo a prezzi agevolati, delle aree da destinare agli insediamenti produttivi, e, come tale, direttamente tutelata non solo dall'art. 41 della Costituzione, ma da quell'altrettanto pregnante principio, di origine comunitaria, di sussidiarietà orizzontale. Il principio di sussidiarietà, a cui fa riferimento l'art. 3B del nuovo testo del Trattato CE (introdotto dal Trattato di Maastricht) nella sua concezione più marcatamente verticale, si è andato progressivamente evolvendo anche nella dimensione orizzontale, penetrando timidamente nell'ordinamento giuridico italiano ad opera dell'art. 4 comma 3 lett. a) della legge 15.3.1997 n. 59 e, con maggior forza e precisione, attraverso la legge costituzionale 18.10.2001 n. 3 e correlativa riscrittura dell'art. 118 Cost., dedicato all'esercizio delle funzioni amministrative da parte delle autonomie locali. L'attuale ultimo comma del citato art. 118, in forza del principio di sussidiarietà (orizzontale) pone, infatti, l'obbligo allo Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale."

²¹⁹ Si coglie in questo caso una certa influenza delle "*Gemeindeordnungen*", le leggi comunali tedesche che in molti casi abilitano l'intervento pubblico solo nel caso sia più efficiente delle dinamiche proprie del mercato. Il tema sarà sviluppato nel corso della trattazione.

²²⁰ La sentenza è, inoltre, apprezzabile per i suoi sforzi di ricostruzione del fenomeno della sussidiarietà orizzontale attraverso la menzione di tutti i principali interventi che si sono protratti nel tempo.

²²¹ Cfr. sentenza 6395/2002: "Non va trascurato infatti che alla base del sistema costituzionale v'è oggi il principio di sussidiarietà orizzontale, che svolge a questo fine un duplice ruolo: consente al paziente la scelta della struttura che ritiene la più idonea al caso concreto a tutelare il suo diritto alla salute, costituzionalmente protetto; pone sul medesimo piano servizio sanitario pubblico e quello di appartenenza dei privati, con l'ulteriore conseguenza che la distribuzione delle risorse collettive deve essere effettuata sulla base dei criteri di convenienza per i cittadini."

vi sia una priorità nella scelta sull'affidamento di servizi pubblici a soggetti integralmente inseriti nell'ambito del mercato e, quindi, imprenditoriali²²².

I giudici di Palazzo Spada pongono, pertanto, in relazione i principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto degli aiuti di stato e sul, già richiamato, principio di sussidiarietà fissando un divieto di "ordine pubblico economico" sull'affidamento a soggetti pubblici o pubblico-privati nei procedimenti ad evidenza pubblica^{223 224}, similmente a quanto deciso dal TAR Lombardia nel 2002.

Non dobbiamo comunque dar adito a dubbi: affermare che la sussidiarietà dispieghi i propri effetti non solo con riguardo ai soggetti *non-profit* non implica, a sua volta, che dall'articolo 118 comma IV possa desumersi una tutela del diritto di proprietà o della libertà di iniziativa economica privata. Queste due esigenze, semmai collegate e presupposto della sussidiarietà, hanno una precisa *sedes* all'interno della Costituzione e rivestono un'autonoma centralità.

²²² Cfr. sentenza Consiglio di Stato 4080/2008: "In definitiva il modello della società mista non avrebbe carattere ordinario nel nostro sistema, costituendo piuttosto un'eccezione alla regola dell'integrale ricorso al mercato da parte dell'amministrazione, dovendosi fare decisa applicazione, anche in questa materia, del principio di sussidiarietà orizzontale (già invocato in precedenza, con riferimento all' *in house*, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella segnalazione del 28 dicembre 2006, n. AS 375). (...) Tale norma, attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà, esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento (valutazione dell'ammissibilità delle offerte, aggiudicazione provvisoria o definitiva, approvazione, stipula del contratto)."

²²³ Il Consiglio di Stato, riprendendo l'orientamento segnalato dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, arriva addirittura a ritenere un'eccezione il ricorso alle società miste in luogo dell'affidamento esterno ad operatori presenti sul Mercato; questa previsione è stata tuttavia travolta dal *Referendum* Abrogativo del 2011. Cfr. G. SCACCIA, *La dimensione giuridica della sussidiarietà*, cit. p. 63. L'Autore mette in luce come, probabilmente, più che la sussidiarietà orizzontale abbia influito la tutela della concorrenza nel suo complesso.

²²⁴ Propendono per la stessa conclusione anche la sentenza 19507/08 del TAR Campania e quella 1890/06 del TAR Lazio. Nel primo caso "Il provvedimento prefettizio che interviene in materia, pertanto, non può essere finalizzato a disciplinare o restringere la concorrenza fra imprese esercenti attività di vigilanza privata e tantomeno ad introdurre contingenti volti a creare un'ingiustificata barriera all'entrata di nuove società o ad assicurare alle imprese operanti nel settore un'ingiustificata posizione di oligopolio, considerato il favor dell'attuale "costituzione economica" per il regime di concorrenza in quanto, per definizione, meglio rispondente alle esigenze della generalità. Inoltre tale atto, se negativo, deve evidenziare, mediante circostanziate motivazioni fondate su un'approfondita istruttoria, le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza che rendono inopportuno l'accesso al mercato dei servizi in parola ad un nuovo operatore del settore, alla stregua di una lettura costituzionalmente compatibile della disposizione in esame con i principi e le norme risultanti dalla Carta Costituzionale, come modificata a seguito della riforma del Titolo V, ed in particolare con l'art. 118, ultimo comma, secondo il quale "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", nel secondo "Secondo tale linea ermeneutica il diniego dell'autorizzazione di cui dell'art. 134 t.u. 18.6.31 n. 773 non può più essere opposto solo in considerazione della mera sufficienza del "numero o dell'importanza degli operatori attivi" nel settore, ma deve essere fondato su un'accurata analisi del "bisogno di sicurezza" espresso dai residenti nel territorio, valutata secondo parametri non meramente quantitativi - limitati al solo tasso di abitanti ed di criminalità - ma altresì qualitativi del fenomeno criminoso, che consenta, in una prospettiva di integrazione della funzione pubblica e dell'azione privata svolta dalle autorità e dagli operatori nel settore, alle imprese private operanti nel settore della sicurezza di poter svolgere la loro attività "complementare e sussidiaria" a protezione di beni di valore ed importanza meramente individuale, rispetto a quella svolta dall'autorità pubblica a tutela della sicurezza della generalità dei consociati, consentendo a quest'ultima di concentrare la propria azione su obiettivi di importanza prioritaria e di interesse veramente generale, secondo il modello di interazione di operatori pubblici e privati in cui si concretizzano i principi di sussidiarietà orizzontale, adeguatezza, efficacia, efficienza dell'azione amministrativa che hanno ormai trovato riconoscimento anche nella nostra Carta Costituzionale."

Altro profilo meritevole di un approfondimento è il regime normativo applicabile alle attività di interesse generale, più precisamente riguardo alla loro natura, con evidenti riflessi in sede giurisdizionale.

Il punto di partenza è rappresentato da quella differenziazione relativa al momento genetico dell'attività, divisibile, come fatto da Polito, in genesi pubblica o rapporto di esternalizzazione e in genesi civica o rapporto integrato sussidiario; nel primo caso ci troviamo di fronte ad un atto iniziale amministrativo e pienamente discrezionale, con cui la pubblica amministrazione manifesta la necessità di avvalersi del supporto dei cittadini per compiere attività di interesse generale²²⁵, nel secondo le iniziative civiche preesistono ad ogni attività amministrativa ma, in questa fattispecie, è essenziale la presenza di alcuni elementi logicamente prioritari, come una definizione di cosa su quel territorio rientri nel concetto di meritevolezza²²⁶.

Concentrandoci sul primo possiamo sottolineare come a un tempo la pubblica amministrazione non possa derogare a quei livelli minimi di prestazione a cui il settore pubblico è vincolato in base a previsioni costituzionali²²⁷, ad altro come il provvedimento *de quo* sia a tutti gli effetti un atto amministrativo, censurabile presso il giudice amministrativo in caso di vizio²²⁸.

Sulla base di questa decisione la pubblica amministrazione potrà, similmente a qualsiasi altra procedura ad evidenza pubblica, redigere un bando contenente i criteri richiesti, i relativi punteggi ed altri requisiti soggettivi eventuali.

Come accade in qualsiasi altro settore contraddistinto da tale *modus operandi*, il bando non dovrà essere immediatamente escludente o discriminatorio verso alcuni potenziali concorrenti²²⁹, con una attenzione particolare in ipotesi di esternalizzazione di servizi sul coinvolgimento o meno di enti *non-profit*.

Proprio a proposito di questa tematica, possiamo notare come il nostro ordinamento abbia manifestato sempre una certa resistenza ad organizzare delle procedure competitive aperte a soggetti imprenditoriali e, al tempo stesso, a quelli *non-profit*.

²²⁵N. POLITO nelle fonti già segnalate espone un ragionamento induttivo tale per cui in questo caso sarebbero più frequenti tentativi di esternalizzare servizi a rilevanza economica locale.

²²⁶ Il concetto di interesse generale deve essere, ricordiamo, (pre)definito dal Legislatore, anche di livello regionale.

²²⁷ Articolo 117 II comma lettera m): “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;” una disamina chiara di questo aspetto si coglie anche in G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit. pp. 5 e sgg. D'altronde, senza focalizzarsi troppo solo su un dettaglio, la Corte Costituzionale o la dottrina anche in settori dove si può cogliere oggi una certa affinità alla sussidiarietà orizzontale, come l'istruzione, non hanno mai sostenuto una preminenza del privato sul pubblico ma, unicamente, un riconoscimento della meritevolezza del suo operato all'interno della società.

²²⁸ Verosimilmente, per prevenire fenomeni clientelari, è necessario aver riguardo soprattutto dell'ipotesi di “eccesso di potere”.

²²⁹ In questo scenario potrà essere immediatamente impugnato, in caso contrario solo l'atto a valle del procedimento ad evidenza pubblica sarà suscettibile di sindacato da parte del giudice amministrativo

Come affermato in dottrina²³⁰, l'esternalizzazione dei servizi, ad esempio, è stata vista in alcune pronunce amministrative come accessibile ai soli soggetti lucrativi, escludendo quelli a base associativa o volontaristica²³¹.

Le argomentazioni su cui si poggiano queste sentenze sono fondate su una netta separazione tra la dimensione privatistica e quella pubblicistica, con soluzioni per lo più formalistica legate all'impossibilità per i soggetti *non-profit* di stipulare contratti a titolo oneroso per via di una "incompatibilità funzionale"²³².

Al contrario, altra giurisprudenza ha garantito, correttamente, la possibilità di partecipare a soggetti non lucrativi, sia data l'assenza di specifici divieti²³³, sia perché l'introduzione di una limitazione di tal genere si risolverebbe in una presa di posizione arbitraria, incompatibile con le posizioni sostanzialiste favorevoli alla concorrenza proprie dell'ordinamento europeo²³⁴.

Le ultime pronunce del Consiglio di Stato, peraltro in perfetta simmetria con l'estensione della sussidiarietà orizzontale anche a soggetti lucrativi, sono orientate tutte per l'ammissibilità dei soggetti *non-profit* alle procedure ad evidenza pubblica, proprio in base all'assunto secondo cui nulla legittima un'esclusione di queste realtà dai procedimenti competitivi²³⁵.

²³⁰ N. POLITO, *Strumenti per la sussidiarietà orizzontale: un'ipotesi per l'applicazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione*, cit.

²³¹ Sentenze 1043/05, 2323/06 del TAR Piemonte o sentenza 3109/06 del TAR Campania.

²³² Cfr. sentenza 1043 del 2005 del TAR Piemonte: "Secondo quanto previsto dall'art.5 della legge 266/1991, infatti, i proventi delle associazioni di volontariato sono costituiti esclusivamente dai "rimborsi derivanti da convenzioni" e dalle "attività commerciali e produttive marginali", tra cui certamente non rientrano gli appalti pubblici, i quali presuppongono l'espletamento di una procedura di selezione del contraente fondata sulla comparazione delle offerte con criteri concorrenziali di convenienza tecnico-economica, per definizione incompatibile con la natura dell'attività di volontariato" o cfr. la 3109 del 2006 resa dal TAR Campania: "La caratteristica precipua dell'attività di volontariato consiste dunque nella sua gratuità, che comporta come corollario inevitabile l'impossibilità di retribuire la medesima, anche da parte del beneficiario. È evidente, quindi, che la stipulazione di un contratto a titolo oneroso, quale l'appalto pubblico di servizi sanitari in esame, si pone come incompatibile rispetto a tale fondamentale aspetto del volontariato". In termini analoghi anche la 2323 del 2006, resa dal TAR Piemonte.

²³³ Cfr. sentenza 429/2006 del TAR Liguria: "Per ciò che concerne l'associazione aggiudicataria, la legittimità della partecipazione alla procedura di gara in esame deriva dall'assenza di specifici divieti, con conseguente applicazione dei principi tesi a favorire la più ampia partecipazione al fine di consentire un adeguato confronto concorrenziale, sia dalla prevalente opinione giurisprudenziale in materia: a quest'ultimo riguardo, va ribadito in generale che i principi di libera concorrenza e di maggiore partecipazione possibile alle procedure di evidenza pubblica impongono all'amministrazione che decida di rivolgersi a privati per l'effettuazione di attività non pubblicistiche di non introdurre limitazioni o esclusioni soggettive prive di giustificazione in relazione alla natura professionale e specialistica delle prestazioni richieste (cfr. ad es. Consiglio Stato, sez. V, 16 marzo 2004, n. 1105 e T.A.R. Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002, n. 1206). Nel caso di specie, peraltro, la stessa ricorrente ha natura di cooperativa sociale, inclusa a fini di facilitazione fiscale nell'ambito delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale."

²³⁴ Cfr. sentenza 5993/2006, TAR Lazio: "Premesso come il decreto legislativo n. 157/95 non richieda tra i requisiti di partecipazione alle procedure concorsuali la qualità di impresa commerciale, né, tanto meno, il fine di lucro, si osserva come l'aggiudicataria onlus sia iscritta nel registro delle imprese della camera di commercio di Milano, come affermato senza smentita sul punto dalla difesa della stazione appaltante, e come la nozione d'impresa sia stata fornita, a livello comunitario, dalla Corte di Giustizia (C35/96), secondo parametri assai ampi, che non includono necessariamente le finalità lucrative, essendo sufficiente individuare una attività economica come quella di offerta di beni e servizi sul mercato."

²³⁵ Cfr. la sentenza 387/13 del Consiglio di Stato "L'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici, come ha affermato la stessa C. giust. CE, secondo cui l'assenza di fini di lucro non esclude che associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del trattato relative alla concorrenza (C. giust. CE, sez. III, 29 novembre 2007 C119/06). Quanto, in

Sarebbe preferibile, poi, coinvolgere gli stessi cittadini all'interno della redazione del bando mediante consultazioni, sulla scia di quelle previste su scala più ampia a livello europeo²³⁶, in modo tale da colmare sia un ipotetico *deficit* informativo in seno alle pubbliche amministrazioni sul modello del *principal-agent*, sia per fissare in termini maggiormente precisi i termini del sostegno previsti nella procedura concorsuale; all'esito dell'*iter* segnalato, per mezzo di una selezione comparativa, sarà avviata un'ultima fase rappresentata dalla conclusione di un "accordo" amministrativo ai sensi della legge 241/90, contenente una serie di specificazioni circa il sostegno delle pubbliche amministrazioni ai cittadini, le forme di controllo, i casi di recesso.

L'accordo è, come ben sottolineato da Polito, non solo lo strumento più funzionale a porre in risalto i profili della sussidiarietà, ma anche un vero e proprio simbolo di amministrazione condivisa tra soggetti, non più monadi ma collegati dal medesimo scopo: la cura dell'interesse generale.

Volendo poi puntualizzare ulteriormente, possiamo specificare come non sarà necessario né il bando né un'operazione comparativa nell'eventualità cui la pubblica amministrazione stimoli l'attività civica mediante un supporto "immateriale", fondato ad esempio sulla trasmissione di documenti o sull'accesso a portali specifici. In questo caso, infatti, è eliminata la stessa causa che induce al procedimento ad evidenza pubblica, essendo il processo replicabile e non esclusivo.

Alla sequela di passaggi indicati possiamo applicare la legge 241 del 1990? Più precisamente con riguardo ai principi dell'azione amministrativa, *ex* articolo 1 e seguenti?

Non sembrerebbero esserci cause ostative all'applicazione di questa fonte, vera e propria Norma Fondamentale nel diritto amministrativo, tanto più che in tutti i precedenti snodi la

particolare, alle associazioni di volontariato, ad esse non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell'elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa." Cfr. la sentenza 2056 del 2013 Consiglio di Stato: "Non va condiviso l'assunto della sentenza del T.A.R. secondo il quale le associazioni di volontariato non possono partecipare a gare per l'affidamento di pubblici appalti. La stessa Corte di giustizia CE ha al riguardo affermato che l'assenza del fine di lucro non esclude che le associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese, ai sensi delle disposizioni del trattato relative alla concorrenza (cfr. Corte giust. CE, sez. III, 29 novembre 2007 C119/06)." Cfr., infine, la sentenza 5249 del 15, sempre del Consiglio di Stato: "In merito al terzo motivo, con il quale si ribadisce l'illegittimità della clausola del bando che consentiva l'impiego di personale volontario da parte delle associazioni di volontariato ammesse alla gara, occorre premettere che risulta ormai recepito l'orientamento che ha riconosciuto l'ascrivibilità anche delle associazioni di volontariato, quali soggetti autorizzati dall'ordinamento a prestare servizi e a svolgere, quindi, attività economiche, ancorché senza scopi di lucro, al novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici (cfr. Cons. St., Sez. III, 16 luglio 2015, n. 3685; Sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 387), escludendo, quindi, il carattere tassativo dell'elenco contenuto nell'art. 34 d.lgs. n. 163 del 2006. L'ammissione (peraltro, in sé, non contestata dal ricorrente) delle associazioni di volontariato alla gara implica, quale logico corollario, la possibilità di impiegare nel servizio anche personale volontario (altrimenti la clausola partecipativa resterebbe priva di senso), mentre, a ben vedere, la decisione citata dal RTI ricorrente come affermativa di un principio contrario (Cons. St., Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84) non risulta, come sembra prospettare l'appellante, impeditiva dell'impiego dei volontari."

²³⁶ I cosiddetti procedimenti *Bottom Up* di tipo sovranazionale europeo, già menzionati in precedenza.

pubblica amministrazione ha un ruolo sempre proattivo, per quanto collocato in una funzione concertativa con i cittadini; per queste ragioni, senza null'altro fare che applicare la medesima legge 241/90, l'accordo è pienamente sindacabile in base alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista dall'articolo 133, comma I, lettera a) numero 2 del decreto legislativo 2 luglio 2010, numero 104²³⁷ (“Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”).

Passando alla seconda tipologia dobbiamo, nuovamente, ricordare come siano necessari alcuni elementi pregressi, dati dall'individuazione degli ambiti entro cui possono essere compiute attività di interesse generale e dalla creazione di canali di comunicazione ufficiale volti a prevenire fenomeni di clientelismo, potenzialmente accentuati in questo caso per via della commistione tra pubblico e privato in un modello di integrazione sussidiario.

Nicola Polito²³⁸ propone di avvalersi della cosiddetta SCIA²³⁹ per perseguire questi obiettivi, in quanto, da un lato, permetterebbe maggiore autonomia in capo ai cittadini, pronti a segnalare l'avvio di un'attività di interesse generale, dall'altro sarebbe costituito un vero e proprio strumento formale in grado di prevenire l'ascesa di fenomeni relazionali, tali da minare l'imparzialità della pubblica amministrazione.

In questo caso tutta la disciplina normativa risente, come è intuibile, dello schema proprio della SCIA.

Evitando di ribadire concetti già propri dei precedenti paragrafi, possiamo ricordare come questo istituto sia un esempio di “autoamministrazione”²⁴⁰, legato ad attività libere ma sottoposte a vigilanza da parte della pubblica amministrazione²⁴¹, con una relativa preclusione circa la qualificazione del fenomeno nei termini di provvedimento amministrativo.

Nei confini posti dal Legislatore, anche regionale, sulla meritevolezza dell'interesse le pubbliche amministrazioni potranno intervenire liberamente nell'ipotesi in cui il supporto richiesto dai cittadini sia di tipo immateriale o duplicabile, similmente a quanto appena visto nelle iniziative a genesi pubblica, mentre nei casi in cui i progetti civici necessitino di contributi o sovvenzioni economiche, anche di tipo indiretto, occorrerà, in base all'articolo 12 della legge 241/90, fissare dei criteri oggettivi e predeterminati da inserire in un bando generico annuale²⁴²,

²³⁷ Articolo 133 comma I lettera a) numero 2: “Formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni”

²³⁸ N. POLITO, *Strumenti per la sussidiarietà orizzontale: un'ipotesi per l'applicazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione*, cit.; Cfr. anche G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'articolo 118 ultimo comma della Costituzione*, cit. pp.180 e sgg.

²³⁹ L'autore parla di DIA ma l'articolo è datato a prima dell'inserimento della SCIA nel nostro Ordinamento.

²⁴⁰ M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Mulino Edizioni Bologna 2013, pp. 88 e sgg.

²⁴¹ Cfr. sentenza Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 15/2011: “Secondo questo approccio ricostruttivo, cioè, la norma prefigurerebbe una fattispecie a formazione progressiva per effetto della quale, in presenza di tutti gli elementi costitutivi, verrebbe a formarsi un titolo costitutivo che non proviene dall'amministrazione ma trae origine direttamente dalla legge”.

²⁴² Chiaramente le due tipologie di progettualità divergono proprio in base al contenuto del bando: nei progetti a genesi pubblica il bando dovrà essere maggiormente preciso in quanto orientato dalla pubblica amministrazione

prevedendo magari solo un periodo di tempo minimo in cui l'attività di interesse generale sia stata compiuta dai cittadini²⁴³ e una durata massima di supporto pubblico²⁴⁴.

Abbiamo citato poc'anzi la legge 241 del 1990 ma questa, nelle attività di interesse generale a genesi civica, è applicabile?

Dobbiamo operare alcune distinzioni.

In primo luogo se l'azione civica necessita solo di un supporto immateriale in linea di massima non si può parlare di procedimento amministrativo in senso proprio, salvo che il supporto immateriale sia qualificato da altre fonti come oggetto di un *iter* particolare²⁴⁵.

A ben vedere, la pubblica amministrazione non interviene esercitando alcun potere autoritativo e l'attività in questione rientrerebbe nell'articolo 1 comma I *bis*, secondo cui i poteri pubblici, salvo che la legge disponga diversamente, agiscono secondo le norme di diritto privato²⁴⁶.

Sarebbe preferibile sostenere, pertanto, la tendenziale estraneità²⁴⁷ di queste vicende ad un sindacato di tipo giurisdizionale presso il giudice amministrativo salvo, come detto, non sia disposto da una norma esogena che imponga il rispetto di un *iter* particolare, anche nella fase patologica dell'attività, come nel caso del diritto di accesso.

Al contrario, nell'eventualità che siano contemplate erogazioni rientranti nell'articolo 12, necessariamente da includere in un bando, è indubbia la presenza di un potere amministrativo e, in tal caso, dovrà essere applicata sia la disciplina prevista dal diritto amministrativo per le procedure ad evidenza pubblica²⁴⁸, sia il sindacato del giudice amministrativo²⁴⁹ in caso di controversie.

ad un fine più specifico, al contrario nei progetti a genesi privata o civica il bando dovrà essere generico e idoneo a fornire una cornice generale e libero nei fini.

²⁴³ La *ratio* è semplice: erogare fondi a pioggia comporterebbe il rischio di finanziare attività non autosufficienti a carico della collettività, una sorta di azzardo morale replicato in uno scenario molto più ristretto.

²⁴⁴ Oltre il quale è possibile immaginare una vera e propria veste giuridica (Associazione, Impresa Sociale, ONLUS) ad hoc per l'attività; questo ragionamento, quanto quello precedente, è frutto delle argomentazioni di N. POLITO, *Articolo 118 Ultimo Comma. Un Approfondimento sul favoriscono*, da <http://www.astrid-online.it>

²⁴⁵ Ad esempio nell'ipotesi in cui il supporto immateriale si concretizzi in un "diritto" di accesso è indubbia l'applicazione della legge 241/90 ex articolo 22; in questi casi si potrebbe semmai richiedere un intervento legislativo, ovviamente di tipo nazionale, in grado di introdurre in un Comma magari delle agevolazioni o una semplificazione se il diritto di accesso è esercitato all'interno di un'attività di interesse generale a genesi civica.

²⁴⁶ Articolo 1 comma I *bis*: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"

²⁴⁷ Ovviamente la condotta dei cittadini non sarà assoluta e totalmente priva di un controllo giurisdizionale, nell'eventualità in cui sia cagionato un danno si potrà agire per il risarcimento, come specificato fra poco nella trattazione.

²⁴⁸ Impugnabilità solo nel caso di una lesione diretta e immediata ad esempio, obbligo di imparzialità, valutazione comparativa etc...

²⁴⁹ Salvo che, ovviamente, la legge stessa disponga la riconduzione delle relative controversie presso il giudice ordinario.

L'impugnazione, nello specifico, potrà avvenire o in relazione al provvedimento di chiusura del procedimento concorsuale, o nei riguardi dell'ipotetico accordo stipulato tra pubblica amministrazioni e privati, sempre all'esito di questa fase²⁵⁰.

6.4. La problematica del risarcimento per danni

In chiusura di questo viaggio all'interno della sussidiarietà occorre capire quale natura assuma la responsabilità per danni all'interno dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini e, nuovamente, la soluzione non può essere univoca.

In tutte le ipotesi in cui vi sia un danno cagionato da dipendenti pubblici derivante da comportamenti²⁵¹ si applicherà un modello tendenzialmente riconducibile all'articolo 2043²⁵².

Sarà perciò necessaria la compresenza di:

- Un elemento soggettivo, dolo o colpa
- Un elemento oggettivo, rappresentato da una condotta del pubblico dipendente, commissiva od omissiva, inquadrabile in un rapporto di "immedesimazione organica", ossia collocabile in una serie di attività funzionalmente connesse alle mansioni espletate dal dipendente e non totalmente estraneo.
- L'ingiustizia del danno, desumibile dalla lesione di un diritto soggettivo e dalla sentenza 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione anche gli interessi legittimi.

In questi casi si configura una responsabilità parallela, sia della pubblica amministrazione nel suo complesso, sia del pubblico dipendente salvo che il danno sia stato prodotto da colpa lieve²⁵³, e il presunto danneggiato potrà agire in giudizio congiuntamente o alternativamente, con la possibilità per la pubblica amministrazione di promuovere poi un'azione per danno erariale nei confronti del dipendente in regresso.

Nelle ipotesi in cui sia esercitato un potere amministrativo, ad esempio dove sia redatto un bando immediatamente escludente, dalla sentenza 500 del 1999, pietra miliare del diritto amministrativo, si ammette la risarcibilità dei danni derivanti da lesione di interesse legittimo, in via automatica se quest'ultimo è di tipo oppositivo, a seguito di un giudizio prognostico sulla fondatezza della pretesa se di natura pretensiva.

In questa seconda evenienza gli elementi costitutivi necessari alla enucleazione della fattispecie sono:

²⁵⁰ Similmente a quanto accade nei procedimenti a genesi pubblica possiamo immaginare la chiusura del procedimento concorsuale anche per mezzo di un accordo, strumento più flessibile ed emblema del rapporto integrato tra cittadini e pubblica amministrazione.

²⁵¹ Possiamo ipotizzare un supporto immateriale diverso rispetto alle richieste formulate dai cittadini.

²⁵² M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit. pp. 284 e sgg.

²⁵³ In tal caso si spezza questo nesso ed è possibile agire solo contro la pubblica amministrazione.

- Un elemento oggettivo, similmente a quanto detto poc'anzi per il risarcimento di mere condotte.
- Un elemento soggettivo rappresentato dalla colpa o dal dolo, accertati sulla base di alcuni indici legati a disfunzioni dell'apparato amministrativo nel suo insieme

La dottrina ritiene che, in questo caso, ci si trovi di fronte ad una responsabilità extracontrattuale per quanto, essendo incardinata, *ex* articolo 7 comma IV del codice del processo amministrativo, presso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia verosimile anche riscontrare degli scostamenti rispetto alla medesima fattispecie di ambito civilistico, dato che la funzione nomofilattica della Suprema Corte di Cassazione non può vincolare la giurisprudenza del Consiglio di Stato, vertice della giurisdizione amministrativa²⁵⁴.

Situazione diversa nel caso del compimento di danni da parte di soggetti privati nell'esercizio di attività di interesse generale.

Quid Iuris?

La questione in realtà è vicina alla possibile estensione dei principi della legge 241/90 sull'azione amministrativa anche alla società civile, in quanto se nella fisiologia si ammette la subordinazione dei cittadini al contenuto della legge nulla osta, per logica, il riconoscimento di una disciplina peculiare di fronte agli scenari patologici.

Il quadro è tuttavia più complesso.

L'articolo 1 comma I-ter della legge 241²⁵⁵ prescrive che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative siano tenuti ad assicurare il rispetto dei criteri previsti dal I comma²⁵⁶, assicurando un livello di garanzia non inferiore a quello a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni per legge.

Ci possiamo quindi chiedere subito, ad un verso, se l'esercizio di attività amministrative coincida con il concetto di "attività di interesse generale", ad altro se le azioni dei cittadini, pur mancando il requisito del potere amministrativo, siano riconducibili a quelle dei pubblici funzionari in caso di danno.

Per il primo profilo abbiamo già avuto modo di concludere che non vi sia coincidenza fra attività amministrativa e quella di interesse generale, sia per ragioni di ordine letterale(il Legislatore poteva benissimo utilizzare quella espressione o in alternativa quella di "funzioni

²⁵⁴ M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit. pp. 290 e sgg. e A. TRAVI, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Torino Giappichelli Editore 2014, pp. 77 e sgg.

²⁵⁵ Articolo 1 comma I-ter: "I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge."

²⁵⁶ Articolo 1 comma I: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario."

amministrative”) sia per esigenze di natura sistematica, già richiamate con il caso precedente delle ronde.

A favore di questa ricostruzione si impongono, poi, argomentazioni di tipo empirico e pratico. Immaginare di “ingessare” l’attività civica entro moduli pubblicistici ne determinerebbe, oltre che uno svuotamento di quel concetto del “rapporto sussidiario integrato” già trattato, perfino un suo rallentamento.

Come possiamo pensare che dei cittadini, privi di un’approfondita comprensione della materia amministrativa, siano in grado di rispettare i principi previsti dal I comma dell’articolo 1?

E, ancor più sottilmente, quale organo giurisdizionale potrebbe essere chiamato ad esercitare il suo sindacato se, come detto, la condotta dei cittadini risulta estranea al giudice amministrativo in assenza di previsioni specifiche di segno opposto?

Passando al secondo punto, la responsabilità dei danni compiuti dai cittadini nel compimento di attività di interesse generale risulta molto simile a quella conseguente ad un mero comportamento di un funzionario pubblico salvo due particolari: il rapporto di immedesimazione organica e l’assenza di due soggetti (pubblica amministrazione e singolo dipendente) avverso cui è possibile agire in giudizio.

Ma, tolti questi due aspetti, la responsabilità è perfettamente coincidente con un altro modello. L’articolo 2043, anche in coerenza con la dimensione privatistica ma teleologicamente orientata verso fini di interesse generale dell’attività della società civile, è idoneo a ricomprendere perfettamente la situazione in questione, come affermato anche da parte della dottrina²⁵⁷.

2.7. Conclusioni e prospettive

“Il risultato della interazione fra le risorse di cui sono portatrici le amministrazioni e quelle di cui sono portatori i cittadini non è una semplice somma aritmetica; semmai, è più simile al risultato che si ottiene mescolando fra loro i colori base. Supponendo che la Pubblica Amministrazione sia il giallo ed i cittadini il blu, il risultato che emerge applicando il principio di sussidiarietà orizzontale non è una semplice mescolanza fra due colori, bensì è un colore nuovo, il verde.(...)La metafora dei colori usati ora non contraddice quanto s’è detto sopra, cioè che i rapporti che si instaurano in base al principio di autonomia relazionale sono rapporti fra soggetti autonomi, distinti, ciascuno dei quali mantiene la propria identità, il proprio ruolo e si assume le proprie responsabilità. Questa metafora anzi ne costituisce una conferma, perché il verde che metaforicamente nasce dalla mescolanza di pubblico e privato sulla base della sussidiarietà orizzontale non è un nuovo soggetto, pubblico o privato misto in

²⁵⁷ V. CERULLI IRELLI, *Il Nuovo Assetto dell’amministrazione*, cit. p. 28.

cui confluiscono i soggetti coinvolti nel rapporto di sussidiarietà orizzontale, bensì è un nuovo modo di amministrare; non è una nuova struttura, ma una funzione pubblica svolta in modo nuovo”

(Gregorio Arena, “Studi in Onore di Giorgio Berti”, Napoli Jovene 2005)

Prima di giungere al termine di questo viaggio sulla ricezione della sussidiarietà orizzontale all’interno del nostro ordinamento occorre, tuttavia, fare il punto sulle novità di questi ultimi anni.

Non sono riscontrabili interventi negli ultimi anni legati alla formulazione del principio, segno tangibile di come oramai sia pienamente divenuto un elemento costitutivo del nostro sistema; si rinviene, piuttosto, una tendenza da parte del Legislatore volta o alla sua attuazione, oggetto di una specifica trattazione nel prossimo capitolo, o alla rivisitazione di alcuni profili collegati alla sussidiarietà.

Senza voler anticipare eccessivamente i prossimi paragrafi possiamo registrare una direttrice volta a diminuire l’autonomia delle entità sub-statali accompagnata, contemporaneamente, da una modifica dei poteri pubblici esercitabili nell’ambito economico e da un ampliamento dell’indipendenza della sfera personale rispetto al raggio di facoltà propri dell’autorità.

Questo dimostra, ancora una volta, come il contenuto della sussidiarietà sia essenzialmente “flessibile”; certo è che questo “nuovo modo di amministrare” risulta, oramai, un tratto caratteristico del nostro ordinamento e, visti i punti di partenza, questo non può che essere un successo.

CAPITOLO 3:

La sussidiarietà orizzontale alla prova della realtà

Fino a questo momento abbiamo parlato della sussidiarietà orizzontale con esclusivo riguardo alle sue radici culturali o all'articolo 118 ultimo comma della Costituzione, resta ora da capire quali siano le manifestazioni concrete di questo principio all'interno dell'ordinamento italiano. Il metodo della nostra analisi sarà improntato ad un inquadramento della disciplina di riferimento e, in un secondo momento, alla messa in risalto di alcuni istituti riconducibili ai temi cari del pensiero liberale, cattolico e federalista, nonché del particolare fenomeno delle cosiddette "autonomie funzionali", le quali rivelano un carattere *sui generis*.

Seguendo questo approccio, sarà possibile accertare quale sia stato l'impatto reale della sussidiarietà orizzontale, tenuto conto che, salvo per le autonomie funzionali, non si riscontra un processo organico di attuazione del principio a livello normativo, anzi, la sussidiarietà orizzontale è stata spesso utilizzata nel tentativo di razionalizzare alcune spinte dirette a valorizzare l'autonomia privata confuse e contraddittorie fra loro.

Sezione I, i rapporti economici: il caso dell'attività bancaria

Sommario: 1. Introduzione; 2. L'attività bancaria: dalla nozione di pubblico servizio a quella di attività imprenditoriale; 3. L'ingresso di una nuova sensibilità nell'attività bancaria e la nascita degli "enti conferenti"; 4. La genesi storica delle cosiddette "fondazioni bancarie"; 5. La riforma Tremonti e le sentenze della Corte Costituzionale: da fondazioni bancarie a fondazioni di origine bancaria.; 6. La "Carta delle fondazioni" e il Protocollo d'intesa tra il Ministero dell'Economia e l'ACRI; 7. La sussidiarietà orizzontale e l'attività delle fondazioni: uno sguardo empirico; 7.1 I principali rilievi mossi all'attività delle fondazioni di origine bancaria e un rapido confronto con il modello statunitense.; 8. Prospettive conclusive sull'attività bancaria

1. Introduzione

Come visto all'interno del primo capitolo, i rapporti economici sono cari alla sussidiarietà orizzontale così come analizzata dal pensiero liberale.

In questo ambito il terreno su cui, per eccellenza, si è consumato lo scontro tra autonomia privata e autorità pubblica negli ultimi due secoli è rappresentato dall'attività bancaria.

Fin dagli anni trenta del Novecento, in conseguenza della terribile crisi del 1929, era predominante una concezione fortemente pubblicistica volta a porre sotto una minuziosa regolamentazione le attività economiche; il diritto amministrativo, come emerge dagli studi di alcuni giuristi come Guido Zanobini²⁵⁸, non fa eccezione.

Il rapporto giuridico amministrativo fu, rigidamente, fondato su un bipolarismo diseguale tra l'autorità, rappresentata dalla pubblica amministrazione, e la libertà, declinata in un'accezione di tipo difensivo o negativo, di stampo liberale.

Da qui un naturale corollario: la pubblica amministrazione tutela fini pubblici comuni a tutti i consociati ed è, pertanto, naturale conseguenza ammetterne una sua superiorità ontologica con tutte le conseguenze del caso come, ad esempio, una tendenziale esclusività in capo ai pubblici poteri nel compimento di attività di interesse generale o il riconoscimento di una disciplina diversa per la situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, ritenuto un diritto "degradato o affievolito"²⁵⁹, a causa dell'incidenza su di esso dell'azione amministrativa.

In questo contesto non sorprende la compressione di numerose attività economiche attuata dal Legislatore nel tentativo di soddisfare fini pubblici, quella bancaria, ad esempio, fu ritenuta di interesse generale a partire dal Regio Decreto legge numero 375 del 1936²⁶⁰, convertito nella legge 141 del 1938.

Gli atti citati attribuirono ampi poteri di sorveglianza alla Banca di Italia, divenuta frattanto espressione di diritto pubblico²⁶¹, operarono una distinzione tra aziende ed istituti di credito a seconda che la raccolta del risparmio avvenisse, rispettivamente, nel breve o nel medio-lungo periodo e introdussero numerose figure di aziende bancarie in un disegno complessivo di estrema specializzazione.

La *ratio* di questa disciplina legale era legata all'importanza del risparmio come fattore di stabilizzazione sociale soprattutto dopo le crisi precedenti, in grado di compromettere in modo netto le spinte dirette ad un'integrale gestione dell'economia in mano ai privati relegando, contemporaneamente, ad una dimensione neutrale l'azione pubblica.

La prospettiva "interventista" non fu, in epoca repubblicana, in alcun modo accantonata ma, anzi, solo adattata al nuovo sistema con lievi accorgimenti tecnici.

Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo Volume Uno*, Milano Giuffrè 1950, p. 93: "Tali soggetti, nel campo del diritto amministrativo, sono, da un lato, le pubbliche amministrazioni, ossia lo Stato e gli altri enti ausiliari di esso; dall'altro gli amministrati, detti di solito i cittadini o i sudditi. Le prime costituiscono i soggetti attivi della potestà amministrativa; i secondi i soggetti passivi di essa".

²⁵⁹ M. Clarich, *Manuale di diritto Amministrativo*, cit., p. 125.

²⁶⁰ Articolo 1: "La raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico regolate dalle norme del presente decreto".

²⁶¹ Articolo 20: "La Banca d'Italia, creata con L. 10 agosto 1893, n. 449, è dichiarata istituto di diritto pubblico."

Il decreto legislativo del Capo Provvisorio dello Stato numero 691/47 (“Istituzione di un Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio”) creò un comitato interministeriale per il credito e per il risparmio (C.I.C.R.)²⁶² con funzioni di alta vigilanza in materia di esercizio della funzione creditizia e valutaria in seno alla Presidenza del Dicastero del Tesoro e, contestualmente, fu formalmente attribuito il potere di vigilanza bancaria alla Banca di Italia, prototipo delle attuali autorità indipendenti.

Ai nostri fini è interessante analizzare il contenuto di questo potere di vigilanza bancaria, tradotto in termini piuttosto discrezionali con una concessione rilasciata dalla Banca d’Italia a seguito di una valutazione positiva circa il “bisogno economico del mercato”²⁶³, formula particolare con cui si legittimava un vero e proprio contingentamento delle banche presenti sul territorio.

Questa architettura ibrida composta da fonti legislative, il già ricordato decreto legge del Capo Provvisorio dello Stato numero 691/47 e la legge 141/38, e amministrative, direttive del C.I.C.R. nonché atti concessori emessi dalla Banca d’Italia, rimase pressoché integra fino al 1985, curiosamente lo stesso anno in cui l’Italia firmò, nel quadro del Consiglio d’Europa, la Carta di Strasburgo sulle autonomie locali.

2. L’attività bancaria: dalla nozione di pubblico servizio a quella di attività imprenditoriale

Nel 1985 fu approvato il Decreto del Presidente della Repubblica numero 350 (“Attuazione della direttiva, in data 12 dicembre 1977, del Consiglio delle Comunità europee n. 77/780 in materia creditizia, in applicazione della legge 5 marzo 1985, n. 74”), attuativa della prima direttiva europea di armonizzazione delle legislazioni bancarie emessa nel 1977.

Fino a quel momento la giurisprudenza maggioritaria e isolati autori erano inclini a ritenere l’attività bancaria come un “pubblico servizio”, nozione dilatata notevolmente nel secondo dopoguerra tanto da assorbire una serie di attività orientate a generare benessere per la collettività ma, in precedenza, considerate private²⁶⁴.

²⁶² Articolo 1: “È istituito un "Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio", al quale spetta l'alta vigilanza in materia di tutela del risparmio, in materia di esercizio della funzione creditizia e in materia valutaria. Il Comitato è composto del Ministro per il tesoro, che lo presiede, e dei Ministri per i lavori pubblici, per l'agricoltura e foreste, per l'industria e commercio, per il commercio con l'estero. Si applicano, quanto alle competenze, alle facoltà e alle funzioni del Comitato interministeriale, le norme del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito nella legge 7 marzo 1938, n. 141, e successive modificazioni.”

²⁶³ M. CLARICH, *Manuale di diritto Amministrativo*, cit., p.185

²⁶⁴ G. VIGNOCCHI, *Natura e oggetto del servizio del credito*, in *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano Giuffrè 1968, pp. 33-99.

Un esempio di quanto detto si può rinvenire nella sentenza resa dalle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione il 10/10/1981²⁶⁵.

I giudici, nel tentativo di colmare un vuoto normativo legato all'assenza di una disciplina penale *ad hoc* per punire i comportamenti illeciti posti in essere da funzionari bancari, si espressero a favore di una qualificazione dell'attività bancaria nei termini di un servizio pubblico a carattere oggettivo, ritenuto sussistente in presenza di alcuni indici, derivanti da un'interpretazione testuale della legge 141 del 1938²⁶⁶.

A dire della Corte questa ricostruzione poteva trovare conferma anche in un'interpretazione sistematica dell'intero *corpus* normativo, in particolar modo con riguardo alla Costituzione che, *ex* articolo 47²⁶⁷, conferiva all'attività bancaria una rilevante centralità nella dimensione economica in quanto diretta a garantire stabilità sociale alla popolazione, rimuovendo quelle cause che impediscono una concreta realizzazione dell'individuo²⁶⁸; la natura di servizio pubblico trovava poi conferma sulla base degli articoli 41 comma III²⁶⁹ e 43²⁷⁰ della Costituzione, secondo cui il Legislatore può, rispettivamente, comprimere o espropriare la proprietà privata per esigenze di carattere sociale.

La Corte pervenne, addirittura, a qualificare l'attività bancaria come parte di un ordinamento sezionale²⁷¹.

²⁶⁵ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Sezioni unite penali; sentenza 10 ottobre 1981*, in *Il Foro Italiano* volume 104, numero 12 pp. 553-574. Curiosamente, la nozione di pubblico servizio adottata dalla Corte fu di tipo oggettivo, all'epoca contestata rispetto a quella soggettiva; l'aspetto più interessante è legato al fatto che parte della dottrina, su tutti V. CAIANIELLO, *Attività bancarie e nozione di pubblico servizio*, in *Il Foro Italiano* Volume 108 Numero 10 1985 pp. 129 e sgg., non condivise proprio quest'ultima nozione in quanto ritenuta eccessivamente vasta e, per questo, improduttiva di effetti. Oggi l'attività bancaria è ritenuta a natura imprenditoriale, ma nell'ambito dei servizi pubblici è predominante proprio la sua nozione oggettiva, all'epoca oggetto di numerose polemiche.

²⁶⁶ -La raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico - Il Sistema Bancario è informato a rigidi controlli provenienti da più istituzioni pubbliche (C.I.C.R., Banca d'Italia, Ministri) - Sono presenti operatori muniti di Personalità Giuridica pubblica - Sono necessari ai fini dell'esercizio dell'attività concreta atti autorizzatori rilasciati dal Ministero del Tesoro e dalla Banca D'Italia) sintomatici di una riserva pubblicistica nell'organizzazione di questo comparto economico. - Molte scelte tecniche, ad es. l'apertura di nuove filiali, sono subordinate ad un assenso pubblico. - Sono presenti penetranti poteri pubblicistici di vigilanza e sanzionatori. - Nella fase eventuale patologica di vita degli istituti sono esercitati intensi poteri pubblici.

²⁶⁷ Articolo 47: "La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese."

²⁶⁸ Articolo 3 II comma: "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."

²⁶⁹ Articolo 41 comma III: "La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"

²⁷⁰ Articolo 43: "A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale."

²⁷¹ Cfr. sentenza 10/10/1981: "Conclusa l'analisi dei dati normativi che accreditano la tesi della oggettiva pubblicizzazione dei servizi bancari, va regi strato il consenso su di essa verificatosi nella recente dottrina giuspubblicistica sia pure con impostazioni ricostruttive diverse del fenomeno, che valorizzano o il dato del raggruppamento di una pluralità di soggetti pubblici e privati in un ordina mento « sezionale » retto e regolato da organi statuali secondo disegni generali autonomi o coordinati con programmi generali"

Come messo in luce dalla dottrina²⁷², questo approccio rivelò immediatamente il suo tallone d'Achille: le osservazioni della Corte, più che interpretazioni letterali o sistematiche dell'impianto legislativo esistente, si connotarono per letture evolutive, se non quasi politiche, idonee ad estendere la natura pubblicistica a indefinite attività tradizionalmente private, tanto più che la qualificazione in termini di servizio pubblico essenziale della funzione bancaria fu compiuta per mezzo di indici nascosti nelle pieghe del tessuto normativo o immanenti alle operazioni bancarie.

Gli indizi individuati dalla Suprema Corte si posero tutti su questa scia, metodologicamente impropria, e portarono alla conclusione, forse suo vero obiettivo, di ritenere i lavoratori di un istituto di credito veri e propri "incaricati di pubblico servizio", soggetti pertanto al reato di malversazione²⁷³ o peculato²⁷⁴ in caso di appropriazione di denaro o altre cose mobili appartenenti all'azienda.

Il D.P.R. 350 del 1985 permise di riallineare la nozione di attività bancaria alle posizioni dottrinarie prevalenti²⁷⁵, prescrivendo, *ex* articolo 1 comma I, come "l'attività di raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e di esercizio del credito" abbia "carattere d'impresa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano".

L'atto in questione rappresentò l'attuazione della prima direttiva europea in materia di armonizzazione bancaria e, già da questa fonte, possiamo cogliere un embrione di quell'indirizzo sostanzialistico proprio del diritto europeo, per il quale non rileva la natura del proprietario degli istituti di credito quanto, e piuttosto, il riconoscimento dell'attività bancaria come di impresa.

Il naturale corollario di questa visione è il comma II che specificò come il rilascio della autorizzazione all'esercizio della funzione bancaria competesse sempre alla Banca d'Italia ma, e qui si nota lo stacco rispetto all'impianto precedente, in base ad alcune condizioni oggettive come il possesso di un capitale determinato, il rispetto di alcuni requisiti soggettivi e di

²⁷² V. CAIANIELLO, *Sezioni unite penali; sentenza 10 ottobre 1981, cit.*, pp. 129 e sgg.

²⁷³ Articolo 315 del Codice Penale, oggi abrogato

²⁷⁴ Il reato è stato riformulato con la legge 86 del 1990 con la quale è stata assorbita proprio all'interno del peculato anche la fattispecie della malversazione; l'attuale previsione è contemplata dall'articolo 316 del Codice Penale. Il discrimine era legato alla natura pubblica o privata dell'istituto di credito, nel primo caso si riteneva sussistente il peculato, nel secondo la malversazione.

²⁷⁵ Molto importante è il contributo di M. SEVERO GIANNINI, *Il problema della banca come Impresa*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Fascicolo IV 1981 pp.385 e sgg. Massimo Severo Giannini già prefigurava all'epoca come la privatizzazione degli enti pubblici preordinati all'attività di erogazione del credito fosse, *de facto*, una questione nominalistica essendo un'attività di fondo privata e non precludendo all'esercizio della stessa moduli privatistici. Giannini concludeva, tuttavia, nel senso che, pur essendo la questione della forma giuridica una problematica del tutto formale, i pubblici poteri dovessero, in ragione del ruolo degli istituti di credito nel nostro sistema, comunque detenere una partecipazione maggioritaria in eventuali banche private negando, implicitamente, il ritorno ad una dimensione integralmente privatistica in questa attività.

onorabilità e, infine, la presentazione di un programma articolato in cui siano inseriti alcuni dati caratterizzanti la vita dell'ente bancario²⁷⁶.

Il superamento di un sistema improntato ad un "oligopolio" al cui ingresso vi fosse un rigido controllo pubblico in favore di una tendenziale liberalizzazione dei mercati, per quanto ancora legata da determinazioni compiute da soggetti terzi, fu motivata da una nuova consapevolezza sul ruolo del sistema creditizio, contraddistinto da alcuni profili di interesse pubblico, come la tutela del risparmio e dei soggetti deboli, ma sempre più influenzato da logiche imprenditoriali. Le esigenze principali erano una maggiore competitività, una più intensa flessibilità organizzativa e una despecializzazione in ambito istituzionale, con la soppressione della distinzione fra i vari tipi di istituti di credito, e in quello temporale, con la progressiva perdita di importanza delle figure di raccolta del credito a breve, a medio e a lungo termine.

La giurisprudenza, in passato schierata a favore della natura pubblicistica, con la sentenza 8342 del 1987, resa sempre dalle Sezioni Unite, si uniformò alla novità legislativa, attribuendo importanza alle modifiche degli ultimi anni ma ritenendo pur sempre legittima la compresenza di istituti di credito di tipo privato accanto a quelli di natura pubblica²⁷⁷.

3. L'ingresso di una nuova sensibilità nell'attività bancaria e la nascita degli "enti conferenti"

²⁷⁶ Articolo 1 comma II: "L'autorizzazione all'esercizio di tale attività è rilasciata dalla Banca d'Italia alle condizioni che seguono, ferme le altre di applicazione generale: a) esistenza di un capitale nel caso di società azionarie, a responsabilità limitata e cooperative ovvero di un capitale o fondo di dotazione nel caso di enti pubblici, di ammontare non inferiore a quello determinato in via generale dalla Banca d'Italia; b) possesso da parte delle persone, alle quali per legge o per statuto spettano poteri di amministrazione e direzione, di requisiti di esperienza adeguata all'esercizio delle funzioni connesse alle rispettive cariche, in conformità delle previsioni di cui ai successivi articoli 2, 3 e 4; c) possesso, per le persone indicate sub b), per quelle che esercitano funzioni di controllo nonché per coloro che, in virtù della partecipazione al capitale, siano in grado di influire sull'attività dell'ente, dei requisiti di onorabilità di cui al successivo art. 5; d) presentazione di un articolato programma di attività di cui siano indicate in particolare la tipologia delle operazioni previste e la struttura organizzativa dell'ente."

²⁷⁷ Cfr. sentenza 8342 del 1987: "L'esame della normativa e dei provvedimenti amministrativi successivi alla sentenza del 10 ottobre 1981 di queste Sezioni Unite ha messo a fuoco la radicale trasformazione delle regole che disciplinano l'accesso, l'allentamento di direttive e controlli dell'Autorità di vigilanza, che non ineriscono alle scelte gestionali ma sono finalizzati alla creazione di presidi patrimoniali atti a proteggere gli enti creditizi dalla rischiosità insita in un regime, non più di oligopolio, ma fortemente concorrenziale, le analogie circa direttive, controlli sanzioni, procedure concorsuali con attività economiche disciplinate da norme di diritto privato. Da quanto evidenziato scaturisce la conclusione che sono venuti meno i principali indici rivelatori della "immanenza" dell'interesse pubblico nell'ordinario esercizio del credito e che, conseguentemente, la normale attività bancaria resta fuori dall'ambito dell'art. 358 n. 2 C.P. Né si può pervenire ad una differente valutazione quando la stessa attività bancaria sia svolta da enti con personalità giuridica pubblica, i quali vengono qualificati enti pubblici economici con riguardo appunto alla loro attività imprenditoriale. Invero, la legge bancaria, prima, e la Costituzione dopo, nel presupporre la pluralità e la coesistenza di imprese bancarie pubbliche e private, hanno affermato la irrilevanza della loro configurazione soggettiva. Coesistenza tra imprese pubbliche e private e irrilevanza della loro diversa soggettività sono state pure confermate dalle leggi nazionali di attuazione della direttiva comunitaria n. 77/780."

Il processo di emancipazione degli istituti di credito da un'eccessiva ingerenza statale, giustificata da esigenze iper-sociali, fu rafforzata da motivazioni a carattere economico: come osservato in dottrina, la progressiva apertura dei mercati, favorita dall'azione delle Comunità Europee, imponeva la rimozione di tutta una serie di "lacci e laccioli" interni alla disciplina bancaria, sempre più incompatibili da un punto di vista giuridico con l'ordinamento sovranazionale²⁷⁸.

La necessità di avviare il sistema bancario verso una profonda revisione, già parzialmente emersa nella sentenza appena riportata²⁷⁹, apparve chiara agli inizi degli anni novanta quando fu dapprima approvato un decreto interministeriale il 27 Aprile 1990 ("Disposizioni in Materia Valutaria") dei Dicasteri del Tesoro e del Commercio contenente una liberalizzazione dei movimenti di capitale²⁸⁰ e una parziale rimozione di una serie di limiti sugli acquisiti di prodotti finanziari²⁸¹, poi in modo molto più incisivo dalla legge "Amato-Carli" numero 218 del 30 Luglio 1990 ("Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico").

L'atto in questione fu una vera e propria rivoluzione copernicana per l'epoca, con la rimozione di quasi tutti i moduli pubblicistici in luogo di schemi privatistici, ritenuti più funzionali a garantire competitività al nostro sistema bancario, fino ad allora fortemente dipendente dal circuito politico e poco autosufficiente rispetto a quello di altri Stati.

L'articolo 1 dava la possibilità a numerosi istituti di credito di trasformarsi o promuovere delle fusioni al fine di diventare società per azioni²⁸² e questa facoltà fu resa appetibile da una serie estesa di *benefit* tra cui quelli fiscali previsti dall'articolo 7 I comma²⁸³.

²⁷⁸ Cfr. V. CAIANIELLO, *Sezioni unite penali; sentenza 10 ottobre 1981, cit.*, pp. 129 e sgg. e M. SEVERO GIANNINI, *Il problema della banca come Impresa*, cit. pp.385 e sgg. Giannini, con anni di anticipo, collega in modo inscindibile il ruolo dello Stato al governo dell'economia, soprattutto con riguardo alla funzione di emissione della moneta, il secondo pone in risalto gli aspetti imprenditoriali di questo settore compressi dall'ingerenze statali. Questa natura, definibile per certi versi ibrida e, poeticamente, "centaura" dell'ambito bancario è tutt'oggi oggetto di attenzione da parte degli studiosi, ad esempio un intervento utile ai fini della nostra trattazione è quello di G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel Sistema Bancario e i nuovi profili pubblicistici del Credito*, in *Giornale di diritto Amministrativo* 4/09 pp. 429 e sgg.

²⁷⁹ Cfr. sentenza 10/10/1981: "Va ribadito che la via da imboccare è quella di una profonda revisione legislativa, in modo da coniugare, in una normativa unitaria e omogenea, le esigenze di tutela dell'interesse pubblico nel settore del credito con le esigenze di imprenditorialità di ogni tipo di ente creditizio."

²⁸⁰ Articolo 1 e sgg.

²⁸¹ In specie articolo 5

²⁸² Articolo 1: "Gli enti creditizi pubblici iscritti nell'albo di cui all'articolo 29 del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 marzo 1938, n. 141, e successive modificazioni e integrazioni, nonché le casse comunali di credito agrario e i monti di credito su pegno di seconda categoria che non raccolgono risparmio tra pubblico possono effettuare trasformazioni ovvero fusioni con altri enti creditizi di qualsiasi natura, da cui, anche a seguito di successive trasformazioni o conferimenti, risultino comunque società per azioni operanti nel settore del credito, nel rispetto della distinzione tra enti che raccolgono risparmio a breve termine ed enti che hanno per oggetto la raccolta del risparmio a medio e lungo termine."

²⁸³ Articolo 7 comma I: "Per le fusioni, le trasformazioni e i conferimenti effettuati a norma dell'articolo 1 le imposte di registro, ipotecarie e catastali si applicano nella misura dell'uno per mille e sino ad un importo massimo non superiore a cento milioni di lire. Ai fini dell'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili i conferimenti non si considerano atti di alienazione e si applicano le disposizioni degli articoli 3, secondo comma,

La legge Amato-Carli è ricordata per aver introdotto una prima disciplina del concetto di “gruppo bancario”, chiamato anche “gruppo creditizio”, visto come una soluzione originale per introdurre spunti di flessibilità in un sistema fortemente rigido quale quello italiano e, soprattutto, per aver plasmato l’idea degli “enti conferenti”, figura del tutto nuova nel tessuto normativo italiano²⁸⁴.

Gli enti conferenti, ben presto passati alla storia giornalistica e legislativa con il termine di “fondazioni bancarie”²⁸⁵, acquisirono una centralità fondamentale nell’ambito bancario in quanto destinatari dei pacchetti azionari delle nascenti società per azioni creditizie; la loro importanza fu, peraltro, accentuata dall’articolo 2 comma I lettera c) e d)²⁸⁶ secondo cui oggetto dell’attività degli enti conferenti era proprio la gestione delle nuove società bancarie che, addirittura, era assicurata dagli stessi pubblici poteri.

Giuliano Amato l’11 giugno del 1995 al Sole 24 Ore si pentì di questa soluzione, affermando di sentirsi “*Frankenstein*” per aver creato “dei mostri senz’anima”, degli espedienti temporanei usati “per collocare le azioni delle neonate società per azioni che in quel momento avrei ritenuto incostituzionale venissero affidate al Tesoro”²⁸⁷.

Probabilmente, i profili contraddittori ravvisati da Amato all’interno di questa intervista attengono non tanto l’inserimento di questa nuova persona giuridica all’interno del nostro

secondo periodo, e 6, settimo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 643, e successive modificazioni.”

²⁸⁴ L’articolo di riferimento è il 5: “Vigilanza sul gruppo creditizio”. Il concetto di gruppo creditizio sarà poi specificato dai successivi decreti delegati emessi dal Governo; questa soluzione è, come accennato, posta per ovviare alla passata rigidità del sistema bancario italiano tanto che la Relazione Grillo della VI Commissione Permanente in seno alla Camera dei Deputati durante la X Legislatura nel documento 3124 A affermò che questo “Modello di banca (..) che non si limiterà alla tradizionale funzione di intermediatrice tra il pubblico dei risparmiatori e quello dei fornitori di credito ma estenderà la propria operatività sino a includere in essa una variegata e più completa gamma di servizi”. Un prototipo tutto italiano di Banca “Universale” per essere sintetici; un’accurata ricostruzione di questo fenomeno si ha all’interno del sito www.bankpedia.org

²⁸⁵ P. SCHLESINGER, *Le c.d. fondazioni bancarie*, in *Banca, borsa e Titoli di Credito* 1995 fascicolo 4 pp. 424 e sgg.

²⁸⁶ Articolo 2 comma I lettera c) e d): “c) disciplinare gli enti che hanno effettuato i conferimenti di cui all’articolo 1 e specificamente quelli che hanno conferito l’intera azienda. Ferma restandola disciplina vigente in tema di organizzazione, lo statuto dovrà prevedere che oggetto dell’ente sia la gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie, dirette e indirette, e che lo scopo si ispiri alle finalità originarie dell’ente. Lo statuto dovrà inoltre fissare i limiti per l’acquisto e la cessione di partecipazioni, prevedendo, in particolare, che la cessione di azioni delle società per azioni risultanti dai conferimenti dovrà essere approvata dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio, qualora l’ente conferente perda il controllo della maggioranza delle azioni con diritto di voto nell’assemblea ordinaria della società conferitaria. Lo statuto potrà, infine, prevedere limitazioni all’erogazione degli utili, finalizzate alla costituzione di riserve utilizzabili anche per la sottoscrizione di aumenti di capitale; d) introdurre una disciplina volta a garantire la permanenza del controllo diretto o indiretto di enti pubblici sulla maggioranza delle azioni con diritto di voto nell’assemblea ordinaria delle società per azioni di cui all’articolo 1. In casi eccezionali, al fine di rafforzare il sistema creditizio italiano, la sua presenza internazionale, la sua dimensione patrimoniale, e di permettergli di raggiungere dimensioni che ne accrescano la capacità competitiva, per finalità di pubblico interesse, uno speciale regime autorizzatorio potrà consentire deroghe al suddetto principio subordinando le relative operazioni: 1) alla presenza, negli statuti degli enti creditizi interessati, di disposizioni volte a impedire che soggetti individuali o gruppi non bancari acquisiscano posizioni dominanti e comunque pregiudizievoli per l’indipendenza dell’ente creditizio; 2) al parere della Banca d’Italia, che provvede all’istruttoria; 3) all’approvazione del Consiglio dei Ministri, con comunicazione alle competenti commissioni parlamentari;”

²⁸⁷ M. CALDERONI – R. SABBATINI, *Le Fondazioni bancarie un autentico mostro. Amato: lo confesso, mi sento Frankenstein*, da *Il Sole 24 Ore* dell’11 giugno 1995

ordinamento, per quanto parte della dottrina non abbia colto la necessità di questa scelta²⁸⁸, ma la concreta natura assunta dagli enti conferenti a seguito del D.lgs numero 356 del 20 Novembre 1990 (“Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio”), soprattutto per mezzo del Titolo III.

4. La genesi storica delle cosiddette “fondazioni bancarie”

Le fondazioni di origine bancaria sono un istituto giuridico che può essere definito come una vera e propria manifestazione della sussidiarietà orizzontale all’interno dei rapporti economici, seppur probabilmente nate casualmente.

La genesi di questi organismi va ricercata in Italia nelle cosiddette “Casse di Risparmio”, strutture create allo scopo di favorire il risparmio fra i lavoratori, soprattutto tra le fasce sociali più disagiate, in un’ottica più previdenziale che propriamente creditizia²⁸⁹.

La loro natura era di istituzioni private dedite al perseguimento di fini pubblici, con una forma giuridica prescelta o di fondazione privata o di associazione senza scopo di lucro.

Il primo esempio di cassa di risparmio in Italia si può rinvenire a Venezia nel 1822 su influsso di sensibilità asburgiche, a quel tempo la Serenissima era parte dell’impero austriaco, e ben presto si diffuse nell’Italia del Nord.²⁹⁰

Il Legislatore italiano si interessò al fenomeno quando questo fu più inserito nelle dinamiche creditizie, anche se sempre legate alle fasce sociali più disagiate, approvando nel 1888 la legge 5546 che legittimò una serie di interventi volti a circoscrivere la libertà organizzativa di questi soggetti attraverso, ad esempio, la intrasmissibilità della qualità di socio²⁹¹.

Questa tendenza legislativa, volta ad estendere moduli pubblicistici ad attività private, si intensificò nel Novecento e tra i provvedimenti assunti spiccano in particolar modo il Regio Decreto numero 967 del 25 Aprile 1929, il cosiddetto “Testo unico delle leggi sulle Casse di Risparmio e sui Monti di Pietà di prima categoria”, e il regolamento approvato con Regio Decreto numero 525 del 5 Febbraio 1931.

²⁸⁸ P. SCHLESINGER, *Le c.d. fondazioni bancarie*, cit., p. 422.

²⁸⁹ G. P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria*, in *Liberi di Scegliere: Dal Welfare State al Welfare* (a cura di) G. V. Society, cit. p. 152 e sgg.

²⁹⁰ L’odierna Fondazione di Venezia, sorta sull’esempio della precedente Cassa di Risparmio, conferma questa ricostruzione <http://www.fondazionedivenezia.org/it>, così come anche il sito <http://www.bankpedia.org>; la prima Cassa di Risparmio sorta al Sud fu all’Aquila nel 1859, dopo l’Unità.

²⁹¹ D’altronde appena due anni dopo il Governo guidato da Crispi varò la legge 6972 del 1890 che comportò la pubblicizzazione delle Opere Pie, una serie di soggetti a natura religiosa sorti in forma spontanea fin dal Medio Evo e dedite alla gestione di alcune attività di interesse collettivo come l’istruzione.

Le Casse di Risparmio divennero, anche in giurisprudenza²⁹², veri e propri soggetti di diritto pubblico²⁹³, equiparati dalla già vista legge Bancaria del 1936-38 ad aziende di credito e specializzate nell'erogazione di prestiti a breve termine²⁹⁴.

L'architettura delineata fu modificata profondamente con la promulgazione della legge 218 del 1990: tutti gli istituti di credito, comprese le casse di risparmio, furono spinti mediante corposi incentivi fiscali ad adottare la forma societaria, scindendo in modo netto l'attività bancaria, trasferita alle nuove società di capitali, da quella filantropica e sociale, esercitata dai cosiddetti "enti conferenti".

La figura dell'ente conferente rappresenta un'innovativa categoria concettuale plasmata da Amato nella sua riforma e si riferisce a quel soggetto a cui sono trasferiti, in funzione pertanto di *holding*, i pacchetti azionari delle nuove società per azioni garantendo, quindi, un capitale da utilizzare nell'attività filantropica e sociale per mezzo dei dividendi derivanti dalle banche controllate.

In realtà la creazione di un nuovo istituto, la cui concreta disciplina fu rinviata dalla legge 218 ad un successivo Decreto Legislativo, comportò più problemi di quanto si potesse all'epoca immaginare.

Parte della dottrina mise in luce questi contrasti, legati soprattutto all'assenza di poteri direttivi nei confronti della gestione dell'attività bancaria da parte dell'ente conferente, e prevede le difficoltà riscontrate poi a seguito dell'emanazione del Decreto Legislativo 356 del 1990²⁹⁵ (Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio").

In base a quest'ultima fonte gli enti conferenti, in una netta inversione di tendenza rispetto a quanto previsto precedentemente, dovevano cessare entro un periodo di tempo determinato l'esercizio dell'attività bancaria²⁹⁶, non erano più legittimati ad avvalersi di una partecipazione di controllo nel capitale di imprese bancarie o finanziarie diverse dalla società per azioni conferitaria²⁹⁷ e, per quanto prescritto dall'articolo 12 comma I lettera c), la continuità operativa

²⁹² B. CARAVITA DI TORITTO, *Le Fondazioni di Origine Bancaria come formazioni sociali*, in *Federalismi* numero 4 del 2008, p.5 riporta i principali passaggi giurisprudenziali. Inizialmente la Cassazione Sezioni Unite Civili il 17 gennaio 1925 ne ammise la natura privatistica, affermando: "Istituti che non partecipano, per legge o per loro intrinseca natura, della sovranità ed autorità dello Stato, anche se compiono servizi di interesse generale sotto la tutela e vigilanza governativa, non sono enti di pubblica amministrazione." L'anno dopo si affermò la natura pubblicistica in numerose sentenze del Consiglio di Stato, tra le quali quella resa dalla V sezione il 4 agosto 1926 o quella della VI sezione del 6 agosto; l'indirizzo si può dire consolidato anche negli anni successivi con una serie di pronunce simili per portata. Un passo, citato da Caravita e interessante per capire l'evoluzione dell'istituto, specifica come: "La funzione pubblica deve favorire il risparmio. (...) Tali istituti prestano, nell'interesse generale, opera che lo Stato potrebbe anche da sé compiere, e che, anzi, in concreto compie direttamente con il sistema delle classi postali di risparmio".

²⁹³ Le Casse di Risparmio si dividevano in due *species* a seconda della loro organizzazione, basata o su moduli associativi o su quelli riconducibili alla fondazione.

²⁹⁴ Il già citato Regio Decreto legge 375/36, convertito nella legge 141/1938.

²⁹⁵ P. SCHLESINGER, *Le c.d. fondazioni bancarie*, cit. p. 423 e sgg.

²⁹⁶ Articolo 3 I comma ultimo periodo: "Il decreto fissa un termine per la cessazione dell'esercizio dell'attività bancaria da parte dell'ente che effettua l'operazione."

²⁹⁷ Art. 12 comma I lettera b)

tra l'ente conferente e la società conferitaria-controllata era assicurata solo in via transitoria per mezzo del potere di nomina del consiglio di amministrazione e dell'organo di controllo da parte dei membri del comitato di gestione dello stesso ente.

Ulteriori dissonanze erano rappresentate dalla previsione secondo cui gli enti conferenti dovevano limitarsi ad amministrare la "partecipazione nella società per azioni"²⁹⁸ e da quella secondo cui le loro finalità erano di "interesse pubblico e di utilità sociale preminentemente nei settori della ricerca scientifica, della istruzione, dell'arte, della sanità"²⁹⁹, con l'utilizzo in tal caso di un termine ("fini") originariamente non contemplato dalla legge delega che, al contrario, la trattava in termini di oggetto³⁰⁰.

In breve tempo gli enti conferenti divennero, agli occhi dell'opinione pubblica, le "fondazioni bancarie" e, dopo che nel 1995 tutti i principali istituti di credito si uniformarono al nuovo regime introdotto dalla legge Amato-Carli, il Legislatore accentuò questa separazione tra funzioni di gestione della società bancaria e quella filantropica sia con l'introduzione della incompatibilità tra la carica di Amministratore della banca e quella delle fondazioni, con il decreto ministeriale 26 novembre 1993³⁰¹, sia con la legge 474 del 1994³⁰² attraverso la possibilità di cedere il controllo degli istituti di credito da parte degli enti conferenti nel rispetto di criteri e procedure fissate dal Ministro del Tesoro, nonché delle "norme vigenti in materia di dismissioni delle partecipazioni dello Stato, nonché per l'utilizzo dei relativi proventi, che devono essere impiegati secondo criteri di diversificazione del rischio degli investimenti"³⁰³.

La filosofia propria della legge 218 fu infine completamente ribaltata con la Direttiva del Tesoro del 18 novembre 1994³⁰⁴ che, volendo rendere le fondazioni bancarie italiane più simili ad organi stranieri di tipo filantropico³⁰⁵, spinse gli enti conferenti a "ridurre progressivamente la

²⁹⁸ Sempre art. 12 comma I lettera b); in questo caso Schlesinger mette in luce come la lettera della norma quasi induce a credere come gli enti conferenti dovessero porre in essere condotte conservative della partecipazione societaria

²⁹⁹ Articolo 12 comma I lettera a); per essere precisi questo vincolo si espande solo avuto riguardo di quegli Enti Conferenti il cui fondo di dotazione è su base non associativa. Infatti, come visto già per quanto riguarda le Casse di Risparmio, il Legislatore contempla due *species* di enti conferenti: la prima si fonda su un modulo associativo, la seconda su uno riconducibile a quello delle fondazioni di diritto privato. Curiosamente è proprio da questa seconda tipologia che l'opinione pubblica ha preso la denominazione generale del nuovo fenomeno, qualificando gli enti conferenti in termini di "fondazioni bancarie".

³⁰⁰ Cfr. P. SCHLESINGER, *Le c.d. fondazioni bancarie*, cit. p. 424 e sgg. L'autore si chiede, infatti, se queste finalità potevano essere finanziate esclusivamente dai proventi della gestione delle partecipazioni o potevano, in qualche modo, essere coperte da attività strumentali ma connesse ai fini degli enti conferenti. In parole povere era il rapporto tra finalità e gestione delle partecipazioni ad essere poco chiaro.

³⁰¹ La questione delle incompatibilità è stata più volte oggetto di interventi del Legislatore e di censure provenienti dalla giurisprudenza. Da ultimo la situazione sembrerebbe essersi stabilizzata con il decreto legge 1/2012, seguito dalla legge di conversione 27.

³⁰² La legge converte il precedente decreto legge 332 dello stesso anno.

³⁰³ Articolo 1 comma VII

³⁰⁴ C.D. Direttiva Dini dal nome del Ministro del Tesoro Lamberto Dini

³⁰⁵ G. P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria*, in *Liberi di Scegliere: Dal Welfare State al Welfare* (a cura di) G. V. Society, cit. p. 155 e sgg

partecipazione detenuta nella società conferitaria”, nel rispetto di criteri di allocazione del patrimonio e all’insegna di una decisa diversificazione dello stesso³⁰⁶.

Giustamente Schlesinger³⁰⁷ si chiese se questi enti potessero ancora definirsi economici, data l’assenza di chiarezza circa l’oggetto delle loro attività³⁰⁸ e, negli anni successivi, in più occasioni³⁰⁹ il Legislatore ribadì la vocazione benefica delle fondazioni bancarie, bocciando l’originario impianto della legge Amato-Carli.

Un vero e proprio intervento organico si ebbe tuttavia solo nel 1998 con la legge 461 del 23 dicembre 1998 (“Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all’articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria”), seguita poco dopo dal relativo Decreto Legislativo 153 del 1999 (“Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all’articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell’articolo 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461”) racchiusi in quella che, in breve, divenne la “Riforma Ciampi”.

Prima di addentrarci in questo campo occorre prima chiarire la natura giuridica delle cosiddette “fondazioni bancarie”, problema di non semplice soluzione.

Parte della dottrina³¹⁰ qualificò gli enti conferenti come soggetti di diritto pubblico, sostenendo come i vari atti positivi di inizio anni Novanta ne avessero espunto la natura imprenditoriale nel tentativo di preservare quella pubblicistica, conclusione rafforzata dall’interpretazione letterale del Decreto Legislativo 356 del 1990³¹¹.

Altri studiosi³¹² ritennero, al contrario, come la piena capacità di diritto Pubblico fosse “pura finzione” sulla base di una ricostruzione storico-giuridica dell’istituto, con anche una comparazione con le precedenti Casse di Risparmio presenti nell’Ottocento, e di un’analisi del Testo Unico in materia Creditizia del 1993.

Fu probabilmente questa intrinseca indeterminatezza a indurre il loro creatore Amato a ripudiare la loro esistenza affermando, nell’intervista già citata³¹³, come: “Sarò un animo

³⁰⁶ “Considerato che a tale scopo occorre che essi diversifichino il rischio di investimento del patrimonio e, in tale contesto, riducano progressivamente la partecipazione detenuta nella società conferitaria, salvaguardando nel contempo il valore economico del patrimonio”

³⁰⁷ P. Schlesinger, *Le c.d. fondazioni bancarie*, cit. p. 427.

³⁰⁸ L’attività diviene quindi solo quella di perseguire le finalità benefiche per la collettività poste dal Legislatore?

³⁰⁹ Decreto legge 41 del 1995, convertito in legge Ordinaria numero 85 il 22 marzo dello stesso anno e contenente una serie di ambiti su cui poteva insistere l’attività delle fondazioni nonché la Direttiva del 28 giugno 1995 del Tesoro su alcuni meccanismi interni all’organizzazione di questi soggetti. Inoltre anche all’interno del Documento di Programmazione Economica per il triennio 1996-1998 possiamo rinvenire alcuni riferimenti alle fondazioni, identificati come attori in grado di favorire quell’ampio processo di privatizzazione interno al nostro ordinamento.

³¹⁰ F. BELLI – F. MAZZINI, *Fondazioni bancarie*, voce del Digesto, IV Edizione, Torino, UTET, 2000, p. 296 e sgg.

³¹¹ Articolo 11, Comma II: “A tali enti, che hanno piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato (...)”

³¹² F. GALGANO, *Sulle cosiddette Fondazioni bancarie*, tratto da *Contratto ed impresa* numero 3 del 1996, p. 811 e sgg.

³¹³ M. CALDERONI E R. SABBATINI *Le Fondazioni bancarie un autentico mostro. Amato: lo confesso, mi sento Frankenstein*. cit

semplice, ma quando si parla di proprietà non riesco ad andare al di là dello Stato e del mercato. Il primo- qualche volta può piacere, altre no – risponde agli elettori, ai partiti e ai segretari di partito; il secondo a un signore che rischia i propri soldi: le fondazioni non sono né Stato né Mercato”.

Proprio queste criticità spinsero il Governo ad implementare un intervento sistematico nel settore creditizio incidendo, implicitamente, sulla natura degli enti conferenti con il riconoscimento della natura privatistica già sostenuta da parte della dottrina.

L'articolo 2 del D.lgs 153 del 1992 sancì la natura a un tempo privata e ad altro senza scopo di lucro delle fondazioni, divenute formalmente tali con l'abbandono dell'espressione “enti conferenti”, orientata a scopi di utilità sociale in coerenza con il contenuto del loro statuto³¹⁴.

Altri tratti salienti di questa riforma furono il principio della libertà dello statuto, espresso dal comma II dell'articolo 2 e temperato solo dalla previsione *ex* articolo 1 comma I lett. d) sui “settori rilevanti”, l'allontanamento da ogni forma di attività imprenditoriale o di partecipazione nelle precedenti banche conferitarie, salvo nel caso in cui fossero strumentali ai fini perseguiti all'interno dei settori rilevanti secondo gli articoli 3 comma I e 6 comma I, la divisione interna delle fondazioni in più organi e la vigilanza su di esse da parte dell'allora Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica³¹⁵.

5. La riforma Tremonti e le sentenze della Corte Costituzionale: da fondazioni bancarie a fondazioni di origine bancaria.

Negli anni successivi alla riforma Ciampi alcuni eventi alterarono nuovamente il complessivo disegno delle fondazioni bancarie, formalmente tali dopo i due interventi del 1998 e del 1999. La revisione del Titolo V comportò infatti l'attribuzione di una numerosa serie di materie all'autonomia regionale e, ai nostri fini, possiamo ricordare come l'assistenza e la beneficenza fosse devoluta alla potestà residuale esclusiva delle Regioni; l'assetto fu, tuttavia, reso

³¹⁴ “Natura e scopi delle fondazioni 1. Le fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale. Perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti. 2. Lo statuto individua i settori ai quali ciascuna fondazione indirizza la propria attività, comprendendo fra questi almeno uno dei settori rilevanti.”

³¹⁵ La previsione è racchiusa all'interno dell'articolo 10 e si delineava, originariamente, come transitoria in attesa di una riforma organica del Titolo II del Primo libro del Codice Civile; come chiarito dal comma 1 dell'articolo 52 del Decreto legge 78 del 31 maggio 2010, convertito nella legge 122 del 30 luglio 2010, “L'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, si interpreta nel senso che, fino a che non è istituita, nell'ambito di una riforma organica, una nuova autorità di controllo sulle persone giuridiche private disciplinate dal titolo II del libro primo del codice civile, la vigilanza sulle fondazioni bancarie è attribuita al Ministero dell'economia e delle finanze, indipendentemente dalla circostanza che le fondazioni controllino, direttamente o indirettamente società bancarie, o partecipino al controllo di esse tramite patti di sindacato o accordi in qualunque forma stipulati. Le fondazioni bancarie che detengono partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrono al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso patti di sindacato o accordi di qualunque tipo continuano a essere vigilate dal Ministero dell'economia e delle finanze anche dopo l'istituzione dell'autorità di cui al primo periodo”. La funzione di vigilanza è oggi assegnata al Ministero dell'Economia e delle Finanze.

problematico, come sottolineato in dottrina³¹⁶, dall’impatto di due sentenze della Consulta che, nel 2001³¹⁷, esclusero dalla vigilanza governativa le fondazioni presenti nelle Regioni ad autonomia speciale confermando, indirettamente, la loro natura di soggetti bancari inseriti nell’ordinamento sezionale creditizio³¹⁸ fino all’approvazione dei nuovi Statuti.

Possiamo poi menzionare la legge 448 del 2001 (“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”), atto quindi quasi coevo alla legge Costituzionale 3/01, contenente le misure finanziarie previste per il 2002³¹⁹ e una serie di disposizioni espressamente dirette nei confronti delle fondazioni bancarie.

L’intervento rappresentò un vero e proprio ritorno al passato rispetto a quanto visto con la riforma Ciampi.

La legge individuava, per la prima volta, i cosiddetti settori ammessi³²⁰, aree al cui interno le fondazioni poteva esercitare la propria attività in una logica di etero-determinazione dei fini, facilitata dalla possibilità per il Governo di ampliare la tipologia e il numero dei settori ammessi per mezzo di un regolamento³²¹.

Il processo di “ripubblicizzazione sostanziale”³²² proseguì negli anni seguenti sia con il decreto legge 63 del 2002 (“Disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture”) che all’articolo 5 attuò una decisione della Commissione Europea e qualificò le fondazioni bancarie come fondazioni a diritto “speciale”³²³, sia con il Regolamento 217 del 2002 approvato dal Ministero dell’Economie e delle Finanze che, in base all’articolo 2 comma I, ribadì la necessità di orientare le attività delle fondazioni bancarie all’interno dei settori ammessi.

³¹⁶ M. CLARICH - A. PISANESCHI, *Fondazioni Bancarie e Regioni- Commento*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* numero 2 del 2002, p. 139 e sgg.

³¹⁷ Sentenze 341 e 342 della Corte Costituzionale del 2001; oltretutto la Corte ammette una loro differisce una loro modifica genetica al momento in cui le Fondazioni dismettano le loro partecipazioni nelle banche conferitarie con relative modifiche statutarie.

³¹⁸ Cfr. sentenza 342 del 2001: “Va pertanto affermata la sussistenza di un vincolo genetico e funzionale tra enti conferenti e società bancarie conferitarie in presenza di una partecipazione e degli altri presupposti previsti per l’esercizio in via generale della transitoria vigilanza sulle anzidette fondazioni”

³¹⁹ L’atto è chiamato anche legge Finanziaria del 2002 o legge Tremonti dal nome del Ministro dell’Economia e delle Finanze dell’epoca.

³²⁰ Articolo 11 della legge 448 del 2001

³²¹ Articolo 11 comma I: “I settori indicati possono essere modificati con regolamento dell’Autorità di vigilanza da emanare ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400”; secondo M. CLARICH - A. PISANESCHI, *La riforma delle fondazioni bancarie*, da *Giornale di Diritto Amministrativo*, numero 3 del 2002 p. 334 e sgg. la natura di questo Regolamento è integrativa-attuativa e di delegificazione.

³²² M. CLARICH - A. PISANESCHI, *La Riforma delle Fondazioni Bancarie*, cit. p. 338

³²³ Cfr. C. BOTTARI, *Fondazioni Bancarie e Riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Federalismi* numero 15 del 2005, la nozione è poi ripresa in Giurisprudenza con l’ordinanza 432 del 2002 emessa dal Giudice delle Leggi.

In quell'occasione nel 2002 il Consiglio di Stato rese il parere 1354, già citato nel precedente capitolo, che coglie il legame tra fondazioni bancarie e sussidiarietà orizzontale ritenendo, tuttavia, legittimo il provvedimento.

Questo continuo *iter* modificativo, a tratti bipolare, arrivò al capolinea solo con due pronunce della Corte Costituzionale: le sentenze 300 e 301 del 2003.

I due ricorsi furono introdotti nel primo caso dalle Regioni Toscana, Umbria, Marche ed Emilia Romagna, nel secondo dal Tribunale Amministrativo del Lazio dopo diverse censure avanzate da numerose fondazioni bancarie e dall'Associazione fra le Casse di Risparmio Italiane (ACRI); ad ogni modo la stretta connessione fra le sentenze, rese peraltro lo stesso giorno, ci può indurre a sviluppare un ragionamento unitario³²⁴.

Nel primo caso oggetto dell'attenzione del Giudice delle Leggi fu la potestà normativa collegata alle fondazioni bancarie, le Regioni infatti lamentavano una presunta violazione dell'articolo 117 comma III nella parte in cui attribuiva a quest'ultime, nel rispetto dei principi posti dall'autorità centrale, la disciplina delle "casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale".

La Corte respinse la ricostruzione delle Regioni in linea con le sentenze 341 e 342³²⁵, per cui le fondazioni bancarie dovevano essere considerate parte del sistema creditizio, adducendo come argomentazione la perdita di quel vincolo genetico e funzionale sussistente tra ente conferente e società bancaria conferitaria³²⁶, nonché la loro riconducibilità alla materia, di potestà legislativa centrale, dell'ordinamento civile³²⁷³²⁸.

³²⁴ D. BOLOGNINO, *Fondazioni di origine bancaria, soggetti del pluralismo a cui si tentò di tarpare le ali*. Nota alle sentenze n. 300 e 301 del 2003 della Corte Costituzionale, in *Amministrazione in Cammino* del 12/1/04 ha commentato le due sentenze. Per altri commenti cfr. F. C. RAMPULLA, *La Corte si esercita in difficili equilibri sulle Fondazioni Bancarie*, in *Le Regioni* numero 1 del 2004, pp. 283-297 e E. BALBONI, *Le sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese: considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto* da <http://www.astrid-online.it/> Interessante per i risvolti legati alla nozione di "Ordinamento Civile" è l'articolo di G. ALPA, *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti* 2004, fascicolo 2, p. 184

³²⁵ M. CLARICH - A. PISANESCHI, *Fondazioni Bancarie e Regioni- Commento*, cit. parlano a proposito delle sentenze 341 e 342 del 2001 di sentenze *inutiliter data*, in quanto proiettano le Fondazioni Bancarie lungo un percorso, quello della natura creditizia, destinato ad un fisiologico esaurimento.

³²⁶ Avvalendoci di un'analisi letterale possiamo vedere come la Corte utilizzò, per la prima volta, l'espressione di "fondazione di origine bancaria" per riferirsi a questo fenomeno in luogo di fondazioni bancarie, questo a rimarcare la tendenziale estraneità di questi soggetti alla dimensione creditizia.

³²⁷ Come noto, oggetto di una potestà esclusiva statale *ex II* comma dell'articolo 117 lett. l)

³²⁸ "Il quadro normativo testé delineato mostra con evidenza che le fondazioni sorte dalla trasformazione degli originari enti pubblici conferenti (solo impropriamente indicate, nel linguaggio comune e non in quello del legislatore, con l'espressione «fondazioni bancarie»), secondo la legislazione vigente, non sono più – a differenza degli originari «enti pubblici conferenti» – elementi costitutivi dell'ordinamento del credito e del risparmio, al quale è riconducibile la competenza legislativa che l'art. 117, terzo comma, della Costituzione riconosce alle Regioni in materia di «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale». L'evoluzione legislativa ha spezzato quel «vincolo genetico e funzionale», di cui parlano le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001 di questa Corte, vincolo che in origine legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro (art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 153) della cui natura il controllo della società bancaria, o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante. Con questa trasformazione, muta la collocazione nel riparto materiale delle competenze legislative tracciato dall'art. 117 della Costituzione. Né le disposizioni legislative impugnate, che pure modificano per aspetti rilevanti il decreto legislativo n. 153 del 1999, sono tali da ricondurre le fondazioni all'ordinamento al

Con la seconda sentenza la Corte Costituzionale si occupò delle questioni inerenti la compressione dell'autonomia statutaria per mezzo di tutta una serie di vincoli apposti soprattutto dall'intervento di Tremonti nel 2001.

Tra i principali articoli della Costituzione, a dire dei ricorrenti, violati ad opera della legge 448 del 2001 ci sarebbero l'articolo 2 concernente il riconoscimento del ruolo delle formazioni sociali all'interno del nostro ordinamento, l'articolo 3 rappresentativo del principio di eguaglianza, l'articolo 18 relativo al diritto di associazione, l'articolo 41 collegato alla libertà di iniziativa economica privata e, proprio, l'articolo 118 comma IV contenente il principio di sussidiarietà orizzontale.

Il Giudice delle Leggi, partendo dal presupposto contenuto nella sentenza 300 secondo cui le fondazioni di origine bancaria hanno natura privatistica, si avvale di un controllo improntato al canone della ragionevolezza.

In primo luogo il potere conferito all'Autorità di Vigilanza dall'articolo 11 comma I della legge 448/01, idoneo a modificare con semplice regolamento il numero e la tipologia dei settori ammessi, risulta incompatibile con la natura privata delle fondazioni di origine bancaria e, pertanto, è da ritenersi incostituzionale. La limitazione statutaria sull'attività compiuta dalle fondazioni circoscritta, unicamente, ai settori rilevanti si rivela tuttavia, a dire della Corte, soltanto apparente³²⁹ a seguito di un'interpretazione conforme ai dettami della Costituzione, non potendo l'autorità pubblica condizionare la destinazione e il concreto impiego dei mezzi finanziari di soggetti privati quali le fondazioni di origine bancaria.

I giudici ritengono, poi, lesiva degli articoli 2, 3, 18, 41, 117 e 118 comma IV la previsione secondo la quale nell'organo di indirizzo è necessaria una prevalente rappresentanza degli enti diversi dallo Stato menzionati dall'articolo 114, con una "pubblicizzazione" implicita dell'attività di questi soggetti; occorre, secondo la Corte, conferire ampio risalto invece alle realtà pubbliche e private locali espressive del territorio nell'organo di indirizzo³³⁰, concretamente posto al vertice dell'attività della fondazione, in una logica chiaramente ispirata dalla sussidiarietà orizzontale.

quale appartenevano gli enti pubblici conferenti. Tanto basta per escludere la fondatezza della pretesa delle quattro Regioni ricorrenti, di vedere annullate le impugnate disposizioni della legge dello Stato in materia di fondazioni di origine bancaria, in conseguenza della competenza legislativa concorrente loro riconosciuta relativamente alle «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale». L'art. 11 della legge n. 448 del 2001 opera infatti non in questa materia ma in quella dell'«ordinamento civile», comprendente la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato che l'art. 117, secondo comma, della Costituzione assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato."

³²⁹ "La disposizione, oggetto del dubbio di costituzionalità, deve, infatti, essere correttamente interpretata nei termini di una mera indicazione di carattere generale, priva, in quanto tale, di valore vincolante, rivolta alle fondazioni senza comportare alcuna impropria ed illegittima etero-determinazione riguardo all'uso delle risorse di cui dispongono tali enti."

³³⁰ La Corte in un passaggio successivo scompone la funzione di indirizzo da quella di controllo ritenendo come il Legislatore si sia appropriato in modo indebito della prima attraverso un eccesso di delega del D. Lgs 153/1999

Al di là di altre questioni ritenute infondate³³¹ possiamo, all'esito di queste due sentenze, qualificare le fondazioni di origine bancaria in termini di attori privati orientati al soddisfacimento di interessi pubblici, tra i soggetti più indicati per lo svolgimento di quelle attività di interesse generale sancite dall'articolo 118 comma IV della Costituzione³³².

Come infatti messo in luce dalla dottrina³³³ e dalla giurisprudenza³³⁴, le fondazioni si prestano ad essere definite in termini di soggetti esponenziali delle "libertà sociali" o espressione della "democrazia sociale"³³⁵, in grado di esercitare funzioni, soprattutto al livello locale, di interesse generale e, pertanto, pienamente espressive della sussidiarietà orizzontale.

Le fondazioni, a seguito di queste due sentenze, possono infatti occupare uno "spazio tra Stato e mercato"³³⁶, svolgendo tutta una serie di compiti a cui le pubbliche amministrazioni dovrebbero rimanere estranee, per evitare una proliferazione delle attività pubbliche idonea a neutralizzare l'iniziativa individuale, e a cui le imprese non sono *naturaliter* orientate per mancanza di un profitto certo e visibile.

In un momento successivo il Legislatore diede concreto seguito alle due sentenze della Corte Costituzionale³³⁷ con il decreto ministeriale 150 del 2004 "Regolamento ai sensi dell'articolo

³³¹ Ad esempio è stata ritenuta infondata, in quanto rappresentativa del conflitto di interessi, la previsione contemplata dal comma IV dell'articolo 11 della legge 448 tale per cui l'attività della fondazione non può essere orientata al soddisfacimento di interessi individuali propri degli organi componenti la fondazione stessa o di coloro i quali li hanno designati.

³³² F. C. RAMPULLA, *La Corte si esercita in difficili equilibri sulle Fondazioni Bancarie*, cit. p. 296, D. BOLOGNINO, *Fondazioni di origine bancaria, soggetti del pluralismo a cui si tentò di tarpare le ali. Nota alle sentenze n. 300 e 301 del 2003 della Corte Costituzionale*, cit. pp. 18-19 e G. P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria*, in *Liberi di Scegliere: Dal Welfare State al Welfare* (a cura di) G. V. Society, cit. p. 155 e sgg. . La stessa legge 112 del 2002, di conversione del decreto legge 63 del medesimo anno, si riferiva alle fondazioni di origine bancaria nei termini di "regime giuridico privatistico, speciale rispetto a quello delle altre fondazioni, in quanto ordinato per legge in funzione: a) della loro particolare operatività, inclusa la possibilità di partecipare al capitale della Banca d'Italia; b) della struttura organizzativa, basata sulla previsione di organi obbligatori e su uno specifico regime di requisiti di professionalità, di onorabilità e di incompatibilità; c) dei criteri obbligatori di gestione del patrimonio e di dismissione dei cespiti; d) della facoltà di emettere titoli di debito convertibili o con opzioni di acquisto; e) dei vincoli di economicità della gestione e di separazione patrimoniale; f) dei vincoli di destinazione del reddito, delle riserve e degli accantonamenti; g) delle speciali norme in materia di contabilità e di vigilanza; h) del criterio secondo cui le norme del codice civile si applicano alle fondazioni bancarie solo in via residuale e in quanto compatibili. La disposizione di cui al precedente periodo costituisce norma di interpretazione autentica della legge 23 dicembre 1998, n. 461, e del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153." A dire il vero sarebbe stato più corretta una qualificazione nei termini di enti privati ad interesse generale dato che, come abbiamo già osservato, il concetto di interesse pubblico non coincide con quello di interesse generale.

³³³ Cfr. D. BOLOGNINO, *Fondazioni di origine bancaria, soggetti del pluralismo a cui si tentò di tarpare le ali. Nota alle sentenze n. 300 e 301 del 2003 della Corte Costituzionale*, cit., pp. 18-19, M. CLARICH – A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie tra sussidiarietà e tentazioni neostataliste*, in *Il Ponte*, 2003, p. 26 e sgg., B. C. DI TORITTO, *Le Fondazioni di Origine Bancaria come formazioni sociali* cit., pp. 25 e sgg. e L. F. DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *Carta delle Fondazioni e ordinamento del terzo settore*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, (a cura di) M. N., volume I, Torino Giappichelli 2014, pp. 192 e sgg., G. P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria*, in *Liberi di Scegliere: Dal Welfare State al Welfare* (a cura di) G. V. Society, cit. p. 159 e sgg.

³³⁴ Cfr. sentenza 300 del 2003.

³³⁵ F. MASCHIO, *L'evoluzione della soggettività giuridica e del ruolo delle fondazioni di origine bancaria, la Carta delle fondazioni e lo Statuto della fondazione europea*, in *Giustizia Civile*, fascicolo 3-4. Anno 2013, p. 155 e sgg.

³³⁶ G. P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria*, in *Liberi di Scegliere: Dal Welfare State al Welfare* (a cura di) G. V. Society, cit., pp. 159 e sgg.

³³⁷ Indicativo che le due sentenze della Corte siano riportate nello stesso preambolo: "Viste le sentenze n. 300 e n. 301 del 29 settembre 2003 della Corte Costituzionale relative all'articolo 11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, nonché all'articolo 4 e all'articolo 10 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153"

11, comma 14, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 1, in materia di disciplina di fondazioni bancarie”. Il decreto abrogò e sostituì il precedente decreto ministeriale 217 del 2002³³⁸, innalzò il numero dei settori rilevanti da tre a cinque³³⁹, rendendoli non tassativi³⁴⁰, e recepì l’indicazione offerta dal Giudice delle Leggi in tema di composizione dell’organo di indirizzo prescrivendo, espressamente, come dovesse essere rappresentativo “degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali”³⁴¹.

Lo spazio normativo lungo cui si muovono questi soggetti a seguito del decreto ministeriale 150 pare oramai essersi assestato su una disciplina privatistica contraddistinta da profili pubblicistici³⁴²; i nuovi provvedimenti legislativi sono tutti diretti o a modulare con varia intensità le agevolazioni fiscali concesse dall’ordinamento a questa attore peculiare³⁴³ o ad incidere sul delicato rapporto tra incarichi interni alle fondazioni e funzioni di indirizzo nelle banche o società conferitarie diverse da quelle strumentali³⁴⁴, senza tuttavia alterare questo disegno di fondo.

6. La “Carta delle fondazioni” e il Protocollo d’intesa tra il Ministero dell’Economia e l’ACRI

Il riconoscimento di una comprovata autonomia privata intrinseca al concetto di fondazioni ha, infine, indotto la loro stessa associazione di categoria, l’ACRI, a redigere un codice di

³³⁸ Articolo 1 comma I: “Il presente regolamento abroga e sostituisce il regolamento emanato con decreto ministeriale 2 agosto 2002, n. 217.”

³³⁹ Articolo 2 comma II: “2. Le fondazioni scelgono, nell’ambito dei settori ammessi, un massimo di cinque settori (i c.d. settori rilevanti), anche appartenenti a più di una delle categorie di settori ammessi. La scelta dei settori rilevanti può essere effettuata nello statuto o in altro deliberato dell’organo della fondazione a ciò’ competente secondo lo statuto. Della scelta dei settori rilevanti e delle sue modificazioni è’ data comunicazione all’Autorità di vigilanza. Ove la scelta comporti una modifica dello statuto si applica l’articolo 10, comma 3, lettera c), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153.”

³⁴⁰ Articolo 2 comma IV: “4. La restante parte del reddito, dopo le destinazioni di cui al precedente comma 3, nonché di quelle relative al reinvestimento del reddito ed agli accantonamenti e riserve facoltativi previsti dallo statuto, può essere diretta a uno o più dei settori ammessi.”

³⁴¹ Articolo 3 comma I: “Gli statuti delle fondazioni prevedono che l’organo di indirizzo sia composto da una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali e, per la eventuale restante parte, da personalità che per professionalità, competenza ed esperienza, in particolare nei settori cui è rivolta l’attività della fondazione, possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali. Le personalità sono designate o nominate da soggetti, persone fisiche o giuridiche, di riconosciuta indipendenza e qualificazione, i quali operano nei settori di intervento della fondazione.”

³⁴² In particolare, la legge di conversione 122 del 2010 ribadisce come, in attesa di una revisione dell’impianto normativo legato all’istituzione di un’autorità di controllo *ad hoc*, i poteri di vigilanza debbano essere esercitati dal “Ministero dell’economia e delle finanze, indipendentemente dalla circostanza che le fondazioni controllino, direttamente o indirettamente società bancarie, o partecipino al controllo di esse tramite patti di sindacato o accordi in qualunque forma stipulati. Le fondazioni bancarie che detengono partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrono al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso patti di sindacato o accordi di qualunque tipo continuano a essere vigilate dal Ministero dell’economia e delle finanze anche dopo l’istituzione dell’autorità di cui al primo periodo.”

³⁴³ Penso alla legge di conversione 213 del 2012 sull’abrogazione delle agevolazioni IMU previste per le fondazioni di origine bancaria.

³⁴⁴ Legge di conversione 27 del 2012 in tema di incompatibilità.

autoregolamentazione nel 2012 chiamato “Carta delle fondazioni” concernente tutte la fasi della loro attività, *governance* compresa.

I codici di deontologia professionale³⁴⁵ non sono altro che delle regole plasmate dagli stessi destinatari la cui valenza è, dagli anni duemila³⁴⁶, ritenuta normativa e integrativa di precetti legislativi sulla base di un atto positivo di rinvio, idoneo a conferire speciali poteri regolativi alle associazioni di categoria; ad esempio nel caso della protezione dei dati personali il D. Lgs 196 del 2003(“Codice in materia di dati personali”) si rinvia, espressamente, ai codici di condotta dei singoli settori³⁴⁷ per valutare un comportamento.

Similmente la Carta delle fondazioni rappresenta il tentativo attuato da parte dell’ACRI di rimuovere alcune criticità interne alla dimensione delle fondazioni di origine bancaria, l’eterogeneità degli statuti e la commistione con il mondo politico, per mezzo di un intervento autonomo e slegato da quelli pubblicistici adottati dal Legislatore nel decennio precedente.

L’atto si divide in un’introduzione e in tre parti: il Preambolo, in cui si enunciano le ragioni e i valori sottesi all’adozione del documento, fondati sul riconoscimento di un’autonomia operativa in capo alle fondazioni e orientati all’ “interesse generale delle comunità di riferimento”, la *governance* contenente l’elenco degli organi di governo necessari e i principi a cui si ispira l’azione di questi soggetti³⁴⁸, l’attività istituzionale e i criteri a cui si deve attenere³⁴⁹ nonché, infine, la gestione del patrimonio con i principi a cui le fondazioni si devono ispirare per la scelta degli investimenti e per la propria rendicontazione.

Questa guida alle “buone pratiche”³⁵⁰ spicca anche per la sua importanza etica³⁵¹ e per i suoi continui richiami alla trasparenza nei processi decisionali interni agli organi delle fondazioni³⁵², tanto che parte della dottrina è arrivata a qualificare il documento come “Manifesto del pluralismo sociale”, in grado di definire in modo compiuto da parte degli stessi regolati quale sia l’attività da compiere e quali siano le finalità da perseguire per le fondazioni di origine bancaria³⁵³.

³⁴⁵ Cfr. M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., p. 89 e E. DEL PRATO, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, (a cura di) M. N., cit., pp. 93 e sgg.,

³⁴⁶ Fra le ultime sentenze la 529 del 2012 o 15852 del 2009 rese dalle sezioni unite civili della Cassazione. L’orientamento più risalente era incline a qualificarle nei termini di norme a valenza pattizia ma fu ribaltato con la sentenza 26810 della Corte di Cassazione a sezioni unite civili del 2007.

³⁴⁷ Articolo 12 comma I.

³⁴⁸ L’autonomia, la responsabilità, la rappresentatività, l’autorevolezza e la competenza, l’indipendenza, la trasparenza, l’incompatibilità e l’ineleggibilità, l’autorevolezza e la competenza nelle nomine in società controllate o partecipate, la stabilità e la continuità, l’economicità e la cooperazione con altre fondazioni.

³⁴⁹ Si parla di principi di programmazione e di gestione dell’attività istituzionale nonché i principi e i criteri per l’individuazione e la valutazione delle iniziative, di terzi e proprie.

³⁵⁰ Negli ordinamenti anglosassoni si fa spesso riferimento a fonti del genere con il termine di *best practices*.

³⁵¹ L’eticità è esplicitamente richiamata in tema di gestione del patrimonio.

³⁵² M. NUZZO, *Il senso etico della Carta delle Fondazioni Bancarie*, in *Prospettiva impresa*, numero 83-84, 2013, pp. 72 e sgg.

³⁵³ U. DE SIERVO, *Le fondazioni e la “Carta delle Fondazioni”*, da <https://www.acri.it/>

Questione a sé merita la tematica relativa all'efficacia giuridica della Carta.

Alcuni ne mettono in luce la sua natura di *soft law* che, come tale, non si può sostituire agli atti normativi, ma presenta una sua significativa importanza nella misura in cui risulta emessa dall'associazione di categoria delle fondazioni bancarie stesse³⁵⁴; altri ritengono che vi sia un rinvio implicito nella Carta delle fondazioni bancarie all'articolo 118 ultimo comma della Costituzione e ciò comporterebbe una rilevanza diretta degli inadempimenti compiuti dalle fondazioni rispetto al contenuto del documento³⁵⁵.

Al di là di una questione che, in assenza di pronunce giurisprudenziali indicative³⁵⁶, ad oggi pare solo dottrina, è corretto affermare come il vero punto focale su cui non si è concentrato il dibattito è, in realtà, la tipologia di rimedi potenzialmente utilizzabili, necessariamente legati al diritto privato.

Se un terzo venisse leso dall'azione delle fondazioni sarebbe logico avvalersi della responsabilità aquiliana *ex* articolo 2043, più complessa e non adeguatamente analizzata è l'eventualità in cui il danno fosse dipeso, ad esempio, dal mancato rispetto delle statuizioni presenti all'interno della Carta.

Che tipo di responsabilità sorge in questo caso? E' lecito immaginare un'ipotetica *culpa in vigilando* dell'ACRI? O una sua responsabilità solidale o sussidiaria?

Questi interrogativi, paralizzati solo parzialmente dall'adesione al documento di tutte le fondazioni³⁵⁷, sono stati alla base del recente protocollo d'intesa sottoscritto proprio dall'ACRI e dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nel 2015.

Il protocollo si colloca sempre all'interno di queste nuove forme di regolazione mista pubblico-privato³⁵⁸, che parte della dottrina ritiene espressiva della sussidiarietà orizzontale³⁵⁹, ma presenta una vincolatività più intensa³⁶⁰, con obblighi certi e precisi.

Attraverso un atto, il quale secondo la dottrina assume la natura di accordo privatistico³⁶¹ e di simbolo di un nuovo rapporto tra controllore e controllati, il Ministero riesce a influire sulle

³⁵⁴ U. DE SIERVO, *ibidem*, cit.

³⁵⁵ L. F. DEL M. DOMÌNGUEZ, *Carta delle Fondazioni e ordinamento del terzo settore*, cit., p. 208

³⁵⁶ Le pronunce giurisprudenziali in tale materia sono rare, possiamo segnalare unicamente la sentenza 8102 del 2014 in cui, tuttavia, la questione è definita in rito senza analizzare la presunta lesione della Carta.

³⁵⁷ M. V. FRANCESCHELLI, *Altri temi in materia economico-aziendale, il protocollo d'intesa MEF-ACRI: novità in tema di governance e patrimonio nelle fondazioni di origine bancaria*, tratto da *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fascicolo 1, anno 2016, pp.75 e sgg.

³⁵⁸ F. VELLA, *Il Protocollo di Intesa MEF/ACRI e la nuova governance delle Fondazioni bancarie*, in *Giurisprudenza commerciale*, fascicolo 5, anno 2016, p. 617 e sgg.

³⁵⁹ A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, pp.79 e sgg., in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, (a cura di) M. N. cit.

³⁶⁰ Cfr. M. V. FRANCESCHELLI, *Altri temi in materia economico-aziendale, il protocollo d'intesa MEF-ACRI: novità in tema di governance e patrimonio nelle fondazioni di origine bancaria*, cit. p.77 Ad esempio, l'articolo 2 IX comma: "Le Fondazioni, entro un anno dalla sottoscrizione del Protocollo, comunicano all' Autorità di vigilanza tutte le misure adottate per dare attuazione al presente articolo." O l'articolo 12 I comma primo capoverso: "Le Fondazioni adottano le modifiche statutarie di adeguamento al contenuto del presente Protocollo entro dodici mesi dalla sua sottoscrizione".

³⁶¹ M. V. FRANCESCHELLI, *ibidem*

scelte di merito interne alle fondazioni³⁶², mentre quest'ultime, per mezzo dell'associazione di categoria dell'ACRI, intraprendono un percorso volto alla fissazione in termini più compiuti di regole etiche.

Le principali novità riguardano i temi già oggetto dei principali interventi dal duemila ad oggi, in primo luogo la rappresentatività degli organi di indirizzo³⁶³ che deve essere legata intimamente al territorio oggetto dell'azione delle fondazioni, poi l'autonomia degli organi in relazione al loro mandato³⁶⁴ e ai corrispettivi percepiti dai membri degli organi interni stabilendo dei precisi tetti quantitativi³⁶⁵.

Proprio a tal proposito è apprezzabile, come messo in luce in dottrina, lo sforzo sostanzialista tale per cui oggetto dei limiti quantitativi del documento sono i corrispettivi "comunque qualificati", ponendo un freno ad eventuali entrate accessorie o non definite nei termini di compenso³⁶⁶.

³⁶² E dalle sentenze 300 e 301 del 2003 della Corte Costituzionale si era posto un argine a questa eventualità.

³⁶³ Articolo 8 comma IV: "Fermo restando quanto stabilito per le Fondazioni di origine associativa dall'art. 4, comma II, lettera d), del decreto legislativo n. 153/99, le Fondazioni, verificano che i soggetti designanti siano rappresentativi del territorio e degli interessi sociali sottesi dall'attività istituzionale della fondazione. Le Fondazioni, al fine di raccogliere informazioni ed elementi utili per tale valutazione, promuovono uno o più incontri con gli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali, attivi nei settori di intervento della Fondazione. I criteri e le modalità di convocazione degli incontri sono preventivamente ed oggettivamente disciplinati; i partecipanti possono intervenire, presentare documenti e proposte. Degli incontri è redatto verbale da sottoporre all'Organo di indirizzo. Le risultanze del processo valutativo sono rese pubbliche nelle forme ritenute idonee ad una adeguata divulgazione."

³⁶⁴ Articolo 7 comma I: Nel rispetto dell'art. 4, comma 1, lett. i) del decreto legislativo n. 153/99, al fine di assicurare il ricambio dei componenti degli organi, le Fondazioni adeguano i loro statuti ai seguenti principi: a) l'Organo di amministrazione, il Presidente e l'Organo di controllo durano in carica per un periodo massimo di quattro anni; tale disposizione non si applica ai mandati in corso alla data del presente Protocollo; b) le cariche negli organi statuari, ivi compreso il Presidente, non possono essere ricoperte per più di due mandati consecutivi, indipendentemente dall'organo; (...) 2. Il soggetto che ha svolto due mandati consecutivi può essere nuovamente nominato dopo che sia trascorso un periodo almeno pari a tre anni. In precedenza era presente solo un richiamo generale all'interno della "riforma Ciampi" ex articolo 4 comma III lettera i)

³⁶⁵ Questo rappresenta, senza dubbio, un passaggio importante nella misura in cui la "riforma Ciampi" non forniva indicazioni e la Carta del 2012 introduceva un limite meramente qualitativo e parametrato su alcuni valori come le dimensioni della fondazione o le finalità perseguite. Il documento del 2015 pone precisi tetti quantitativi stabilendo all'articolo 9: "Corrispettivi per i componenti degli organi I. I corrispettivi, comunque qualificati, per i componenti degli organi sono di importo contenuto, in coerenza con la natura delle fondazioni bancarie e con l'assenza di finalità lucrative. 2. I compensi dei componenti degli organi della Fondazione sono commisurati all'entità del patrimonio e delle erogazioni. 3. Per le fondazioni con patrimonio superiore a un miliardo di euro il compenso annuale complessivamente corrisposto, a qualunque titolo, al Presidente non è superiore a duecentoquarantamila euro. Per le altre Fondazioni il compenso massimo del Presidente è determinato in misura inferiore al predetto limite in funzione dei parametri di cui al comma 2. Se tali parametri cambiano in misura consistente e durevole, le Fondazioni provvedono ad adeguare il compenso. 4. Per i componenti dell'Organo di Indirizzo sono previsti esclusivamente trattamenti non "corrispettivi", ma indennitari, collegati alla effettiva partecipazione ai lavori dell'organo e alle spese sostenute. 5. La somma complessiva corrisposta a qualunque titolo a Presidente, componenti del Consiglio di amministrazione, dell'Organo di indirizzo, dell'Organo di controllo, di comitati e/o commissioni non può in ogni caso superare l'importo determinato applicando ad ognuno dei seguenti scaglioni, in cui può essere ripartito il patrimonio di bilancio, le relative percentuali: a) fino a 120 milioni di euro di patrimonio: 0,40%; b) oltre 120 milioni di euro e fino a 500 milioni di euro di patrimonio: 0,10%; c) oltre 500 milioni di euro e fino a 5.000 milioni di euro di patrimonio: 0,05%; d) oltre 5.000 milioni di euro di patrimonio: 0,01 %."

³⁶⁶ M. V. FRANCESCHELLI, *Altri temi in materia economico-aziendale, il protocollo d'intesa MEF-ACRI: novità in tema di governance e patrimonio nelle fondazioni di origine bancaria, cit.*, p.82

La medesima *ratio* si coglie nell'ambito delle partecipazioni dove si afferma, in un'ottica di crescente trasparenza, l'obbligo di trasmettere al Ministero gli eventuali patti parasociali siglati tra la fondazione e la banca conferitaria, novità dipesa dalla consapevolezza dell'influenza dominante che si può estrinsecare anche per mezzo di atti di questo genere³⁶⁷. In chiusura gli aspetti economico-patrimoniali sono rivisitati all'insegna di una maggiore concretezza e specificità, sia nella fase di gestione patrimoniale³⁶⁸, sia in quella di erogazione dei fondi per scopi di utilità sociale³⁶⁹.

Il fenomeno delle fondazioni sembra oramai lambire anche i confini del diritto europeo³⁷⁰.

Nel 2012, su invito del Parlamento Europeo³⁷¹, la Commissione ha elaborato una proposta di regolamento del Consiglio sullo Statuto della fondazione europea (Fe), Com(2012) 0035.

Il progetto era diretto a consentire la costituzione di fondazioni in grado di operare su tutto il territorio dell'Unione o *ex novo* o a seguito di fusione di soggetti nazionali; lo *status* poteva, nelle intenzioni degli artefici di questa proposta, essere acquistato nel rispetto di un patrimonio minimo di costituzione pari a 25.000 euro, di una dimensione transfrontaliera e di scopi orientati alla pubblica utilità.

L'idea, apprezzabile anche per i risvolti fiscali³⁷², ha tuttavia intrapreso un percorso accidentato.

A seguito di alcune modifiche suggerite dal Parlamento Europeo³⁷³, non incompatibili con l'assetto originario, la proposta è stata bocciata³⁷⁴, per ragioni politiche, dai paesi dove è più forte il ruolo delle fondazioni.

Il 7 marzo 2015 il progetto è stato formalmente ritirato³⁷⁵.

7. La sussidiarietà orizzontale e l'attività delle fondazioni: uno sguardo empirico

³⁶⁷ Articolo 6

³⁶⁸ Articoli 3,4 e, soprattutto, 2:

³⁶⁹ Articolo 5: "Imprese ed enti strumentali I. L'investimento nelle imprese e negli enti strumentali è realizzato utilizzando esclusivamente le risorse derivanti dal reddito, fatto salvo quanto previsto per i beni mobili e immobili dall'art. 7, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 153/99. 2. Gli investimenti di cui al comma precedente trovano copertura nel passivo di bilancio con i fondi per l'attività d'istituto, attraverso l'iscrizione di un importo equivalente alla voce "Altri fondi", e fornendo dettagliata informativa in nota integrativa. 3. Le Fondazioni che, alla data del presente Protocollo, non hanno nel passivo un fondo di copertura capiente predispongono un programma per la sua costituzione, nell'importo indicato al comma 2, entro cinque anni dalla sottoscrizione del presente Protocollo, tenendo conto degli investimenti immobiliari e in beni mobili riconducibili alle previsioni del richiamato art. 7, comma 3-bis, effettuati dalle imprese ed enti strumentali. Tale programma è tempestivamente trasmesso all'Autorità di vigilanza."

³⁷⁰ F. MASCHIO, *L'evoluzione della soggettività giuridica e del ruolo delle fondazioni di origine bancaria, la Carta delle fondazioni e lo Statuto della fondazione europea*, cit., pp. 160-161

³⁷¹ L'invito era accompagnato dalla formula: "necessità di creare condizioni di parità che permettano alle associazioni, alle mutue e alle fondazioni di disporre degli stessi strumenti e delle stesse opportunità di cui fruiscono le altre strutture giuridiche organizzative"

³⁷² Si applicherebbe il medesimo trattamento previsto per le fondazioni nazionali.

³⁷³ Parere luglio 2013, da <http://www.europarl.europa.eu/>

³⁷⁴ O. SPAGGIARI, *Statuto delle fondazioni europee: bocciata la proposta*, in rivista *Vita* 20 novembre 2014

³⁷⁵ <http://asbl.unioncamere.net>

Uno sguardo all'attività concreta delle fondazioni ci permette di cogliere il nesso esistente tra loro e la sussidiarietà orizzontale, nonché la necessità di trattare preliminarmente dell'ambito bancario.

Al 31 dicembre 2015 possiamo accertare la presenza di almeno 88 fondazioni bancarie³⁷⁶, distribuite in gran parte nel centro-nord del Paese³⁷⁷; 86 di queste sono associate nell'ACRI e, tra queste, 85 hanno approvato il Protocollo d'intesa tra la stessa associazione di categoria e il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Delle 88 fondazioni di origine bancaria presenti 31 non hanno alcun legame con l'originaria banca conferitaria, 47 possiedono partecipazioni di minoranza e solo 10, di modesta entità, mantengono una quota di maggioranza³⁷⁸.

L'attività istituzionale delle fondazioni nel 2015 ammonta a 936,7 milioni di euro, con un'attenzione particolare al settore "arte, attività e beni culturali"³⁷⁹ con 280,1 milioni di euro, pari al 29,9% del totale, erogati in particolar modo a favore della valorizzazione dei beni architettonici e archeologici (pari al 33,5% del totale del settore); altri settori rilevanti oggetto di attenzione da parte delle fondazioni sono l'"assistenza sociale" (138,2 milioni, 14,8%) e "volontariato, filantropia e beneficenza" (127,3 milioni, 13,6%).

Tabella 1 - Distribuzione erogazioni per settore beneficiario Dati in milioni di euro (fonte Acri)

Dati in milioni di EURO	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
arte e cultura	127,1	182,6	331,6	311,3	337,9	408,1	420,4	487,8	524,2	513,1	408	413	335,4	305,3	269,2
assistenza sociale	49,5	68,4	116,6	134,5	150,6	135,5	159,2	146,5	167,9	151,1	140,5	174,8	152,7	124,5	119,8
istruzione (5)	58,3	70,9	124,2	176,9	184,7	150	158,3	184,9	206,6	216,9	162	148,2	127	144,8	105,3
sanità	32,2	49,1	93,6	112,5	92,2	145,6	120,8	157,7	133,9	122,2	100,6	114,2	103,6	54,6	68,4
f.di speciali per voluntar. (L.266/91)	72,8	75,6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-

³⁷⁶ Dato ricavato da <http://www.acri.it>

³⁷⁷ Si ricorderà come anche le casse di risparmio, figura antesignana delle fondazioni di origine bancaria, ebbero una distribuzione concentrata nel settentrione.

³⁷⁸ Una deroga in tal senso era stata introdotta dall'art. 4 decreto legge 143/2003, convertito nella legge 212/2003, e sostitutivo del comma 3 bis dell'art. 25 del decreto legislativo 153/99.

³⁷⁹ Per un'interessante trattazione sul ruolo e l'importanza delle fondazioni all'interno della valorizzazione dei beni culturali cfr. S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fascicolo 2 anno 2016, pp. 403 e sgg.

Ricerca	28,5	34,2	96,7	96,2	111,5	131,2	142,4	171,1	247	196,7	251,6	171,6	156,3	118,5	128,3
Promoz. e svil comunità locale	16,8	28,7	71	72,9	74,6	78,5	94,5	98,9	177,6	161,1	175,6	124,5	50	55,4	49,7
sport e attività ricreative	2,3	3,2	13,1	14	15,6	15,7	26	33,7	23,2	28,4	19,9	21,4	12,7	8,6	12,1
volontariato e filantropia (6)	2,2	1,7	104,2	129,5	136,7	167,3	214,7	267,5	178,7	170,4	140,7	130,7	99,2	117,3	104,6
tutela ambiente	1,1	3,5	12	23,4	17,2	21,7	20,9	25,2	32,4	41,3	23,1	33,8	27,7	18,4	16,2
attiv. Internazionali	-	-	6,3	3,5	12,5	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
attiv. religiose	-	-	1,8	1,9	3,6	2,9	3,1	2,6	3,2	3,2	2,1	0,7	0,5	0,2	0,2
promozion e tutela dei diritti civili	-	-	0,1	0,2	0,7	0,1	4,4	1,2	3,9	1,4	2,2	1,1	0,3	0,3	0,5
Famiglia e valori connessi	-	-	-	-	-	10,6	7,3	10,7	14,8	15,3	14,6	32,3	27	17,4	10,5
Prevenzione criminalità e Sicurezza pubblica	-	-	-	-	-	0,7	0,9	0,3	1,7	0,1	0,3	0,1	0,2	0,4	0,2
Agricoltura e alimentare	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0,5	0,1	-	-	-	-
altri interventi	3,9	9,5	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
tot	394,8	527,5	971,3	1.076,7	1.137,6	1.267,8	1.372,9	1.588,1	1.715,1	1.676,7	1.386,5	1.366,6	1.092,5	965,8	884,8

I destinatari delle erogazioni sono per lo più soggetti privati *non-profit*³⁸⁰, i quali ricevono il 68,4% degli importi, seguono i soggetti pubblici³⁸¹ che percepiscono il 31,6% della somma disponibile.

Quest'ultimo dato non deve sorprendere: proprio perché le fondazioni di origine bancaria rappresentano una forma di attuazione della sussidiarietà orizzontale è fisiologico, oltre che

³⁸⁰ Secondo il rapporto citato poc'anzi primariamente fondazioni di diritto privato e associazioni senza scopo di lucro (la somma delle erogazioni loro concessa è pari al 48,3%, quasi la maggioranza del totale).

³⁸¹ Fra questi soprattutto enti locali (16,8%) e scuole ed università pubbliche (7,1%).

positivo, accertare questo connubio tra pubblico e privato orientati entrambi al soddisfacimento di interessi a carattere generale.

Le fondazioni di origine bancaria, inserendosi come “cerniere” tra i rapporti economici e le esigenze di utilità generale, garantiscono un’innovativa, almeno per l’ordinamento italiano, forma di sinergia tra pubblico e privato, responsabilizzando gli individui ed evitando indebiti ampliamenti del potere pubblico; al contrario, in un ordinamento dominato da moduli pubblicistici la sussidiarietà orizzontale non può, *in re ipsa*, dispiegare i propri effetti in quanto compressa dall’azione dei pubblici poteri e frustrata dalla mancanza di uno spirito civico proteso verso il compimento di attività meta-individuali.

Ciò è confortato dall’ampia diffusione del fenomeno delle fondazioni che, proprio in quanto espressione della variegata società civile, non presenta un *trend* uniforme sul modello strutturale adottato³⁸², oscillando tra una logica *grant-making* in cui si limitano ad erogare somme per finalità di interesse generale e quella *operating* in cui, diversamente, assumono un ruolo più intensamente operativo attraverso l’esercizio di quelle attività di impresa strumentali ai fini istituzionali³⁸³; la prassi sembra registrare a tal riguardo soluzioni di entrambi i generi, talvolta con moduli a natura ibrida.³⁸⁴

Per avere un raffronto ancora più diretto con quanto detto a livello teorico, prima di soffermarsi su alcuni punti critici, possiamo analizzare alcuni aspetti di una fondazione di origine bancaria, più precisamente la Fondazione Livorno.

La Fondazione è, come recita l’articolo 1, “persona giuridica di diritto privato senza fini di lucro dotata di piena autonomia statutaria e gestionale”, disciplinata, come espresso dall’articolo 2 dallo Statuto, dalla Carta delle fondazioni, dal Protocollo d’intesa del 2015 e dalle norme del codice civile in quanto compatibili.

Seguendo l’impostazione tripartita delineata all’interno della Carta delle fondazioni possiamo vedere, *in primis*, come la *governance* sia ispirata da una logica di separazione dei poteri³⁸⁵ con

³⁸² La dottrina già richiamata spesso opera questa distinzione, vedesi M. CLARICH - A. PISANESCHI, *La riforma delle fondazioni bancarie*, cit., p. 335, F. MASCHIO, *L’evoluzione della soggettività giuridica e del ruolo delle fondazioni di origine bancaria, la Carta delle fondazioni e lo Statuto della fondazione europea*, cit., p. 156 e G. P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria*, in *Liberi di Scegliere: Dal Welfare State al Welfare* (a cura di) G. V. Society, cit., p. 158 e sgg. L’ultimo autore, in particolare, parla delle fondazioni *grant-making* come di *merchant-banker*, ossia di soggetti incaricati di stimolare l’innovazione sociale e culturale.

³⁸³ Nel secondo capitolo abbiamo visto come è improprio escludere i soggetti imprenditoriali dall’ambito applicativo della sussidiarietà orizzontale, allo stesso modo nella dimensione delle fondazioni di origine bancaria l’esercizio di un’attività economica in proprio non preclude il perseguimento di finalità a carattere generale.

³⁸⁴ M. CLARICH E A. PISANESCHI, *La riforma delle fondazioni bancarie*, cit., p. 336

³⁸⁵ Articolo 9: (Organi della Fondazione) 1. Organi della Fondazione sono: a) l’Assemblea dei Soci; b) il Comitato di Indirizzo; c) il Presidente; d) il Consiglio di amministrazione; e) il Collegio Sindacale.

la presenza di un'assemblea di soci³⁸⁶, un comitato di indirizzo³⁸⁷, un presidente³⁸⁸, un consiglio di amministrazione³⁸⁹ e un collegio sindacale³⁹⁰; sono inoltre presenti numerose ipotesi di incompatibilità o di ineleggibilità³⁹¹ e previsioni sui compensi³⁹².

La gestione del patrimonio è regolata da apposite prescrizioni³⁹³ recettive del contenuto della Carta mentre l'attività istituzionale³⁹⁴ è diretta soprattutto nei confronti del territorio di Livorno, con una scelta dei settori rilevanti con cadenza triennale da parte degli stessi organi interni della Fondazione. La Fondazione, infine, sembrerebbe propendere per il modello *operating*³⁹⁵ data la possibilità di costituire enti o imprese strumentali come previsto dagli articoli 4 e 5 dello statuto³⁹⁶.

Le erogazioni a favore di progetti di utilità sociale ammontano, per il 2015, a quasi 2 milioni e 900 mila euro, concentrati nei settori rilevanti del volontariato, filantropia e beneficenza e in quello dell'arte, attività e beni culturali³⁹⁷.

Questi numeri ci permettono di dire come la Fondazione Livorno sia, sul territorio, uno dei principali centri di stimolo e supporto delle attività di interesse generale, piena espressione della sussidiarietà orizzontale nella realtà quotidiana.

7.2 I principali rilievi mossi all'attività delle fondazioni di origine bancaria e un rapido confronto con il modello statunitense

Possiamo rinvenire diverse e distinte criticità immanenti alle fondazioni di origine bancaria in ragione del periodo storico preso in esame.

³⁸⁶ La fondazione possiede un fondo di dotazione su base associativa.

³⁸⁷ *Ex* articolo 24 il comitato è designato dall'assemblea e da alcune realtà territoriali come il Comune di Livorno, Comuni minori nonché, e questo è l'aspetto interessante ai fini della nostra trattazione, anche dalla Camera di Commercio di Livorno e dall'Università di Pisa. Sembra pertanto rispettata, attraverso una nomina frutto in parte dell'autonomie funzionali, il contenuto delle sentenze emesse dalla Corte Costituzionale. Il comitato di indirizzo, come d'altronde suggerisce la sua stessa denominazione, ha la funzione primaria di fissare gli obiettivi a cui deve essere ispirata l'azione della fondazione; ne accerta, in un momento successivo, anche la conformità a quanto originariamente previsto.

³⁸⁸ Il Presidente rappresenta legalmente la fondazione e, soprattutto, presiede per l'articolo 31 il Consiglio di amministrazione.

³⁸⁹ Incaricato, in virtù dell'articolo 34, di compiere l'ordinaria amministrazione delle attività della fondazione.

³⁹⁰ L'articolo 37 prescrive che il Collegio Sindacale abbia la competenza tanto per l'osservanza della legge e dello statuto quanto per quella contabile.

³⁹¹ Articolo 11.

³⁹² Articolo 28, 32 e 35.

³⁹³ Articoli 6,7 e 8.

³⁹⁴ Articoli 3,4 e 5.

³⁹⁵ Lo stesso sito della fondazione definisce la propria attività non più in termini di mera erogazione bensì di diretto investimento in progetti o iniziative di utilità sociale.

³⁹⁶ Le previsioni non sono rimaste lettera morta in quanto nel 2016 è stata costituita una fondazione incentrata unicamente sul finanziamento dell'arte e della cultura.

³⁹⁷ Circa 2 milioni e 200 mila euro sono erogati in questi due settori.

Inizialmente, come affermato dal loro stesso creatore³⁹⁸, gli enti conferenti furono utilizzati allo scopo di individuare, *ex novo*, un soggetto a cui imputare il pacchetto azionario di maggioranza degli istituti di credito privatizzati ma, e questo è ben affermato in dottrina, questa fu una soluzione miope, aggirabile con l'attribuzione delle azioni proprie alle stesse società con il vincolo di alienarle nel tempo³⁹⁹.

Questa mancanza di prospettiva si riflesse, soprattutto con la crescente esigenza di aprire il settore bancario anche ad altri operatori europei nell'ottica del mercato unico, nel tentativo del Legislatore di identificare nuove finalità da associare agli enti conferenti divenuti, frattanto, fondazioni bancarie.

Già la scelta terminologica operata dalla riforma Ciampi ci può indurre a ritenere come il Legislatore abbia, infine, virato verso un modello simile a quello presente negli ordinamenti stranieri⁴⁰⁰, dove le fondazioni sono collocate tra i soggetti *non-profit* con lo scopo particolare di fornire un supporto diretto a compiti di rilevanza generale e, talvolta, anche alla cosiddetta "innovazione sociale"⁴⁰¹.

Negli Stati Uniti le fondazioni hanno, da sempre, un ruolo centrale nell'attività caritativa e filantropica e, per meglio cogliere la scelta assunta dal Legislatore con la riforma Ciampi, occorre soffermarci brevemente su questa esperienza.

Negli sterminati territori nord-americani si sviluppò, fin dalla Rivoluzione Americana⁴⁰², una tipologia di intervento statale "residuale" con un largo *favor* nei confronti dell'iniziativa individuale⁴⁰³.

I fondamenti di questa visione furono essenzialmente due: la consapevolezza di poter creare uno Stato nuovo, estraneo ai retaggi medioevali, sulla base di un "contratto sociale originario", dove tutti gli uomini fossero egualmente liberi senza privilegi di sangue⁴⁰⁴, e gli influssi della religione calvinista puritana, favorevole all'accumulo del denaro a patto di un suo utilizzo rispettoso della relativa "funzione sociale"⁴⁰⁵.

³⁹⁸ M. CALDERONI E R. SABBATINI, *Le Fondazioni bancarie un autentico mostro. Amato: lo confesso, mi sento Frankenstein*, cit.

³⁹⁹ P. SCHLESINGER, P. Schlesinger, *Le c.d. fondazioni bancarie*. cit., p. 422

⁴⁰⁰ Propendono verso questa soluzione senza esplicitarlo M. CLARICH - A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie tra sussidiarietà e tentazioni neostataliste*, cit., p. 29 e G. P. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria*, in *Liberi di Scegliere: Dal Welfare State al Welfare* (a cura di) G. V. Society, cit., p. 163 e sgg.

⁴⁰¹ Una delle definizioni più importanti del concetto di innovazione sociale si trova all'interno del *Libro Bianco sull'innovazione sociale*, di R. MURRAY, J. C. GRICE E G. MULGAN e accessibile al sito <http://www.societing.org/>. L'innovazione sociale non è altro che "le nuove idee (prodotti, servizi e modelli) che soddisfano dei bisogni sociali (in modo più efficace delle alternative esistenti) e che allo stesso tempo creano nuove relazioni e nuove collaborazioni. In altre parole, innovazioni che sono buone per la società e che accrescono le possibilità di azione per la società stessa".

⁴⁰² Cfr. primo capitolo e il "mito della fattoria" elaborato da Thomas Jefferson.

⁴⁰³ Definizione di A. STAIANO, *Profili Teorici della Sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 10.

⁴⁰⁴ Questa tesi è riportata da G. VECCHIO in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, cit. Milano Giuffrè 2015 Volume IV pp. 3164

⁴⁰⁵ A. MARTINI, *Venture Capital for social change. Le fondazioni americane e la ricerca di soluzioni innovative ai problemi sociali*, da <http://www.fga.it> Il pensiero puritano si può sintetizzare con la massima di William Perkins

Questi tratti culturali sono alla base delle cosiddette “*Charity Organization Society (COS)*”, nate nell’Ottocento allo scopo di fornire assistenza ai cosiddetti *deserving poor*⁴⁰⁶; fino all’avvento del *New Deal* le fondazioni americane occuparono lo spazio lasciato vuoto dai pubblici poteri raggiungendo nel 1948 il numero di 899 dalle 27 del 1915⁴⁰⁷.

Dopo l’ampliamento del raggio di intervento del Governo Federale sotto Roosevelt le fondazioni vissero un periodo di transizione cercando di smarcarsi dal proprio ruolo precedente, avviando o programmi di supporto delle politiche governative o assumendo l’iniziativa nel periodo di agitazioni sociali tipico degli anni Sessanta-Settanta⁴⁰⁸.

Con la ripresa negli anni Ottanta all’interno degli Stati Uniti dell’impostazione antagonista fra individuo e Stato, tanto che si può parlare di sussidiarietà orizzontale nell’ordinamento Nord-Americano solo in un’accezione di supremazia del cittadino sui pubblici poteri⁴⁰⁹, le fondazioni hanno ritrovato la loro centralità nel campo delle attività di utilità sociale, stimolando l’azione del settore pubblico per mezzo di nuovi metodi di lavoro, finalizzati alla risoluzione di problemi complessi senza avvalersi di programmi unicamente di spesa.

È possibile registrare l’eterogeneità di questo fenomeno nella misura in cui è presente, tutt’oggi, una variegata tipologia di fondazioni statunitensi in ragione della loro natura o attività⁴¹⁰.

Accanto alle *Private Foundations*, di norma composte da un individuo e da un ingente patrimonio familiare, sono presenti le *Corporate Foundations* gestite da società private; nel contempo sono attive anche istituzioni pubbliche come le *Public Foundations*, finanziate grazie a donazioni provenienti dal settore pubblico.

In base all’attività possiamo operare una distinzione tra *operating Foundations*⁴¹¹ e *non-operating Foundations*⁴¹², le prime in grado di finanziare la propria attività sociale per mezzo degli introiti percepiti dall’investimento del proprio patrimonio e le seconde occupate a erogare quanto ricevuto da terzi in progetti di pubblica utilità.

riportata dallo stesso Martini “*Men are honored for their riches(...) not riches simple but the use of riches; namely as they are made instruments to uphold and maintain virtue*”

⁴⁰⁶ Trad. letterale “poveri meritevoli”, coloro i quali sono poveri senza una vera colpa. Il sistema statunitense, su influsso della religione calvinista e dell’individualismo laico, ben presto operò una profonda cesura tra coloro i quali sono poveri per loro responsabilità e quelli, meritevoli di tutela, che sono sfortunati per cause esterne come orfani o disabili.

⁴⁰⁷ A.MARTINI, *Venture Capital for social change. Le fondazioni americane e la ricerca di soluzioni innovative ai problemi sociali*, cit. Oggi sono attive più di 86.000 fondazioni negli Stati Uniti come riporta <http://data.foundationcenter.org/>

⁴⁰⁸ A. MARTINI, *Venture Capital for social change. Le fondazioni americane e la ricerca di soluzioni innovative ai problemi sociali*, cit.

⁴⁰⁹ A. VIGNUDELLI, *Economia senza amministrazione o tecnopolitica del Mercato?*, cit., p. 5

⁴¹⁰ Cfr. <https://www.foundationsource.com> e G. PASSARELLI, *L’ordinamento del credito e il ruolo delle fondazioni filantropiche negli Stati Uniti D’America*, in *Fondazioni e banche: modelli ed esperienze in Europa e negli Stati Uniti*, (a cura di) G. C. F. Torino Giappichelli 2011, pp. 188 e sgg.; un’altra fonte in lingua originale è accessibile al sito <https://www.thebalance.com/4>

⁴¹¹ La *Twentieth Century Fund* è un caso di *operating Foundations*

⁴¹² Ad esempio la Ford Foundation rientra in questa tipologia.

Menzione a sé meritano le cosiddette *Community Foundations*, fondazioni “di comunità” nate allo scopo di fornire erogazioni patrimoniali a contesti disagiati mediante l’azione positiva dei medesimi cittadini⁴¹³, in una dinamica definita dalla dottrina come “una delle massime espressioni della sussidiarietà orizzontale con i cittadini al servizio dei cittadini”⁴¹⁴.

La scelta del legislatore italiano di fine anni Novanta volta, quindi, a rendere i defunti enti conferenti simili a questi istituti fu, tuttavia, ripudiata con gli interventi del nuovo millennio volti a “ripubblicizzare” le fondazioni bancarie.

In questo caso le criticità più rilevanti sono legate all’idea secondo la quale i pubblici poteri devono essere gli unici soggetti preordinati alla cura di interessi sovraindividuali, tratto caratteristico dell’azione legislativa.

Questo troverebbe conferma nelle problematiche comunque presenti in seno al mondo delle fondazioni di origine bancaria dopo le sentenze 300 e 301 del 2003, colte dalla dottrina⁴¹⁵ e difficilmente risolvibili in assenza di un rovesciamento del paradigma dominante fondato sul provvidenziale intervento statale.

Le discusse commistioni tra fondazioni di origine bancaria e mondo politico, motivate dalle quote di partecipazioni detenute dalle prime nelle banche conferitarie ritenute appetibili dal secondo, ha più volte comportato una discrasia tra intenzioni ideali e contesto reale creando delle situazioni ad alto rischio per i cittadini.

La crescente volontà di autoregolare condotte nocive per la comunità, resa manifesta dalla Carta delle fondazioni e dall’Intesa tra Ministero e ACRI, inducono ad un cauto ottimismo, accentuato dal peso sempre maggiore delle fondazioni di origine bancaria all’interno del tessuto sociale, in sinergia con società civile, imprese e pubblici poteri.

Non sorprende che anche in Europa si inizi a parlare della *venture philanthropy*, un nuovo approccio alle tematiche di interesse generale condotto tra soggetti *non-profit*, attori *for-profit* e pubblica amministrazione⁴¹⁶.

Un nuovo modo, concreto e reale, per perseguire quelle attività di interesse generale prescritte dall’articolo 118 IV comma della Costituzione.

8. Prospettive conclusive sull’attività bancaria

⁴¹³ G. MARIA RICCIO, *Filantropia locale e community foundations: la circolazione del modello americano nel sistema giuridico italiano*, in *InDret*, numero 2 anno 2005 pp. 1 e sgg. Espressione di questo fenomeno è la *Cleveland Foundation*.

⁴¹⁴ G. PASSARELLI, *L’ordinamento del credito e il ruolo delle fondazioni filantropiche negli Stati Uniti D’America*, cit., p. 190.

⁴¹⁵ M. CLARICH - A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie tra sussidiarietà e tentazioni neostataliste*, cit., p. 30

⁴¹⁶ G. PASSARELLI, *L’ordinamento del credito e il ruolo delle fondazioni filantropiche negli Stati Uniti D’America*, cit., 191

Come abbiamo visto all'interno di questi paragrafi, lo sviluppo delle fondazioni di origine bancaria all'interno del nostro ordinamento è stato reso possibile dall'apertura dell'attività bancaria alla gestione privata.

Il superamento di una prospettiva improntata su una sorta di "presunzione assoluta" di rischio per la collettività derivante dalla gestione da parte dei cittadini di attività economiche ha favorito la diffusione, quantomeno a livello normativo, di una visione improntata al pluralismo e ad uno stato policentrico.

Le esigenze nate negli anni Novanta tese ad una ricerca di maggiore competitività hanno in Italia costretto, più che indotto spontaneamente, una rimodulazione dei pubblici poteri con l'istituzione di meccanismi più sofisticati di controllo o di vigilanza.

Il D.Lgs 481/92⁴¹⁷ ("Attuazione della direttiva 89/646/CEE relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE"), la legge 142 del 92⁴¹⁸ e, soprattutto, il D.Lgs 385/1993 ("Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia") non alterarono le linee di fondo di questa nuova impostazione introducendo solo piccoli correttivi⁴¹⁹.

Proprio con il Testo Unico ci fu la formale introduzione della competitività come criterio ispiratore della vigilanza pubblica⁴²⁰ e la soppressione delle diverse figure di soggetti bancari caratteristica dell'assetto precedente⁴²¹.

A conferma della diffusione di un nuovo sistema informato alla rottura del potere pubblico monoliticamente incardinato nello Stato, possiamo inoltre registrare l'aumento dei poteri conferiti alla Banca D'Italia che, con l'articolo 4, acquisì il potere di formulare proposte per le deliberazioni proprie del Comitato Interministeriale per il Credito e per il Risparmio⁴²², assistere questo organo nell'esercizio delle funzioni assegnate dal Testo Unico⁴²³ e di espletare

⁴¹⁷ Cfr. G. CASTALDI, *La Nuova legge Bancaria: suoi riflessi sulla disciplina delle casse rurali e artigiane*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito* Fascicolo 6 Anno 1994, pp.800 e sgg.

⁴¹⁸ Cfr. M. SEPE, *Brevi Note sul Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito* Fascicolo 4 Anno 1994, pp. 505 e sgg. In questo caso si conferì delega, a dir la verità piuttosto ampia, al Governo di riordinare la materia bancaria.

⁴¹⁹ Ad esempio il D.Lgs 481 del 92 si limita a definire l'attività creditizia nei termini di attività bancaria all'articolo 2, il Testo Unico abrogò formalmente una serie di fonti pregresse come l'ormai superata legge 141 del 1938.

⁴²⁰ Nei fatti ciò già avvenne con il D.P.R. 350/1985 ma è indicativo il dato formale contemplato dall'articolo 5: "Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia".

⁴²¹ Articolo 10 comma I: "1. La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa.

⁴²² Articolo 4 I comma: "La Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, formula le proposte per le deliberazioni di competenza del CICR previste nel titolo II"

⁴²³ Articolo 2 comma IV: "Per l'esercizio delle proprie funzioni il CICR si avvale della Banca d'Italia."

tutta una serie di compiti riconducibili alla cosiddetta “Bassa Vigilanza” consistenti, ad esempio, nell’esercizio di poteri ispettivi o prescrittivi⁴²⁴.

La dottrina all’epoca accolse questi cambiamenti benevolmente lamentando, anzi, in alcuni casi una eccessiva timidezza, se non voluta resistenza passiva, nelle scelte del Legislatore Italiano⁴²⁵.

Fabio Merusi, ad esempio, in un articolo del Sole 24 Ore datato 27 Luglio 1993 accusò i poteri pubblici italiani di una certa impermeabilità ai cambiamenti, desumibile dal mantenimento in capo al Comitato Interministeriale per il Credito e per il Risparmio di una serie di poteri amministrativi⁴²⁶, tra cui l’espressa facoltà di proporre ricorso gerarchico presso questo organo⁴²⁷ e una sorta di giurisdizione speciale incardinata presso la Corte di Appello di Roma per le controversie relative alle sanzioni amministrative⁴²⁸.

Secondo Merusi, infatti, la possibilità che il Comitato Interministeriale fosse, da quel momento, munito dell’autorità di pronunciarsi su provvedimenti adottati in piena libertà dalla Banca d’Italia, anche avvalendosi di associazioni di categoria, nonché la nozione stessa di “alta amministrazione” erano da considerare elementi di discrasia rispetto all’equilibrio generale del sistema e rivelava la velleità, mai sopita del Legislatore, di preservare il peso della politica all’interno dei meccanismi economici, anche in un quadro dove il circuito rappresentativo dovrebbe risultare recessivo se non assente⁴²⁹.

Il punto debole della nuova architettura fu, e tutt’oggi è, rappresentato dalla vigilanza, più precisamente dall’affidabilità del sistema di controllo fondato in larga parte sull’azione indipendente (*rectius*, che dovrebbe essere indipendente) di operatori privati.

Il sistema economico fin dagli anni Settanta, con l’istituzione del Comitato di Basilea⁴³⁰, si pose il problema del cosiddetto azzardo morale⁴³¹ da parte degli istituti di credito ma non si

⁴²⁴ Articoli, rispettivamente, 54 e 53 comma III.

⁴²⁵ F. MERUSI, *C’è tanta nostalgia degli anni 30 nel nuovo Testo Unico sul Credito*, in *Il Sole 24 ore* del 27 luglio 1993.

⁴²⁶ Articolo 2 comma I: “Il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio ha l’alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio.”

⁴²⁷ Articolo 9: “1. Contro i provvedimenti adottati dalla Banca d’Italia nell’esercizio dei poteri di vigilanza a essa attribuiti dal presente decreto legislativo è ammesso reclamo al CICR, da parte di chi vi abbia interesse, nel termine di 30 giorni dalla comunicazione o dalla pubblicazione. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni del capo I del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199. 2. Il reclamo è deciso dal CICR previa consultazione delle associazioni di categoria dei soggetti sottoposti a vigilanza, nel caso in cui la decisione comporti la risoluzione di questioni di interesse generale per la categoria. 3. Il CICR stabilisce in via generale, con propria deliberazione, le modalità per la consultazione prevista dal comma 2.”

⁴²⁸ Articolo 145 procedura sanzionatoria comma IV: “Contro il provvedimento che applica la sanzione è ammesso ricorso alla corte di appello di Roma”

⁴²⁹ Secondo MERUSI è arduo distinguere tra alta e bassa amministrazione in un sistema guidato da logiche privatistiche e concorrenziali.

⁴³⁰ Speciale Organo composto dai Governatori delle Banche Centrali degli Stati Membri del G10

⁴³¹ L’azzardo morale è concetto importante nell’ambito economico. Normalmente un operatore attivo sul mercato compie le proprie operazioni rischiando in proprio, questo in qualche modo evita che gli sbagli individuali ricadano su chi ne è estraneo; ricorre, al contrario, azzardo morale quando un operatore è nelle condizioni di compiere operazioni non rischiando in proprio, magari con capitali presi dalla collettività. L’operatore tende, naturalmente, a prendere decisioni azzardate non rischiando più in proprio, con rischi evidenti per il resto della società; il

raggiunsero i risultati sperati, neanche con un pacchetto di misure chiamato Basilea I, contenente una serie di requisiti patrimoniali necessari ai fini dell'apertura di un'attività bancaria.

Già dopo pochi anni sorse, pertanto, la necessità di rimettere mano ai documenti stipulati e si pervenne nel 1999 ad una prima bozza, integrata negli anni a venire ed entrata in vigore nel 2004 con il nome di Basilea II⁴³².

Accanto ai requisiti patrimoniali furono inseriti, da un lato, il controllo prudenziale con un potenziamento dei compiti delle Autorità di Vigilanza e, dall'altro, una disciplina del mercato improntata ad una maggiore trasparenza legata, in particolar modo, alle operazioni rischiose.

Il cosiddetto "rating" fu la base del nuovo assetto fondato sulla valutazione del soggetto privato, ritenuto maggiormente espressivo di indipendenza, ma la prassi ha, tuttavia, messo in luce come i "controllori" della finanza siano incorsi spesso in conflitti di interessi essendo, a loro volta, parte di *holding* operative⁴³³ con propri fini diversi da quello generale della collettività.

Numerosi scandali, in Italia quello Parmalat del 2003 mentre negli Stati Uniti ha una fama storica il crollo dei mutui *Sub-Prime* nel 2008, hanno messo a nudo questa esigenza mancata di imparzialità, soprattutto visti i comportamenti opportunistici posti in atto dalle stesse Agenzie. Oltre a sospetti sull'efficacia delle indagini svolte da questi soggetti si sono diffuse in dottrina critiche nei confronti del metodo adottato, spesso improntato ad una prudenza eccessiva in fasi di crescita economica e ad una severità ingiustificata a seguito dello scoppio di crisi finanziarie⁴³⁴.

La *ratio*, anche in questo caso, è facilmente intuibile: essendo le Agenzie a loro volta operatori privati con scopi personali, tendono a sottostimare i periodi di crescita per evitare perdite e, in caso di crolli improvvisi, ad essere maggiormente rigidi per evitare di prestare fiducia a terzi in un momento rischioso

Per queste ragioni il 12 settembre 2010 i Governatori e i Capi delle Autorità di vigilanza del G20 hanno approvato le proposte del Comitato di Basilea, volte al superamento del modello proprio del Basilea II con un nuovo *corpus* di regole chiamato Basilea III.

fenomeno è stato studiato soprattutto nelle sue commistioni tra istituti di credito e agenzie di *rating* perché le prime hanno inferiori probabilità di fallire per il rischio di evidenti ricadute sull'economia reale.

⁴³² Cfr. M. J.B. HALL, *Basilea II: panacea o opportunità mancata?*, in *Moneta e Credito* volume 57 numero 228 anno 2004, pp. 383 e sgg. e M. TONVERONACHI, *Implicazioni di Basilea II per la stabilità finanziaria. Le nuvole si addensano sui paesi in via di sviluppo*, in *Moneta e Credito* volume 62 numero 245, anno 2009, pp. 117 e sgg.

⁴³³ *Fitch Ratings*, ad esempio, è una società a responsabilità limitata parte del gruppo *Hearst*, realtà da 10 miliardi di fatturato l'annuo; *Standard and Poor's* è anch'essa una società a responsabilità limitata parte del gruppo finanziario *S&P Global Inc.* con ricavi da 5 miliardi. *Moody's* è l'unica ad essere una Società per azioni ma è posseduta dalla Holding *Berkshire Hathaway* dell'Oracolo di Omaha Warren Buffet. *Fitch*, *Standard and Poor's* e *Moody's* sono le tre Agenzie di *rating* più importanti sul mercato.

⁴³⁴ M. LANGIULLI, *Il possibile impatto dei rating emessi dalle agenzie e un'analisi dei giudizi sul debito sovrano emessi da Standard & Poor's*, tratto da *Moneta e Credito* volume 67 numero anno 2014 espone questo fenomeno in modo dettagliato.

Le operazioni degli istituti di credito sono automaticamente legate ad un indice di rischio e vi è l'avvio dei cosiddetti *Stress Test*, particolari prove di affidabilità legate alla modifica di alcuni parametri funzionali a simulare situazioni di rischio per accertare la solidità degli enti creditizi. Se, come visto nel secondo capitolo, la sussidiarietà orizzontale evoca una sinergia di sforzi tra pubblico e privato orientati al bene comune, occorre, soprattutto nel contesto europeo dove il principio acquisisce anche la funzione di ricomporre conflitti fra i vari attori sociali, ripensare la funzione di vigilanza rendendola maggiormente efficace.

È notevole per queste ragioni la soluzione raggiunta in sede Europea con il Regolamento 1060/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alle agenzie di *rating*, in cui si subordina l'attività svolta ad una registrazione presso l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA).

La disciplina, integrata nel 2015 dal Decreto Legislativo 66 ("Norme per l'attuazione della direttiva 2013/14/UE, che modifica le direttive 2003/41/CE, 2009/65/CE e 2011/61/UE, e per l'adeguamento alle disposizioni del regolamento <<UE>> n. 462/2013, che modifica il regolamento <<CE>> n. 1060/2009, relativo alle agenzie di rating del credito. <<15G00079>>") ha visto l'attenzione del Legislatore Europeo diretta soprattutto verso la lotta al conflitto di interessi di questi operatori privati, in una logica simile a quella delle etichette ambientali ISO 14020 o 12040⁴³⁵ o recepito nel nostro ordinamento all'interno del Codice dell'amministrazione digitale sui certificatori qualificati a proposito dei certificati digitali⁴³⁶.

Il modello seguito non contempla un'intromissione dei pubblici poteri nella direzione degli scambi quanto, e piuttosto, un nuovo tracciato tra l'autonomia privata e l'autorità pubblica per permettere a entrambi di poter lavorare meglio: l'attore pubblico concentrerà pertanto le proprie attività nello studio e nell'analisi dei requisiti propri dell'operatore privato, mentre quest'ultimo agirà rilasciando giudizi sull'affidabilità economica dei vari attori presenti sulla scena bancaria e finanziaria.

Questo scenario, più consono con gli insegnamenti derivanti dalla sussidiarietà orizzontale, è preferibile ad una eventuale costituzione di autorità pubbliche di vigilanza per una ragione di metodo e due di merito.

In primo luogo è difficile che i vari Stati, o la stessa Unione Europea, costituiscano Agenzie di vigilanza pubbliche in materie così interconnesse ed estranee alla sovranità come quella finanziaria, oltretutto mettendo in crisi le stesse direttrici di fondo dei vari sistemi⁴³⁷; inoltre non è detto che, se istituite, queste agenzie pubbliche "scalzino" dal loro ruolo quelle private.

⁴³⁵ La fonte di riferimento è il regolamento europeo 765/08.

⁴³⁶ Cfr. per l'ambiente A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, in *Diritto dell'ambiente*, (a cura di) G. R. Torino Giappichelli 2015, pp. 200 e sgg.; GIOVANNI BUONOMO, "Il nuovo processo telematico nell'era dell'amministrazione digitale." Giuffrè, Milano, 2009 pp. 151 e sgg..

⁴³⁷ L'Unione Europea dovrebbe, per fare ciò, mettere completamente in discussione la sua natura di soggetto internazionale a vocazione mercatistica adottando, semmai, moduli propri di uno Stato sociale.

Gli operatori potrebbero mettere in discussione la validità delle previsioni compiute dai soggetti pubblici preferendo comunque le Agenzie di natura privata, anche per la tradizione loro riconosciuta⁴³⁸. Certo: si potrebbe arrivare a immaginare la qualifica di servizio pubblico in capo a queste Agenzie, similmente a quanto avvenuto con l'attività bancaria fino agli anni Ottanta, ma permangono i dubbi circa una loro concreta attitudine a svolgere meglio e in modo più efficiente questi compiti, senza contare che ciò rappresenterebbe un arretramento e non un avanzamento in tema di autonomia individuale e intensità del potere pubblico.

Vediamo oggi, come già prefigurato due decenni fa da Antonio D'Atena⁴³⁹, come la statualità anche in campo economico sia passata da un modello monolitico piramidale ad uno pluralistico simile ad un arcipelago, caratterizzata "sul piano strutturale (...) da un notevole grado di emancipazione dalle tradizionali forme di mediazione partitica. Sul piano organizzativo e funzionale, trovano il proprio comune contrassegno nel superamento del principio di gerarchia, in nome di un sistema di competenze funzionali qualitativamente differenziate".

Il tutto fondato sulla sussidiarietà orizzontale, "che riguarda le relazioni tra le diverse espressioni del pluralismo istituzionale e sociale. Di qui, una carica espansiva, la quale travalica il circuito delle istituzioni politico-rappresentative, chiamando in causa soggetti diversi, la cui legittimazione sia autonoma rispetto a tale circuito."

Senza la costituzionalizzazione del principio, prefigurata come necessità dall'Autore anni fa, probabilmente i rapporti economici sarebbero ancora ostaggio delle estemporanee maggioranze parlamentari finendo per erodere, in questo ambito, la *vis* espansiva della sussidiarietà orizzontale.

E, forse, oggi non parleremmo delle fondazioni di origine bancaria.

⁴³⁸ In fondo la decadenza dello stato sociale parte proprio da questo presupposto, il soggetto privato diventa talmente razionale da prevedere ed agire meglio degli attori pubblici. In campo economico ciò ha portato alla Stagflazione negli anni Settanta e all'abbandono dello Stato dirigista, come visto nella introduzione.

⁴³⁹ A. D'ATENA, *Forma Stato dalla piramide all'arcipelago-Relazione al Convegno su "Le autonomie funzionali: le Camere di Commercio, problemi e prospettive"*, in *Impresa & Stato*, numero 33 anno 1996. pp. 4 e sgg.

Sezione II, il rapporto tra autorità E sfera personale

Sommario: 1. Qualche premessa storico-giuridica; 2. L'istruzione nella Costituzione: l'adozione di un modello pluralistico.; 3. Il principio della libertà di insegnamento; 4. Dal sistema statale di istruzione al sistema scolastico nazionale ed integrato: la libertà della scuola.; 4.1 La libertà della scuola a confronto con la giurisprudenza. I casi Cordero, Lombardi Vallauro e Lautsi.; 4.2 Dal sistema statale al sistema nazionale ed integrato di istruzione: l'autonomia scolastica e universitaria.; 5. L'istruzione come comunità. Un bilancio alla luce della sussidiarietà orizzontale.

1. Qualche premessa storico-giuridica

Il pensiero cattolico ha sviluppato la sussidiarietà orizzontale nel rapporto tra pubblici poteri e sfera personale dell'individuo, declinandolo diversamente a seconda delle circostanze presenti: dapprima in un'ottica positiva o costruttiva di fronte all'eccessiva neutralità propria dello Stato liberale nell'Ottocento, successivamente in un'accezione negativa o difensiva in reazione alla proliferazione dell'azione statale totalitaria nel Novecento.

La maggiore tensione tra autonomia individuale e autorità pubblica si è consumata all'interno dell'istruzione, per secoli sottoposta al monopolio ecclesiastico privato e, progressivamente, assunta sotto la gestione statale⁴⁴⁰.

Dopo il crollo dell'Impero Romano nel 476 D.C., infatti, il vuoto della sovranità a proposito dell'istruzione fu colmato dalle istituzioni religiose che se ne occuparono per più di un millennio, fino a che non si diffuse una diversa sensibilità sul calare del XVIII secolo.

Nel contesto storico dominato dalle "tirannie illuminate" l'educazione del popolo, funzionale ad assicurarsi lealtà e fedeltà, fu uno dei principali obiettivi di molti regnanti europei come Federico II di Prussia o Maria Teresa d'Austria⁴⁴¹; la scuola diventò "una scuola laica, scuola di Stato, scuola *instrumentum regni* sia per gli insegnanti sia per metodo e per dottrina"⁴⁴².

⁴⁴⁰A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna il Mulino 2003, pp. 45 e sgg.

⁴⁴¹ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit. pp. 42-43.

⁴⁴² A. SANDULLI, *ibidem*. Basti ricordare la prefazione al regolamento del Regno di Sardegna e Piemonte del 1822 di Carlo Felice secondo cui l'istruzione "deve tendere alla formazione di giovani che stimino essere un solo ed indivisibile vero, la scienza, il trono e Dio".

Il processo culminò, in Europa, con la Rivoluzione Francese e la successiva ascesa di Napoleone Bonaparte, con l'inserimento dell'istruzione statale e gratuita all'interno della pubblica amministrazione, mentre in Italia questo passaggio si verificò nel 1847 con l'istituzione del Ministero della pubblica istruzione e, un anno più tardi, con la legge Boncompagni che dichiarò l'istruzione "ufficio civile dello Stato"⁴⁴³.

Lo Stato, diventato "maestro di scuola", nel Novecento iniziò a virare con forza verso l'autoritarismo accentuando il carattere strumentale dell'istruzione, vista sempre più come veicolo di diffusione del sentimento patriottico laico, e ignorando le principali finalità a cui doveva essere informata secondo le intenzioni originarie: crescita dell'individuo ed esigenze di giustizia sociale⁴⁴⁴.

Nell'ordinamento italiano possiamo cogliere questa tendenza in tutti gli interventi normativi dell'epoca: la legge Boncompagni numero 818 del 1948⁴⁴⁵, la legge Lanza del 1856, la legge Casati del 1859, la legge Daneo-Credaro del 1911 e la legge Gentiloni 1923.

La legge Casati enunciò espressamente che "il Ministro governa l'insegnamento pubblico in tutti i suoi rami" e che "dipendono da lui (...) tutte le scuole pubbliche e gli istituti pubblici di istruzione e rispettivi stabilimenti", principio peraltro già presente implicitamente nella legge Lanza del 1856.

A tal proposito possiamo segnalare come la legge Casati costituì il primo passo di un nuovo processo di sviluppo rispetto alla semplice gestione dell'istruzione da parte dei pubblici poteri che, come abbiamo visto, trovò il suo sbocco naturale negli eventi immediatamente successivi alla Rivoluzione Francese.

In Italia, ma così anche in gran parte degli ordinamenti europei, l'autoritarismo ben presto si risolse in centralizzazione dei moduli operativi e ampliamento delle attribuzioni della pubblica amministrazione statale eliminando le, pur esigue, competenze devolute ai Comuni.

Il punto di arrivo di questa nuova visione è visibile con la legge Daneo-Credaro e, soprattutto, con la riforma Gentile del 1923, tanto che già nel 1874 Francesco De Sanctis affermava come l'istruzione si stesse "abbracciando allo Stato"⁴⁴⁶.

⁴⁴³ S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Il Foro Italiano*, volume 114 anno 1991, pp. 213-218.

⁴⁴⁴ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione* cit. p. 47 Questo processo è ancora più accentuato negli Stati nazionali sorti prima dell'Italia; nel Regno Unito o negli Stati Uniti era fornita solo un'istruzione di base alla popolazione mentre gli alti studi erano accessibili, e in parte lo sono tutt'oggi, unicamente all'interno di centri di istruzione privati. In Francia, similmente a quanto visto per l'assistenza sociale all'interno del primo capitolo, l'istruzione fu statalizzata con maggior vigore ma comunque solo il 4,5% della popolazione frequentava gli studi secondari e gran parte della classe dirigente, di estrazione borghese, era formata alla *Sorbonne* o alle *Grands écoles*.

⁴⁴⁵ L. CALCERANO – G. MARTINEZ Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi)*, da *Enciclopedia del Diritto XLI* 1989 pp. 1 e sgg., A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., p. 55, S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit. e «Plaidoyer» per un'autentica autonomia delle scuole, in *Il Foro Italiano*, Volume 113, anno 1990, pp. 147-153 e M. GIGANTE, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, in *Politica del diritto*, fascicolo 3 settembre 1999, pp.424 e sgg.

⁴⁴⁶ S. CASSESE, «Plaidoyer» per un'autentica autonomia delle scuole, cit. p. 148.

La riforma di Gentile, così chiamata dal nome del suo artefice (il celebre intellettuale Giovanni Gentile), sottolineò il processo di centralizzazione e statalizzazione, in una prospettiva “umanistico-elitaria”⁴⁴⁷, per mezzo dell’istituzione di un ulteriore liceo accanto al classico a sfondo scientifico, confermando proprio i licei come unici percorsi formativi in grado di aprire l’accesso all’università per gli studenti e trasferendo larga parte delle competenze amministrative al Ministero per l’istruzione.

Da questo momento nell’ambito dell’istruzione scolastica possiamo individuare due principali questioni oggetto del dibattito dottrinario nei decenni successivi e legate alla sussidiarietà orizzontale: il rapporto tra autorità e autonomia privata, soprattutto religiosa, nell’istituzione di scuole non pubbliche e il legame tra religione e insegnamento all’interno della scuola.

A tal proposito possiamo, curiosamente, notare come se fino agli anni Venti del Novecento, sia durante la progressiva assunzione della didattica da parte dei pubblici poteri sia con la successiva e consequenziale accentuazione dei tratti centralistici-autoritari, l’istruzione scolastica avesse rivestito il “ruolo di arena per lo scontro tra lo Stato e la Chiesa, tra la cultura laica e quella confessionale”⁴⁴⁸, proprio con Gentile e sotto l’epoca Fascista la frattura tra religione e Regno d’Italia risalente al “*Non expedit*” di Pio IX fu progressivamente riassorbita, tanto da essere formalmente ricomposta nel 1929 con i “Patti Lateranensi”.

Questi, entrati in vigore con la legge 810/1929 e composti da un Trattato, un Concordato e una Convenzione, garantirono una “conciliazione” fra le due parti in causa con il riconoscimento per la Chiesa di Roma di una serie di richieste da tempo formulate come la legale legittimazione nell’istituire scuole private⁴⁴⁹ o l’insegnamento della religione cattolica⁴⁵⁰ negli istituti pubblici. Corollario di questa impostazione, definita in termini di “giustapposizione”⁴⁵¹, fu la legge 86 del 1942 (“Disposizioni concernenti le scuole non regie e gli esami di Stato di maturità e di abilitazione”⁴⁵²) che operò una tripartizione tra scuole meramente private, scuole legalmente riconosciute⁴⁵³ e scuole pareggiate, proiezione in quest’ultimo caso proprio della disciplina

⁴⁴⁷ L. CALCERANO E G. M. Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi)*, cit., p.2

⁴⁴⁸ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., p. 58

⁴⁴⁹ Articolo 35 del Concordato: “Per le scuole di istruzione media tenute da enti ecclesiastici o religiosi rimane fermo l’istituto dell’esame di Stato ad effettiva parità di condizioni per candidati di istituti”.

⁴⁵⁰ Articolo 36 I comma Concordato: “L’Italia considera fondamento e coronamento dell’istruzione pubblica l’insegnamento della dottrina cristiana secondo la forma ricevuta dalla tradizione cattolica. E perciò consente che l’insegnamento religioso ora impartito nelle scuole pubbliche elementari abbia un ulteriore sviluppo nelle scuole medie, secondo programmi da stabilirsi d’accordo tra la Santa Sede e lo Stato.” Questo, in particolare, ha rappresentato come vedremo un motivo di frizione molto grosso fino a tempi relativamente recenti.

⁴⁵¹ A. SANDULLI, *ibidem cit.*, parla di giustapposizione proprio per indicare un’impostazione in cui le scuole private, in specie religione, erano lasciate ai margini del sistema di istruzione: era loro concesso di operare ma nulla più. In una posizione intermedia erano inquadrati quelli istituti che operavano in base ad un atto amministrativo che conferiva loro il potere di emettere atti pubblicistici.

⁴⁵² Questa fonte rimase centrale anche nel successivo ordinamento Repubblicano.

⁴⁵³ Era possibile poi operare un’ulteriore distinzione tra le scuole legalmente riconosciute e quelle parificate, con le prime legate alle scuole primarie e le seconde a quelle secondarie A. SANDULLI, op. cit. p. 263. In realtà la divisione non è accolta da tutta la dottrina che talvolta, anche avallata dalla giurisprudenza di primo grado, semplifica denominando questa tipologia di istituti come “legalmente riconosciuti”. Cfr. L. CALCERANO - G. M. Y

dettata dai Patti Lateranensi del 1929; la gestione di una scuola privata era considerata come un'attività economica privata, libera da ingerenze terze, fatta eccezione per quei profili che, a seguito di un provvedimento amministrativo, erano ritenuti dalla pubblica amministrazione funzionali al perseguimento di un interesse pubblico.

Il soddisfacimento da parte di questi istituti scolastici di esigenze a rilevanza pubblicistica non le rendeva, tuttavia, attori pubblici: solo e soltanto quella parte di attività, nella sua globalità, funzionalmente riconnessa alla cura del pubblico interesse, rappresentato dal fornire un'istruzione, era definibile in termini di attività pubblica o, ancor meglio, come *munus publicum* o ufficio pubblico.

L'assetto delineato sotto Gentile, completato dalla legge 86 del 1942, non fu inciso dai successivi eventi, anzi, ogni tentativo di modifica si arenò per cause esogene. come il secondo conflitto mondiale.

La Riforma Bottai con la legge 899 del 1940, ispirata dalla Carta della scuola dell'anno prima, istituì le scuole medie ma, ad esempio, non fu attuata nella parte in cui, negli atti di esecuzione, prevedeva la creazione di centri didattici provinciali distaccati; il proposito sotteso all'intervento di rendere l'istruzione meno "elitaria" si scontrò, anch'esso, con la realtà culturalmente influenzata dalla riforma di Gentile⁴⁵⁴.

In questo periodo è arduo parlare di sussidiarietà orizzontale con riguardo all'istruzione.

La presenza di istituti privati, infatti, non è da ritenere in sé un indice determinante per un riconoscimento di questo principio o di sensibilità prodromiche ma solo un fattore di

CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi)*, cit., p. 52, B. SPAMPINATO, *Sull'estensione della giurisdizione amministrativa agli atti del privato concessionario*, in *Il Foro Amministrativo* fascicolo 3, anno 1997, p.982. Tra le pronunce appare oramai consolidato l'orientamento del TAR Lazio III sezione contenuto all'interno delle sentenze 3626/2013, 7369/2013 e, da ultimo, 4144/2014 secondo cui: "Giova peraltro soffermarsi su quadro normativo sotteso alla questione che è formato dagli artt. 343 ss. D.Lgs. 297/94 (testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), per cui: - le scuole elementari non statali si distinguono in scuole parificate, scuole sussidiate e scuole private autorizzate; - sono scuole parificate quelle gestite da enti o associazioni aventi personalità giuridica e che siano riconosciute ad ogni effetto legale mediante apposita convenzione; - sono scuole sussidiate quelle aperte da privati, da enti o associazioni, con l'autorizzazione del Provveditore agli studi, nelle località dove non esiste alcuna altra scuola statale o parificata; - sono scuole private quelle autorizzate ai sensi dell'art. 350 D.lgs. 297/94; - l'autorizzazione per le scuole private è rilasciata dal direttore didattico." Il Consiglio di Stato sembrerebbe, al contrario, accogliere la distinzione delineata come si evince dalla sentenza 5444 del 2007: "Ai fini, in particolare, del riconoscimento dell'anzianità di servizio, l'art. 1 del D.L. 19 giugno 1970 n. 370, convertito nella legge 26 luglio 1970 n. 576, non contiene, infatti, alcun riferimento che permetta di riconoscere il servizio prestato presso scuole legalmente riconosciute - quale il Conservatorio di S. Maria degli Angeli di Firenze - equiparandolo a quello svolto nelle scuole statali e pareggiate o parificate trattandosi di situazioni giuridiche diversificate sotto vari profili (cfr. sul punto, la decisione della Sezione IV n. 831 del 21 maggio 1994)." La questione, a onor del vero, risulta teorica o quantomeno recessiva alla luce della legge 62 del 2000 come dimostra la sentenza 6191 del 2007 sempre del Consiglio di Stato: "Come statuito dal TAR, nell'ambito del sistema disegnato dalla legge n. 62 del 2000, non "vi è più posto per le scuole non statali (parificate, pareggiate e legalmente riconosciute). Le quali, per effetto della disciplina transitoria (art. 1, comma 7) potevano conservare l'originario status sino alla fine dell'anno scolastico 2002/2003". Con la legge n. 62/2000, le uniche scuole che sono abilitate a rilasciare validi titoli di studio sono, oltre ovviamente le statali, quelle "paritarie".

⁴⁵⁴ Cfr. L. CALCERANO - G. M. Y CABRERA, *ibidem*. Basta ricordare che l'accesso alle neonate scuole medie era subordinato al superamento di un test di ingresso particolarmente severo, abrogato solo negli anni Sessanta.

“tolleranza”, desumibile anche dal loro ruolo meramente accessorio, motivato da pure esigenze politiche.

Il quadro, solo per alcuni versi, cambiò con l’entrata in vigore della Costituzione.

2. L’istruzione nella Costituzione: l’adozione di un modello pluralistico.

“L’arte e la scienza sono libere e libero ne è l’insegnamento.

La Repubblica detta le norme generali sull’istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi.

Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato.

La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali.

E’ prescritto un esame di Stato per l’ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l’abilitazione all’esercizio professionale.

Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.”

(articolo 33 della Costituzione)

Come accennato in numerose sedi, l’autoritarismo ben presto virò, nei contesti dove era presente, verso lo stato totalitario che accentuò l’utilizzo dell’istruzione in modo strumentale a generare consenso.

In Italia questa prospettiva, in parte temperata dall’azione di Gentile, che non era estraneo ad una cultura liberale, fu poi alla base delle principali scelte assunte in sede Costituente.

L’articolo 33 della Costituzione rispecchia nitidamente la decisione di porsi in netta discontinuità rispetto alla precedente scuola etica, sancendo il pluralismo del sistema di istruzione per mezzo della libertà di insegnamento, *ex primo comma*, di istituzione di scuole private, *ex terzo comma*, e, infine, di scelta della scuola senza coazioni o vincoli provenienti da terzi⁴⁵⁵ ricavabile dal quarto comma.

⁴⁵⁵ E. CENTEMERO, *Il sistema scolastico integrato, profili costituzionali*, tratto da <http://www.fidaelombardia.it/> : “La contemporanea «presenza di queste tre libertà – di insegnare, di istituire scuole e di scegliere i luoghi dell’istruzione – conferisce carattere pluralistico al sistema di istruzione delineato dalla Costituzione». Le prime due libertà apparirebbero svuotate nel contenuto senza la terza, quella cioè della scelta della scuola da far frequentare ai figli, che pertanto deve considerarsi «elemento determinante del pluralismo scolastico”

La *ratio* dietro questa prescrizione è la stessa e, come osservato in dottrina⁴⁵⁶, è influenzata sia da ragioni formali, legate alla tolleranza liberale di matrice illuministica, sia da elementi di carattere pratico, come l'assenza di un quadro dei rapporti di forza politici chiaro ai tempi dei lavori preparatori alla Costituzione⁴⁵⁷.

Questa apertura, funzionale anche a preservare le prerogative nate a seguito della stipula dei Patti Lateranensi e care ad una parte consistente dell'Assemblea Costituente⁴⁵⁸, non fu tuttavia accompagnata da una rivisitazione organica degli aspetti organizzativi della didattica e ben presto emersero numerosi dubbi, talvolta risalenti già all'epoca fascista.

Come deve essere interpretata la libertà di insegnamento? In che rapporto si collocano fra loro gli istituti privati e quelli pubblici? L'istituto del pareggiamento o quelli introdotti nell'ordinamento dopo la conclusione dei Patti Lateranensi sono compatibili con la Costituzione Repubblicana? E, infine, come deve essere declinata l'autonomia prevista dal VI comma dell'articolo 33 di fronte ad una pubblica amministrazione organizzata in modo gerarchico e protesa verso il perseguimento di un pubblico interesse quale, per l'appunto, è l'istruzione?

Di certo, la nuova sensibilità democratica fu orientata, e in questo si distinse rispetto al passato, soprattutto dagli anni Sessanta ad una valorizzazione dell'istruzione come strumento di giustizia sociale⁴⁵⁹, in grado di favorire una mobilità fra i diversi segmenti della popolazione in un contesto più generale di *Welfare State*, con l'abbandono di una concezione improntata ad una "educazione" nazionale di cuori e coscienze⁴⁶⁰.

Corollario di quanto detto è l'idea che l'istruzione debba essere obbligatoria, non debba, in altri termini, sussistere in capo allo studente una "libertà di non apprendere", fino all'esaurimento della scuola dell'obbligo⁴⁶¹.

Per quanto riguarda la sussidiarietà orizzontale possiamo rintracciare almeno due filoni rilevanti ai fini della nostra trattazione: il primo riguarda la possibilità di istituire scuole per i soggetti

⁴⁵⁶ E. CENTEMERO, *ibidem*. cit. e L. CALCERANO - G. M. Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi)*, cit., p. 43

⁴⁵⁷ Dopo la scuola etica fascista era interesse di tutte le forze repubblicane evitare di rendere nuovamente l'istruzione un *instrumentum regni*, tanto più che nessuno sapeva chi avrebbe conquistato in un secondo momento il Governo del paese.

⁴⁵⁸ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit. p.59 D'altronde lo stesso articolo 7 comma II della Costituzione prevede che: "Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale."

⁴⁵⁹ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., p. 48 e L. CALCERANO E G. M. Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi)*, cit., p. 41: "Il diritto all'istruzione. Il principio costituzionale del diritto all'istruzione si presenta come applicazione al settore scolastico del più generale principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 comma 2 cost. Potrebbe anzi dirsi che, anche senza le ulteriori specificazioni del successivo art. 34, l'obiettivo della scuola in Italia veniva rivoluzionato da strumento sostanzialmente volto alla riproduzione dei vecchi rapporti sociali ed alla formazione della élite dirigente a strumento di riequilibrio sociale."

⁴⁶⁰ L. CALCERANO E G. M. Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi)*, cit., p. 24. Nel corso dell'esposizione si farà comunque riferimento al termine "educazione" come sinonimo di istruzione.

⁴⁶¹ Articolo 34 comma II della Costituzione: "L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita." A tal riguardo U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, *Enciclopedia del Diritto XXIII*, 1973 p. 27.

privati, il secondo inerisce il contenuto dell'autonomia scolastica progressivamente riconosciuta dal Legislatore.

In entrambi i casi possiamo riscontrare come il principio oggi espresso dall'articolo 118 ultimo comma sia stato recepito, in questo ambito, in modo più intenso rispetto al passato, con un ripensamento del paradigma precedente.

3. Il principio della libertà di insegnamento.

“L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento.

(...)

E' prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale.”

(Articolo 33 I e V comma della Costituzione)

Fra gli interrogativi sollevati poc'anzi, il principio della libertà di insegnamento sembrerebbe essere l'argomento meno legato alla sussidiarietà orizzontale⁴⁶²; in realtà, un'analisi delle fonti ci permette di affermare il contrario.

La dottrina ha analizzato il principio della libertà di insegnamento in modo profondo, soffermandosi in primo luogo sulla sua fisionomia⁴⁶³.

La libertà di insegnamento è una conquista relativamente recente, essendosi in epoca liberale appiattita sulla manifestazione del pensiero o sulla libertà di associazione; in realtà, come messo in luce da Umberto Pototschnig, questo equivoco di fondo traeva origine dall'impostazione generale per cui lo Stato si avvaleva dell'istruzione come di un *instrumentum regni* e la libertà di insegnamento veniva declinata in una prospettiva negativa o difensiva, di salvaguardia del pensiero del docente di fronte ai tentacoli dei pubblici poteri⁴⁶⁴.

Questa incomprensione indusse i principali fautori⁴⁶⁵ della libertà di insegnamento in Italia a sostenerla unicamente come diritto a costituire scuole private alternative a quelle pubbliche⁴⁶⁶,

⁴⁶² È comunque opportuno ricordare come l'articolo 33 includa altre libertà rispetto a quella di insegnamento come quella dell'arte e della scienza; vige un collegamento tra queste tre ma si tratta di situazioni giuridicamente distinte.

⁴⁶³ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (Libertà di)*, in *Enciclopedia del Diritto XXI* del 1971 pp. 1 e sgg. L. CALCERANO E G. M. Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi)*, cit., p. 41, C. MARZUOLI, *Istruzione e "stato sussidiario"*, in *Diritto pubblico*, fascicolo 1, 2002, pp. 117-159 e M. GIGANTE, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, cit., pp. 451 e sgg.

⁴⁶⁴ U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (Libertà di)*, cit., pp. 3 e sgg.

⁴⁶⁵ Non a caso liberali e cattolici.

⁴⁶⁶ G. PIOVANO, *La libertà di insegnamento*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, volume 27, fascicolo 107 11/1901, p. 341 scrive proprio a proposito della libertà di insegnamento: “In quali condizioni è al presente l'insegnamento in Italia? In condizioni in cui non è in alcun altro paese dell'Europa, in cui non è mai stato nella stessa Italia; l'insegnamento giace sotto l'assoluta schiavitù dello Stato. Questa schiavitù, la peggiore di tutte, perchè opprime l'intelletto e guasta il cuore, è ingiustizia, danno, onta, barbarie, regresso. Io

in una logica molto simile a quella presente nell'ordinamento tedesco⁴⁶⁷, dove era permesso a chiunque ne avesse le capacità di prestare i propri servizi alla causa dell'istruzione⁴⁶⁸.

L'ipotesi di una libertà di insegnamento collegata alla didattica era, al contrario, uno scenario rigettato da quasi tutte le forze politiche.

Boncompagni, autore della legge del 1848 e liberale, affermò come l'autorità dovesse “respingere ogni opinione contraria al fine che essa si propone (...) cioè quando cerca di distruggere il diritto, la morale, la religione, che sono le basi della società”⁴⁶⁹.

La legge Casati, addirittura, prevedeva un procedimento disciplinare contro il docente, inquadrato perfettamente nella pubblica amministrazione dell'epoca, nell'eventualità che “coll'insegnamento o cogli scritti impugnate le verità sulle quali riposa l'ordine religioso o morale”, o avesse “tentato di scalzare i principi e le guarentigie che sono posti a fondamento della costituzione civile dello Stato” o ancora che avesse “malgrado replicate ammonizioni, persistito nell'insubordinazione alle autorità e nella trasgressione delle leggi o dei regolamenti”⁴⁷⁰.

Nei decenni successivi, salvo un timido intervento compiuto dal Ministro Baccelli, teso a riconoscere la libertà di insegnamento⁴⁷¹, il dibattito si arrestò fino alla già citata Riforma Gentile.

Lo studioso italiano, influenzato dalla cultura tedesca⁴⁷², fu promotore dell'inserimento della libertà di insegnamento all'interno del regio decreto 2102 del 1923 in cui si prescrisse, *ex* articolo 24, che “ai professori è garantita libertà di insegnamento”⁴⁷³.

L'articolo 33 I comma della Costituzione, recependo in gran parte questo *humus* culturale, pone in stretto collegamento la scienza e l'insegnamento, sancendone la sua rilevanza costituzionale ma non ne fornisce un'interpretazione o un contenuto specifico.

chiedgo che questa schiavitù si abolisca, chieggo la libertà d'insegna- mento a nome dell'uguaglianza dei diritti degli uomini, del bene, dell'onore del paese, della civiltà, del progresso.”

⁴⁶⁷ Come ricorda U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (Libertà di)*, *cit.*, p.7 possiamo cogliere i riferimenti all'ordinamento tedesco già all'interno della legge Casati come dimostra la relazione allegata al testo che parla di una: “libertà «media» praticata in Germania, «sorretta da quelle cautele che la contengono entro i dovuti confini e da quelle guarentigie che l'assicurino e la difendano contro i nemici palesi ed occulti i quali la farebbero traviare e ne guasterebbero il frutto”.

⁴⁶⁸ U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (Libertà di)*, *cit.*, p. 11 riporta un passaggio interessante della relazione ministeriale di accompagnamento alla legge Casati sulla libertà di insegnamento: “Il diritto di ogni cittadino, che abbia le condizioni intellettuali, di poter insegnare pubblicamente quella che esso crede la verità”. Una sorta di libertà di manifestazione del pensiero odierna, priva di legami nitidi con l'insegnamento.

⁴⁶⁹ U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (Libertà di)*, *cit.*, p. 11.

⁴⁷⁰ U. POTOTSCHNIG, *ibidem.*, Articolo 106 legge Casati.

⁴⁷¹ L'articolo 40 prescriveva: “la libertà di insegnamento, tanto per i professori ufficiali quanto per i liberi docenti.”

⁴⁷² U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (Libertà di)*, *cit.*, pp. 14 e sgg. riporta accuratamente il legame tra idealismo tedesco e libertà di insegnamento, tale da rendere quest'ultimo nell'ordinamento teutonico una garanzia istituzionale a valenza sociale.

⁴⁷³ La previsione, che riecheggia quella inserita del progetto Baccelli, era tuttavia temperata sia nell'ambito applicativo, era infatti indirizzata unicamente ai docenti universitari o a quelli delle scuole superiori, sia per quanto contemplato dall'articolo 24 capoverso secondo cui permaneva l'obbligo: “di uniformarsi alle deliberazioni della facoltà o scuola per quanto attiene ai programmi”.

Nell'intenso dibattito dottrinario successivo a quegli anni alcune coordinate sembrano oramai acquisite.

In primo luogo, libertà di insegnamento non implica libertà per tutti di insegnare.

L'ordinamento può, anzi, deve, proprio in coerenza con la qualità pubblica dell'insegnamento, porre dei criteri o dei presupposti per il compimento di questa attività, come peraltro testimonia il V comma dell'articolo 33 che espressamente lo subordina ad un esame di Stato⁴⁷⁴; la previsione è stata ritenuta compatibile con l'ordinamento Repubblicano dalla Corte Costituzionale con la sentenza 77 del 1964^{475 476}.

In dottrina si è poi definito il contenuto della libertà di insegnamento come “riserva tecnica”⁴⁷⁷, una protezione di fronte ad eventuali sconfinamenti del Legislatore, che rimarrebbe legittimato ad intervenire unicamente nei casi in cui la sua azione sia uniforme al “diverso tipo, ordine e grado di scuola e nella diversa natura delle discipline che ne formano oggetto”.⁴⁷⁸

Si viene in tal modo ad enucleare un concetto di libertà di insegnamento a valenza sociale o istituzionale, con una distinzione rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero tutelata ex articolo 21 della Costituzione e preordinata alla difesa del singolo insegnante; come osservato, la libertà di insegnamento sarebbe a vantaggio non di individui bensì dell'intera società⁴⁷⁹.

I limiti a questa libertà sono divisibili in due categorie: interni e immanenti alla sua stessa nozione od esterni e legati ad altre libertà o situazioni costituzionalmente rilevanti.

⁴⁷⁴ Possiamo desumere la costituzionalità di questa scelta anche da un'interpretazione sistematica: l'articolo 97 III comma prescrive infatti che “Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.” L'insegnante pubblico è un impiegato statale che, come tale, esercita la propria attività dopo concorso salvo i casi stabiliti dalla legge.

⁴⁷⁵ Cfr. Sentenza 77 del 1964: “Il ragionamento per giungere a questa conclusione si basa sulla libertà di insegnamento: libero essendo l'insegnamento, libera deve considerarsi la professione dell'insegnante. In altri termini, poiché nella scuola dello Stato non si impartisce un insegnamento di dottrina di Stato, ma si lascia all'insegnante piena libertà di insegnare secondo la sua scienza e coscienza, il professore, pur avendo la veste di impiegato statale, esercita una funzione libera per il cui espletamento egli abbisogna di un titolo di abilitazione pari a quello dei liberi professionisti. (...) La ragione essenziale per cui l'art. 33, quinto comma, della Costituzione prescrive l'esame di Stato per l'esercizio delle libere professioni è data dalla esigenza che un accertamento preventivo, fatto con serie garanzie, assicuri, nell'interesse e della collettività e dei committenti, che il professionista abbia i requisiti di preparazione e di capacità occorrenti per il retto esercizio professionale.”

⁴⁷⁶ Un chiaro elenco dei requisiti previsti per l'insegnamento oggi è presente nell'articolo <https://www.forexinfo.it/> di G. ADONOPOULOS.

⁴⁷⁷ M. GIGANTE, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, cit. p. 455, in questo caso l'autrice richiama, a sua volta, le tesi di V. CRISAFULLI. P. CARETTI- U. DE SIERVO, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Torino Giappichelli 2010, p. 489 parlano di aspetto “oggettivo” suscettibile di modifica da parte del Legislatore.

⁴⁷⁸ M. GIGANTE, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, cit. p. 455.

⁴⁷⁹ U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (Libertà di)*, cit. p. 21, R. CIPPITANO, *Libertà di insegnamento e protezione di interessi costituzionalmente rilevanti*, in diritto e processo, numero 1 anno 2012, p. 80.

Nel primo caso, dato comunque il rapporto intrecciato tra manifestazione del pensiero e libertà di insegnamento⁴⁸⁰, possiamo menzionare il buon costume⁴⁸¹, nonché le modalità organizzative attraverso cui quest'ultima si estrinseca⁴⁸²; nel secondo, invece, occorre contemperarla con altre situazioni costituzionalmente rilevanti come il rispetto della personalità del minore⁴⁸³.

Punto fermo è il rispetto di posizioni culturali diverse rispetto a chi è posto ai vertici dei pubblici poteri in un clima “ideologicamente aperto”⁴⁸⁴, tanto che la nozione di libertà di insegnamento, alla luce di quanto affermato, sembrerebbe trovare ancora piena esplicazione secondo quella definizione prospettata da Pototschnig per cui “essa deve assicurare a chi è preposto all'insegnamento il diritto di insegnare: a) senza intromissioni altrui (...); b) senza timore di dover subire conseguenze nel suo rapporto d'impiego”⁴⁸⁵.

La giurisprudenza, d'altro canto, non ha mai messo in discussione una simile ricostruzione tanto da qualificare la libertà di insegnamento, fin dalle primissime sentenze, come un diritto suscettibile di essere limitato solo e soltanto in presenza di presupposti particolarmente rigidi⁴⁸⁶, fatta esclusione per quell'azione legislativa diretta a fissare i moduli organizzativi attraverso cui è impartito l'insegnamento⁴⁸⁷.

Una volta definita la fisionomia della libertà di insegnamento possiamo notare come questa costituisca, a sua volta, il presupposto per l'autonomia della didattica, in specie universitaria che, come vedremo, è teleologicamente orientata al “progresso della scienza” e, in definitiva, all'applicazione della sussidiarietà orizzontale⁴⁸⁸.

⁴⁸⁰ Ad esempio sia U. POTOTSCHNIG, *ibidem*, sia R. CIPPITANO, *Libertà di insegnamento e protezione di interessi costituzionalmente rilevanti*, cit., p.84 concordano su questo legame di origine genetico tale per cui la libertà di insegnamento costituirebbe una specificazione di quella di manifestazione del pensiero. Anche P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*”, Torino Giappichelli 2011, p. 440 è dello stesso avviso.

⁴⁸¹ P. CARETTI, *ibidem* cit. pp. 366 e 440 parla di tutela rinforzata con riguardo alle libertà enucleate dall'articolo 33 con l'esclusione del buon costume in base all'art. 529 del codice penale che “esclude espressamente la configurazione del reato d'oscenità con riferimento alle opere artistiche o scientifiche”

⁴⁸² P. CARETTI, *ibidem*, cit., p. 442 e R. CIPPITANO, *Libertà di insegnamento e protezione di interessi costituzionalmente rilevanti*, cit., p.84; la previsione risulta suffragata anche dall'articolo 33 comma II della Costituzione.

⁴⁸³ M. GIGANTE, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, cit., p. 457.

⁴⁸⁴ C. MARZUOLI, *Istruzione e “stato sussidiario”*, cit., pp. 141 e sgg. si avvale di una prospettiva intensamente sociale per sostenere come il ruolo del pubblico sia dirimente ai fini di consentire un'istruzione aperta senza discriminazioni culturali a danno degli utenti.

⁴⁸⁵ U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (Libertà di)*, cit., p. 28

⁴⁸⁶ Cfr. Sentenza 36 del 1958 della Corte Costituzionale: “In mancanza di limitazioni nella Carta costituzionale (come ad es. quelle enunciate negli artt. 14,16, 19, 21, 39), normalmente non è escluso dunque che, in materia di diritti costituzionalmente garantiti, vengano ammessi dei poteri dell'autorità. Occorre però innanzi tutto che la potestà così prevista sia vincolata a interessi generali, e che questi non soltanto non siano incompatibili col diritto garantito, ma attingano alla medesima sfera (per es., istruzione), o quanto meno a sfere (quali la sicurezza, la sanità, la moralità, la fede pubblica), che, per la loro pertinenza, sia necessario, nell'ordine del sistema, tener presenti, al fine di evitare un esercizio socialmente dannoso o pericoloso del diritto garantito. In secondo luogo occorre che la potestà medesima sia puntualizzata, sì da non lasciare un margine eccessivamente ampio alla discrezionalità.”

⁴⁸⁷ Si veda sentenza 1641/1996 del Consiglio di Stato.

⁴⁸⁸ A. D'ATENA, *L'autonomia universitaria*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli 2006, p. 109

Se, infatti, l'insegnamento fosse di tipo dogmatico non si potrebbe ritenere configurabile in alcun modo un'autonomia degli istituti culturali, dovremmo, anzi, di nuovo calarci in una prospettiva totalitaria ed etica dove la didattica sia *instrumentum regni*.

La stessa autorevole dottrina fa, poi, discendere da questo legame strumentale alcuni corollari⁴⁸⁹.

In primis, la libertà di insegnamento diviene a sua volta limite dell'autonomia, non trovando la libertà altro confine che la messa "in pericolo della libertà stessa"⁴⁹⁰; questo dovrebbe indurci a non condividere l'assegnazione della cattedra sulla base di altre esigenze diverse dall'articolo 33 comma II.

In secondo luogo, in particolare con riguardo alle Università, l'articolo 33 I comma impone un'articolazione interna distinta in livelli e organi decisionali diversi fra loro, con l'attribuzione di compiti sulla base di criteri funzionali all'interno di una logica complessiva ispirata dalla competenza e non dalla gerarchia. Infine, per assicurare effettività a queste previsioni, è necessaria una tutela giurisdizionale, riconoscendo ai singoli organi interni una legittimazione ad agire in giudizio per difendere le loro prerogative.

4. Dal sistema statale di istruzione al sistema scolastico nazionale ed integrato: la libertà della scuola.

“Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato.

La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali.”

(Articolo 33 III e IV comma)

La possibilità per i cittadini di costituire scuole private, la cosiddetta “libertà della scuola”⁴⁹¹, manifesta un legame più intenso con la sussidiarietà orizzontale, nel suo rapporto tra pubblici poteri e sfera intima dell'individuo, rispetto alla libertà di insegnamento⁴⁹².

⁴⁸⁹ A. D'ATENA, *L'autonomia universitaria*, cit. pp. 115 e sgg.

⁴⁹⁰ A. D'ATENA, *ibidem*.

⁴⁹¹ La nota distinzione tra “libertà nella scuola”, legata alla libertà di insegnamento, e “libertà della scuola”, associata proprio alla scelta dell'istituto scolastico, risale a V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, fascicolo 1, anno 1956, p. 74.

⁴⁹² M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit. p. 383. In senso critico Cfr. G. U. RESCIGNO, *Principio di Sussidiarietà orizzontale e Diritti Sociali*, cit. p. 34

L'autorità, come storicamente accaduto, è allettata dalla possibilità di formare cuori e coscienze⁴⁹³ e tenderà a limitare questa facoltà, mentre un'eccessiva ampiezza attribuita all'autonomia privata potrebbe rischiare di compromettere quelle oggettive garanzie prescritte dalla nostra Norma Fondamentale a favore del pluralismo didattico⁴⁹⁴.

In realtà anche in questo ambito la presunzione di inidoneità nello svolgimento di alcune attività da parte dei privati, tra cui l'istituzione di edifici scolastici, non è condivisibile.

Come messo in luce da numerosa dottrina⁴⁹⁵, se la libertà di insegnamento, a sua volta specificazione della manifestazione del pensiero, necessita di pluralismo, è consequenziale sostenere la facoltà per i cittadini di promuovere la costruzione di scuole non pubbliche nonché il diritto per le famiglie di scegliere l'istituto ritenuto più opportuno per l'istruzione della propria prole⁴⁹⁶.

Nel nostro ordinamento a lungo si frantese questa libertà della scuola nel timore che potesse attribuire indebiti vantaggi alla religione cattolica nell'educazione della gioventù⁴⁹⁷ e gli strascichi di questa prospettiva si protrassero per decenni, temperati unicamente da una sensibilità particolare manifestata da parte dello schieramento politico italiano⁴⁹⁸.

Per anni non si comprese come la tematica delle scuole private fosse solo in parte collegata a quelle di origine religiosa, per tradizione la maggioranza tra gli istituti non pubblici e rappresentativi in valori assoluti solo di una percentuale non elevata dei plessi scolastici.

Basta analizzare qualche dato recente: in Italia nel 2014 erano presenti⁴⁹⁹ 55600 istituti scolastici, tra questi solo 11190, pari al 20,12%, erano gestiti da soggetti privati; il numero è

⁴⁹³ L. CALCERANO E G. M. Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi)*, cit., p. 48 riportano un interessante aneddoto storico con Francesco II D'Austria e i docenti dell'Università di Pavia come protagonisti: "Io non abbisogno di sapienti ma di sudditi fedeli: il vostro dovere sta nel renderli tali. Si deve imparare quello che io ordino, e colui che viene con idee nuove se ne vada; se non vuol essere mandato via"

⁴⁹⁴ C. MARZUOLI, *Istruzione e "stato sussidiario"*, cit., p. 142 e sgg.

⁴⁹⁵ E. CENTEMERO, *Il sistema scolastico integrato, profili costituzionali* cit, A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione* cit., pp. 67 e sgg. e 267 e sgg., A. CATELANI, *Diritto all'istruzione e pluralismo scolastico*, da <http://www.pensareildiritto.it> e *Pluralismo e rinnovamento della scuola pubblica*, da <http://www.bertoni-udine.it>, N. COLAIANNI, *Autonomia e parità della scuola*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, numero 1 1997, pp. 107 e sgg., A. POGGI, *Verso il superamento della distinzione pubblico-privato nell'offerta formativa*, in *Quad. Cost.* fascicolo 2, 2003 pp. 380-382 e F. DONATI, *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, in *Le Regioni*, fascicolo 3 1999, p. 537 e sgg.

⁴⁹⁶ Parte della dottrina, come C. MARZUOLI, *Istruzione e "stato sussidiario"*, cit. pp. 143 e sgg., E. CENTEMERO, *Il sistema scolastico integrato, profili costituzionali*, cit. e F. DONATI *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, cit. pp. 547 e sgg., si avvale anche della distinzione tra "pluralismo interno" presente nel carattere ideologicamente aperto delle scuole pubbliche e "pluralismo esterno" legato alla facoltà di costituire istituti privati. Soprattutto DONATI tesse un interessante paragone con il settore delle telecomunicazioni e la sentenza della Corte Costituzionale 826 del 1988.

⁴⁹⁷ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione* cit. p. 58 riporta le considerazioni di Salvemini che, nel 1914, affermava "La politica scolastica del partito clericale non può essere, quindi, in Italia che una sola: deprimere la scuola pubblica, non far nulla per migliorarla e più largamente dotarla; favorire le scuole private confessionali con sussidi pubblici, con sedi d'esami, con pareggiamenti: rafforzata a poco a poco la scuola privata confessionale e disorganizzata la scuola pubblica, sopprimere al momento opportuno questa e presentare come unica salvatrice della gioventù quella".

⁴⁹⁸ C'è già stato modo di citare i contributi in tal senso prestati in Assemblea Costituente da Aldo Moro e da Giuseppe Dossetti.

⁴⁹⁹ Dati Istat <http://dati.istat.it>

ancora più indicativo se comparato con altre esperienze straniere come l'Olanda o la Spagna⁵⁰⁰ o se visto in una dimensione temporale⁵⁰¹.

Inizialmente l'ordinamento Repubblicano si pose in continuità con il disegno organizzativo di epoca fascista⁵⁰², la disciplina degli istituti privati rimase ancorata alla legge 86 del 1942 già citata, e le prime modifiche furono disposte dal Giudice delle Leggi con la sentenza 36 del 1958. La pronuncia è centrale ai nostri fini, sia per il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo in capo ai cittadini nella costituzione di edifici scolastici non pubblici⁵⁰³, sia per il mutamento circa la qualificazione giuridica dell'atto amministrativo di relativa abilitazione richiesto dalla normativa.

La Corte ritenne incompatibile l'esistenza di un provvedimento amministrativo concessorio, connotato da ampi spazi di discrezionalità⁵⁰⁴, con i principi costituzionali contenuti all'interno dell'articolo 33⁵⁰⁵, inducendo la dottrina a dividersi tra chi continuava a ritenere l'atto come una concessione⁵⁰⁶ e chi, al contrario, lo qualificava nei termini di autorizzazione scevra da valutazioni di opportunità amministrativa^{507 508}.

Al di là di questa *querelle* rileva, anche a seguito della sentenza, la necessità di ottenere un atto amministrativo ai fini dell'apertura di una scuola privata accompagnato da un atto negoziale,

⁵⁰⁰ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit. p. 51 specifica come in Spagna e in Olanda il numero delle scuole private, spesso di matrice confessionale, sia pari al 25% e al 50% del numero complessivo; la percentuale degli istituti non pubblici è, pertanto, in Italia piuttosto esigua.

⁵⁰¹ Sempre secondo dati Istat la percentuale era pari al 21% nel 2003.

⁵⁰² L. CALCERANO E G. M. Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi)*, cit. pp. 12 e sgg.

⁵⁰³ Cfr. sentenza 36 del 1958: "L'art. 33 si propone di garantire, oltre alla libertà dell'arte e della scienza, la libertà della istruzione e dell'educazione. Per quanto riguarda specificatamente l'istruzione, esso assicura, da un lato, la libertà d'insegnamento (comma primo), e, dall'altro, la libertà di istituzione e gestione di istituti d'istruzione (c. d. libertà della scuola) (comma terzo). Quest'ultima libertà - che è quella che interessa nella presente controversia - è, per espressa enunciazione della Carta costituzionale, un diritto, riconosciuto alle persone fisiche e giuridiche."

⁵⁰⁴ Articolo 3 comma III della legge 86 del 1942: "Salvo il disposto dell'art. 28, l'autorizzazione ad aprire scuole e corsi può essere concessa dall'E. N. I. M. S. previa approvazione del Ministro per l'educazione nazionale, a condizione: a) che l'istituzione abbia sede in locali adatti e salubri, e disponga dei necessari mezzi tecnici e didattici; b) che siano assicurate, col rispetto delle norme relative, le esercitazioni pratiche, se richieste dagli ordinamenti scolastici; c) che la direzione e i singoli insegnamenti siano affidati a persone in possesso dei necessari requisiti morali e politici, nonché, dell'iscrizione all'albo professionale, o, se si tratti d'insegnamenti per i quali non è prevista l'iscrizione all'albo, del titolo legale di abilitazione; d) che da apposito piano finanziario risulti assicurata la possibilità di funzionamento della scuola o del corso di cui si chiede l'autorizzazione." La discrezionalità si concentrava soprattutto nella possibilità di concedere l'atto amministrativo anche in presenza di tutti i presupposti richiesti.

⁵⁰⁵ Cfr. sentenza 36 del 1958: "Un simile sistema, conservato, nonostante la soppressione dell'E.N.I.M.S. (d.lg. 24 maggio 1945, n. 412, art. 4), anche dopo la caduta del regime che lo aveva instaurato, è però inconciliabile col contenuto che la Costituzione repubblicana riconosce alla libertà della scuola. Questo diritto non esclude né limiti - quali l'esigenza di particolari requisiti soggettivi e oggettivi per il suo esercizio -, né controlli (successivi o preventivi). Tuttavia, perché esso non resti snaturato, è indispensabile che ogni limitazione venga contenuta nei rigorosi confini di cui sopra si è detto. I quali risultano violati in radice dalla necessità di un provvedimento autorizzativo di discrezionalità pressoché illimitata nell'an."

⁵⁰⁶ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit. p. 273 o p. 282.

⁵⁰⁷ S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit. pp. 215-216.

⁵⁰⁸ L'inquadramento dogmatico è arduo in base a indici di opposta natura. Militavano a favore della natura di concessione la presenza di una convenzione nonché i poteri di vigilanza esercitati dai poteri pubblici; al contrario la sentenza della Corte Costituzionale sembrerebbe tesa a definire l'atto in questione nei termini di autorizzazione, legata ad un diritto soggettivo. In realtà la distinzione, astrattamente operabile, è nella prassi più ardua da accertare come sottolinea M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 181 e sgg.

una convenzione rilasciata *intuitu personae* al suo titolare⁵⁰⁹ che, oltre a rendere parte dell'attività dell'istituto scolastico pubblica⁵¹⁰, lo espone ai controlli dell'amministrazione.

La confusione normativa fu, poi, accentuata dalla politica del “doppio binario”⁵¹¹ attuata dal Legislatore che, ad un lato, mantenne la struttura organizzativa scolastica a intensa valenza gerarchica propria dell'epoca fascista e, ad altro, promosse politiche di finanziamento nei confronti delle scuole pubbliche, in particolar modo materne⁵¹².

Questo aspetto, in particolare, generò numerose polemiche.

L'espressione inserita in Costituzione *ex* articolo 33 III comma della Costituzione secondo cui “enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato” fu oggetto di ampie interpretazioni⁵¹³ proprio per la sua locuzione finale inerenti le provvidenze statali.

Già in sede Costituente si scontrarono le diverse sensibilità presenti con una forte contrapposizione tra chi sosteneva la necessità di non perseguire gli edifici scolastici privati e chi, al contrario, era animato da una forte contrapposizione a quest'ultimi⁵¹⁴.

A seguito di un accordo sul contenuto di quello che diverrà l'articolo 33 III comma prima parte, l'onorevole Corbino, di area liberale, propose un emendamento in cui si aggiungeva alla previsione costituzionale la dizione “senza oneri per lo Stato”.

Tutto l'arco politico, salvo la Democrazia Cristiana, votò a favore del suo inserimento ma, e trae origine da qui la molteplicità di interpretazioni, per ragioni diverse.

Corbino, rappresentante del gruppo liberale, specificò come la disposizione sancisse l'assenza di un diritto costituzionalmente tutelato per i privati volto ad “obbligare” i poteri pubblici, in specie lo Stato, a disporre oneri per la istituzione di scuole private risolvendo il nodo gordiano in termini di “facoltà di dare o non dare”⁵¹⁵. Al contrario lo schieramento di sinistra, pur diviso in molte più anime, si trovò sostanzialmente a favore di un'interpretazione letterale della frase,

⁵⁰⁹ Ciò la rende intrasferibile salvo diversa previsione normativa.

⁵¹⁰ Ciò costituisce indiretta conferma della vocazione statualistica immanente all'istruzione anche nei primi decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione. A prescindere infatti della ricostruzione dogmatica dell'atto di abilitazione sembrerebbe che sia unicamente lo Stato l'unico soggetto ad essere titolare dell'attività di istruzione in virtù di quella rilevanza sociale già delineata nei precedenti paragrafi.

⁵¹¹ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione cit*, p. 66.

⁵¹² A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione, cit*, p. 66. sottolinea come la causa sia imputabile alla qualificazione giuridica di questi istituti, vicina all'assistenza sociale e per questo più facilmente finanziabile.

⁵¹³ Per una precisa ricostruzione storica delle interpretazioni sorte in sede Costituente cfr. F. CALZARETTI, *Senza oneri per lo Stato: la posizione dei Costituenti sulle sovvenzioni alle scuole non statali*, da <http://www.forumcostituzionale.it> e in A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione cit*, pp. 302 e sgg.

⁵¹⁴ La tensione è stata già trattata in apertura del paragrafo e coinvolge, in particolar modo, il ruolo degli istituti religiosi privati all'interno del nostro ordinamento.

⁵¹⁵ Cfr. F. CALZARETTI, *Senza oneri per lo Stato: la posizione dei Costituenti sulle sovvenzioni alle scuole non statali* che riporta gli interventi della terza Sottocommissione: “Vorrei chiarire brevemente il mio pensiero. Forse, da quello che avevo in animo di dire, il collega Gronchi avrebbe capito che le sue preoccupazioni sono infondate. Perché noi non diciamo che lo Stato non potrà mai intervenire a favore degli istituti privati; diciamo solo che nessun istituto privato potrà sorgere con il diritto di avere aiuti da parte dello Stato. È una cosa diversa: si tratta della facoltà di dare o di non dare”.

riassumibile nell'intervento dell'Onorevole Bianchi Bianca per cui, parlando a nome del proprio gruppo di appartenenza, affermò di essere "assolutamente contraria al principio che lo Stato debba dare sovvenzioni ed aiuti economici e finanziari alle scuole private"^{516 517}.

Da questo paradosso fiorirono diverse teorie⁵¹⁸.

Una, che ha avuto nel tempo molto seguito, è incline ad adottare un'interpretazione letterale dell'articolo 33 III comma con una preclusione per lo Stato di fornire provvidenze tanto agli istituti privati quanto a quelli non statali⁵¹⁹; un'altra ha ritenuto compatibile con la Costituzione proporre elargizioni pubbliche, purché in un momento successivo all'istituzione del plesso scolastico⁵²⁰. Infine, si sviluppò anche la tesi secondo cui il nostro ordinamento sarebbe obbligato, in base ad una interpretazione sistematica della nostra Carta, a fornire finanziamenti alle scuole pubbliche per preservare il pluralismo abbracciato⁵²¹.

La Corte Costituzionale, chiamata ancora una volta a risolvere le antinomie normative, in un primo momento adottò al riguardo la prima soluzione ermeneutica nella sentenza 36 del 1982⁵²² e nell'ordinanza 668 del 1988⁵²³, stabilendo come la "libertà della scuola" non implicasse

⁵¹⁶ Cfr. F. CALZARETTI, *ibidem*: "A nome del Gruppo parlamentare del Partito socialista dei lavoratori italiani, dichiaro che per il nostro concetto di concedere da parte dello Stato piena libertà di insegnamento alle scuole private, noi aderiamo al primo comma e, nello stesso tempo, all'emendamento in aggiunta al primo comma stesso, perché siamo assolutamente contrari al principio che lo Stato debba dare sovvenzioni ed aiuti economici e finanziari alle scuole private."

⁵¹⁷ È interessante vedere come passò in secondo piano la tematica delle scuole pubbliche non statali, a riprova di una concezione rigida e monolitica dell'istruzione incardinata fra le funzioni proprie dello Stato. L'Onorevole Malagugini, infatti, obiettò alle preoccupazioni dell'Onorevole Dossetti sul ruolo delle scuole pubbliche non statali come: "È vero che ci possono essere anche dei comuni che istituiscano scuole, le quali non sarebbero statali pur non essendo private. Ma in questi casi la legge potrà opportunamente rimediare considerandole come istituti parastatali o ricorrendo a quegli altri accorgimenti che eliminino l'apparente contraddizione."

⁵¹⁸ E. CENTEMERO, *Il sistema scolastico integrato, profili costituzionali*, cit e M. VARI, *Gli artt. 33 e 34 della Costituzione alla luce del principio di sussidiarietà e del nuovo titolo V*, in Convegno Nazionale della Scuola Cattolica, Diritto all'istruzione e parità scolastica, principi costituzionali, interventi normativi ed economici, Roma 28 Febbraio 2005 in <http://www.agenziapatriarcale.it/> forniscono un'articolata elencazione delle principali teorie a riguardo dell'ultima parte dell'articolo 33 comma III.

⁵¹⁹ Cfr. N. COLAIANNI, *Autonomia e parità della scuola*, cit., p. 124 o G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 33.

⁵²⁰ S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit., p. 215.

⁵²¹ A. CA TELANI, *Pluralismo e rinnovamento della scuola pubblica*, cit., p. 64

⁵²² Cfr. sentenza 86 del 1982: "È agevole riconoscere che, fuori discussione la libertà di insegnamento e la libertà di istituire scuole ed istituti di educazione senza oneri per lo Stato, neppure è intaccata la corrispondente libertà di scelta del tipo di scuola preferito. Invero dalla garanzia costituzionale di questa come di altre libertà (si pensi alla libertà religiosa o a quella di associazione) non può certo dedursi l'obbligo della Repubblica di assumersi gli oneri eventualmente necessari per esercitarla, mentre non può correttamente sostenersi che sia la legge - nella specie regionale - a determinare un ostacolo di fatto nel momento in cui se ne lamenta la mancata rimozione ad opera della legge stessa. Assume ancora il ricorrente che la disposizione in esame determinerebbe "una disparità di trattamento tra cittadini in ordine al concreto esercizio di una facoltà riconosciuta dalla Costituzione". Ma la libertà di scelta implica in tal caso una opzione fra situazioni assai differenziate, non solo intrinsecamente ma per i diversi obblighi che gravano sulla Regione in particolare e sulla Repubblica in genere, a fronte delle scuole statali (nonché delle scuole autorizzate a rilasciare titoli di studio riconosciuti dallo Stato) e a fronte delle scuole private di ogni altro tipo. Pertanto difettano quell'identità o quell'omogeneità dei termini messi a raffronto indipendentemente dalle quali non è ipotizzabile la violazione dell'art. 3 Cost."

⁵²³ Ordinanza 668 del 1988: "considerato che appare manifestamente insussistente la denunciata disparità di trattamento in quanto non è irragionevole desumere dalla libera scelta dell'interessato, implicante la corresponsione di tasse di frequenza o rette di un determinato ammontare per fruire di un servizio scolastico cui è possibile accedere anche gratuitamente, quella disponibilità di mezzi che legittima, sul piano costituzionale e nell'ambito dell'intervento regionale, l'esclusione delle provvidenze suddette, previste nell'intento di rimuovere le condizioni

l'assunzione degli oneri finanziari delle scuole private da parte della Repubblica non essendoci, proprio in base al dettato Costituzionale, omogeneità di situazioni tra istituti privati e pubblici. Fino agli anni Novanta è lecito, quindi, osservare come il sistema scolastico fosse nelle sue linee di fondo informato alle stesse logiche organizzative dominanti in epoca fascista, aggiornati in alcuni aspetti particolarmente problematici come l'istituzione di plessi di istruzione privati ma, sostanzialmente, ispirato da una centralità dello Stato tesa ad appiattare o, comunque, a neutralizzare le manifestazioni della sussidiarietà orizzontale.

Le spinte verso una maggiore valorizzazione del pluralismo e della società civile iniziarono a germogliare⁵²⁴ solo con la proposta del Ministro Galloni nel 1989⁵²⁵, tesa a conferire spazi di autonomia alle istituzioni scolastiche, e l'articolo 4 della legge 537 del 1993 ("Interventi correttivi di finanza pubblica") sotto il Governo Ciampi, concernente l'attribuzione di una delega all'esecutivo per riordinare la materia.

Gli interventi, in entrambi i casi, non si concretizzarono per cause esogene⁵²⁶ ma rappresentarono i primi segni tangibili di un mutamento culturale in atto nell'ambito dell'istruzione, considerata sempre più arretrata rispetto alle esperienze di altri ordinamenti che, pur centralistici, da tempo avevano iniziato a promuovere riforme e correttivi⁵²⁷.

La didattica italiana, per certi aspetti in dinamiche simili a quelle del settore bancario, era considerata dal Legislatore italiano sofferente in almeno tre aspetti: il rapporto sfumato tra pubblico e privato, la ripartizione di competenze tra autorità centrale e le entità sub-statali e le logiche tendenzialmente gerarchiche a cui era informata l'amministrazione preordinata alla didattica.

Il D. Lgs 297/1994 ("Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione") provò ad innovare l'ambito ma si pose, ancora una volta, sulle stesse posizioni dominanti dal secondo

di ordine economico che ostacolano l'esercizio del diritto allo studio (v. in tal senso sent. n. 36 del 1982); che, inoltre, il principio di parità di trattamento fra scuola pubblica e scuola privata non può spingersi fino alla de terminazione dell'obbligo della Repubblica di assumersi gli oneri eventualmente necessari per l'esercizio di tale ultima scuola".

⁵²⁴ Già negli anni Settanta possiamo vedere dei timidi interventi a favore del decentramento scolastico come riportano A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit, p. 70, L. CALCERANO E G. M. Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi cit.*, pp. 20 e sgg e S. CASSESE, «*Plaidoyer*» per un'autentica autonomia delle scuole, cit., p. 149. Il decentramento, motivato anche dall'istituzione delle Regioni, non ebbe tuttavia esiti positivi a causa dell'impianto informato nelle sue linee di massima ad una logica ancora gerarchica.

⁵²⁵ Disegno di legge 1531 del 1989 ("Norme sull'autonomia delle scuole, sugli organi collegiali e sull'amministrazione centrale e periferica della pubblica istruzione").

⁵²⁶ Nel primo caso la proposta non trovò consenso sufficiente in Parlamento, nel secondo la delega non fu esercitata dall'esecutivo successivo a quello Ciampi; le difficoltà nel riformare l'istruzione sono state sempre ben evidenti ai vari Governi tanto che, come riporta A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit, p. 60, Cavour era solito già nell'Ottocento affermare: "Quando si vuole occupare la Camera interminabilmente e senza conclusione, basta gettare in preda agli Onorevoli deputati un progetto di legge sull'istruzione".

⁵²⁷ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit, p. 71, riporta che tutti i principali ordinamenti Europei già negli anni Novanta avevano portato, con successo, a termine riforme nell'ambito dell'istruzione; curiosamente la Francia avviò un percorso di decentramento mentre il Regno Unito di accentramento. Un ribaltamento, a tutti gli effetti, del paradigma dominante nei rispettivi paesi per secoli.

dopoguerra, tanto che nello stesso anno la Corte Costituzionale intervenne ritenendo illegittime alcune previsioni.

Sorprende, ma visti i presupposti solo fino ad un certo punto, questa nuova lettura dell'articolo 33 III comma adottata dalla giurisprudenza.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 454 del 1994, ritenne infatti discriminatoria l'esclusione delle scuole private non paritarie dalla fornitura gratuita dei libri di testo⁵²⁸, in quanto questo beneficio era destinato agli studenti e non, al contrario, nei confronti di una tipologia di scuola specifica⁵²⁹.

L'Avvocatura dello Stato, all'interno della causa, provò a giustificare la disparità di trattamento sulla base di una *in re ipsa* capacità economica maggiore vantata dagli studenti delle scuole private non paritarie e la Corte, a tal proposito, affermò⁵³⁰ come “ anche a voler ammettere, in via di pura ipotesi, che l'iscrizione presso scuole meramente private, diverse da quelle - altrettanto private ed anch'esse onerose per gli utenti - abilitate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale (agli alunni delle quali la disposizione impugnata pur riconosce, come agli alunni di quelle pubbliche, il diritto alla prestazione) costituisca di per sé indice di maggiore capacità economica, questa non potrebbe giustificare la diversità di trattamento, perché tale condizione non è presa in considerazione dalla legge.”

L'idea di una diversa fisionomia immanente all'istruzione, che potremmo definire “a mosaico o a rete”⁵³¹, prese definitivamente forma con l'articolo 21 della legge 59 del 1997, la prima legge Bassanini già vista nel secondo capitolo.

La disposizione si articola in più commi e tra i più rilevanti troviamo il primo⁵³² che, enunciando gli obiettivi della riorganizzazione legislativa, pone in particolar modo l'accento

⁵²⁸ Art. 156 del Testo Unico appena citato

⁵²⁹ “Da quanto precede risulta, dunque, che l'obbligo scolastico può essere adempiuto in modi diversi dalla frequenza delle scuole pubbliche o di quelle private abilitate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale. È perciò ingiustificatamente discriminatoria l'esclusione, di chi l'assolva in uno dei modi diversi da tale tipo di frequenza, da una provvidenza destinata non alle scuole bensì direttamente agli alunni e quindi in connessione con l'obbligo scolastico, il cui adempimento, come si è visto, non è necessariamente legato alla frequenza solo delle scuole pubbliche o di quelle autorizzate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale.”

⁵³⁰ “Né, come suggerito ancora dall' Avvocatura generale dello Stato, la giustificazione del differente trattamento potrebbe rinvenirsi nella diversità della situazione degli alunni delle scuole statali e di quelle private “paritarie”, rispetto a quella degli alunni delle scuole meramente private, nell'assunto che, come si sostiene, quest'ultima situazione “oltretutto è indice di una maggiore capacità economica”. Che questo profilo sia irrilevante nella specie, deriva dalla considerazione che la disposizione impugnata prescinde, allo stato, da ogni riferimento alla capacità economica dei destinatari della provvidenza. Di conseguenza, anche a voler ammettere, in via di pura ipotesi, che l'iscrizione presso scuole meramente private, diverse da quelle - altrettanto private ed anch'esse onerose per gli utenti - abilitate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale (agli alunni delle quali la disposizione impugnata pur riconosce, come agli alunni di quelle pubbliche, il diritto alla prestazione) costituisca di per sé indice di maggiore capacità economica, questa non potrebbe giustificare la diversità di trattamento, perché tale condizione non è presa in considerazione dalla legge.”

⁵³¹ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., p. 72, S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit. p. 215, L. BERLINGUER, da <http://www1.adnkronos.com>

⁵³² “L'autonomia delle istituzioni scolastiche e degli istituti educativi si inserisce nel processo di realizzazione della autonomia e della riorganizzazione dell'intero sistema formativo. Ai fini della realizzazione della autonomia delle istituzioni scolastiche le funzioni dell'amministrazione centrale e periferica della pubblica istruzione in materia di gestione del servizio di istruzione, fermi restando i livelli unitari e nazionali di fruizione del diritto allo studio

sull'autonomia scolastica, e il secondo, il quale concretamente attribuisce la delega al Governo per riordinare la materia.

Di questo intervento colpiscono almeno due aspetti: l'utilizzo dell'espressione "sistema nazionale di istruzione"⁵³³ e il contenuto dell'autonomia citata⁵³⁴.

Il passaggio dal sistema statale a quello nazionale di istruzione comportò una rivoluzione copernicana all'interno del nostro ordinamento fornendo cittadinanza, per la prima volta in termini positivi, alle posizioni dottrinarie favorevoli ad un modello policentrico a struttura composita, costituito da scuole private e pubbliche di tipo sia statale sia non statale.

I corollari di questa impostazione furono essenzialmente due.

Da un lato ci fu il legale riconoscimento di una didattica non più oggetto di un monopolio statale ma di un pluralismo tra soggetti a natura diversa e fra articolazioni distinte dello stesso potere pubblico⁵³⁵, prima tollerata o legittimata solo per mezzo dell'azione del Giudice delle Leggi; dall'altro la prima legge Bassanini in qualche modo precedette la riforma costituzionale del 2001 sancendo la conformazione multiforme della stessa Repubblica Italiana.

A questo punto rimaneva solo da fissare il ruolo degli istituti privati.

Il Legislatore, non volendo ritornare sulla spinosa tematica del finanziamento, decise di incidere definitivamente sui moduli organizzativi delle scuole non pubbliche con la legge 62/2000 ("Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione").

L'atto, all'articolo 1 comma I, ribadisce il concetto di sistema nazionale di istruzione introducendo, contestualmente, quello di scuola "paritaria privata"⁵³⁶.

La nozione è poi definita dal comma successivo dalla sussistenza di tre requisiti⁵³⁷: il rispetto dell'ordinamento generale dell'istruzione, la coerenza con la domanda formativa delle famiglie

nonché gli elementi comuni all'intero sistema scolastico pubblico in materia di gestione e programmazione definiti dallo Stato, sono progressivamente attribuite alle istituzioni scolastiche, attuando a tal fine anche l'estensione ai circoli didattici, alle scuole medie, alle scuole e agli istituti di istruzione secondaria, della personalità giuridica degli istituti tecnici e professionali e degli istituti d'arte ed ampliando l'autonomia per tutte le tipologie degli istituti di istruzione, anche in deroga alle norme vigenti in materia di contabilità dello Stato. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli istituti educativi, tenuto conto delle loro specificità ordinamentali."

⁵³³ Comma VII e comma IX.

⁵³⁴ L'autonomia degli istituti scolastici e delle università sarà oggetto di un'autonoma trattazione all'interno del prossimo paragrafo.

⁵³⁵ Come abbiamo visto passò come inosservata la tematica degli istituti scolastici pubblici non statali.

⁵³⁶ Articolo 1 comma I: Il sistema nazionale di istruzione, fermo restando quanto previsto dall'articolo 33, secondo comma, della Costituzione, è costituito dalle scuole statali e dalle scuole paritarie private e degli enti locali. La Repubblica individua come obiettivo prioritario l'espansione dell'offerta formativa e la conseguente generalizzazione della domanda di istruzione dall'infanzia lungo tutto l'arco della vita."

⁵³⁷ Articolo 1 comma II: "Si definiscono scuole paritarie, a tutti gli effetti degli ordinamenti vigenti, in particolare per quanto riguarda l'abilitazione a rilasciare titoli di studio aventi valore legale, le istituzioni scolastiche non statali, comprese quelle degli enti locali, che, a partire dalla scuola per l'infanzia, corrispondono agli ordinamenti generali dell'istruzione, sono coerenti con la domanda formativa delle famiglie e sono caratterizzate da requisiti di qualità ed efficacia di cui ai commi 4, 5 e 6."

e il possesso di alcune caratteristiche come un progetto educativo armonioso con i principi costituzionali o l'assenza di misure discriminatorie nei confronti degli studenti⁵³⁸.

In particolare di questo comma colpisce il riferimento alle scuole pubbliche non statali per decenni, come abbiamo visto, oggetto di indifferenza da parte del Legislatore.

Il comma III, infine, si riferisce alle scuole paritarie private, legittimate in base ad espressa previsione legislativa ad avvalersi di particolari indirizzi pedagogici-didattici od orientamenti culturali purché improntati “ai principi di libertà stabiliti in Costituzione”⁵³⁹.

La legge, poi, invece di affiancare il nuovo istituto delle scuole paritarie a quelle già esistenti nell'autonomia privata, si mosse opportunamente secondo finalità semplificatorie determinando, al comma VII, un termine entro cui disporre il superamento delle varie tipologie scolastiche esistenti riconducendole alle *species* di paritarie o non paritarie⁵⁴⁰.

Luigi Berlinguer, nella relazione di accompagnamento, affermò che il comma III dell'articolo 33 risultasse rispettato “in quanto l'intervento (dello Stato) è volto a sostenere i genitori e gli alunni, ciò che la Corte Costituzionale ha già ritenuto legittimo in alcune pronunce”, dando prova che sentenze come la 495 del 1994 fossero state recepite nel loro contenuto dal Legislatore.

⁵³⁸ Articolo 1 comma IV: “ 4. La parità è riconosciuta alle scuole non statali che ne fanno richiesta e che, in possesso dei seguenti requisiti, si impegnano espressamente a dare attuazione a quanto previsto dai commi 2 e 3: a) un progetto educativo in armonia con i principi della Costituzione; un piano dell'offerta formativa conforme agli ordinamenti e alle disposizioni vigenti; attestazione della titolarità della gestione e la pubblicità dei bilanci; b) la disponibilità di locali, arredi e attrezzature didattiche propri del tipo di scuola e conformi alle norme vigenti; c) l'istituzione e il funzionamento degli organi collegiali improntati alla partecipazione democratica; d) l'iscrizione alla scuola per tutti gli studenti i cui genitori ne facciano richiesta, purché in possesso di un titolo di studio valido per l'iscrizione alla classe che essi intendono frequentare; e) l'applicazione delle norme vigenti in materia di inserimento di studenti con handicap o in condizioni di svantaggio; f) l'organica costituzione di corsi completi: non può essere riconosciuta la parità a singole classi, tranne che in fase di istituzione di nuovi corsi completi, ad iniziare dalla prima classe; g) personale docente fornito del titolo di abilitazione; h) contratti individuali di lavoro per personale dirigente e insegnante che rispettino i contratti collettivi nazionali di settore. 5. Le istituzioni di cui ai commi 2 e 3 sono soggette alla valutazione dei processi e degli esiti da parte del sistema nazionale di valutazione secondo gli standard stabiliti dagli ordinamenti vigenti. Tali istituzioni, in misura non superiore a un quarto delle prestazioni complessive, possono avvalersi di prestazioni volontarie di personale docente purché fornito di relativi titoli scientifici e professionali ovvero ricorrere anche a contratti di prestazione d'opera di personale fornito dei necessari requisiti. 6. Il Ministero della pubblica istruzione accerta l'originario possesso e la permanenza dei requisiti per il riconoscimento della parità.”

⁵³⁹ Articolo 1 comma III: “Alle scuole paritarie private è assicurata piena libertà per quanto concerne l'orientamento culturale e l'indirizzo pedagogico-didattico. Tenuto conto del progetto educativo della scuola, l'insegnamento è improntato ai principi di libertà stabiliti dalla Costituzione. Le scuole paritarie, svolgendo un servizio pubblico, accolgono chiunque, accettandone il progetto educativo, richieda di iscriversi, compresi gli alunni e gli studenti con handicap. Il progetto educativo indica l'eventuale ispirazione di carattere culturale o religioso. Non sono comunque obbligatorie per gli alunni le attività extra-curricolari che presuppongono o esigono l'adesione ad una determinata ideologia o confessione religiosa.”

⁵⁴⁰ Articolo 1 comma VII: “Alle scuole non statali che non intendano chiedere il riconoscimento della parità, seguitano ad applicarsi le disposizioni di cui alla parte II, titolo VIII del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, approvato con decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297. Allo scadere del terzo anno scolastico successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della pubblica istruzione presenta al Parlamento una relazione sul suo stato di attuazione e, con un proprio decreto, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, propone il definitivo superamento delle citate disposizioni del predetto testo unico approvato con decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, anche al fine di ricondurre tutte le scuole non statali nelle due tipologie delle scuole paritarie e delle scuole non paritarie.”

All'esito di queste importanti riforme il sistema nazionale scolastico appare oramai solidamente fondato su un rapporto di dialogo e confronto tra istituti privati e pubblici; le misure successive, proprio per questa ragione, sono rivolte per lo più a coprire alcuni nervi rimasti scoperti che non a rivoluzionare la materia, proprio come accaduto nel settore bancario con le decisioni successive al Testo Unico.

Nel 2006, con tre anni di ritardo, è avvenuto l'effettivo superamento del modello di scuole non pubbliche, equivalenti a quelle statali, con la legge 27 ("Misure urgenti in materia di scuola, università, beni culturali ed in favore di soggetti affetti da gravi patologie, nonché in tema di rinegoziazione di mutui, di professioni e di sanità") all'articolo 1-bis, non con regolamento come originariamente previsto.

La giurisprudenza ha poi confermato questa impostazione con le sentenze 42 del 2003 e 33 del 2005.

Con la prima pronuncia il Giudice delle Leggi ritenne inammissibile la richiesta di *referendum* abrogativo su alcune disposizioni e commi della legge 62 del 2000 formulata da undici cittadini italiani per alcune ragioni formali legate alla contraddittorietà del quesito che ad un tempo esigeva la rimozione della locuzione "scuole paritarie private" dal sistema nazionale di istruzione ma, ad altro, si disinteressava della loro esistenza, non incidendo su altri profili della loro disciplina⁵⁴¹.

Come segnalato dalla dottrina⁵⁴² la motivazione secondo cui "ove si conformino ai prescritti *standard* qualitativi, esse non potrebbero infatti non concorrere, con le scuole statali e degli enti locali, al perseguimento di quello che la stessa legge definisce <<obiettivo prioritario della Repubblica>>, vale a dire "l'espansione della offerta formativa e la conseguente generalizzazione della domanda di istruzione dall'infanzia lungo tutto l'arco della vita" sottolinea come l'unico fondamento organizzativo lungo cui erigere l'istruzione sia quello composto da un sistema integrato pubblico-privato orientato alla crescita dei suoi utenti, perfettamente saldato con la revisione del Titolo V che all'articolo 114 parla di una Repubblica composta frutto dell'unione dei Comuni, delle Province, delle Città Metropolitane, delle Regioni e dello Stato.

Questo profilo è ancora più evidente con riguardo alla pronuncia 33 del 2005 in cui la Corte parla del diritto allo studio come di un principio immanente al sistema nazionale di istruzione nel suo complesso, senza distinzione tra scuole paritarie e scuole statali⁵⁴³.

⁵⁴¹ Cfr. sentenza 42/2003: "L'esame dei commi successivi, non coinvolti dalla richiesta di abrogazione popolare, fornisce però una indicazione del tutto opposta, poiché mostra che le scuole paritarie, lungi dall'essere abolite, continuerebbero a formare oggetto di regolamentazione e di qualificazione".

⁵⁴² A. POGGI, *Verso il superamento della distinzione pubblico-privato nell'offerta formativa*, cit. pp. 380-382.

⁵⁴³ Cfr. sentenza 33 del 2005: "La legge n. 62 del 2000, infatti, nel prevedere l'istituzione delle scuole paritarie, quali componenti del sistema nazionale di istruzione, ha altresì dettato un principio, valido per tutte le scuole inserite in detto sistema di istruzione, volto a rendere effettivo il diritto allo studio anche per gli alunni iscritti alle

Gli studiosi hanno generalmente accolto positivamente⁵⁴⁴ le modifiche all'insegna di una valorizzazione dell'autonomia privata anche se non sono mancate voci contrarie⁵⁴⁵, inclini addirittura a ritenere la legge 62 incostituzionale "perché attribuisce il compito di erogare istruzione pubblica (lo dice espressamente: le scuole paritarie, «svolgendo un servizio pubblico», ecc., ecc.: art. 1, co. 3) ad una struttura che non garantisce la libertà di insegnamento e che dunque è priva di un requisito costituzionalmente indispensabile. Di conseguenza, illegittimo è anche il previsto finanziamento".

Sembra comunque legittimo, al di là di alcune posizioni isolate⁵⁴⁶, affermare come merito di questo processo sia attribuibile anche alla sussidiarietà orizzontale: l'ascesa di una nuova sensibilità, prima in giurisprudenza e poi in seno al potere legislativo, sul rapporto tra pubblico e privato, ha guidato tutti gli interventi analizzati⁵⁴⁷, tanto che autorevole dottrina⁵⁴⁸ parla di "diffusione degli strumenti applicativi della c.d. sussidiarietà orizzontale", anche nell'ambito dell'istruzione, o di "reinterpretazione dell'articolo 33 alla luce della sussidiarietà"⁵⁴⁹, con una piena valorizzazione riconosciuta al finanziamento delle scuole non statali per mezzo di elargizioni dirette, buono scuola o detrazioni di imposta.

Questa soluzione sarebbe, a dire dell'Autrice, una vera e propria attuazione dell'articolo 118 ultimo comma, da utilizzare in raccordo con le varie competenze regionali in materia; in tal caso l'autorità centrale avrebbe il compito di determinare i livelli essenziali di prestazione dell'istruzione per, poi, lasciare libere le entità sub-statali di integrarle con appositi provvedimenti.

Sembrerebbe che il Legislatore abbia accolto istanze di questo genere con il cosiddetto *School Bonus*, una misura introdotta nel 2015 ma resa operativa solo di recente che garantisce una detrazione di imposta per chi decide di iscrivere il proprio figlio ad una scuola privata.

scuole paritarie, da essa legge disciplinate. E nel far ciò, la medesima legge ha previsto un finanziamento straordinario, aggiuntivo rispetto agli ordinari stanziamenti, in favore delle Regioni e delle Province autonome, finalizzato al sostegno della spesa sostenuta e documentata dalle famiglie per l'istruzione."

⁵⁴⁴ E. CENTEMERO, *Il sistema scolastico integrato, profili costituzionali*, cit. A. POGGI *Verso il superamento della distinzione pubblico-privato nell'offerta formativa*, cit., e A. CATELANI, *Pluralismo e rinnovamento della scuola pubblica*, cit., pp. 62 e sgg.

⁵⁴⁵ C. MARZUOLI, *Istruzione e "stato sussidiario"* cit. pp. 154 e sgg.

⁵⁴⁶ Cfr. G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*. cit. p. 34 che ritiene come vi sia un'eccezione alla sussidiarietà orizzontale rappresentata dagli articoli 33 e 34 che impongono l'istituzione di edifici scolastici pubblici.

⁵⁴⁷ Non è un caso che proprio negli anni Novanta ci fu un'attenzione legislativa diffusa nel valorizzare la società civile; a tal proposito basti ricordare tutti i lavori preparatori della Bicamerale in tema di sussidiarietà orizzontale e gli interventi nell'ambito bancario già analizzati in precedenza. Un sentimento generalizzato incline ad accentuare l'autonomia privata ha percorso tutto il nostro ordinamento in quel decennio.

⁵⁴⁸ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit. p. 295.

⁵⁴⁹ A. POGGI, *Il "sistema nazionale di istruzione" dopo la revisione costituzionale. Spunti per una rilettura del principio pubblico-privato alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Federalismi*, numero 5 del 2005, pp. 5 e sgg.

4.1 La libertà della scuola a confronto con la giurisprudenza.

I casi Cordero, Lombardi Vallauro e Lautsi.

La libertà della scuola può, talvolta, entrare in conflitto con la libertà nella scuola, determinando laceranti conflitti fra principi all'interno del nostro ordinamento.

La dottrina⁵⁵⁰ ben presto si interrogò sui punti di incontro e scontro tra un modello contraddistinto a un tempo dalla totale libertà di insegnamento attribuita ai docenti e, ad altro, incline ad accordare il diritto ai privati di creare scuole diverse da quelle private, culturalmente o confessionalmente orientate⁵⁵¹.

Se per le scuole private non confessionali o munite di un indirizzo culturale la questione poteva essere risolta, attribuendo valenza imprenditoriale alla gestione dell'istituto scolastico con una delimitazione della libertà di insegnamento, per i plessi ispirati da tradizioni politiche o religiose il quadro diveniva più complicato data la prevalenza in Italia di quelli cattolici regolati dai "Patti Lateranensi"⁵⁵².

Vi era una situazione sostanzialmente ibrida nella misura in cui la religione cattolica, con l'atto citato, acquisiva la facoltà di impartire negli istituti statali l'insegnamento delle proprie tradizioni, per mezzo di un corpo docenti gestito dall'autorità ecclesiastica⁵⁵³, e vantava specifiche guarentigie, come il nulla osta della Santa Sede sulle nomine dei Professori dell'Università Cattolica del Sacro Cuore⁵⁵⁴.

Non sorprende che il bilanciamento tra questi due principi sia avvenuto inizialmente grazie, ancora una volta, alla Corte Costituzionale che, con la sentenza 195 del 1972, fornì una risposta destinata a produrre vasta eco nell'ordinamento italiano su una problematica nata proprio in base all'articolo 38.

⁵⁵⁰ In senso favorevole U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (libertà di)*, cit. pp. 28 e sgg., S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit. p. 215 e A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione cit.*, p. 286; in senso critico C. MARZUOLI, *Istruzione e "stato sussidiario" cit.*, p. 139 e sgg.

⁵⁵¹ S. BERLINGÒ, *Scuole confessionali*, in *Enciclopedia del Diritto* XLI 1989 fornisce una definizione di scuola confessionale.

⁵⁵² I Patti Lateranensi fornivano non solo una speciale disciplina per le scuole cattoliche ma anche una serie di vantaggi per il Cattolicesimo come lo *status* di religione di Stato; dubbia era, pertanto, la compatibilità con l'ordinamento Repubblicano di molte disposizioni ivi contenute.

⁵⁵³ Articolo 36 II, III e IV comma: "Tale insegnamento sarà dato a mezzo di maestri e professori, sacerdoti o religiosi, approvati dall'autorità ecclesiastica, e sussidiariamente a mezzo di maestri e professori laici, che siano a questo fine muniti di un certificato di idoneità da rilasciarsi dall'Ordinario diocesano. La revoca del certificato da parte dell'Ordinario priva senz'altro l'insegnante della capacità di insegnare.

Pel detto insegnamento religioso nelle scuole pubbliche non saranno adottati che i libri di testo approvati dall'autorità ecclesiastica."

⁵⁵⁴ Articolo 38: "Le nomine dei Professori dell'Università Cattolica del S. Cuore e del dipendente Istituto di Magistero Maria Immacolata sono subordinate al nulla osta da parte della Santa Sede, diretto ad assicurare che non vi sia alcunché da eccepire dal punto di vista morale e religioso."

La pronuncia, divenuta celebre anche col nome di caso “Cordero”⁵⁵⁵, dal nome del docente Franco Cordero promotore dell’azione giudiziaria, definiva il contenuto della libertà di insegnamento all’interno degli istituti privati(nel caso di specie si trattava di un’università) stabilendo come questa non fosse minata dalla “libertà dalla scuola” essendo, a sua volta, libero “il docente di aderire, con il consenso alla chiamata, alle particolari finalità della scuola; libero è egli di recedere, a sua scelta, dal rapporto con essa quando tali finalità più non condivida.”⁵⁵⁶ La questione, dopo aver prodotto nell’immediato un vivace dibattito fra i giuristi⁵⁵⁷, si arrestò per poi riprendere intensità in occasione della revisione dei Patti Lateranensi negli anni Ottanta. La legge 121/1985 (“Ratifica ed esecuzione dell’accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 Febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato Lateranense dell’11 Febbraio 1929, tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede”) fu resa necessaria a causa di un apposito riferimento costituzionale che precludeva modifiche o recessi unilaterali e imponeva variazioni esclusivamente su base pattizia; su spinta della giurisprudenza⁵⁵⁸ si accese un

⁵⁵⁵ La sentenza tratta una serie di argomenti centrali nell’analisi della sussidiarietà orizzontale nell’ambito dell’istruzione. In primo luogo vi è il rapporto tra pubblici poteri e autonomia privata sulla gestione dell’attività di istruzione, in secondo luogo è definita la fisionomia dell’autonomia universitaria *ex VI* comma dell’articolo 33 e, infine, si analizza la relazione tra i Patti Lateranensi e ordinamento italiano.

In questo paragrafo analizzeremo soprattutto il primo aspetto rinviando gli altri ai prossimi paragrafi.

⁵⁵⁶ Cfr sentenza 196/1972: “Viene per primo in considerazione l’art. 33 della Costituzione, che detta i principi e le regole fondamentali che disciplinano l’insegnamento. È da rilevare, anzitutto, che, in base all’art. 33, lo Stato ha, bensì, l’obbligo di provvedere alla pubblica istruzione, dettando le norme relative ed apprestando i mezzi necessari (apertura di scuole di ogni ordine e grado, ecc.) ma non ha l’esclusività dell’insegnamento. Ché, anzi, contrariamente a quanto asserito nell’ordinanza di rinvio, è lo stesso art. 33 a porre il principio del pluralismo scolastico, che è conforme, d’altronde, a quello fondamentale, di cui al primo comma, della libertà dell’arte e della scienza. Non v’è dubbio che la libertà della scuola si estende a comprendere le università, che sono previste nel contesto del medesimo art. 33; e sarebbe, d’altronde, illogico che le garanzie di libertà per la scuola in genere non fossero applicabili anche alle università e agli istituti di istruzione superiore. Accertato che non contrasta con l’art. 33 la creazione di università libere, che possono essere confessionali o comunque ideologicamente caratterizzate, ne deriva necessariamente che la libertà di insegnamento da parte dei singoli docenti - libertà pienamente garantita nelle università statali - incontra nel particolare ordinamento di siffatte università, limiti necessari a realizzarne le finalità. Né vale la dedotta obiezione che l’Università Cattolica, risultando inquadrata, a seguito dell’intervenuto riconoscimento, tra le università dette “libere” sarebbe da considerarsi, ad ogni effetto, come persona giuridica di diritto pubblico. Da questa considerazione e dalla natura del predetto inquadramento, non consegue che dell’Università Cattolica siano state attenuate la originaria destinazione finalistica e la connessa caratterizzazione confessionale, riaffermata, anzi, come si è ricordato, nel relativo Statuto debitamente approvato. Invero, l’art. 33 garantisce “piena libertà” a tutte “le scuole non statali che chiedono la parità”: “non statale” appunto, come è ritenuto anche nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, deve considerarsi l’Università Cattolica del Sacro Cuore. Da quanto precede risulta di tutta evidenza che, negandosi ad una libera università ideologicamente qualificata il potere di scegliere i suoi docenti in base ad una valutazione della loro personalità e negandosi alla stessa il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi o ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e si rinnegherebbe la libertà di questa, inconcepibile senza la titolarità di quei poteri. I quali, giova aggiungere, costituiscono certo una indiretta limitazione della libertà del docente ma non ne costituiscono violazione, perché libero è il docente di aderire, con il consenso alla chiamata, alle particolari finalità della scuola; libero è egli di recedere, a sua scelta, dal rapporto con essa quando tali finalità più non condivida.”

⁵⁵⁷ In senso critico cfr. A. C. JEMOLO, *Perplexità su una sentenza*, in *Il Foro Italiano*, volume 96 numero 1 anno 1973, pp. 7-12, in senso favorevole L. PEDULLÀ, *La libertà di insegnamento nel rapporto tra scuola pubblica e privata oggi: problematiche costituzionali, diritti multiculturali e multiconfessionali*, da <http://www.forumcostituzionale.it>

⁵⁵⁸ Una ricostruzione di questo contesto si ha in P. CARETTI, *Diritto Fondamentali: Libertà e Diritti Sociali*, cit. pp.213 e sgg. mentre per un commento sul nuovo accordo cfr. R. COPPOLA, *Osservazioni sull’accordo di modificazioni del Concordato Lateranense*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fascicolo 3 anno 1984, pp. 697 e sgg.

dibattito molto forte al fine di cambiare alcuni aspetti di questa disciplina e, infine, si pervenne ad un accordo recepito dalla legge 121 e da un Protocollo Addizionale.

Escludendo dal ragionamento alcune modifiche rilevanti in tema ma estranee alla nostra trattazione, come ad esempio la scomparsa del rango di religione di Stato per il Cattolicesimo o una nuova regolamentazione degli effetti del matrimonio e del divorzio fra ordinamento ecclesiastico e quello italiano, possiamo vedere come l'accordo introdusse solo lievi novità nei rapporti tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede in tema di istruzione.

L'articolo 10 del nuovo documento confermò per i docenti dell'Università del Sacro Cuore la necessità dell'assenso proveniente dall'autorità ecclesiastica, non più chiamato nulla osta ma "gradimento", mentre la presenza dell'insegnamento religioso all'interno degli istituti pubblici fu risolto con il ricorso al principio della "libera scelta degli interessati", senza affrontare il cuore del problema: la compatibilità di una materia a forte valenza confessionale con la libertà nella scuola.

Si rese ancora una volta indispensabile a tal proposito l'iniziativa del Giudice delle Leggi che con le sentenze 203 del 1989 e 13 del 1991 individuò il nuovo punto di equilibrio.

La Corte, ritenendo che oramai la Repubblica avesse acquisito una fisionomia laica⁵⁵⁹, si mostrò comunque favorevole all'insegnamento della religione cattolica in base "a) il valore formativo della cultura religiosa, sotto cui s'inscrive non più una religione, ma il pluralismo religioso della società civile; b) l'acquisizione dei principi del cattolicesimo al <patrimonio storico del popolo italiano>", negando, nel contempo, l'obbligatorietà di un insegnamento sostitutivo all'ora prevista in quanto "per quanti decidano di non avvalersene l'alternativa è uno stato di non-obbligo. La previsione infatti di altro insegnamento obbligatorio verrebbe a costituire condizionamento per quella interrogazione della coscienza, che deve essere conservata attenta al suo unico oggetto: l'esercizio della libertà costituzionale di religione."⁵⁶⁰

Nel nuovo millennio possiamo ancora registrare due focolai di confronto tra libertà nella scuola e libertà della scuola declinata nella sua componente religiosa o confessionale.

In primis, la questione interna alle modalità di designazione incise dai Patti Lateranensi, per quanto modificati, riespose con il cosiddetto caso "Lombardi Vallauro".

⁵⁵⁹ Cfr. sentenza 203/1989: "La scelta confessionale dello Statuto Albertino, ribadita nel Trattato lateranense del 1929, viene così anche formalmente abbandonata nel Protocollo addizionale all'accordo del 1985, riaffermandosi anche in un rapporto bilaterale la qualità di Stato laico della Repubblica italiana."

⁵⁶⁰ Entrambe le citazioni sono tratte dalla sentenza 203 del 1989, la 13 del 91 è incentrata sulla definizione del concetto di non-obbligo: "Va anzi ribadito che dinanzi alla proposta dello Stato alla comunità dei cittadini di fare impartire nelle proprie scuole l'insegnamento di religione cattolica, l'alternativa è tra un sì e un no, tra una scelta positiva ed una negativa: di avvalersene o di non avvalersene. A questo punto la libertà di religione è garantita: il suo esercizio si traduce, sotto il profilo considerato, in quella risposta affermativa o negativa. E le varie forme di impegno scolastico presentate alla libera scelta dei non avvalentisi non hanno più alcun rapporto con la libertà di religione."

Il professor Lombardi Vallauro, similmente a quanto avvenuto nel caso Cordero, riteneva illegittimo il mancato conferimento dell'incarico annuale come docente dell'Università del Sacro Cuore in quanto sprovvisto del gradimento delle autorità ecclesiastiche, gradimento in passato presente e poi revocato in base ad alcune esternazioni del professore⁵⁶¹, e adiva la giustizia amministrativa per ottenerne l'annullamento⁵⁶².

La vicenda, arrivata in Consiglio di Stato dopo la pronuncia di I grado del TAR Lombardia sfavorevole al Vallauro, si esaurì nell'ordinamento italiano con la sentenza 1762 del 2005 dei giudici di Palazzo Spada, che considerarono infondate le pretese del ricorrente confermando i contenuti della precedente giurisprudenza costituzionale.

Se nei decenni precedenti il sindacato italiano sui diritti poteva dirsi esclusivo, a complicare, o, a seconda dei punti di vista, definire meglio, il rapporto si posa il concetto di libertà di istruzione così come ricostruito dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Questa, all'articolo 2 del Protocollo Addizionale numero 1, prescrive che "Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di assicurare tale educazione e tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche"; l'offerta di istruzione, anche in campo privato, non deve valicare il cosiddetto "indottrinamento", ossia il mancato rispetto delle convinzioni filosofiche o religiose dei genitori degli studenti⁵⁶³.

La Corte, pur esercitando la propria giurisdizione unicamente nei casi di pretesa lesione di un diritto da parte di uno Stato, si interessò alla vicenda in quanto Vallauro lamentava una serie di violazioni di diritti contenuti all'interno della Convenzione, tra cui la libertà di espressione.

I giudici nel metodo⁵⁶⁴ ritennero fondate le richieste del ricorrente, in particolare era a loro dire dirimente l'assenza di una motivazione e di altre garanzie procedurali durante la valutazione di gradimento ecclesiastico, ma nel merito non presero posizione nel confronto, divenuto oramai scontro, tra libertà di insegnamento e libertà della scuola, anzi, in un passo sembrerebbero legittimare⁵⁶⁵ la presenza di requisiti etici come il gradimento.

⁵⁶¹ E. GIARNIERI, *Ulteriori considerazioni sul caso Lombardi Vallauro*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, fascicolo 1 anno 2008, pp.546 ricorda come vi siano comunque delle differenze fra i due casi. In quello Cordero vi fu una revoca in corso dell'insegnamento del nulla osta, in quello Vallauro si trattò di un mancato reincarico.

⁵⁶² Il caso nuovamente suscitò l'interesse della dottrina per una questione che, ad onor del vero, non sembrava essersi sopita con la pronuncia del 72 della Corte Costituzionale. Possiamo citare L. PEDULLÀ, *La libertà di insegnamento nel rapporto tra scuola pubblica e privata oggi: problematiche costituzionali, diritti multiculturali e multiconfessionali cit.*, E. GIARNIERI, *Ulteriori considerazioni sul caso Lombardi Vallauro cit.*, pp. 543 e sgg. e V. TURCHI, *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* numero 29 del 2012, pp. 1 e sgg.

⁵⁶³ V. TURCHI, *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo cit.* pp. 34.

⁵⁶⁴ Si veda sentenza 39128/2008.

⁵⁶⁵ Cfr. sentenza 39128/2008: "Essa osserva anche che, in alcuni istituti, la religione può costituire un requisito professionale, considerata l'etica dell'organizzazione (v., al paragrafo 23, l'articolo 4 della direttiva comunitaria, 78/2000/CE). In queste condizioni, la Corte ritiene che la decisione del Consiglio di Facoltà poteva essere

Come intuibile, non essendo risolto all'origine il conflitto, è lecito aspettarsi, in futuro, nuove controversie a tal riguardo.

Il secondo aspetto non ancora chiarito, se non come vedremo in via pretoria, si inquadra ancora una volta su quella scia di natura ibrida derivante dall'incidenza della religione cattolica sulla scuola pubblica.

Se in una qualche misura le polemiche sull'insegnamento della materia religiosa sembrerebbero essersi placate, non è possibile affermare lo stesso per il ruolo del crocifisso cattolico all'interno delle aule scolastiche.

Concentrando la nostra attenzione sull'esposizione di questo simbolo religioso all'interno della scuola italiana, alcuni autori⁵⁶⁶ hanno infatti sviluppato ragionamenti comparati. Possiamo riscontrare come nel 2002 la signora Soile Tuulikki Lautsi promosse un'iniziativa legale presso il TAR Veneto per rimuovere il crocifisso dalla scuola frequentata dai propri figli, dopo il rifiuto espresso dal relativo dirigente scolastico.

Questa tradizione trova la propria sede elettiva legale non all'interno dei Patti Lateranensi, o del successivo accordo di revisione, quanto in una serie di atti a natura regolamentare⁵⁶⁷ di epoca monarchica degli anni Venti che non furono mai abrogati o riformulati in epoca repubblicana.

Il TAR Veneto decise di interpellare la Corte Costituzionale che, nel 2004, con l'ordinanza 389 dichiarò inammissibile la questione rilevando come questa non potesse essere sottoposta al suo sindacato avendo, come detto, l'atto citato natura regolamentare⁵⁶⁸⁵⁶⁹.

considerata come ispirata dallo scopo legittimo di tutelare un «diritto altrui», che si manifesta nell'interesse dell'Università ad ispirare il proprio insegnamento alla dottrina cattolica.”

⁵⁶⁶ V. TURCHI, *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*, cit. pp. 44 e sgg. promuove un'interessante comparazione con analoghe vicende sorte in Francia a proposito, tuttavia, del velo islamico; la questione è molto interessante, anche per capire come questa manifestazione della sussidiarietà orizzontale trova spazio in altri ordinamenti, ma imporrebbe una trattazione eccessivamente dispersiva.

⁵⁶⁷ La controversia trae origine proprio dal fatto che il regio decreto 965 del 1924, contenente l'articolo 118 diretto alla previsione del Crocifisso nelle aule, all'epoca godeva dello *status* di atto regolamentare tanto che la difesa della signora li attribuiva valenza normativa in base ad Leggi successive.

⁵⁶⁸ Cfr. ordinanza 389/2004: “che l'impugnazione delle indicate disposizioni del testo unico si appalesa dunque il frutto di un improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme regolamentari richiamate: norme prive di forza di legge, sulle quali non può essere invocato un sindacato di legittimità costituzionale, né, conseguentemente, un intervento interpretativo di questa Corte; che, pertanto, la questione proposta è, sotto ogni profilo, manifestamente inammissibile.”

⁵⁶⁹ Diversi autori, a prescindere dalla loro opinioni sul merito della vicenda, hanno messo in luce il carattere pilatesco della sentenza che preferisce non prendere posizione su una questione ritenuta prerogativa del Legislatore. S. CECCANTI, *Crocifisso: dopo l'ordinanza 389/2004. I veri problemi nascono ora*, in <http://www.forumcostituzionale.it> mette in luce, in assenza di interventi legislativi, la probabile anarchia giudiziaria derivante da una situazione del genere, A. PUGIOTTO, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, in <http://www.forumcostituzionale.it> definisce la pronuncia “pilatesca” mentre A. G. M. CHIZZONITI, *Identità culturale e religiosa degli italiani ed esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. La Corte costituzionale si interroga, ma non si espone*, in <http://www.olir.it> pone in luce come i giudici abbiano recepito il dato sociologico a favore dell'esposizione del simbolo, condiviso in larga parte anche dai non cattolici.

Il TAR Veneto, incardinata nuovamente presso di esso la controversia, con la sentenza 1110 del 2005, pur riconoscendo la centralità della laicità all'interno della nostra Repubblica⁵⁷⁰, osservò come non si potesse fornirne di essa un'interpretazione universale⁵⁷¹ essendo diversi i costumi e le tradizioni; nel nostro caso, assodata l'importanza storica del Cristianesimo in Italia⁵⁷² e dello stesso crocifisso all'interno di più congregazioni religiose, i giudici amministrativi si espressero ritenendo legittimo l'atto impugnato e rigettando il ricorso.

Il Consiglio di Stato, adito in secondo grado, confermava la decisione del TAR nella pronuncia 556. accogliendo una fisionomia relativa del concetto di laicità il cui contenuto può legittimamente essere diverso per ogni sistema giuridico⁵⁷³, rappresentando nel contempo per i non credenti un simbolo e una fonte di valori altamente educativi⁵⁷⁴.

È interessante comunque vedere come la giurisprudenza amministrativa si fosse, nel caso di specie, distaccata da quanto affermato dalla corte di Cassazione nella sentenza 4273 del 2000 in cui si affermò la valenza lesiva che può assumere il crocifisso in certi luoghi pubblici.

Esauriti, a questo punto, i mezzi di ricorso interni la signora Lautsi decise di proporre ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo⁵⁷⁵ e in primo grado la Corte accolse le sue doglianze con la decisione 30814/06 del 3 novembre 2009 che condannò lo Stato Italiano

⁵⁷⁰ Cfr. sentenza 1110/2005: "Invero, come ben esplicitato nella citata ordinanza n. 56/04 di questo TAR, la laicità dello Stato italiano costituisce, secondo il Giudice delle leggi, un principio supremo, emergente dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, e, dunque, "uno dei profili della forma di Stato delineata dalla Carta costituzionale della Repubblica", (così Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203) e nel quale "hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse" (Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 440)."

⁵⁷¹ Cfr. sentenza 1110/2005 "Il riferimento a decisioni giurisdizionali assunte in diversi ordinamenti fa desumere che il principio di laicità dello Stato faccia parte ormai del patrimonio giuridico europeo e delle democrazie occidentali, ma implica altresì che dalla sua applicazione nei casi specifici si possono trarre diverse conseguenze in relazione alla liceità dell'esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici. 7.6. Va aggiunto che altri concetti, pur richiamati dalle pronunce straniere e ripresi da una copiosa dottrina, non appaiono invece utilizzabili nella presente controversia: ad esempio, appare dubbia la possibilità di richiamare il concetto di laicità attiva quale contrapposta a quella cosiddetta passiva, anche perché tale distinzione appare di difficile configurazione nel nostro ordinamento costituzionale, che accanto alla libertà religiosa ammette anche il regime concordatario."

⁵⁷² Cfr. sentenza 1110/2005 "Si può quindi sostenere che, nell'attuale realtà sociale, il crocifisso debba essere considerato non solo come simbolo di un'evoluzione storica e culturale, e quindi dell'identità del nostro popolo, ma quale simbolo altresì di un sistema di valori di libertà, eguaglianza, dignità umana e tolleranza religiosa e quindi anche della laicità dello Stato, principi questi che innervano la nostra Carta costituzionale. In altri termini, i principi costituzionali di libertà hanno molte radici, e una di queste indubbiamente è il cristianesimo, nella sua stessa essenza. Sarebbe quindi sottilmente paradossale escludere un segno cristiano da una struttura pubblica in nome di una laicità, che ha sicuramente una delle sue fonti lontane proprio nella religione cristiana."

⁵⁷³ Cfr. sentenza 556/2006 "La laicità, benché presupponga e richieda ovunque la distinzione tra la dimensione temporale e la dimensione spirituale e fra gli ordini e le società cui tali dimensioni sono proprie, non si realizza in termini costanti e uniformi nei diversi Paesi, ma, pur all'interno della medesima civiltà, è relativa alla specifica organizzazione istituzionale di ciascuno Stato, e quindi essenzialmente storica, legata com'è al divenire di questa organizzazione".

⁵⁷⁴ Cfr. sentenza 556/2006: "In una sede non religiosa, come la scuola, destinata all'educazione dei giovani, il crocifisso potrà ancora rivestire per i credenti i suoi accennati valori religiosi, ma per credenti e non credenti la sua esposizione sarà giustificata ed assumerà un significato non discriminatorio sotto il profilo religioso, se esso è in grado di rappresentare e di richiamare in forma sintetica immediatamente percepibile e intuibile (al pari di ogni simbolo), valori civilmente rilevanti(...) ed in tal senso il crocifisso potrà svolgere, anche in un orizzonte laico, diverso da quello religioso che gli è proprio, una funzione simbolica, altamente educativa, a prescindere dalla religione professata dagli alunni".

⁵⁷⁵ V. TURCHI, *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo cit.* pp. 44 e sgg e G. PUPPINCK, *Il caso Lautsi contro l'Italia*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale 13 febbraio 2012 pp. 1 e sgg.

per la violazione dell'articolo 2, del protocollo numero 1, rivisto nel combinato disposto con l'articolo 9, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

I giudici, partendo dal presupposto secondo cui lo Stato è tenuto ad assicurare il pluralismo nella scuola pubblica, e quindi la libertà nella scuola, si interrogarono sulla potenziale carica lesiva del crocifisso ritenendo come la religiosità intrinseca a questo simbolo fosse astrattamente dannosa per i non cattolici⁵⁷⁶: “Lo Stato è tenuto alla neutralità confessionale nel contesto dell'educazione pubblica dove la presenza ai corsi è richiesta senza tener conto della religione e deve cercare di inculcare agli studenti un pensiero critico” e per quanto il crocifisso possa vantare anche altri significati, per ricollegarsi alle parole della sentenza 13 del 1991 è patrimonio storico italiano, quello religioso è prevalente secondo la Corte⁵⁷⁷.

La questione, divenuta oramai internazionale per la vasta eco prodotta, non terminò con la sentenza citata ma fu risolta in modo definitivo solo con la decisione dalla Grande Camera, organo di appello del Sistema Sovranazionale CEDU, la quale rese la sua valutazione il 18 marzo del 2011 ribaltando la sentenza di primo grado e accogliendo le posizioni dell'Italia contro la signora Lautsi.

La Corte argomentò come non spettasse a questo organo accertare se il crocifisso fosse compatibile o meno con il principio di laicità declinato nell'ordinamento italiano⁵⁷⁸ ma solo dispensare giustizia in caso di lesioni della disciplina CEDU, nel caso di specie assenti. Non solo, nei passi successivi i giudici accettarono un principio di laicità relativo e distinto per ogni

⁵⁷⁶ Cfr. 30814/2006 :“Ciò che può essere incoraggiante per alcuni studenti religiosi, può essere emotivamente fonte di turbamento per studenti di altre religioni o per coloro che non professano alcuna religione. Questo rischio è particolarmente presente tra gli studenti che appartengono a minoranze religiose”

⁵⁷⁷ V. TURCHI, *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*, cit. pp. 54 sostiene come la Corte abbia in questo caso accolto le doglianze della signora Lautsi in quanto propensa a ritenere il crocifisso come una forma di indottrinamento che, come tale, sarebbe preclusa nel quadro del sistema CEDU, soprattutto se rivolta come nel caso di specie nei confronti di minori.

⁵⁷⁸ La Corte poc'anzi cita espressamente il principio di sussidiarietà ma è ragionevole credere, in virtù del suo richiamo a proposito del riparto della competenza fra sistema italiano e quello sovranazionale, che questo abbia dimensione verticale. Cionondimeno è opportuno ritenere come, pur essendo invocato nella sua accezione verticale, nel caso di specie la sussidiarietà acquisisca una valenza anche orizzontale nella misura in cui, subito dopo, la Corte afferma di non essere competente a definire la laicità nel sistema italiano.

tradizione statale⁵⁷⁹, negando⁵⁸⁰ potesse essere formulato un giudizio che la dottrina ha definito “sull’essere di uno Stato”⁵⁸¹.

A giudicare dalla risonanza avuta dalla sentenza possiamo, in conclusione, asserire come il dibattito tra libertà della scuola e nella scuola oggi alla luce del ruolo del crocifisso possa ritenersi risolto secondo un criterio, ancora una volta, improntato alla risoluzione di un’antinomia ritenuta dai giudici soltanto apparente⁵⁸².

La presenza di un simbolo come il crocifisso può considerarsi legittimo in quanto fonte di molteplici significati, tra cui quello religioso, intimamente legati alla tradizione italiana e una sua rimozione giustificata dalla laicità, in una sua valenza ermeneutica simile a quella propria dell’ordinamento francese ad esempio, si tradurrebbe in un atto autoritario, in una violazione di quella sfera intima dell’individuo.

Potrebbe essere, anche in questo ambito, risolutiva proprio la sussidiarietà orizzontale identificata come criterio di risoluzione dei conflitti fra sfera pubblica e autonomia privata.

In questi casi non è peregrino ipotizzare che la sussidiarietà possa assolvere alla funzione di criterio di ricomposizione dei conflitti, secondo quella impostazione già sottolineata in precedenza.

In questo scenario presupposto indefettibile è un’attuazione della sussidiarietà orizzontale, meglio a livello Sovranazionale con una direttiva europea in grado di lasciare un margine di apprezzamento agli Stati membri; questo, come visto proprio nel caso Lautsi, garantirebbe un rispetto delle varie sensibilità nazionali, prevenendo fenomeni di rigido accentrimento giacobino sul terreno continentale.

⁵⁷⁹ Cfr. Ricorso 30814/2006: “Secondo la Corte, la decisione di perpetuare o no una tradizione rientra in linea di principio nel margine di valutazione dello Stato convenuto. La Corte deve peraltro tener conto del fatto che l’Europa è caratterizzata da una grande diversità tra gli Stati che la compongono, in particolare sul piano dell’evoluzione culturale e storica. Sottolinea tuttavia che il riferimento ad una tradizione non può esonerare uno Stato contraente dal suo obbligo di rispettare i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli. Quanto al punto di vista del Governo sul significato del crocifisso, la Corte constata che il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione hanno delle posizioni divergenti in proposito e che la Corte costituzionale non si è pronunciata (precedenti paragrafi 16 e 23). Ora non spetta alla Corte prendere posizione su un dibattito tra giurisdizioni interne. 69. Resta il fatto che gli Stati contraenti godono di un margine di valutazione quando si tratta di conciliare l’esercizio delle funzioni che essi assumono nel campo dell’educazione e dell’insegnamento con il rispetto del diritto dei genitori di assicurare questa educazione e questo insegnamento in conformità alle loro convinzioni religiose e filosofiche”.

⁵⁸⁰ Cfr. Ricorso 30814/2006: “Nel caso di specie la Corte ne deduce che la scelta della presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche rientra in linea di principio nel margine di valutazione dello Stato convenuto. Inoltre, il fatto che non esista un consenso europeo sulla questione della presenza dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche (precedenti paragrafi 26-28) avvalorava tutto sommato questo orientamento. Questo margine di valutazione va tuttavia di pari passo con un controllo europeo (vedere, per esempio, *mutatis mutandis*, la sentenza Leyla Şahin succitata, § 110), poiché il compito della Corte consiste nel caso specifico nell’accertarsi che il limite di cui al precedente paragrafo 69 non sia stato oltrepassato.”

⁵⁸¹ G. PUPPINCK, *Il caso Lautsi contro l’Italia*, cit., p. 14

⁵⁸² G. PUPPINCK, *Il caso Lautsi contro l’Italia*, cit., p. 48 cita numerose sentenze successive in cui è citato il caso Lautsi direttamente o indirettamente; alcuni esempi sono “Schalk e Kopf c. Germania” o “A. B. e C. contro l’Irlanda”.

4.2 Dal sistema statale al sistema nazionale ed integrato di istruzione: l'autonomia scolastica e universitaria.

“Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.”

(Articolo 33 comma VI della Costituzione)

La prima legge Bassanini ha introdotto nel nostro ordinamento un sistema scolastico nazionale ed integrato, in cui assume rilevanza il rapporto dialettico tra istituti privati e pubblici.

Il secondo aspetto caratteristico di questo nuovo equilibrio in tema di istruzione è rappresentato dall'autonomia acquisita, dopo la legge 59 del 1997, dalle scuole senza alcuna distinzione in base alla natura del gestore.

Il concetto di autonomia non era del tutto estraneo all'istruzione ma, in precedenza, era confinato alle istituzioni di alta cultura, università ed accademie; è spontaneo, pertanto chiedersi, in cosa consista questa autonomia e, in secondo luogo, se l'autonomia scolastica sia nozione equivalente a quella universitaria o degli enti di alta cultura.

L'autonomia universitaria è una conquista relativamente recente essendo frutto del pensiero liberale⁵⁸³ e in Italia è stata recepita forgiando un modello ibrido tra quello unitario francese e quello composito tedesco, instabile proprio per l'assenza di un archetipo univoco di riferimento⁵⁸⁴.

L'incertezza genetica si è riflessa nitidamente nell'epoca fascista dove, dapprima, sotto Gentile, si accentuarono i tratti autonomistici di matrice tedesca con il regio decreto 2102 del 1923, conferendo personalità giuridica alle università e, in un secondo momento, sia con il regio decreto 592 del 1933 sia con il regio decreto legge 1071 del 1935 si “sdoppiò” il concetto di autonomia universitaria confermando quella, diventata ordinamentale⁵⁸⁵, legata alla facoltà di autoprodurre delle regole sulla didattica e associando quella organizzativa, che si risolse soprattutto nel potere di designazione dei docenti, alle prerogative ministeriali.

Il pendolo, successivamente, si mosse di nuovo verso una valorizzazione delle attribuzioni universitarie con il decreto legislativo luogotenenziale 238 del 1945, il quale eliminò il potere

⁵⁸³A. D'ATENA, *L'autonomia universitaria*, cit. pp. 106 e sgg. S. CASSESE, *Discussioni sull'autonomia universitaria*, in *il Foro Italiano* volume 113, anno 1990, pp. 205 e sgg. e P. AQUILANTI – A. DE ANTONIIS, *Appunti sui disegni di legge in materia di autonomia universitaria*, in *il Foro Italiano*, volume 113, anno 1990, pp. 91 e sgg.

⁵⁸⁴S. CASSESE, *Discussioni sull'autonomia universitaria*, cit., p. 206.

⁵⁸⁵R. ROTA, *Le “regole” dell'autonomia universitaria. Brevi riflessioni sul cambiamento*, in *Amministrazione in cammino* del 28/7/2006, p. 2.

di sostituzione del ministro e costruì quel sostrato utilizzato dai padri Costituenti nella formulazione dell'articolo 33⁵⁸⁶.

Questo risulta orientato, soprattutto analizzando il combinato disposto tra il I comma sulla libertà di insegnamento e il VI, alla tutela dell'autonomia universitaria non in quanto strumentale ad una più efficiente azione amministrativa quanto, e piuttosto, per facilitare la promozione del "progresso della scienza" da parte delle università e degli enti di alta cultura⁵⁸⁷. L'autonomia plasmata da Gentile, definita anche dalla dottrina⁵⁸⁸ in termini di "triplice autonomia" esplicandosi negli ambiti didattici, organizzativi e finanziari, fu ripresa e sviluppata su due versanti.: uno esterno, nel rapporto tra l'ente autonomo e i poteri dello Stato, e uno interno, congiunto alla potestà pianificatoria, all'articolazione delle competenze riconosciute e ai poteri in cui l'autonomia si concretizza⁵⁸⁹.

Nel primo caso l'articolo 33 enuclea una riserva che è, contemporaneamente, assoluta nei confronti dell'Esecutivo, in quanto solo e soltanto una legge è idonea ad incidere l'ambito dell'autonomia contemplata dalla Costituzione, e "necessariamente"⁵⁹⁰ relativa nei confronti del potere Legislativo, il quale non potrà espropriare la garanzia disposta dall'articolo 33 o svuotarla nella sua valenza sostanziale per mezzo di una normativa minuziosamente di dettaglio.

A tal proposito parte della dottrina ha osservato⁵⁹¹ come manchi, all'interno del VI comma, una ripartizione certa delle competenze tra Stato e istituzioni di alta cultura, comprese le università, tanto che ciò ha nel tempo legittimato una serie di interventi legislativi talvolta eccessivamente lesivi della garanzia costituzionale.

Al di là del dato formale è comunque possibile ricavare alcuni vincoli ulteriori, discendenti da un'interpretazione sistematica del *corpus* normativo.

Ponendo in combinato disposto il comma I con il VI, riscontriamo un primo sbarramento costituito dalla libertà di insegnamento o nella scuola; questa, infatti, non può essere lesa da un'azione legislativa, fatta parziale esclusione per le dinamiche inerenti gli istituti privati già viste in precedenza.

In secundis, l'autonomia del VI comma non può risolversi nella creazione di strutture monolitiche o accentrate sul modello della pubblica amministrazione dell'Ottocento e, proprio

⁵⁸⁶ P. AQUILANTI - A. DE ANTONIIS, *Appunti sui disegni di legge in materia di autonomia universitaria*, in il Foro Italiano, volume 113, anno 1990 pp. 91.

⁵⁸⁷ A. D'ATENA, *L'autonomia universitaria*, cit. cit. pp. 106 e sgg.

⁵⁸⁸ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione* cit., p. 170.

⁵⁸⁹ A. D'ATENA, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 111

⁵⁹⁰ A. D'ATENA, *L'autonomia universitaria*, cit., p.111; l'Autore ritiene che sia escluso il riconoscimento di una potestà legislativa sulla materia in capo alle Regioni.

⁵⁹¹ R. ROTA, *Le "regole" dell'autonomia universitaria. Brevi riflessioni sul cambiamento* cit., p. 2 e A. D'ATENA, *L'autonomia universitaria*, cit., pp. 117 non enfatizza questo punto sottolineando l'azione legislativa non possa mai estendersi all'*an* dell'autonomia ma solo al *quantum*.

per perseguire questo scopo, il Legislatore è obbligato a garantire diversi centri decisionali ed organizzativi informati ad una logica non gerarchica ma paritaria⁵⁹².

Infine, è necessaria una concreta legittimazione processuale per assicurare una tutela giurisdizionale tanto a chi adduce di essere lesa dalla condotta delle istituzioni di alta formazione quanto per rendere garantibili a quest'ultime le proprie prerogative nei confronti di terzi.

Il disegno complessivo ha, tuttavia, mostrato in tema di autonomia universitaria alcune crepe nella sua realizzazione tanto da indurre parte della dottrina a parlare di una sostanziale inattuazione dell'articolo 33 VI comma⁵⁹³.

Nel tentativo di ovviare a questa situazione pregiudizievole il Legislatore approvò la legge 168 del 1989 ("Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica").

L'atto, oltre, come suggerisce il nome, a fondare un apparato amministrativo finalizzato esclusivamente alle esigenze dell'università e della ricerca, consacra all'articolo 6 l'autonomia universitaria e degli enti di alta cultura, specificando, in base al comma II, che solo le norme espressamente dirette alla loro disciplina siano compatibili con il VI comma dell'articolo 33⁵⁹⁴ e individua il concetto di autonomia nei suoi diversi profili, ponendo in risalto soprattutto quella contabile e finanziaria per mezzo di un regolamento adottabile dalle stesse università in grado di derogare le norme di contabilità statale⁵⁹⁵.

Tuttavia solo un anno più tardi la legge 341 del 1990 ("Riforma degli ordinamenti didattici universitari") si inquadra, in una reviviscenza di quel pendolo fra moduli centralistici e autonomistici a cui sono informate le università in Italia, in una logica diversa, ritenuta dalla dottrina⁵⁹⁶ "peggiorativa" della condizione pregressa.

⁵⁹² A. D'ATENA, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 120 sottolinea come l'autonomia universitaria debba garantire la libertà del singolo, quella partecipativa dei collegi e, infine, quella degli organi centrali di Ateneo.

⁵⁹³ P. AQUILANTIE A. DE ANTONIIS, *Appunti sui disegni di legge in materia di autonomia universitaria*, cit., p. 92.

⁵⁹⁴ Articolo 6 comma II: "Nel rispetto dei principi di autonomia stabiliti dall'articolo 33 della Costituzione e specificati dalla legge, le università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento. È esclusa l'applicabilità di disposizioni emanate con circolare."

⁵⁹⁵ Articolo 7 comma VII: "A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, le università possono adottare un regolamento di ateneo per l'amministrazione, la finanza e la contabilità, anche in deroga alle norme dell'ordinamento contabile dello Stato e degli enti pubblici, ma comunque nel rispetto dei relativi principi" La previsione risulta rafforzata dall'articolo 16 comma II che pone una sorta di automatica entrata in vigore dei principi a cui i regolamenti contabili delle singole università devono essere subordinati: "Decorso comunque un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, in mancanza della legge di attuazione dei principi di autonomia, gli statuti delle università sono emanati con decreto del rettore nel rispetto delle norme che regolano il conferimento del valore legale ai titoli di studio e dei principi di autonomia di cui all'articolo 6, secondo le procedure e le modalità ivi previste. In tal caso gli statuti, sentito il consiglio di amministrazione, sono deliberati dal senato accademico, integrato:" S. CASSESE, "Discussioni sull'autonomia universitaria", op. cit. p. 207 fa notare come a riprova dell'avvenuta valorizzazione dell'autonomia universitaria vi sia la constatazione secondo cui ad un regime unico di disciplina contabile si sostituisca uno composito frutto di una molteplicità di regolamenti.

⁵⁹⁶ A. D'ATENA, *L'autonomia universitaria*, cit. pp. 125 e sgg. e A. CORPACI, *Ambito e contenuti dell'autonomia universitaria alla luce della recente legislazione di riforma*, in *il Foro Italiano*, volume 116 numero 2, anno 1993 pp. 111.

Il Legislatore decise di aprire l'autonomia universitaria, tutelata dalla riserva di legge assoluta, anche ai regolamenti governativi e ministeriali⁵⁹⁷, nonché di subordinare il regolamento didattico di ateneo all'approvazione del relativo dicastero⁵⁹⁸.

Questo *trend* è poi proseguito con la legge 127 del 1997 ("Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo") che, riformulando l'articolo 9 comma IV, conferì al Ministero dell'università e della ricerca scientifica il potere di limitare l'accesso ai corsi di laurea con semplice regolamento, violando ancora una volta la riserva di legge assoluta contemplata dall'articolo 33 comma VI.

La tensione normativa, derivante da questo indirizzo perseguito dal Legislatore, arrivò presso la Corte Costituzionale, che si espresse in merito all'articolo 9 ma la cui pronuncia può considerarsi estensibile anche a quelle situazioni, presenti già nella legge 341, in cui l'autonomia delle istituzioni di alta cultura sia regolata da semplice regolamento.

La sentenza 383 del 1998 specificò come le riserve di legge si differenziassero a seconda della loro natura chiusa o "aperta"⁵⁹⁹, in base "alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia ch'essa stessa ha operato".

Nel caso di specie ricorrerebbe una riserva aperta che renderebbe conforme al dettato Costituzionale la formulazione delle leggi 127 del 1997 e 341 del 1990⁶⁰⁰.

La dottrina⁶⁰¹ mise in luce le numerose contraddizioni della decisione del Giudice delle Leggi, a cominciare dalla qualificazione della riserva come aperta e non chiusa⁶⁰², la pertinenza dei

⁵⁹⁷ Articolo 9 comma IV e 10 comma VIII.

⁵⁹⁸ Articolo 11 comma I: "L'ordinamento degli studi dei corsi di cui all'art. 1, nonché dei corsi e delle attività formative di cui all'art. 6, comma 2, è disciplinato, per ciascun ateneo, da un regolamento degli ordinamenti didattici, denominato <<regolamento didattico di ateneo>>. Il regolamento è deliberato dal senato accademico, su proposta delle strutture didattiche, ed è inviato al Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica per l'approvazione. Il Ministro, sentito il CUN, approva il regolamento entro 180 giorni dal ricevimento, decorsi i quali senza che il Ministro si sia pronunciato il regolamento si intende approvato. Il regolamento è emanato con decreto del rettore."

⁵⁹⁹ "La "riserva di legge" assicura il monopolio del legislatore nella determinazione delle scelte qualificanti nelle materie indicate dalla Costituzione, sia escludendo la concorrenza di autorità normative "secondarie", sia imponendo all'autorità normativa "primaria" di non sottrarsi al compito che solo a essa è affidato. Tale valenza è generale e comune a tutte le "riserve". Dipende invece dalle specifiche norme costituzionali che le prevedono, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica, il carattere di ciascuna riserva, carattere chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia ch'essa stessa ha operato."

⁶⁰⁰ Cfr. sentenza 383 del 1998: "Nella specie, la riserva di legge in tema di accesso ai corsi universitari, come prevista dalla Costituzione, non è tale da esigere che l'intera disciplina della materia sia contenuta in legge. Viene in considerazione, innanzitutto, il rapporto tra la legge e l'autonomia universitaria prevista dall'ultimo comma dell'art. 33 della Costituzione, rapporto nel quale le previsioni legislative valgono come "limiti", che non sarebbero più tali ove le disposizioni di legge fossero circostanziate al punto da ridurre le università, che la Costituzione vuole dotate di ordinamenti autonomi, al ruolo di meri ricettori passivi di decisioni assunte al centro."

⁶⁰¹ A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'università*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, anno 1998 pp. 3332-3338.

⁶⁰² A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'università*, cit. p. 3333 fa notare come lo stesso *discrimen* fra riserve chiuse e aperte sia una creazione della Corte in quanto, in dottrina, si usa distinguere tra riserve assolute e relative in base al linguaggio terminologico utilizzato dalla Carta Costituzionale.

richiami presenti alla disciplina delle Comunità Europee in funzione giustificativa dell'intervento⁶⁰³ e al linguaggio usato che aprirebbe le porte agli atti amministrativi sulla base di una semplice verifica sull'idoneità regolativa delle leggi a ordinare una materia⁶⁰⁴.

I tratti centralistici sembrerebbero, negli ultimi quindici anni, addirittura preminenti rispetto a quelli autonomistici come precisato da alcuni studiosi⁶⁰⁵, soprattutto con riguardo alla legge 240 del 2010 (“Norme in materia di organizzazione delle università, del personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario”).

La legge 240, pur richiamando *ex* articolo 1 comma II, l'autonomia universitaria è decisamente orientata verso una sua compressione, vincolando quest'ultima ad “una stabilità e sostenibilità del bilancio, nonché risultati di elevato livello nel campo della didattica e della ricerca”⁶⁰⁶, un consolidamento delle prerogative ministeriali⁶⁰⁷ e una definizione degli organi necessari per ogni Ateneo con relative attribuzioni⁶⁰⁸.

Se questa, forse anche sbiadita dagli ultimi interventi, sembrerebbe essere l'autonomia universitaria è lecito affermare come quella scolastica presenti fisionomia distinta.

Quest'ultima è, in primo luogo, una nozione recente, introdotta nell'ordinamento unicamente con la legge 59 del 1997, più precisamente all'articolo 21 il quale, tuttavia, la subordina ad

⁶⁰³Cfr. sentenza 383 del 1998: “Vengono in considerazione, a questo proposito, e hanno valore decisivo varie direttive (78/686/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978; 78/687/CEE del Consiglio, di pari data; 78/1026/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1978; 78/1027/CEE del Consiglio, di pari data; 85/384/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1985; 89/594/CEE del Consiglio, del 30 ottobre 1989 e 93/16/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993). Esse concernono il reciproco riconoscimento, negli Stati membri, dei titoli di studio universitari sulla base di criteri uniformi di formazione, l'esercizio del diritto di stabilimento dei professionisti negli Stati dell'Unione nonché la libera prestazione dei servizi e riguardano, al momento, i titoli accademici di medico, medico-veterinario, odontoiatra e architetto. Le ricordate direttive prescrivono, in vista dell'analogia dei titoli universitari rilasciati nei diversi Paesi e del loro reciproco riconoscimento, standard di formazione minimi a garanzia che i titoli medesimi attestino il possesso effettivo delle conoscenze necessarie all'esercizio delle attività professionali corrispondenti. In tutti i casi cui le direttive si riferiscono, si prescrive che gli studi teorici si accompagnino necessariamente a esperienze pratiche, acquisite attraverso attività cliniche o, in genere, operative svolte nel corso di periodi di formazione e di tirocinio aventi luogo in strutture idonee e dotate delle strumentazioni necessarie, sotto gli opportuni controlli. E ciò implica e presuppone che tra la disponibilità di strutture e il numero di studenti vi sia un rapporto di congruità, in relazione alle specifiche modalità dell'apprendimento.” In realtà, come fatto notare da Antonio D'Atena p. 333, *op. cit.* non sarebbe automaticamente presente un vincolo volto all'introduzione del numero chiuso in quelle direttive.

⁶⁰⁴ Cfr. sentenza 383 del 1998 : “ Inoltre, sotto l'aspetto dei rapporti tra potestà legislativa e potestà normativa del Governo, nulla nella Costituzione esclude l'eventualità che un'attività normativa secondaria possa legittimamente essere chiamata dalla legge stessa a integrarne e svolgerne in concreto i contenuti sostanziali, quando - come nella specie - si versi in aspetti della materia che richiedono determinazioni bensì unitarie, e quindi non rientranti nelle autonome responsabilità dei singoli atenei, ma anche tali da dover essere conformate a circostanze e possibilità materiali varie e variabili, e quindi non facilmente regolabili in concreto secondo generali e stabili previsioni legislative.”

⁶⁰⁵ M. COCCONI e A. SANDULLI, *Riforma universitaria*, in *Il libro dell'anno del diritto amministrativo* 2012, pp. 370-375. Ricordiamoci inoltre come lo stesso Ministero dell'università e della ricerca fosse stato accorpato a quello dell'istruzione nel 2008.

⁶⁰⁶ Articolo 2 comma II.

⁶⁰⁷ M. COCCONI e A. SANDULLI, *Riforma universitaria cit.*, pp. 371-372 parlano di definizione di *standard*, approvazione di norme secondarie di dettaglio nonché di esercizio della funzione di vigilanza.

⁶⁰⁸ Articolo 2.

alcuni requisiti dimensionali, tanto da indurre parte della dottrina⁶⁰⁹ ad individuare già in questo profilo una prima differenza rispetto alle autonomie funzionali, in cui il relativo *status* non è soggetto a questi limiti⁶¹⁰.

Le istituzioni scolastiche, poi, secondo autorevole opinione si distinguerebbe rispetto alle Università per almeno altri due aspetti nei loro caratteri strutturali: la nomina del vertice e il rispetto di regole elaborate da un soggetto terzo⁶¹¹.

Questi due tratti hanno in comune la presenza di un organo estraneo, nel caso di specie il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, in possesso della facoltà di incidere sui componenti della comunità scolastica e sui fini da perseguire.

Il preside, infatti, pur vedendo il suo ruolo rafforzato rispetto al passato è sottoposto a valutazione dal nucleo scolastico regionale in seno all'ufficio scolastico regionale e non risponde al Consiglio di istituto nominato dai membri delle istituzioni scolastiche; al contrario il rettore è designato dai membri della comunità universitaria e gode di un'autonomia operativa maggiore rispetto alla sua controparte scolastica⁶¹².

La dottrina citata, pertanto, usa ricondurre tradizionalmente al novero delle "autonomie funzionali", inserite nel nostro *corpus legis* dall'articolo 1 comma IV lett. d)⁶¹³ della prima legge Bassanini, le università, mentre escluderebbe questo processo per le istituzioni scolastiche o, secondo altri studiosi, le collegherebbe⁶¹⁴ ad una seconda tipologia di autonomie funzionali, un modello più sfumato e con valenza per lo più descrittiva rispetto a quello plasmato per le università e le camere di commercio, che si risolverebbe nell'esercizio di alcune funzioni proprie sottratte a quelle degli enti locali.

Questa ricostruzione troverebbe, a loro dire, conferma alla luce di due misure posteriori alla prima legge Bassanini: il D.P.R. 275 del 1999 e la modifica del Titolo V.

Il D. P. R. 275 del 1999 ("Regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche, ai sensi dell'art. 21 della L. 15 marzo 1997, n. 59"), ex articolo 1 comma I specificò come "le istituzioni scolastiche sono espressioni di autonomia funzionale"⁶¹⁵, in qualche modo associandole all'analogo fenomeno relativo alle Camere di Commercio e alle Università.

⁶⁰⁹ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione cit.*, p. 167

⁶¹⁰ Forse l'affermazione oggi potrebbe essere riconsiderata alla luce del fatto che per le Camere di Commercio è prevista una soglia dimensionale, introdotta solo nel 2016.

⁶¹¹ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione cit.*, p. 173 e S. CASSESE, *Le Camere di commercio e l'autonomia funzionale*, Roma, Unioncamere 2000, pp. 1 e sgg.

⁶¹² A. CORPACI, *Ambito e contenuti dell'autonomia universitaria alla luce della recente legislazione di riforma.* cit. p. 121 e M. COCCONI E A. SANDULLI, *Riforma universitaria*, cit., pp. 372-373.

⁶¹³ Cfr. articolo 1 comma IV lettera d) legge 59/97: "4. Sono inoltre esclusi dall'applicazione dei commi 1 e 2: d) i compiti esercitati localmente in regime di autonomia funzionale dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e dalle università degli studi".

⁶¹⁴ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano Giuffrè 2001, p. 244. Parte minoritaria della dottrina è invece favorevole a ricondurle tra le autonomie funzionali a tutti gli effetti G. MAIFREDA, *Il senso delle parole*, in *Impresa e Stato* numero 88 anno 2010, pp. 98-101.

⁶¹⁵ Cfr. articolo 1 comma I: "Le istituzioni scolastiche sono espressioni di autonomia funzionale e provvedono alla definizione e alla realizzazione dell'offerta formativa, nel rispetto delle funzioni delegate alla Regioni e dei compiti

La revisione del Titolo V ha, nel 2001, introdotto l'autonomia scolastica in Costituzione ma, come osservato da acuta dottrina⁶¹⁶, la disposizione non fornisce una chiara tutela all'autonomia, consentendo una sua compressione e, unicamente, non una sua soppressione; al contrario, l'articolo 33 VI comma impone che la legge rispetti l'autogoverno dell'Università, degli enti di ricerca o delle accademie potendo, solo, compiere limitate operazioni di erosione. Sembrerebbe, quindi, che la reale valenza dell'articolo 117 III comma, inerente l'autonomia scolastica, sia più quello di salvaguardare le istituzioni scolastiche da abusi provenienti da entità-sub-statali⁶¹⁷.

Rimane, comunque, pur sempre apprezzabile il contenuto di questa autonomia scolastica.

In primo luogo è, fin dalla prima legge Bassanini, previsto che le funzioni amministrative centrali e periferiche siano progressivamente trasferite alle istituzioni scolastiche, "fermi restando i livelli unitari e nazionali di fruizione del diritto allo studio nonché gli elementi comuni all'intero sistema scolastico pubblico in materia di gestione e programmazione definiti dallo Stato".

Possiamo, poi, operare una distinzione in merito all'autonomia in ragione del suo contenuto, distinguendo tra autonomia didattica, organizzativa e finanziaria.

Applicata alle istituzioni scolastiche la prima consisterebbe nella possibilità di definire l'attività curricolare e, inizialmente con la prima legge Bassanini, fu estesa a circa il 15% del monte orario, per poi passare al 35%⁶¹⁸, concretizzandosi essenzialmente nel "piano di offerta formativa", una sorta di "carta di identità"⁶¹⁹ della scuola verso l'esterno; il piano di offerta deve essere conforme agli "obiettivi generali ed educativi dei diversi tipi e indirizzi di studi determinati al livello nazionale" e alla "programmazione territoriale dell'offerta formativa" contemplati dal D.P.R. 275 del 1999 all'articolo 3 comma II.

L'autonomia organizzativa si è sviluppata lungo un rafforzamento di una concezione che, come vedremo, tende a identificare le istituzioni scolastiche come delle "imprese", ispirate dai criteri di economicità ed efficienza con una consequenziale diminuzione dei poteri propri degli organi collegiali.

L'autonomia finanziaria si è, infine, progressivamente dilatata nel senso di attribuire alle istituzioni scolastiche la possibilità di reperire autonomamente fondi per le proprie attività;

e funzioni trasferiti agli enti locali, ai sensi degli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112. A tal fine interagiscono tra loro e con gli enti locali promuovendo il raccordo e la sintesi tra le esigenze e le potenzialità individuali e gli obiettivi nazionali del sistema di istruzione."

⁶¹⁶ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit, p. 176.

⁶¹⁷ G. C. DE MARTIN, *Autonomia dell'istruzione e riforme istituzionali: note introduttive*, in *Istituzioni del Federalismo* numero 2-3 del 2004, p. 221 e A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, cit. p. 220.

⁶¹⁸ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit, p. 188; ha ampliato il monte orario disponibile la riforma Gelmini la quale, tuttavia, ha inciso per altro verso comprimendo l'autonomia scolastica diminuendo, ad esempio, il numero di indirizzi previsti per ogni liceo.

⁶¹⁹ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit, p. 193.

proprio a tal proposito possiamo menzionare la legge 107 del 2015 (“Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti) che ha introdotto il cosiddetto “*School Bonus*”, ossia forme di finanziamento volontario da parte dei privati in cambio di agevolazioni fiscali.

La misura⁶²⁰, concretamente resa operativa solo in tempi recenti, prevede un credito di imposta del 65% o del 50% in sede di dichiarazione dei redditi a chi sceglie di finanziare la realizzazione di nuove strutture scolastiche, la manutenzione e il potenziamento di quelle esistenti o il sostegno a progetti che migliorino o incentivino l’occupabilità degli studenti, con un meccanismo perequativo in favore delle scuole meno fortunate.

5. L’istruzione come comunità. Un bilancio alla luce della sussidiarietà orizzontale.

La sussidiarietà orizzontale incide nell’ambito dell’istruzione seguendo tre direttrici: la libertà della scuola, il versante dell’autonomia scolastica e il difficile equilibrio tra autonomia privata e libertà nella scuola.

Alla luce di quanto sviluppato sembrerebbe essere stata riassorbita negli ultimi decenni la contrapposizione, nata fin dallo Stato Moderno, tra autorità e individuo all’insegna di un sistema pluralistico e integrato dove pubblico e privato siano orientati al medesimo obiettivo: garantire il libero sviluppo del cittadino.

Resta, come ultimo tassello del nostro quadro, da capire solo possa essere definita questa attività.

Parte della dottrina ritiene che l’istruzione sia espressione di “pubblica funzione” in quanto diretta a influire positivamente sulla comunità, talvolta anche con moduli autoritativi, presenti in particolar modo con riguardo al rilascio dei titoli di studio e alla previsione dell’articolo 34 comma II della Costituzione che impone l’obbligatorietà dell’istruzione⁶²¹.

Altro filone⁶²², al contrario, mette in luce la “produzione” di conoscenza propria degli istituti scolastici, associando l’istruzione sia alla nozione di servizio pubblico nella variante oggettiva, sia a quella di impresa⁶²³.

⁶²⁰ Alcune informazioni sullo *school bonus* sono reperibili all’indirizzo <https://www.forexinfo.it/School-Bonus-2017-scuola-paritaria-pubblica-cos-e-come-funziona-credito-imposta>

⁶²¹ L. CALCERANO E G. M. Y CABRERA, *Scuola (Ordini e Gradi cit. pp. 31 e sgg. e V. CRISAFULLI, La scuola nella Costituzione, cit. pp. 74 e sgg.*

⁶²² U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (libertà di), cit. pp. 39 e sgg.*

⁶²³ Abbiamo già avuto modo di vedere come, curiosamente, la nozione di servizio pubblico oggettiva subì un’estensione a tratti indebita nel secondo dopoguerra giungendo a influenzare anche attività prima private come quelle di erogazione del credito. Per M. Clarich, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit. p. 342. L’istruzione sarebbe un servizio pubblico sociale a fruizione individuale, coattiva e gratuita.

Sembrerebbe, come osservato da taluni⁶²⁴, che oggi⁶²⁵ le due tesi non siano in realtà più in linea con la fisionomia dell'istruzione.

La prima da un lato risulterebbe recessiva nelle sue finalità già a partire dagli anni Sessanta, con l'ascesa di una nuova sensibilità tesa a identificare l'istruzione come uno strumento di rimozione o diminuzione delle disuguaglianze e non più come fattore di creazione del consenso, dall'altro nel suo scheletro organizzativo può ritenersi abbandonata con l'adozione di un sistema nazionale eterogeneo dove le scuole non statali godano del medesimo rango di quelle statali, in un pluralismo effettivo e concreto.

La seconda, dominante fin dagli anni Sessanta, pur influenzando in profondità⁶²⁶ il nostro ordinamento non è più conciliabile⁶²⁷ con la dimensione spiccatamente sociale assunta dall'istruzione, soprattutto per merito di diverse sentenze della giurisprudenza costituzionale⁶²⁸, così come è arduo riscontrare la sussistenza del "metodo economico" nella gestione concreta degli istituti scolastici nonostante tutti gli sforzi compiuti in tal senso⁶²⁹.

Sembrerebbe acquisire pregnanza un *tertium genus* rappresentato dalla scuola come comunità, come "ente intermedio tra singolo e società"⁶³⁰ con venature economiche⁶³¹, dove possa essere forgiata non una coscienza ubbidiente ma uno spirito civico e attivo che, d'altro canto, è la vera essenza della sussidiarietà orizzontale⁶³².

Purtroppo il Legislatore, complice anche la cronica crisi economica degli ultimi decenni e una certa insufficienza della nozione di scuola come comunità⁶³³, è spesso intervenuto esclusivamente in un'ottica economica, recuperando *in toto* la tesi secondo cui l'istruzione sia un servizio pubblico da svolgere in condizioni di impresa.

⁶²⁴ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione* cit, p. 226.

⁶²⁵ Già Piero Calamandrei presso il III Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale l'11 Febbraio 1950 parlava della scuola in termini distinti tanto dalla nozione di funzione pubblica quanto da quella di impresa ma, ad onor del vero, la sua idea di una funzione sociale diretta a formare la personalità dell'individuo non trovò nell'immediato riscontro.

⁶²⁶ La legge di regolamentazione del diritto di sciopero, la 146/1990, o la stessa prima legge Bassanini definiscono ad esempio l'istruzione come un vero e proprio servizio pubblico.

⁶²⁷ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit, pp. 250 e sgg., M. GIGANTE, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, cit., pp. 450 e sgg. e N. COLAIANNI, *Autonomia e parità della scuola*, cit., pp. 111 e sgg.

⁶²⁸ La già citata 454 del 1994 ma anche la 215 del 1987 in cui si afferma: "Statuendo che "la scuola è aperta a tutti", e con ciò riconoscendo in via generale l'istruzione come diritto di tutti i cittadini, l'art. 34, primo comma, Cost. pone un principio nel quale la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" apprestata dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica. L'art. 2 poi, si raccorda e si integra con l'altra norma, pure fondamentale, di cui all'art. 3, secondo comma, che richiede il superamento delle sperequazioni di situazioni sia economiche che sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo delle persone dei cittadini."

⁶²⁹ È ancora più difficilmente compatibile con l'autonomia universitaria che è protesa verso una dimensione sociale molto più dell'istruzione in se e per se.

⁶³⁰ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., pp. 250.

⁶³¹ Rappresentate ad esempio dai capitoli di spesa per lo Stato o dalle logiche concorrenziali tra pubblico e privato volte a migliorare l'attività di istruzione nel suo complesso.

⁶³² L. SCIOLLA, *Il ruolo dell'istruzione formale nella formazione dei valori e dei comportamenti di cittadinanza attiva*, in *Scuola Democratica* 3 del 13 pp. 841 e sgg.

⁶³³ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit, pp. 246.

Perseguendo esigenze di semplificazione e riduzione dei costi, soprattutto con un pacchetto di misure noto come “riforma Gelmini”⁶³⁴, il Parlamento ha promosso una compressione dell’autonomia scolastica e universitaria, incidendo in senso restrittivo sull’offerta formativa che i vari attori nell’ambito dell’istruzione possono comporre.

Alcuni studiosi⁶³⁵ ne hanno addirittura distinto la causa nella sussidiarietà orizzontale⁶³⁶, elevata a presupposto della “razionalizzazione e del contenimento della spesa pubblica”.

Questa tesi si muove da un’errata comprensione del contenuto dello stesso principio.

La sussidiarietà orizzontale, declinata secondo una qualsiasi delle tre matrici culturali esaminate nel primo capitolo, in nessun caso negli ordinamenti di *Civil Law* è stata investita della funzione di comprimere o stritolare l’azione pubblica ma, al contrario, si pone a un tempo come stella polare del sistema similmente al concetto di separazione dei poteri e, ad altro, come strumento di risoluzione dei conflitti fra autorità e sfera individuale nei rapporti economici, personali e istituzionali.

Se l’autonomia privata ha conosciuto dagli anni Novanta una continua fase di espansione, in Italia come in quasi tutto l’Occidente, ciò non è stato motivato da un razionale tentativo di informare i nostri ordinamenti alla sussidiarietà orizzontale ma, in una curiosa inversione metodologica, si è cercato solo in un secondo momento di rendere ragionevoli e coerenti questi cambiamenti sulla base del principio⁶³⁷.

La piena dimostrazione di quanto detto si coglie alla luce del secondo capitolo: in Italia dapprima la sensibilità favorevole alla società civile si è tradotta in legge e, solo successivamente, è stata costituzionalizzata con l’articolo 118 ultimo comma.

Nella sua dimensione pratica, peraltro, la sussidiarietà orizzontale implica riconoscimento del pluralismo e delle forze attive del corpo sociale senza incidere sull’azione dei pubblici poteri, i

⁶³⁴ Leggi 133 e 169 del 2008, legge 1 del 2009 e legge 240 del 2010.

⁶³⁵ A. D’ANDREA, *Diritto all’istruzione e ruolo della Repubblica: qualche puntualizzazione di ordine Costituzionale*, in <http://archivio.rivistaaic.it>

⁶³⁶ Cfr. A. D’ANDREA, *Diritto all’istruzione e ruolo della Repubblica: qualche puntualizzazione di ordine Costituzionale*, “Cosa si cela dietro questa visione politico-istituzionale di meno grezzo – vorrei dire – dell’attuale politica dei “tagli” e della contrazione della spesa pubblica? Si nasconde, in realtà, la generale e, a mio avviso, consapevole ma irresponsabile esaltazione del principio – assurdo addirittura al rango costituzionale a seguito della riforma del Titolo V della parte seconda della legge Fondamentale – della c. d. sussidiarietà orizzontale per il quale, come è scritto, l’iniziativa dei privati nello svolgimento di attività di interesse generale (e sul fatto che l’istruzione sia materia di interesse generale nessuno dubita) deve essere favorita dagli enti politici, a partire dallo Stato. Considerare il sistema di istruzione pubblica completamente integrato in quello privato è dunque espressione di una volontà ancillare nei riguardi proprio del principio di sussidiarietà che, paradossalmente, mostra maggiori difficoltà ad affermarsi – come si è visto – nella sua versione verticale. Anzi, probabilmente, la cosiddetta sussidiarietà verticale è stata semplicemente il cavallo di Troia per veicolare in Costituzione l’ultimo comma dell’art. 118 Cost. che, da allora, sembra costituire un salvacondotto indispensabile per chi voglia intraprendere con qualche possibilità di successo (almeno elettorale) la “sacrosanta battaglia politica” di razionalizzazione e di contenimento della spesa pubblica”.

⁶³⁷ L’unico ordinamento che fa eccezione a quanto detto è la Germania che fin dal secondo dopoguerra è stata caratterizzata da un intenso dibattito in tema di sussidiarietà orizzontale.

quali potranno, anzi, dovranno, persistere nell'assicurare i diritti sociali contemplati dalla Carta Costituzionale.

Nell'ambito dell'istruzione, ma è analogo *mutatis mutandis* anche nel settore bancario poc'anzi citato, i vari attori pubblici sono tenuti egualmente a definire tanto gli *standard* nazionali di istruzione quanto ad esercitare i propri poteri di vigilanza e, a giudicare dall'assenza di crisi paragonabili a quelle degli istituti di credito, l'esperimento sembrerebbe essere riuscito.

L'unico aspetto su cui il Legislatore dovrebbe concentrarsi maggiormente in futuro è la trasmissione di una nuova nozione di sistema scolastico, improntato a quello di comunità e declinato in una dimensione per lo più culturale.

Impresa forse vana ma, come messo in luce da Millon-Delsol, senza un sostrato etico su cui far germogliare la sussidiarietà orizzontale è impossibile raggiungere traguardi duraturi e, nel campo della didattica, migliorare il sistema di istruzione nazionale.

Sezione III, Un confronto tra esigenze autonomistiche e centralistiche sulla base della sussidiarietà orizzontale.

Sommario: 1. I servizi pubblici. Origine, inquadramento storico e disciplina dei servizi pubblici, in particolare locali; 2. I Servizi pubblici. L'evoluzione della normativa dei servizi pubblici locali.; 3 I servizi pubblici secondo il diritto Europeo: la normativa.; 4 i servizi pubblici secondo il diritto Europeo alla luce dell'*in-house*; 5 Una panoramica comparata: analogie e differenze tra il modello dei servizi pubblici locali italiano e quello tedesco.

1. I servizi pubblici.

Origine, inquadramento storico e disciplina dei servizi pubblici, in particolare, locali.

“A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”

(Articolo 43 Costituzione)

La tematica dei servizi pubblici, in specie locali, è sintomatica ancora una volta del relativismo connesso al concetto di sussidiarietà orizzontale.

Larga parte di quelle prestazioni riconducibili ai servizi pubblici sono state progressivamente poste sotto la mano pubblica a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento, nell'ambito della ridefinizione dello stesso Stato, da neutrale o guardiano notturno a *Welfare State*⁶³⁸; ben presto attività prima lasciate alla gestione del privato o a quella delle organizzazioni religiose, i servizi di trasporto o l'assistenza sociale ad esempio, furono oggetto dell'attenzione del Legislatore come dimostra il caso della Legge Crispi 6972 del 1890 in tema di Opere Pie⁶³⁹.

⁶³⁸ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 363.

⁶³⁹ Abbiamo già visto nei precedenti paragrafi che Crispi, con la legge 6972 del 1890, pubblicizzò le Opere Pie trasformandole in IPAB (Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza).

Le prime forme di intervento pubblico nacquero, tuttavia, in forma spontanea a livello comunale⁶⁴⁰ tanto che il primo esplicito atto legislativo in materia, la legge Giolitti 103 del 1903, si limitò a recepirle fornendo cittadinanza alla figura delle “aziende municipalizzate”.

I principali presupposti, oltre ad una sensibilità tipica dell’epoca favorevole ai moduli pubblicistici, dietro questa nuova valutazione furono essenzialmente due⁶⁴¹: da un lato era interesse per i pubblici poteri di stampo liberale mantenere consenso in un momento contraddistinto dall’ascesa dei movimenti sociali, dall’altro si guardava con simpatia ad un’assunzione diretta, nella convinzione che ciò potesse produrre “equi profitti” per i Comuni e, al tempo stesso, un “sollievo per i contribuenti”⁶⁴².

Quest’ultima esigenza, come osservato in dottrina⁶⁴³, fu giustificata in particolar modo in relazione ad alcune attività qualificabili nei termini di “monopolio naturale”⁶⁴⁴, contraddistinte da condizioni naturali favorevoli ad una gestione esclusiva, come il servizio ferroviario o il settore dell’energia elettrica.

L’impianto plasmato dalla Legge Giolitti fu poi attuato l’anno seguente con il regolamento 108 del 1904 e ruotava attorno all’articolo 1, contenente un elenco di attività, non esaustivo, la cui gestione poteva essere assunta dai Comuni in presenza di alcune circostanze per mezzo del nuovo istituto delle aziende-organo⁶⁴⁵ o in economia⁶⁴⁶ o, ancora, era possibile affidarli in concessione agli operatori privati nel rispetto della disciplina prevista⁶⁴⁷.

Sotto il profilo organizzativo, le aziende-organo erano rette da una commissione amministrativa presieduta da un direttore e istituite in base ad una deliberazione di pertinenza del Consiglio Comunale. Le eccedenze derivanti dagli utili erano inserite nel bilancio dei Comuni, mentre le perdite erano coperte dalla parte straordinaria delle voci di bilancio comunale.

⁶⁴⁰ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in il Digesto, UTET 2012, pp. 1 e sgg. e M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 363

⁶⁴¹ G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009 Palazzo di Giustizia in <https://www.tuttocamere.it> cita gli atti di relazione in Parlamento in cui si affermava la necessità di: “Perseguire mediante la municipalizzazione dei pubblici servizi una risposta efficace alla crescente intensificazione della vita urbana, legata non solo al progressivo ingrandimento della città, ma alla moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorre dare riscontro con mezzi sociali”.

⁶⁴² G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009 Palazzo di Giustizia, cit. e B. SPADONI, *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in <http://www.dirittodeiservizipubblici.it> e M. CLARICH – G. FONDERICO, *I servizi pubblici locali*, in *I servizi pubblici locali: problemi normativi aperti e stato dell’arte nelle regioni del Sud*, in <http://www.progettoelios.it>. Gli ultimi due Studiosi, in particolare, mettono in luce l’aspetto pragmatico sotteso alla scelta di molti Comuni, funzionale ad incamerare risorse.

⁶⁴³ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., pp. 11 e sgg.

⁶⁴⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di Diritto Pubblico dell’Economia*, cit., p. 64

⁶⁴⁵ L’elenco era piuttosto vasto e spaziava dalle reti telefoniche a stabilimenti per la macellazione.

⁶⁴⁶ Era possibile, per certe tipologie di servizi, procedere alla gestione in economia, ossia per mezzo di organi ordinari dell’amministrazione Comunale; la particolarità si rifletteva in alcuni aspetti organizzativi come il peso maggiore rivestito in questo caso dalla Giunta Comunale rispetto al Consiglio.

⁶⁴⁷ Articolo 26 della legge: “I comuni, che intendano concedere all’industria privata qualcuno dei servizi indicati all’art. 1°, debbono sempre nel relativo contratto di concessione riserbarsi la facoltà del riscatto con tali condizioni e termini che non siano, pei comuni medesimi, più onerosi di quelli contenuti nel precedente articolo “

Punto carente della normativa, e per certi aspetti attuale anche oggi, era l'assenza di una definizione del concetto di servizio pubblico, mancante tanto nella legge quanto in atti diversi; ciò comportò che le attività suscettibili di essere sussunte all'interno di questa nozione furono esclusivamente quelle previste dall'articolo 1, divenuto nella prassi tassativo e non esemplificativo⁶⁴⁸ come era nelle intenzioni del Legislatore dell'epoca

La necessità di porre rimedio a quelle situazioni definibili oggi come fallimenti del mercato⁶⁴⁹ favorì l'espansione del cosiddetto "socialismo municipale"⁶⁵⁰ e l'impianto plasmato fu consolidato nel 1925 con il Testo Unico 2578 ("Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie")⁶⁵¹.

L'elencazione non tassativa delle attività suscettibili di essere poste oggetto della gestione comunale o provinciale fu confermata, non fu risolto quel *deficit* normativo poc'anzi citato, così come anche l'assunzione attraverso delibera del Consiglio Comunale o la responsabilità del Comune in caso di passività.

Proprio a tal proposito possiamo individuare un'altra problematica irrisolta concernente la personalità giuridica dei soggetti preordinati alla gestione pubblica.

Questa poteva estrinsecarsi nella costituzione di un'azienda *ad hoc* o nella prestazione di ordinari organi comunali in economia ma, in entrambi i casi e a maggior ragione nel secondo, non è corretto parlare di una vera e propria personalità giuridica autonoma.

Se questa conclusione poteva considerarsi agevole con riguardo alla gestione in economia, in tal caso era il medesimo Comune a compiere direttamente l'attività, più complessa appariva agli interpreti la vicenda applicata alle aziende-organo, munite *ex comma III* articolo 2 di una legittimazione processuale e negoziale.

La dottrina e la giurisprudenza risolsero questo contrasto ritenendo l'autonomia citata come parziale, vincolata ai fini individuati dal Comune e, pertanto, incompatibile con la formale assenza di una personalità giuridica *strictu sensu* qualificabile come tale⁶⁵².

Il regime delineato da Giolitti e dal Testo Unico del 1925, destinato a dispiegare i propri effetti per decenni all'interno del nostro ordinamento, presenta almeno altri due tratti caratteristici: la

⁶⁴⁸ Il Comune pertanto era vincolato nella sua valutazione da una compiuta a monte dal Legislatore; ciò non deve stupire: come visto l'estensione dei moduli pubblicistici si accompagnò ad una tendenziale centralizzazione decisoria.

⁶⁴⁹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 31 e sgg.

⁶⁵⁰ Tra i tanti M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 361, E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit. p. 11, G. PALLIGGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, *Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009 Palazzo di Giustizia*, cit., G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, *Enciclopedia Giuridica XXVII* del 1977, Milano Giuffrè e F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal Monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Diritto Amministrativo* fascicolo 1, anno 2004, pp. 38 e sgg. Con l'espressione "socialismo municipale" si indica quel fenomeno di progressiva assunzione da parte dei pubblici poteri di livello locale di attività riconducibili alla nozione di servizio pubblico.

⁶⁵¹ Nel 1923 era stato invece approvato il regio decreto 3047 che estendeva la disciplina della legge 103 anche alle Provincie e, nel mentre, attribuiva delega al Governo per l'elaborazione di un Testo Unico, concretamente approvato nel 1925.

⁶⁵² G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit., p. 11.

qualificazione del rapporto di lavoro dei dipendenti dell'azienda municipalizzata e la disciplina dei controlli amministrativi.

A proposito del primo profilo possiamo osservare come in origine i lavoratori delle aziende-organo fossero inquadrati come lavoratori pubblici, non avendo quest'ultima personalità giuridica autonoma. Dopo, tuttavia, soli alcuni anni ebbe inizio un travagliato *iter* legislativo che, similmente ad un pendolo, determinò continue oscillazioni sul tema.

I dipendenti di queste strutture furono, dal Legislatore corporativo, equiparati ai lavoratori privati per essere poi in una prima fase ricondotti alla natura pubblicistica da un orientamento giurisprudenziale amministrativo⁶⁵³ e, successivamente, nuovamente a quella privata in base ad una posizione espressa dalla Cassazione e recepita dalla legge⁶⁵⁴.

Trattando del secondo aspetto possiamo osservare come fosse presente una tipologia di controlli esercitati, essenzialmente in modo complementare, dal Consiglio Comunale e dal Prefetto⁶⁵⁵.

Il primo esercitava un'ordinaria vigilanza sull'andamento e sulla gestione dell'azienda-organo, con il potere di approvare specifici atti come il bilancio preventivo⁶⁵⁶, il secondo una di controllo collocata, però, in un momento temporale successivo al compimento dell'atto, unita alla facoltà di formulare istanza di scioglimento al Consiglio⁶⁵⁷.

Nel secondo dopoguerra il nuovo ordinamento di ispirazione Repubblicana, in termini affini a quanto visto nei precedenti paragrafi a proposito dell'istruzione e dell'attività bancaria, non mutò l'assetto dei servizi pubblici locali, tanto più che le esigenze di giustizia sociale trasversali agli schieramenti politici precludevano una loro gestione in modalità distinte rispetto a quelle pubbliche.

Anzi, è forse lecito affermare in quegli anni fu la disciplina normativa e locale divenne modello per quella costituzionale e nazionale.

Gli articoli 41, 42 e 43 inseriti nel Titolo III sono tutti funzionali a confermare la vocazione sociale già espressa nell'ambito dei servizi pubblici, specificando in particolar modo all'articolo 43⁶⁵⁸ che, in presenza di fini di utilità generale, la legge possa disporre a titolo originario o successivamente mediante espropriazione e indennizzo la riserva pubblica di attività economiche "che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale".

⁶⁵³ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 21 novembre 1949, n. 3; Consiglio di Stato sentenza 30 del 1950 e 459 del 1952. Le pronunce sono segnalate da G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit. p. 16.

⁶⁵⁴ Cfr. Cass. 11 luglio 1960, n. 1867 e legge 733 del 1973, come osservato da G. BOZZI, *ibidem*.

⁶⁵⁵ G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit. p. 17.

⁶⁵⁶ Articolo 2 comma IV e articolo 16.

⁶⁵⁷ Articolo 17 in tema di controlli, 18 comma II per l'istanza di scioglimento.

⁶⁵⁸ G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit. p. 4 è favorevole a questa ricostruzione tale per cui l'articolo 43 offre fondamento costituzionale ai servizi pubblici locali gestiti direttamente dai poteri pubblici, S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia Giuridica* XLII, 1990, Milano Giuffrè p.9 ritiene, al contrario, come la disposizione introduca regole e limiti a cui l'azione pubblica è tenuta ad uniformarsi.

La formulazione è letteralmente molto chiara, ma apre vasti spazi di interpretazione per il giurista.

In primo luogo è necessario, per la devoluzione ai pubblici poteri, la sussistenza di un fine di utilità generale il quale risente di una valutazione prettamente politica, limitata unicamente da un eventuale giudizio di ragionevolezza esercitato dalla Corte Costituzionale⁶⁵⁹; le principali ragioni dietro questa decisione possono attenersi a considerazioni di tipo economico, ad esempio legate all'accesso a infrastrutture non facilmente duplicabili come i monopoli naturali già richiamati, o ad altre di stampo sociale, derivanti dalla volontà di non esporre un'attività integralmente alle logiche del mercato⁶⁶⁰.

Il processo di istituzione della riserva esclusiva statale deve avvenire per atto positivo, vi è pertanto una riserva di legge⁶⁶¹, con riguardo a singole o categorie di imprese attive nei settori delle fonti di energia, monopolistiche o per assicurare un servizio pubblico ritenuto essenziale dal Legislatore.

Per evitare degenerazioni del meccanismo costituzionale sono contemplati altri due giudizi: un primo riguarda la caratteristica del preminente interesse generale associato all'attività della singola o delle categorie di imprese, l'altro la considerazione sull'essenzialità del servizio pubblico⁶⁶².

Deve, infine, essere presente un indennizzo a favore delle imprese.

La Corte Costituzionale rese effettiva la previsione in alcune pronunce negli anni Sessanta e, in particolare, con la 11 del 1960 il monopolio comunale per la vendita del latte in quanto “le centrali hanno il compito di preparare un alimento di largo consumo⁶⁶³; la pastorizzazione e la distribuzione del latte è un servizio pubblico con i caratteri di servizio essenziale di preminente interesse generale; il diritto esclusivo di vendita concesso alle centrali è un mezzo di protezione di un interesse igienico - sanitario pubblico e quindi risponde a fini di utilità generale”.

Dopo questo parziale resoconto storico-giuridico possiamo ora capire perché sia sempre stato così arduo procedere a definire cosa sia “attività di pubblico servizio”.

⁶⁵⁹ F. T. BANFI, *Lezioni di Diritto Pubblico dell'Economia cit.*, pp. 31-32. Einaudi osservò, durante i lavori preparatori, come la clausola fosse oltremodo vaga e potenzialmente in grado di favorire abusi. I lavori preparatori all'articolo 43 della Costituzione sono accessibili <http://legislature.camera.it/>.

⁶⁶⁰ F. T. BANFI, *Lezioni di Diritto Pubblico dell'Economia cit.*, p. 116 specifica come talvolta si voglia prevenire il fenomeno della “scrematura del mercato ad opera dei concorrenti, ossia la volontà degli operatori di concentrarsi solo ed unicamente sul segmento di cliente più redditizio in rapporto alla prestazione offerta.

⁶⁶¹ S. FOIS, *Riserva originaria e riserva di legge*, pp. 357 e sgg. in *La crisi della legalità : raccolta di scritti*, di S. F.. Si interroga sulla natura della riserva, se relativa o assoluta propendendo per la seconda soluzione, più aderente al dato letterale.

⁶⁶² Solo e soltanto quei servizi pubblici qualificati come essenziali in base ad un giudizio di natura politica possono essere posti sotto gestione pubblica; al contrario le imprese attive in situazioni monopolistiche o nel settore dell'energia non necessitano di una valutazione circa la loro essenzialità, pur essendo indispensabile il preminente interesse generale.

⁶⁶³ Con riguardo ai servizi pubblici essenziali rilevante è la sentenza 11 del 1960, alle fonti di energia la 14 del 1964 (Caso Enel) e, infine, per le situazioni monopolistiche possiamo citare la pronuncia 59 del 1960.

La carenza di una definizione legale precisa e compiuta di questa nozione, sopperita solo in parte e in misura insufficiente da ampie elencazioni, ha aperto le porte ad una intensa *querelle* dottrinarie pur non eliminando compiutamente la storicità e la relatività immanenti al concetto⁶⁶⁴.

Si sono confrontate due posizioni⁶⁶⁵, la prima, in passato più diffusa ma oggi recessiva, era incline a identificare come servizio pubblico tutta una serie di attività che, anche indirettamente, erano svolte dai pubblici poteri, la seconda, oggi dominante, secondo cui, al contrario, è di vitale importanza concentrarsi sui connotati dell'attività e non sul suo autore materiale⁶⁶⁶.

La tesi soggettiva, elaborata sulla base dell'esperienza francese del *service public*⁶⁶⁷, si risolve nell'attrazione nel concetto di pubblico servizio di una larga parte di attività svolte dai pubblici poteri senza moduli autoritativi, con il risultato di sviluppare un'estensione del diritto amministrativo anche in aree dove la pubblica amministrazione non utilizza provvedimenti amministrativi⁶⁶⁸.

Come colto, tra gli altri, da Marcello Clarich⁶⁶⁹, il diritto penale tutt'oggi conserva dei risvolti della teoria soggettiva del servizio pubblico differenziando, in una serie di reati propri, la figura del pubblico ufficiale da quella dell'incaricato del pubblico servizio; il primo è definito dall'articolo 357 del Codice Penale come il soggetto preposto all'esercizio di una pubblica funzione connotata dai caratteri autoritativi⁶⁷⁰, il secondo dal 358 e difetta proprio di quest'ultimo tratto⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. pp. 368 e sgg.

⁶⁶⁵ S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, cit. p.1 definisce, riprendendo un'espressione di Massimo Severo Giannini, la nozione di servizio pubblico tra quelle più "tormentate".

⁶⁶⁶ Per un contributo dottrinario cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. pp. 364-365 e sgg., M. CLARICH e G. FONDERICO, *I servizi pubblici locali*, S. CATTANEO, *ibidem*, E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 2 e sgg., G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit., p. 5 e sgg. e G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, *Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009 Palazzo di Giustizia*.

⁶⁶⁷ Il *service public*, sottolineato da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 364, si compone di tre elementi: "a) un'attività volta a soddisfare un bisogno di interesse generale della collettività (elemento materiale); b) assunta come compito proprio e svolta da un soggetto formalmente pubblico (elemento organico); c) sottoposta a un regime giuridico speciale (elemento formale).

⁶⁶⁸ G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, *Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009 Palazzo di Giustizia*. ricorda come in Francia su questa scia si ritenne, a seguito dell'Arrêt Blanco, sottoposta a un regime giuridico speciale in tema di risarcimento danni l'attività degli incaricati di pubblico servizio. Un estratto della famosa sentenza recita: "La responsabilità in cui incorre lo Stato per i danni causati a privati dalle persone di cui esso si vale nei diversi servizi pubblici, non è retta dai principi stabiliti dall'art. 1382 e seguenti del codice civile, per i rapporti tra privati. Tale responsabilità, che non è né generale, né assoluta, ha sue regole speciali, che variano secondo i bisogni del servizio e la necessità di conciliare i diritti dello Stato con quelli dei privati. Spetta, dunque, al giudice amministrativo e non ai tribunali ordinari valutare tale responsabilità." L'Arrêt Blanco ha una valenza simbolica molto intensa in quanto, come ricorda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 49, segna l'origine del Diritto Amministrativo

⁶⁶⁹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 364.

⁶⁷⁰ "Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi".

⁶⁷¹ "Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della

La concezione oggettiva, all'opposto, pone l'accento sulla fisionomia e sui profili dell'attività svolta, indipendentemente dalla natura del soggetto gestore.

Punto comune delle diverse ricostruzioni ascrivibili a questa *species* è l'idea che anche i soggetti privati siano idonei ad erogare un'attività di pubblico servizio e che questa debba essere ricondotta non alle funzioni, seppur indirette, dello Stato quanto alle attività economiche⁶⁷². In questo caso alcuni studiosi⁶⁷³ hanno sottolineato come, per essere rilevante, questa interpretazione debba essere letta in collegamento con il momento dell'assunzione del pubblico servizio da parte dei pubblici poteri, essendo significativa non la gestione ma la titolarità⁶⁷⁴.

Parte della dottrina ha comunque messo in luce come la dialettica tra le due tesi sia divenuta oggi sterile alla luce del ruolo e della centralità derivanti da alcuni principi indotti dal diritto europeo⁶⁷⁵: la non discriminazione, il divieto di aiuti di stato e, anche, la sussidiarietà orizzontale determinerebbero un certo *self-restraint* dei pubblici poteri nella deroga alle logiche concorrenziali.

2. I Servizi pubblici.

L'evoluzione della normativa dei servizi pubblici locali.

Gli influssi del Diritto Europeo poc'anzi citati ci permettono di cogliere meglio l'evoluzione recente della normativa in tema di servizi pubblici.

Le istanze mercato-centriche sempre più diffuse a partire dagli anni Ottanta si riflessero in una vasta gamma di attività, tra cui quella bancaria, liberalizzandole ma, curiosamente, attecchirono meno nell'ambito dei servizi pubblici, in specie locali.

La ragione va, probabilmente, rinvenuta nella tradizione storico-giuridica italiana che, come abbiamo visto, identificò proprio la dimensione Comunale come la prima ad essere investita del compito di svolgere l'attività di erogazione di pubblici servizi sul territorio⁶⁷⁶; da qui la

pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.”

⁶⁷² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. p. 365 e sgg, M. CLARICH e G. FONDERICO, *I servizi pubblici locali*, cit. e soprattutto S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, cit., p.15 che ricorda come uno dei principali padri di questa ricostruzione sia Pototschnig, i cui contributi sono stati centrali nel precedente paragrafo in tema di istruzione.

⁶⁷³ S. Cattaneo, *ibidem*

⁶⁷⁴ Scindendo la titolarità della funzione dalla gestione la concezione oggettiva si differenzia da quella soggettiva; la prima deriva da valutazioni politiche e non può che essere pubblica, la seconda può essere anche gestita da privati. La necessità di imputare, in qualche modo, l'attività di pubblico servizio ad un evento particolare è funzionale a rendere la ricostruzione oggettiva effettiva, in caso contrario sarebbe talmente vasta da attrarre, potenzialmente, un numero illimitato di attività come messo in luce a proposito della già citata attività bancaria da V. CAIANIELLO, *Attività bancaria e nozione di pubblico servizio*, cit. pp. 130 e sgg.

M. CLARICH e G. FONDERICO, *I servizi pubblici locali*, cit., G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009 Palazzo di Giustizia ed E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, p. 2.

⁶⁷⁶ Ricordiamo, ancora una volta, come la Legge Giolitti del 1903 si limitò a legificare una serie di istituti nati originariamente in forma spontanea proprio nella prassi comunale.

fisiologica resilienza del “socialismo municipale” nei confronti di processi di apertura dei mercati⁶⁷⁷.

La presenza di un cordone ombelicale con il Comune determinava, e fu sempre più evidente dagli anni Settanta, nelle aziende-organo una sempre più evidente lentezza nei processi decisionali e una certa miopia nelle politiche economico-finanziarie⁶⁷⁸, tanto che nel 1980 il *deficit* delle aziende municipalizzate era pari a 1800 miliardi⁶⁷⁹.

L’ordinamento, a questo punto, invece di sostituire il modello costruito su moduli pubblicistici, provò a “rilanciare”⁶⁸⁰ gli istituti richiamati per mezzo di due interventi: il D.P.R. 902 del 1986 che, sostituendo quello del 1904, semplificava le procedure e i controlli amministrativi e la legge Gava 142 del 1990 (“Ordinamento delle autonomie locali”), già citata nei precedenti capitoli, la quale conferì autonoma personalità giuridica alle aziende e le rese “enti strumentali”⁶⁸¹ recidendo l’“innesto Giolittiano”⁶⁸².

L’azione giuridica, in realtà, nacque vecchia.

Come osservato in dottrina, il tentativo di preservare un impianto panpubblicistico si scontrò con una crescente sensibilità sempre più favorevole all’azione dei cittadini, in funzione complementare a quella dei pubblici poteri. I servizi pubblici, così come l’istruzione e il settore bancario, non potevano rimanere estranei a questo fenomeno per quanto più radicato nell’alveo di pertinenza comunale⁶⁸³.

Gli stessi Municipi furono sempre più propensi a munirsi di moduli privatistici⁶⁸⁴ costituendo società per azioni, ritenute più funzionali sia per perseguire le citate esigenze imprenditoriali sia per intrattenere dei rapporti con soggetti privati⁶⁸⁵.

La legge 142, a tal proposito, dettava una scarna disciplina, statuendo come il ricorso a società per azioni fosse legittimato, *ex* articolo 22, nel rispetto di due presupposti: la prevalenza del capitale pubblico e “qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.”

⁶⁷⁷ G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*. p. 20 specifica come, ad esempio, furono progressivamente abolite una serie di privative accordati ai Comuni dal Testo Unico del 1925 come la costruzione o l’esercizio dei mercati pubblici o, ancora, la raccolta o la vendita del latte.

⁶⁷⁸ F. MERUSI, *Cent’anni di municipalizzazione: dal Monopolio alla ricerca della concorrenza*, cit. p. 44.

⁶⁷⁹ B. SPADONI, *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, cit.

⁶⁸⁰ E. SCOTTI, *op. cit.* p. 10.

⁶⁸¹ Articolo 23 comma I: “L’azienda speciale è ente strumentale dell’ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato del consiglio comunale o provinciale.”

⁶⁸² F. MERUSI, *Cent’anni di municipalizzazione: dal Monopolio alla ricerca della concorrenza*, cit. p.45. Lo stesso MERUSI osserva come le aziende-organo, qualificate col nuovo termine di “istituzioni”, furono conservate per l’erogazione di servizi pubblici privi di rilevanza industriale.

⁶⁸³ F. MERUSI, *ibidem*

⁶⁸⁴ F. MERUSI, *ibidem* e B. SPADONI, *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, cit..

⁶⁸⁵ Il rispetto, in ogni caso, della disciplina amministrativa era assicurato in queste eventualità da un atto di concessione.

La compresenza di entrambi gli elementi era, tuttavia, resa ardua dal progressivo deteriorarsi delle condizioni economiche del bilancio pubblico, come tali destinate a scaricarsi sulla finanza locale.

La necessità di prevedere un capitale pubblico maggioritario rendeva, allo stesso modo, difficoltosa la nascita di società per azioni compatibili con l'impianto legale della legge 142 e ciò favorì una moltiplicazione del contenzioso⁶⁸⁶.

Il Legislatore tornò sul tema soltanto agli inizi degli anni Duemila con il Testo Unico degli enti locali 267 del 2000, che assorbì la legge 142 e, nel contempo, provò ad ovviare a queste situazioni pregiudizievoli.

L'articolo 112, tutt'ora vigente, qualifica al primo comma i servizi pubblici locali come quei servizi "che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"⁶⁸⁷; il secondo comma contemplava la possibilità di affidare, nei casi previsti dalla legge, servizi direttamente a Comuni e a Province, ma fu abrogato a seguito della legge 448 del 2001 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato <<legge finanziaria 2002>>").

Questo piccolo aspetto ci permette di cogliere un *trend* che più di altri è presente nell'ambito dei servizi pubblici, rappresentato dal continuo stratificarsi di norme spesso fra loro contraddittorie.

La principale causa di questa schizofrenia legislativa è imputabile alle sempre più frequenti antinomie prodotte dal diritto europeo⁶⁸⁸ che, come vedremo, ha più volte imposto una rivisitazione del *corpus* normativo.

Questa direttrice si coglie perfettamente all'interno dell'articolo 113, inciso e riformulato in più occasioni tra cui, ricordiamo, il famoso *referendum* abrogativo del giugno 2011.

Inizialmente l'articolo 113 al comma V elencava⁶⁸⁹ le forme di gestione dei pubblici servizi, ammettendo quella svolta per mezzo di moduli pubblicitici⁶⁹⁰, quella espletata da società di capitali a composizione mista pubblico-privato, non ponendo più il vincolo del prevalente capitale pubblico e consentendone l'affidamento diretto, e quella eseguita da società di capitali integralmente appartenenti a privati, selezionati in base a procedure ad evidenza pubblica senza più vincoli a condizioni specifiche.

Questo equilibrio tuttavia si mantenne per appena un anno.

⁶⁸⁶ F. MERUSI, Cent'anni di municipalizzazione: dal Monopolio alla ricerca della concorrenza, p.47.

⁶⁸⁷ M. CLARICH - G. FONDERICO, *I servizi pubblici locali, cit.*, fanno notare come la definizione sembra essere influenzata dalla nozione oggettiva di pubblico servizio.

⁶⁸⁸ H. BONURA-G. FONDERICO, Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale, in *Giornale di Diritto amministrativo* 5 del 2015, pp. 653.

⁶⁸⁹ M. DUGATO, I servizi pubblici degli enti locali, in *Giornale di diritto Amministrativo* numero 2 anno 2002, pp. 218 e sgg.

⁶⁹⁰ Retaggio della vecchia disciplina e distinti in attività svolte in economia, per mezzo di aziende speciali o istituzioni.

La già citata legge del 2001 introdusse una serie di principi radicalmente in conflitto con l'impostazione precedente, in primo luogo la divisione nei servizi tra quelli a rilevanza industriale e non industriale⁶⁹¹, in subordine quella tra reti e servizi e, infine, l'obbligatorietà della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi.

La distinzione tra servizi a rilevanza industriale e non industriale, in difetto di una compiuta definizione legislativa⁶⁹², fu presto accantonata nel 2003 con la legge 326 ("Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici") che la sostituì con quella tra prestazioni a rilevanza economica o non economica, agganciata alla idoneità del servizio a generare utili o a rispettare il criterio di economicità⁶⁹³.

I servizi privi di rilevanza economica, oggetto originariamente di disciplina dall'articolo 113-*bis*, presentarono fin dalla loro comparsa una fisionomia peculiare.

La valenza sociale propria di questi servizi pubblici era, infatti, ritenuta meritevole di essere perseguita mediante moduli per lo più pubblicistici, accompagnati dall'affidamento diretto in deroga ai principi concorrenziali a cui erano informati i servizi a rilevanza economica.

Nel 2001, tuttavia, si era concretizzata la riforma del Titolo V della Costituzione che, indirettamente, incideva nella materia dei servizi pubblici locali attribuendo una competenza esclusiva allo Stato in tema di tutela della concorrenza e concorrente Stato-Regioni in una serie di materie in cui potevano essere ricondotti proprio alcuni servizi pubblici.

La dottrina prevede le incongruenze presenti nel sistema con riguardo ai servizi privi di rilevanza economica, non riconducibili alla tutela della concorrenza statale proprio perché estranee a quelle logiche⁶⁹⁴, e per questo non sorprese l'incostituzionalità dell'articolo 113-*bis*⁶⁹⁵ pronunciata con la sentenza 272 del 2004 della Corte Costituzionale.

⁶⁹¹ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal Monopolio alla ricerca della concorrenza*. p. 54 ricorda come il termine industriale discende, probabilmente, dalla legge di Giolitti nel 1903.

⁶⁹² Come ricordato da G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009 Palazzo di Giustizia, cit. la dottrina provò a colmare il vuoto associando il carattere industriale alla presunta maggiore complessità del ciclo produttivo, preminente rispetto ad altri fattori, ma l'interpretazione non colmava comunque l'incertezza intrinseca alla distinzione.

⁶⁹³ Cfr. G. PALLIGIANO *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009 Palazzo di Giustizia, cit. e M. CLARICH E G. FONDERICO, in particolare gli ultimi due autori introducono un'interessante analogia con l'orientamento sovranazionale tale per cui anche servizi attualmente a rilevanza non economica potrebbero, se assorbito un metodo economico, divenire tali. H. BONURA, *Il commento*, in *Giornale di Diritto amministrativo* fascicolo 5 del 2010, pp. 510 e sgg. pone un raffronto giurisprudenziale sottolineando come i giudici amministrativi siano protesi a qualificare un servizio come non economico sulla base della "redditività economica anche solo potenziale". Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 5097 del 2009: "Va confermato, quindi, l'avviso dei primi giudici, sorretto dalla giurisprudenza di questo Consiglio, secondo cui, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla p.a., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della "redditività", anche solo in via potenziale."

⁶⁹⁴ M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, cit. pp. 225

⁶⁹⁵ Cfr. sentenza 272/2004: "La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'art. 113-*bis*. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in

La decisione⁶⁹⁶ ha, fra gli effetti, comportato un'attrazione della regolamentazione dei servizi pubblici locali in seno alle Regioni o, in assenza di leggi regionali, dei regolamenti degli enti locali⁶⁹⁷.

Analoga e tormentata sorte hanno avuto, *mutatis mutandis*, i servizi pubblici a rilevanza economica che furono, fin dall'ingresso nel nostro ordinamento, informati a principi concorrenziali⁶⁹⁸, tra cui l'obbligatorietà della procedura ad evidenza pubblica per la selezione dell'erogatore.

Questo indirizzo, collocabile nel più generale processo di sviluppo dello Stato regolatore⁶⁹⁹, fra i suoi corollari ha poi generato la cosiddetta scissione, di matrice europea ma nata negli Stati Uniti a proposito delle *public utilities*, tra rete e servizio, introdotta dal Legislatore italiano all'articolo 113 del Testo Unico⁷⁰⁰.

I profili orientati alla liberalizzazione si sono poi decisamente accentuati con riguardo ai servizi pubblici locali con la legge 133 del 2008 ("Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria") che, all'articolo 23-*bis*, imponeva come regola l'affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica al mercato e consentiva il ricorso all'autoproduzione unicamente in casi eccezionali, dando adeguato avviso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁷⁰¹ e a quelle di settore .

sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale. (...) Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di "rilevanza economica", ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale."

⁶⁹⁶ F. CASALOTTI, La Corte Costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V parte II della Costituzione", da <http://www.forumcostituzionale.it> fornisce un commento alla sentenza.

⁶⁹⁷ H. BONURA, *Il commento*, cit. p. 518. Non è tuttavia integralmente escluso l'intervento statale che potrà estrinsecarsi nella determinazione dei livelli essenziali di prestazione.

⁶⁹⁸ D'altronde lo stesso articolo 113 comma I statuisce: "Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore"

⁶⁹⁹ Uno Stato che non interviene, salvo determinati casi, all'interno della dimensione economica ma si limita a fissare le regole lungo cui si muovono gli operatori economici. Cfr. M. CLARICH, ult. op. cit. p. 21.

⁷⁰⁰ Data la presenza di infrastrutture non facilmente duplicabili su cui si innesta il servizio pubblico, le ferrovie ad esempio, la scissione tra rete e servizio induce a separare i due ambiti conservando la gestione delle prime in mano pubblica e aprendo il secondo alla mano privata e alla concorrenza.

⁷⁰¹ Articolo 23-bis commi II-III-IV: "2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità. 3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria. 4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente

La norma, salutata con favore dalla dottrina⁷⁰², risultava più stringente dell'analogia sovranazionale ma il Giudice delle Leggi con sentenza 325 del 2010 la ritenne compatibile⁷⁰³ con il nostro sistema sulla base di un "margine di apprezzamento", riconosciuto ai vari ordinamenti nazionali tale da giustificare un'applicazione più rigorosa dei principi posti alla base dell'Unione Europea.

Lo stesso anno il D.P.R. 168 del 2010 ("Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133") all'articolo 2⁷⁰⁴ rafforzava la previsione precedente associando la deroga al mercato ad una valutazione condotta sulla base di alcuni parametri tra cui la sussidiarietà orizzontale, divenuta di importanza primaria anche nell'affidamento dei pubblici servizi.

A complicare un quadro già di per sé abbastanza confuso è intervenuto un *referendum* abrogativo che, nel 2011, ha travolto l'intero articolo 23-bis⁷⁰⁵.

Il Legislatore ha, a questo punto, provato a reintrodurre la disciplina con il decreto-legge 138/2011 ("Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo") e convertito nella legge 148 in cui tentava, mutando alcuni lineamenti della normativa come i

gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione." L'articolo 15 della legge 166 del 2009 aveva introdotto alcune modifiche alla norma pur non alterandone il senso originario.

⁷⁰² Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. p. 378 e A. D'ATENA, "Diritto Regionale", cit. pp. 206-208. In senso critico F. GIGLIONI, *Sussidiarietà e mercato*, in <http://www.labsus.org/> che lamenta la tendenziale estraneità della sussidiarietà orizzontale alla tematica dei servizi pubblici locali.

⁷⁰³ Cfr. sentenza 325 del 2010: "Nessuna di tali due opposte prospettazioni è condivisibile, perché le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost. Tale conclusione va argomentata procedendo al raffronto delle disposizioni censurate sia con la normativa comunitaria che con quella internazionale evocate a parametro interposto.(...) Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone in contrasto – come sostenuto, all'opposto, dalle ricorrenti – con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un "margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del "verso" delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità anche per quanto riguarda la indicata terza differenza."

⁷⁰⁴ Articolo 2, D.P.R. 168/2010: "Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio."

⁷⁰⁵ Il *referendum* riguardava anche la gestione dei servizi pubblici locali.

casi di affidamento *in-house*⁷⁰⁶, di preservare le misure concorrenziali presenti nell'ordinamento.

La Corte Costituzionale ha, tuttavia, ritenuto nella sentenza 199 del 2012 incostituzionale l'ultima azione legislativa in quanto in larga parte riproduttiva, se non più severa, dell'articolo 23-bis della legge 112 del 2008⁷⁰⁷.

La conseguenza più evidente del verdetto pretorio fu il rinvio per la regolamentazione dei servizi pubblici a rilevanza economica al meno rigoroso diritto europeo⁷⁰⁸.

A margine possiamo comunque osservare come il Legislatore, proprio di recente, sia tornato sul tema con la legge 124 del 2015 “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, più precisamente con l'articolo 16 che conferisce all'Esecutivo la delega di riordino dei servizi di interesse economico generale e delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche⁷⁰⁹.

Il tentativo, visto favorevolmente dalla dottrina⁷¹⁰, di riordinare e innovare la materia si è concretizzato in tema di società a partecipazione pubblica con il decreto legislativo 165 del 2016 (“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”) che ha opportunamente

⁷⁰⁶ Per un preciso resoconto A. AZZARITI, I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011 in Istituzioni del Federalismo 3 del 2011, pp. 539 e sgg. L'autrice mette in luce come si percorse una strada diversa associata ad una soglia economica del servizio che, se inferiore ai 900.000 euro, legittimava l'affidamento diretto a società in-house.

⁷⁰⁷ Cfr. sentenza 199 del 2010: “Essa, infatti, da un lato, rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, «l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. (...) Dall'altro lato, la disciplina recata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 riproduce, ora nei principi, ora testualmente, sia talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (è il caso, ad esempio, del comma 3 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 “recepto” in via di principio dai primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, in tema di scelta della forma di gestione del servizio; del comma 8 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 che dettava una disciplina transitoria analoga a quella dettata dal comma 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011; così come del comma 10, lettera a), dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 325 del 2010, sostanzialmente riprodotto dal comma 14 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011), sia la maggior parte delle disposizioni recate dal regolamento di attuazione dell'art. 23-bis (il testo dei primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, ad esempio, coincide letteralmente con quello dell'art. 2 del regolamento attuativo dell'art. 23-bis di cui al d.P.R. n. 168 del 2010, i commi 8 e 9 dell'art. 4 coincidono con l'art. 3, comma 2, del medesimo regolamento, mentre i commi 11 e 12 del citato art. 4 coincidono testualmente con gli articoli 3 e 4 dello stesso regolamento).”

⁷⁰⁸ Per un commento alla sentenza cfr. V. LEPORE, La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, in Amministrazione in Cammino 7 maggio 2012 pp. 1-9 e M. MENGOZZI, Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile, in Scritti in Onore di Antonio D'Atena, (promossi da) F. B. C. volume III pp. 1865-1895, Milano Giuffrè 2015. Quest'ultima, in particolare, coglie i numerosi collegamenti tra i servizi pubblici locali e la sussidiarietà orizzontale.

⁷⁰⁹ Nonché il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione ma esula dall'argomento affrontato.

⁷¹⁰ H. BONURA E G. FONDERICO, Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale. cit. pp. 654 e sgg. e H. BONURA – G. FONDERICO, Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, in Giornale di Diritto Amministrativo 6 del 2016, pp. 722-732.

ripartito in aree più chiare la distinzione tra diritto societario e diritto amministrativo, limitando le deroghe al primo da parte del secondo unicamente nei casi previsti dal medesimo testo⁷¹¹.

Critiche sono, invece, giunte con riguardo alla scelta di tipizzare le attività perseguibili dalle società di diritto privato costituite dalle pubbliche amministrazioni, sia da un punto di vista funzionale, ammettendo la nascita di società pubblicistiche unicamente per produrre beni o servizi strettamente collegati ai fini perseguiti, sia da uno relativo alle attività delimitandole sulla base dell'articolo 4⁷¹².

Ciò induce a ritenere come da questo momento, salvi i casi previsti dal recente Codice dei Contratti Pubblici o delle società *in-house*, le società pubbliche non possano più rivolgersi al mercato per offrire le loro prestazioni.

Questa tappa, secondo Bonura e Fonderico, è un “passaggio significativo nell’opera di razionalizzazione e riassetto del fenomeno delle società pubbliche”⁷¹³, ha tuttavia subito un brusco arresto con la pronuncia 251 del 2016 della Corte Costituzionale, la quale ha colpito la legge delega 124 su cui si fondava il testo unico.

Quest’ultimo è rimasto formalmente estraneo alla sentenza ma, essendo state violate le regole di riparto tra Stato e Regioni, secondo taluni⁷¹⁴ potrebbe subire delle modifiche per effetto di un compromesso, che all’epoca della legge 124 mancò, tra autorità centrale ed entità sub-statali.

3. I servizi pubblici secondo il diritto Europeo: la normativa

Abbiamo già avuto modo di accennare come la disciplina italiana sui servizi pubblici, anche e soprattutto locali, sia stata profondamente influenzata dal diritto Europeo, sempre più protagonista nei vari ordinamenti nazionali.

Gli istituti Sovranazionali presentano tendenzialmente sempre due caratteristiche: hanno una fisionomia fortemente sostanzialista, funzionale alla loro diffusione all’interno dei sistemi legali dei vari membri dell’Unione Europea e, contestualmente, sono teleologicamente orientati verso la tutela della concorrenza⁷¹⁵.

⁷¹¹ L’articolo 1, comma 1 ter, articolo 22, comma 1, lett. e), articolo 23 e articolo 29, L. 7 agosto 1990, n. 241; l’articolo 3, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50; l’articolo 2 bis, comma 2, lett. b), D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33; articolo 2, comma 2, D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82; articolo 1, L. 31 dicembre 2009, n. 196; articolo 1, D.Lgs. 31 maggio 2011, n. 91; articolo 1, articolo 11 ter, articolo 11 quater e art. 11 *quinquies*, D.Lgs. 23 giugno 2011, n. 118.

L’elenco è riportato da H. BONURA - G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, cit. p. 723

⁷¹² H. BONURA - G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, cit., pp. 725.

⁷¹³ H. BONURA - G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 732.

⁷¹⁴ P. MORIGI, *Il TU sulle partecipate dopo la pronuncia di incostituzionalità della Riforma Madia*, da <http://www.appaltiecontratti.it>

⁷¹⁵ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. p. 367

Il diritto Europeo, per utilizzare un'espressione celebre in dottrina, si connota per il principio dell' "effetto utile", ossia per quel risultato, spesso a natura economica, che si cerca di perseguire per mezzo della normativa approvata e che esula da qualificazioni formali a cui è più abituato, ad esempio, il nostro ordinamento⁷¹⁶.

Inizialmente l'interesse delle allora Comunità Europee nei confronti dei servizi pubblici fu minimo⁷¹⁷, al contrario di quello ad esempio manifestato verso il settore bancario, a causa delle evidenti connessioni tra questi e la sovranità statale e un ripensamento si verificò soltanto negli anni Novanta, prima con delle comunicazioni informali della Commissione Europea e delle direttive europee⁷¹⁸, poi in modo compiuto con il Trattato di Amsterdam⁷¹⁹.

La ragione di questo ripensamento fu, secondo la dottrina⁷²⁰, influenzata dalla volontà di alcuni Stati, *in primis* la Francia, impauriti dall'erosione del concetto di servizio pubblico per l'articolo 86⁷²¹ dello stesso Trattato; quest'ultimo, diviso in più commi, nelle sue linee generali imponeva il rispetto delle regole concorrenziali anche alle imprese, a prescindere dalla loro natura, incaricate di un pubblico servizio, nel solco di quell'indirizzo sostanzialista prima richiamato. L'articolo 16⁷²², formulato dopo il Trattato di Amsterdam, fu la risposta ai timori di questi ordinamenti e consentiva, secondo gli auspici, deroghe al libero mercato in certi settori ritenuti di interesse economico generale.

In realtà, come messo in luce da alcuni studiosi⁷²³, l'impatto che la norma ebbe fu molto più lieve di quanto sperato: negli atti conclusivi fu richiamata la giurisprudenza della Corte di

⁷¹⁶ U. VILLANI, Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea, cit. p. 251

⁷¹⁷ M. CLARICH, Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fascicolo 1, anno 2003, pp. 91 e sgg.

⁷¹⁸ Ad esempio quella sul servizio postale del 1997; cfr. F. NICOTRA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e comunitario*, in <http://www.diritto.it>

⁷¹⁹ M. CLARICH, Manuale di diritto amministrativo, cit., p. 93, R. CARANTA, Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni, in *Le Regioni*, fascicolo 6, novembre-dicembre 2011 pp. 1178 e sgg. e F. NICOTRA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e comunitario cit.* In particolare quest'ultimo autore si sofferma sulle ragioni dietro questa iniziale indifferenza comunitaria, associate all'articolo 295 del Trattato C.E. specificava come "Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

⁷²⁰ M. CLARICH, Manuale di diritto amministrativo, cit., p. 94, F. NICOTRA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e comunitario, cit.* e G. FONDERICO, Commento agli artt. 103-106 del TFUE, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, di L. C. A. E P. M., Padova, Cedam, 2016, p. 106

⁷²¹ "1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni."

⁷²² Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti."

⁷²³ M. CLARICH, Manuale di diritto amministrativo cit., p. 94.

Giustizia, da sempre favorevole ad una rigorosa applicazione dei principi della concorrenza, e, salvo timidi segnali di apertura, le azioni successive furono tutte improntate ad una dimensione per lo più economica.

In questo sistema legale si sviluppano, progressivamente, due *species* di servizi pubblici sulla base della presenza o meno del connotato economico ma, pur condividendo alcuni tratti con la distinzione italiana tra servizi pubblici locali a rilevanza economica e non economica, l'esperienza europea mostra segni originali.

Rappresenta, al contrario, un punto di incontro l'idea che il concetto di servizio pubblico a rilevanza economica o di interesse economico generale abbia un intrinseco elemento dinamico, tale da non consentire una rigida predeterminazione *ex lege*⁷²⁴, come inizialmente fatto dal Legislatore italiano del primo Novecento.

Sorprende, solo se vista dalla nostra prospettiva, l'originaria assenza di una definizione europea in tema di servizi economici di interesse generale⁷²⁵, colmata prima nel 2000 da una "Comunicazione sui servizi di interesse generale" in cui questi sono qualificati come "quei servizi che le autorità pubbliche ritengono debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo"⁷²⁶ e, tra il 2003 e il 2004, come "qualsiasi attività economica sottoposta ad obblighi di servizio pubblico" all'interno del Libro Verde e Bianco sui servizi di interesse generale..

La giurisprudenza ha provato in alcuni casi a chiarire gli elementi costitutivi della figura, specificando⁷²⁷, ad esempio, come il connotato economico non sussista nei casi in cui l'attività sia prerogativa dei pubblici poteri o sia conformata da quest'ultimi in modo tale da non renderla economicamente sostenibile⁷²⁸; il carattere generale discenderebbe, invece, da una valutazione prettamente politica che, come tale, è riservata agli Stati.

Nozioni affini a quella di servizio economico di interesse generale sono poi quelle di diritti esclusivi o speciali, già presenti all'interno del Trattato istitutivo della Comunità Europee all'articolo 86, che subordina la loro esistenza al rispetto delle altre disposizioni contenute nel documento.

⁷²⁴ G. F. CARTEI, I Servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario numero 5 del 2005, p. 1224, R. CARANTA, Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni, cit., p. 1180 e M. LOTTINI, I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario numero 5 del 2005, p. 1368.

⁷²⁵ Questa è curiosamente un'altra analogia tra il diritto europeo e quello italiano anche se motivata da ragioni diverse e risolta mediante strumenti distinti.

⁷²⁶ M. LOTTINI, I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa, cit., p.1353

⁷²⁷ F. T. BANFI, Lezioni di Diritto Pubblico dell'Economia, cit. pp. 111-114

⁷²⁸ La presenza di un principio solidaristico non elide, in quanto tale, la riconducibilità al concetto di servizio di interesse economico generale; come affermato nella sentenza 244/94 della Corte di Giustizia occorre accertare una completa insussistenza del metodo economico nella gestione del servizio pubblico.

I giudici europei hanno più volte chiarito come i due concetti non siano un'endiadi e la Commissione ha identificato, con la direttiva 111 del 2006 all'articolo 2, i diritti esclusivi con i "diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un'impresa mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riservi alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o di esercitare un'attività".

I diritti speciali sono, invece, quei diritti concessi da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese per mezzo di un atto legislativo, regolamentare o amministrativo in presenza di alcuni criteri e che consente loro di erogare un servizio secondo modalità diversa da quelle di altri operatori presenti nell'area geografica ma privi di quei presupposti⁷²⁹.

In casi particolari, nel rispetto del principio di proporzionalità, l'Unione Europea ritiene ammissibile una deroga al regime di mercato, consistente nella creazione di una posizione dominante o nell'attribuzione di altri *benefit*, proprio per consentire di soddisfare gli interessi economici generali tutelati dagli ordinamenti nazionali; come chiarisce la Corte di Giustizia ciò è "necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente sostenibili"⁷³⁰.

In un clima di sostanziale continuità si colloca il Trattato di Lisbona che, nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che riproduce gli articoli 16 e 81 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea all'interno delle disposizioni, rispettivamente, 14 e 106.

Il contenuto di queste disposizioni può essere analizzato in combinato disposto con gli ultimi interventi in materia.

L'articolo 14 rinnova la cittadinanza all'interno del diritto europeo a particolari categorie di imprese che svolgono attività di interesse economico generale, testimonianza viva che oramai questa nozione è entrata all'interno del patrimonio giuridico sovranazionale⁷³¹.

L'articolo 106 ribadisce tutti gli aspetti esposti, in ordine sparso, a proposito della dimensione teleologicamente orientata del diritto europeo, in una chiara logica ispirata dal principio dell'effetto utile che garantisce una disapplicazione delle eventuali norme nazionali in contrasto con la normativa sovranazionale⁷³².

⁷²⁹ G. FONDERICO, Commento agli artt. 103-106 del TFUE, cit., p. 106.

⁷³⁰ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 162/06.

⁷³¹ Articolo 14 TFUE: "Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi."

⁷³² G. FONDERICO, *Commento agli artt. 103-106 del TFUE*, cit. p. 106. Come messo in luce dall'Autore, non è richiamato in questo caso direttamente l'articolo 106, quanto il 101 e il 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Continua a non rilevare, poi, la natura dell'impresa sulla base della perfetta neutralità assunta dall'Unione nei confronti della fisionomia degli operatori economici⁷³³, esigendo, piuttosto, il rispetto della *par condicio*.

La direttiva 25 del 2014 ha fornito la definizione di diritti speciali o esclusivi confermando indirettamente la loro distinta natura, ponendo l'accento sulle modalità attraverso cui un operatore riceve o, rispettivamente, dei vantaggi tali da compromettere l'attività degli altri operatori o la gestione esclusiva di un mercato; è disposto come non siano riconducibili a questa figura quei diritti derivanti da una procedura ad evidenza pubblica adeguatamente accessibile e fondata su criteri oggettivi, a prescindere dal tipo di amministrazioni aggiudicatrici, se di tipo statale o sub-statale⁷³⁴.

Il secondo paragrafo dell'articolo 106, il cui ambito applicativo non è coincidente con il primo, è letto come causa di esenzione dall'applicazione del primo paragrafo.

In questo caso un operatore incaricato di un servizio di interesse economico generale, nonché titolare di diritti speciali od esclusivi, può essere escluso dall'applicazione delle norme in tema di concorrenza se un integrale rispetto della disciplina competitiva si risolve in un "ostacolo" all'adempimento della funzione a cui è preordinato.

Quest'ultimo elemento è censurabile in sede giurisdizionale e, dapprima, la Corte di Giustizia aveva adottato al riguardo un'interpretazione restrittiva, fondata sulla natura eccezionale dell'articolo 106 paragrafo 2⁷³⁵ e collegata solo alla parte di attività che rendeva impossibile l'adempimento della funzione e non solo più difficile o difficoltosa⁷³⁶, poi ne ha ammesso una valenza meno stringente parametrata sulle "condizioni economicamente accettabili" e sull'"equilibrio economico finanziario" della impresa, tale per cui sono legittimi, ad esempio, finanziamenti statali per operatori presenti in mercati non redditizi⁷³⁷.

La Commissione europea vigila sul rispetto della normativa in modo tale da prevenire elusioni del divieto di aiuti di stato mediante sovracompensozioni con misure preventive e successive; la contestazione implica l'apertura di un procedimento di responsabilità nei confronti degli Stati dove siano attivi gli operatori economici, azionabile da chiunque abbia interesse in virtù del riconoscimento degli effetti diretti all'articolo 106.

Come affermato da autorevole dottrina, da oramai un decennio la giurisprudenza sull'argomento si è sostanzialmente rarefatta, sintomatico di un certo assestamento nella materia⁷³⁸.

⁷³³ L'articolo 295, già richiamato nelle note precedenti, espone proprio l'indifferenza di fronte ai regimi proprietari di ogni singolo Stato.

⁷³⁴ G. FONDERICO, Commento agli artt. 103-106 del TFUE, cit., p. 106

⁷³⁵ G. FONDERICO, Commento agli artt. 103-106 del TFUE", cit., p. 106.

⁷³⁶ Vedesi Corte di Giustizia dell'Unione Europea I-05889, Merci convenzionali porto di Genova.

⁷³⁷ Fra le tante cfr. Corte di Giustizia TNT Traco/Poste, I-04109.

⁷³⁸ G. FONDERICO, Commento agli artt. 103-106 del TFUE, cit., p. 106.

4. I servizi pubblici secondo il diritto Europeo alla luce dell'*in-house*.

La tematica dei servizi pubblici locali presenta i risvolti più intensi con la sussidiarietà orizzontale in relazione alle cosiddette società *in-house*⁷³⁹.

Il concetto di *in-house* è, ancora una volta, di derivazione europea e fu coniato per la prima volta con il Libro Bianco sugli appalti pubblici nel 1998 per indicare “quelli (appalti) aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione ed una società interamente controllata”⁷⁴⁰. Un anno dopo, con la celebre sentenza 107⁷⁴¹, la Corte di Giustizia precisò i casi in cui una pubblica amministrazione potesse, direttamente, scegliere una propria articolazione organizzativa in luogo di un soggetto terzo, designato attraverso regolare procedura concorsuale per l'affidamento di contratti pubblici.

Il dilemma che assale l'interprete è chiaro: se la sussidiarietà orizzontale impone una preferenza nei confronti della società civile, è compatibile una disciplina che legittimi il ricorso alla cosiddetta “autoproduzione”?

L'ordinamento sovranazionale, che dovrebbe essere ancora più rigoroso nei confronti delle deroghe alla concorrenza, inizialmente fornì cittadinanza all'istituto dell'*in-house* in rispetto del principio della “auto-organizzazione amministrativa”⁷⁴², a sua volta espressivo della autonomia istituzionale e della sovranità statale.

Come, infatti, affermato all'interno del Libro Verde sul partenariato pubblico-privato del 2004 l'applicazione del diritto (ex) comunitario si “colloca a valle della scelta economica ed organizzativa effettuata da un ente locale o nazionale, e non può essere interpretato come un dibattito mirante ad esprimere un apprezzamento generale riguardo alla scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici; tale scelta compete esclusivamente alle autorità pubbliche”⁷⁴³.

La sentenza 107, preceduta da alcune isolate pronunce della Corte di Giustizia⁷⁴⁴, o *Teckal* fu la prima in cui i giudici europei posero degli specifici criteri per accertare la presenza di una società *in-house*.

⁷³⁹ Il termine deriva dall'espressione inglese *in house providing*.

⁷⁴⁰ A. BOTTO, *L'ambito soggettivo e oggettivo dei contratti pubblici*, in <http://docenti.luiss.it/>. Il libro bianco sugli appalti pubblici è inserito nel COM(98)143 dell'11 marzo 1998.

⁷⁴¹ C-107/98, anche nota come caso *Teckal*.

⁷⁴² C. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in-house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giustizia Civile*, fascicolo 1, anno 2006, p.14.

⁷⁴³ COM (2004)327, punto 17. In modo analogo A. D'ATENA, “Diritto regionale”, op. cit. p. 206.

⁷⁴⁴ C. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in-house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, cit., p. 23. L'autore segnala le sentenze *Arnhem* e *Ri.San*, quest'ultima in particolare si connota per il metodo da utilizzare per accertare la presenza di una

Una pubblica amministrazione può decidere di derogare alla procedura concorsuale nei casi in cui l'ente, destinatario dell'affidamento diretto, sia sottoposto ad un "controllo analogo" a quello di un organo interno della stessa amministrazione e, nel contempo, l'attività di questo soggetto non sia svolta per la parte più rilevante a favore del mercato⁷⁴⁵.

Negli anni successivi la Corte più volte ha precisato i due presupposti citati adottando un'interpretazione piuttosto rigorosa dell'*in-house*, tesa a non vanificare l'applicazione della disciplina della concorrenza.

Con la sentenza *Carbotermo* C 340/04, ad esempio, i giudici europei stabilirono come le modalità di controllo analogo potessero essere diverse rispetto a quelle esercitate nei confronti di un'articolazione interna purché fossero equivalenti a quelle poste nei confronti dei servizi interni dell'amministrazione controllante⁷⁴⁶; con la pronuncia C 324/07 *Coditel Brabant*, invece, ammisero anche un controllo plurisoggettivo da parte di più enti, fondato ad esempio su accordi⁷⁴⁷.

La Corte ha, inizialmente, specificato nel caso *Stadt Halle* come fosse necessaria un'integrale presenza del capitale pubblico ai fini della qualificazione di un ente come di società *in-house* in quanto, una percentuale anche minima di partecipazione privata, "inquinerebbe" il controllo analogo determinando una sua assenza⁷⁴⁸.

In progresso di tempo l'attività pretoria sovranazionale ha, tuttavia, subito un ripensamento proprio quando, contestualmente, in Italia si stava recependo la disciplina sull'*in-house* in termini analoghi o, addirittura, più rigorosi, come visto nel precedente paragrafo.

società *in-house* e, quindi, del fenomeno dell'autoproduzione. All'interno della controversia l'Avvocato Generale Alber specificò come l'indagine andasse condotta sulla base "delle circostanze di fatto", non rilevando indici formali come la personalità giuridica distinta dalla pubblica amministrazione. L'analisi si dimostra, ancora una volta, una tipica *questio facti* funzionale e sostanzialista nel solco del più generale diritto europeo.

⁷⁴⁵ A. BOTTO, *L'ambito soggettivo e oggettivo dei contratti pubblici*, cit., M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 351 e M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile* cit., pp.1869 e sgg.

⁷⁴⁶ Cfr sentenza *Carbotermo* 340/04: "Si deve di conseguenza risolvere la prima questione nel senso che la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice".

⁷⁴⁷ A. BOTTO, *L'ambito soggettivo e oggettivo dei contratti pubblici*, cit. Nella sentenza *Brabant* si specifica come sia richiesta "un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti". In termini analoghi C. ALBERTI, *La società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in *Istituzioni del Federalismo* numero 2 del 2011 pp. 25 e sgg.

⁷⁴⁸ Sentenza C-26/2003: "In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza *Teckal*, cit., punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi."

La giurisprudenza italiana si è espressa a più riprese sul tema, ad esempio con la decisione 439 del 2008⁷⁴⁹ la Corte Costituzionale ritenne incostituzionale la legge della provincia autonoma di Bolzano per violazione dei principi comunitari; in questo caso possiamo notare come il Giudice delle Leggi trovò incompatibile con l'ordinamento delle allora Comunità Europee una definizione dell'"attività più rilevante" unicamente in termini quantitativi e non qualitativi, ignorando aspetti come investimenti o ampliamenti territoriali⁷⁵⁰.

Autorevole dottrina, partendo da questa valutazione della Corte, ha tracciato degli interessanti ragionamenti sul collegamento tra ordinamento italiano ed europeo alla luce della sussidiarietà orizzontale⁷⁵¹.

Essendo il nostro sistema legale informato ai principi sovranazionali e avendo il principio di sussidiarietà orizzontale un pieno valore giuridico, non circoscritto al *quomodo* ma compiutamente all'*an*⁷⁵², ossia alla scelta sull'affidamento fra l'autorità pubblica e autonomia privata, ne deriva che il nostro ordinamento goda di una tutela rafforzata nei rapporti tra pubblico e società civile, tale per cui la scelta fra esternalizzazione e autoproduzione si risolva in una mera apparenza.

Questa prospettiva inserirebbe l'Italia nel solco di altre tradizioni, come quella tedesca, da sempre più sensibili al tema del fondamento dell'intervento pubblico⁷⁵³, in una decisione di preferenza verso l'ambito di prossimità che rappresenta "il cuore del principio" di sussidiarietà orizzontale⁷⁵⁴.

La giurisprudenza amministrativa ha poi interpretato in modo più restrittivo il criterio dell'integrale capitale pubblico, specificando come le società *in-house* presentino una vocazione pubblicistica distinta rispetto alla logica commerciale delle società privatistiche; è pertanto incompatibile con questo regime non solo una progressiva apertura ad altre società di capitali, ma anche un ampliamento dell'oggetto sociale o un'espansione territoriale⁷⁵⁵.

⁷⁴⁹ Per un commento alla sentenza, dedicato al rapporto tra sussidiarietà orizzontale e *in-house*, cfr. A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, cit. in www.issirfa.cnr.it/

⁷⁵⁰ "Il giudizio di verifica della sussistenza del requisito in esame è, dunque, limitato alla valutazione di dati di tipo quantitativo; e tali devono ritenersi quelli che, al fine di stabilire se il soggetto in house possa considerarsi "attivo" sul mercato in ragione della rilevanza esterna dell'attività di impresa svolta, attribuiscono valenza esclusiva all'entità del fatturato e delle risorse economiche impiegate. Nella prospettiva comunitaria, invece, è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente."

⁷⁵¹ A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, cit.

⁷⁵² A. D'ATENA, *Diritto Regionale*", cit. p. 204.

⁷⁵³ A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, cit. Si fa riferimento, più in particolare, alle *Gemeindeordnungen* tipiche dell'ordinamento tedesco.

⁷⁵⁴ A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, cit.

⁷⁵⁵ Cfr. sentenza 5082/2009 del Consiglio di Stato: "Proseguendo sul solco di questa linea di pensiero, che valorizza la vocazione istituzionale pubblicistica della società in house, rispetto alla logica commerciale che permea le società di diritto comune svincolate da asfissianti controlli gerarchici, va aggiunto che osta alla configurabilità del modello in parola l'acquisizione, da parte dell'impresa affidataria, di una vocazione schiettamente commerciale tale da rendere precario il controllo dell'ente pubblico. Detta vocazione, può, in particolare, risultare dall'ampliamento, anche progressivo, dell'oggetto sociale e dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali

I giudici di Palazzo Spada hanno poi recepito l'ipotesi di un controllo analogo plurisoggettivo, delineato nella sua fisionomia già dalla Corte di Giustizia, ancorandolo ad un controllo improntato ai principi societari e, pertanto, a natura funzionale⁷⁵⁶.

Le ultime evoluzioni, invece, in tema di *in-house* applicate ai servizi pubblici locali e alla sussidiarietà orizzontale sono contrastanti.

Da un lato la normativa europea ha progressivamente attenuato la rigidità iniziale manifestando, forse, un certo “ripensamento”⁷⁵⁷ in materia, dall'altro quella italiana inizialmente più rigorosa, come visto all'interno dei precedenti paragrafi, è stata erosa dal *referendum* del 2011 e si è uniformata *in toto* a quella sovranazionale e, volendo citare la dottrina⁷⁵⁸, è legittimo chiedersi se questa sia una “evoluzione o involuzione”.

Il primo aspetto è stato influenzato, proprio di recente, per mezzo di alcune direttive europee che hanno “codificato” il concetto di *in-house*, fissando molti di quei criteri di matrice giurisprudenziale citati.

In primo luogo, all'interno della direttiva 24 del 2014, al quinto considerando, è ribadito come l'ordinamento sovranazionale non imponga una scelta necessariamente rivolta al mercato⁷⁵⁹, solo se si preveda una procedura concorsuale finalizzata all'individuazione di un operatore economico privato è opportuno rispettare una disciplina concorrenziale.

In secundis, al 32esimo considerando e all'articolo 12, è fornita la vera e propria definizione di *in-house* in base alla compresenza di tre presupposti⁷⁶⁰: un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi, anche plurisoggettivo o cascata o congiunto⁷⁶¹ e sulla base di una

o dall'espansione territoriale dell'attività della società: l'affermarsi di una vocazione strategica basata sul rischio di impresa finisce infatti per condizionare le scelte strategiche dell'ente asseritamente *in house*, distogliendolo dalla cura primaria dell'interesse pubblico di riferimento e, quindi, facendo impallidire la natura di costola organica, pur se entificata, dell'ente o degli enti istituenti.”

⁷⁵⁶ C. ALBERTI, *La società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, cit., p.29

⁷⁵⁷ A. BOTTO, *L'ambito soggettivo e oggettivo dei contratti pubblici* cit.

⁷⁵⁸ C. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in-house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?* cit., p. 13.

⁷⁵⁹ V Considerando: “È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva. La prestazione di servizi sulla base di disposizioni legislative, regolamentari o contratti di lavoro dovrebbe esulare dall'ambito di applicazione della presente direttiva. In alcuni Stati membri ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, per taluni servizi amministrativi pubblici quali i servizi esecutivi e legislativi o la fornitura di determinati servizi alla comunità, come i servizi connessi agli affari esteri o alla giustizia o i servizi di sicurezza sociale obbligatoria.”

⁷⁶⁰ “Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

⁷⁶¹ Articolo 12: “Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: i) gli organi decisionali della

nozione di evidente matrice societaria⁷⁶², un'attività rivolta per almeno l'80% nei confronti della pubblica amministrazione e non nei confronti di privati in un chiaro ripensamento dell'accezione qualitativa dell'attività prima accolta⁷⁶³, e una partecipazione al capitale tendenzialmente pubblica, ammettendo in un ulteriore *revirement* l'adesione al patrimonio anche da parte di soggetti non pubblici.

Il nostro ordinamento ha recepito le modifiche, a un tempo infatti il Legislatore ha emesso con il Decreto Legislativo 50 del 2016 il nuovo Codice dei Contratti Pubblici⁷⁶⁴, che ha formalmente introdotto le nuove disposizioni nel nostro sistema legale e, ad altro, anche la giurisprudenza ha oramai accettato la riconsiderazione sul tema dell'*in-house*, ravvisandone il suo fondamento all'interno⁷⁶⁵ del potere organizzativo degli Stati membri dell'Unione e rilevando il superamento del principio dell'eccezionalità dell'affidamento *in-house* con il *referendum* del 2011⁷⁶⁶.

La dottrina si è interrogata su una possibile soluzione più compatibile con la sussidiarietà orizzontale e merita attenzione la ricostruzione sviluppata da Marta Mengozzi⁷⁶⁷.

persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.”

⁷⁶² “Nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.”

⁷⁶³ “5. Per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b), al paragrafo 3, primo comma, lettera b), e al paragrafo 4, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.”

⁷⁶⁴ “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”

⁷⁶⁵ Sentenza 50 del 2013 della Corte Costituzionale: “La Corte di giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche degli Stati membri “autoprodurre” beni, servizi o lavori, mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una “relazione organica” (cosiddetto affidamento *in house*).”

⁷⁶⁶ Sentenza 762 del 2013 del Consiglio di Stato: “Stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società *in house*) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.”

⁷⁶⁷ M. MENGOZZI, Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile, cit. pp.1883 e sgg.

La studiosa, partendo dalla premessa secondo cui la sussidiarietà orizzontale non è incompatibile di per sé con lo scopo lucrativo⁷⁶⁸, sostiene come data l'impossibilità di replicare il modello contemplato dall'articolo 23-bis della legge 133 del 2008, vista anche la pronuncia preclusiva in tal senso della Corte Costituzionale⁷⁶⁹, gli enti locali possano o non qualificare un'attività come servizio pubblico garantendo una sua gestione alle forze del mercato o, in base all'articolo 118 ultimo comma della Costituzione, debbano motivare l'affidamento *in-house* in base ad un ordinario procedimento amministrativo⁷⁷⁰, retto dai principi generali e ispirato dalla sussidiarietà orizzontale

Sullo scenario, interessante e suggestivo, pende tuttavia la sentenza 199 del 2012, la quale ha censurato l'articolo 4 del decreto legge 138 del 2011 per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata attraverso *referendum*, nonché la preminenza del diritto dell'Unione Europea, sancito dall'articolo 117, che come visto ha adottato un ripensamento in materia.

Il rischio, in altri termini, è approvare una regolamentazione purtroppo oggi esposta tanto all'incompatibilità sovranazionale quanto a quella costituzionale.

Si potrebbe argomentare, in favore della tesi, che il principio di sussidiarietà orizzontale sia assunto, oggi, a controlimite, a principio supremo dell'ordinamento⁷⁷¹ ma le circostanze richiederebbero una pronuncia espressa del Giudice delle Leggi.

5 Una panoramica comparata: analogie e differenze tra il modello dei servizi pubblici locali italiano e quello tedesco.

” Federalista fin quanto è possibile, centralizzato quanto è necessario⁷⁷²”

(Kurt Schumacher)

Come abbiamo avuto modo di accennare all'interno dei precedenti sviluppi, la sussidiarietà orizzontale è, per definizione, posta in antitesi rispetto allo Stato totalitario ed è utile, proprio per questa ragione, analizzare il caso tedesco.

⁷⁶⁸ Nel secondo capitolo abbiamo detto che è preferibile questa tesi rispetto all'esclusione della sussidiarietà orizzontale da questo ambito applicato. Cfr., da ultimo, F. GIGLIONI, “Sussidiarietà e mercato”, op. cit.

⁷⁶⁹ La già citata sentenza 199 del 2012.

⁷⁷⁰ Ricordiamo come sia la legge del 2008 sia l'intervento correttivo del Legislatore, successivo al *referendum*, prescrivessero il rispetto di una procedura particolare consistente, ad esempio, nella comunicazione della scelta all'Autorità Anti-trust.

⁷⁷¹ Fin dalla sentenza 1146 del 1988 della Corte Costituzionale i principi supremi sono ritenuti idonei a derogare il diritto europeo.

⁷⁷² E. VANIN, *Appunti sul Federalismo. Il Federalismo in Germania*, in <http://diritto.regione.veneto.it/>. La frase fu esternata dal Segretario del partito Socialdemocratico tedesco ed è indicativa in quanto, seppur inserito in un movimento politico *naturaliter* proteso verso esigenze centralistiche, Schumacher si dimostrò possibilista verso soluzioni federali. Ciò è sintomatico, come vedremo, di una intensa tradizione teutonica favorevole alla sussidiarietà come criterio regolatore dell'ordinamento, nei suoi rapporti tra attori pubblici e fra questi e società civile.

La Germania si è contraddistinta per secoli, e in questo è affine al caso italiano, per la sua debolezza politica, tanto che numerosi teorici si interrogarono o sulla possibilità di plasmare un equilibrio istituzionale sulla base di un sistema multilivello⁷⁷³, o sulla necessità di favorire un accentramento decisionale atto a garantire un assetto governativo forte e stabile.

Quest'ultima soluzione, prefigurata da Hegel, fu portata a compimento in particolare durante l'epoca storica chiamata "Terzo Reich", l'unica in tutto l'arco costituzionale teutonico a fondarsi su estesi moduli intensamente centralistici⁷⁷⁴.

Con la vittoria alleata durante la Seconda Guerra Mondiale e la conseguenziale divisione della Germania in due parti, le potenze Occidentali spinsero al fine di ripristinare la fisionomia federale nella parte da loro governata e, fin da subito, si animò un dibattito fra gli studiosi tedeschi sulla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, inteso sia nell'accezione orizzontale che in quella verticale⁷⁷⁵.

Fu avanzata una proposta durante la Convenzione Costituzionale di *Herrenchiemsee* nel 1948 favorevole all'inserimento della sussidiarietà nelle previsioni in tema di dignità dell'uomo e di libero sviluppo della personalità⁷⁷⁶, ma questa fu respinta; ciò nonostante la dottrina negli anni 50 si espresse tendenzialmente in favore di una "costituzionalizzazione implicita" della sussidiarietà, perché "strumentale alla protezione del pluralismo culturale radicato nella storia tedesca", sulla base di una serie di disposizioni contenute nella Legge Fondamentale⁷⁷⁷.

Costituiva un presupposto culturale a queste ricostruzioni la sensibilità culturale predominante nella parte Ovest del paese nel secondo dopoguerra, incline ad adottare gli sviluppi teorici della Scuola di Friburgo, già richiamata in precedenza, che associava ai pubblici poteri il compito di garantire eguali condizioni di partenza ad ogni individuo⁷⁷⁸.

⁷⁷³ Abbiamo già menzionato in tal senso il contributo di von Humboldt.

⁷⁷⁴ D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit.

⁷⁷⁵ Fra i tanti A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, pp. 4 e sgg., e P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, cit., pp. 213 e sgg. e V. GOTZ – M. HECKER, *Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento alla sua dimensione federale*, a cura di A. R., L. C. E R. S., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*, cit. pp. 45 e sgg.

⁷⁷⁶ Rispettivamente articolo 1.1: "La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla." E articolo 2.1: "Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale.

⁷⁷⁷ Cfr. V. GOTZ e M. HECKER, *ibidem* cit. p. 45 e sgg. e P. RIDOLA, *ibidem* cit. p. 214; le disposizioni ritenute il fondamento della sussidiarietà orizzontale erano Articolo 6 comma I sulla protezione della famiglia, 9 comma II sulla salvaguardia delle associazioni, 28 comma II, 30, 70 e 72 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*), estesa da alcuni autori anche all'autonomia universitaria ex articolo 5 comma II, dell'autonomia delle Chiese ex articolo 140 e dell'autonomia del sistema tariffario ex articolo 9 comma III.

⁷⁷⁸ I poteri pubblici hanno il compito di elaborare delle condizioni di partenza uguali per tutti, in una prospettiva posta a metà fra l'individualismo Statunitense e il dirigismo socialista. Secondo V. GOTZ e M. HECKER i principali interpreti furono G. JELLINKEK e R. VON MOHL; contribuì, inoltre, l'influenza di un certo filone giusnaturalista cristiano chiamato "Rinascimento del Diritto naturale Cristiano". Cfr. anche P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, cit. pp. 213.

Un segno tangibile di quanto affermato si coglie, nella giurisprudenza, all'interno della sentenza *Bundesverfassungsgericht* 58/253 che, seppur timidamente, attribuisce importanza legale al principio di sussidiarietà all'interno dell'ordinamento tedesco⁷⁷⁹.

Al contrario, negli anni Sessanta prevalse l'indirizzo opposto secondo cui la sussidiarietà non poteva godere di rango costituzionale, sia in base ad una semplice analisi dei lavori preparatori della Legge Fondamentale, come detto fu respinto un emendamento favorevole al suo inserimento, sia sulla base di argomentazioni tese non tanto a contestare le disposizioni citate utilizzate come suo fondamento quanto, e piuttosto, il ragionamento giuridico che ne era alla base⁷⁸⁰.

Questi studiosi ritenevano che fosse arbitrario ricondurre a questo principio norme munite di una propria singolarità in una sorta di “distillato” giuridico, senza alcun contenuto limpido⁷⁸¹.

I giudici tedeschi, in un clima anche forse nuovo rispetto all'immediato dopoguerra, recepirono questo filone culturale e nella sentenza *Bundesverfassungsgericht*, 22, 180 del 18 luglio 1967 ritennero la Repubblica Federale Tedesca come uno “Stato sociale di Diritto”, che, come tale, vincola il Legislatore a perseguire primariamente scopi di equità sociale, lasciando un margine di apprezzamento solo nella scelta dei mezzi, compresa in potenza la sussidiarietà⁷⁸², ritenuti più idonei a raggiungere quelle finalità.

Nei decenni successivi il dibattito sparì dal panorama tedesco ma, dopo circa una ventina d'anni, ricomparve con il progressivo ampliamento delle funzioni dell'ordinamento Sovranazionale.

I *Länder* nel dicembre 1992 spinsero, dopo l'approvazione del Trattato di Maastricht, per costituzionalizzare il principio di sussidiarietà nella sua declinazione verticale, temendo di essere in qualche modo estromessi dalle Comunità Europee attraverso un sostanziale esproprio di funzioni verso il livello sovranazionale⁷⁸³.

L'ambito su cui, al contrario, si riscontra una valorizzazione intimamente connessa alla declinazione orizzontale della sussidiarietà inerisce la gestione dei servizi pubblici locali, già trattati nella loro dimensione europea e italiana in questa sezione.

Gli enti locali tedeschi sono informati ad un disegno istituzionale definibile nei termini di “Federalismo cooperativo” (*kooperativer Föderalismus*)⁷⁸⁴, tale per cui il *Bundestag*

⁷⁷⁹ Va, comunque, affermato come la pronuncia sia “anfibiologica” nella misura in cui attribuisca importanza alla sussidiarietà ma, al tempo stesso, ne neghi una valenza costituzionale.

⁷⁸⁰ V. GOTZ e M. HECKER, *Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento alla sua dimensione federale*, cit. p. 55 menzionano W. Thieme, K.Hesse, K. Stern e R.Herzog

⁷⁸¹ V. GOTZ e M. HECKER, *ibidem*,

⁷⁸² A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*. cit. p.55

⁷⁸³ V. GOTZ e M. HECKER, *Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento alla sua dimensione federale*, cit. p. 47 riferiscono di questo movente storico dietro la modifica della Legge Fondamentale all'articolo 23.

⁷⁸⁴ P. HÄBERLE, *Problemi attuali del federalismo tedesco*, (a cura di) A.D'A. *Federalismo e Regionalismo in Europa*, Milano 1994 Giuffrè p. 115

predispone delle norme quadro composte da principi attuate, poi, dai singoli *Länder* in ragione delle esigenze proprie dei loro territori, con una attenzione particolare attribuita alle risorse finanziarie delle entità sub-statali.

I 15.000 Comuni (*Gemeinden*) si dotano, di frequente, di una legge comunale *ad hoc* per la gestione dei servizi pubblici e questi atti, chiamati “*Gemeindeordnungen*”⁷⁸⁵, le leggi Comunali nelle quali, spesso, si prevede che il Comune sia abilitato a svolgere attività di impresa solo se sia in grado di farlo a condizioni economiche più vantaggiose rispetto a quelle determinate dal mercato.

La dottrina⁷⁸⁶ per riferirsi a questa ipotesi parla di “sussidiarietà rinforzata”, data la presenza di un onere in capo ai pubblici poteri di dimostrare la maggiore idoneità a svolgere il servizio in condizioni migliori di economicità, efficacia ed efficienza⁷⁸⁷; altri studiosi hanno messo in luce come questa scelta sia facilmente sindacabile in sede giurisdizionale, concretizzandosi in un accertamento su errate valutazioni⁷⁸⁸.

Tra i vari casi Antonio D’Atena e Gino Scaccia segnalano, ad esempio, la “*Gemeindeordnung*” della Baviera che, *ex* articolo 87 comma I, subordina “la creazione, la rilevazione od il significativo ampliamento di un’impresa da parte del Comune” alla condizione “che lo scopo non sia, né possa essere, altrettanto bene ed altrettanto economicamente conseguito da altri soggetti”.

Un contenuto pressoché identico si rinviene all’interno delle “*Gemeindeordnung*” della Renania-Palatinato in base all’articolo 85 comma I in cui i Comuni possono (...) “intraprendere, assumere in proprio o accrescere considerevolmente un’attività imprenditoriale (...) solo se il fine pubblico non è o non può essere conseguito altrettanto bene e in condizioni di pari efficienza economica da un soggetto privato”.

O, ancora, del Brandeburgo con l’articolo 100 comma III, che prescrive come “il Comune deve preoccuparsi, nell’interesse dell’economicità della gestione, che agli operatori privati siano affidate le attività che questi possano svolgere a costi identici o più bassi e con garanzia di qualità ed affidabilità almeno identiche, in quanto ciò sia compatibile con il pubblico interesse”. Termini analoghi sono rinvenibili con riguardo al *Länd* Hessen, per mezzo dell’articolo 121 comma I, o in quello della Bassa Sassonia all’articolo 108 comma III.

⁷⁸⁵ Cfr. A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit. p. 16, G. SCACCIA, *La dimensione giuridica della sussidiarietà*, cit., pp. 53 e sgg., L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà*, cit. pp. 636-637, L. ANTONINI, *Verso un’antropologia positiva*, da *Politiche e Reti per lo Sviluppo* - Numero 3, dicembre 2010 pp. 37-38-39, E. BLASI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nelle culture giuridiche tedesca e italiana dopo la riforma del Titolo V*, cit. e A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Fascicolo 3-4 1997. pp.4 e sgg.

⁷⁸⁶ E. BLASI, *ibidem*, cit., L. ANTONINI, *Verso un’antropologia positiva*, cit. e G. SCACCIA, *La dimensione giuridica della sussidiarietà*, cit., p. 60

⁷⁸⁷ Magari attraverso accordi tra pubbliche amministrazioni.

⁷⁸⁸ A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà* cit. p. 16, ripreso da L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà*, cit., pp. 636-637

Questa dinamica è definita in lingua tedesca come di “*Vorrangentscheidung*” (“decisione di preferenza”), ossia una decisione presa nell’ambito più vicino ai diretti interessati e rappresenta, come affermato più volte, il cuore della sussidiarietà orizzontale⁷⁸⁹.

Questa combinazione tra federalismo statale e sussidiarietà orizzontale porta, ad esempio, Peter Häberle a dire: “Non è una esagerazione affermare che il federalismo costituisce la forma statale della libertà tedesca e che lo Stato Costituzionale in Germania è possibile, all’interno e verso l’esterno, soltanto in quanto Stato Federale”⁷⁹⁰.

In Italia non è possibile riscontrare un’analoga attenzione, ispirata dalla sussidiarietà orizzontale, per i servizi pubblici, anzi, l’articolo 118 ultimo comma della Costituzione, pur dispiegando effetti procedimentali e sostanziali, fatica ad imporsi in quest’area, come d’altronde abbiamo visto con riguardo alla vicenda dell’*in-house*.

Come osservato da autorevole dottrina, ad un tempo la cogenza del principio dell’affidamento prioritario nei confronti delle forze del mercato è stata rimossa dal *referendum* e dagli eventi successivi, ad altro è difficile ravvisare chiare pronunce, in tema di servizi pubblici locali, fondate sulla sussidiarietà orizzontale in quanto tale⁷⁹¹.

A contribuire a questo esito ha influito l’assenza di una normativa specifica in grado, similmente alle Leggi Comunali tedesche, di determinare quando i pubblici poteri possano gestire direttamente un servizio pubblico e quando, al contrario, sia preferibile l’affidamento alle forze private a seguito di procedura ad evidenza pubblica; non sorprende, per questo, la timidezza, se non indifferenza, manifestata dai giudici amministrativi sull’argomento⁷⁹².

La sentenza, già citata, 2407 del TAR Sardegna, ad esempio, ritiene che la sussidiarietà orizzontale sia scomponibile in due versanti: uno negativo, “che si sostanzia nel dovere di astensione dei pubblici poteri laddove le forze individuali e della società siano in grado di soddisfare i propri bisogni autonomamente”, ed uno positivo, “che implica l’affermazione di un dovere di intervento dei pubblici poteri ove gli individui e le forze sociali non abbiano la capacità di provvedere da sé alle proprie necessità”.

A dire dei giudici amministrativi, il versante negativo non sarebbe stato ricompreso all’interno dell’articolo 118 comma IV della Costituzione, consentendo ad ogni pubblica amministrazione di mantenere piena discrezionalità nella scelta degli strumenti per perseguire i fini individuati

⁷⁸⁹ Questo indirizzo si lega molto alla Scuola di Friburgo e si è espanso notevolmente nei decenni passati in Germania, basti pensare alla Sentenza “*BVerfGE 99, 246 - Kinderexistenzminimum I*”, che ha ritenuto prioritaria la dignità umana rispetto ad un assistenzialismo; negli ultimi anni si può, tuttavia, registrare un’inversione di tendenza, proprio il *Länd* Renania-Palatinato ha infatti approvato una modifica il 7 aprile 2009 in cui esclude dall’ambito di applicazione del *Gemeindeordnung* il trasporto pubblico locale e i servizi di erogazione di energia elettrica ed acqua.

⁷⁹⁰ P. HÄBERLE, *Problemi attuali del federalismo tedesco*, cit., p. 109

⁷⁹¹ Cfr. G. SCACCIA, *La dimensione giuridica della sussidiarietà*, cit., pp. 63 e sgg.

⁷⁹² L’unica sentenza che si distingue per la rilevanza attribuita alla sussidiarietà orizzontale è la 94 del 2002, resa dal TAR Lombardia; la pronuncia, tuttavia, non ricade all’interno dei servizi pubblici locali ma nell’urbanistica.

dalla legge, compresa l'area dei servizi pubblici locali, in coerenza con altre disposizioni costituzionali come il 97 concernente il buon andamento.

Questa ricostruzione, a dire della dottrina, sarebbe parziale e incompatibile con la sussidiarietà orizzontale, operando un'arbitraria distinzione all'interno della sua sostanza e ignorando alcuni dei suoi contenuti, come l'attenzione ai rapporti economici⁷⁹³; peraltro, come affermato da altri illustri studiosi, una soluzione di questo genere priverebbe di cogenza proprio un principio costituzionale, rimettendolo alla volontà umana e alle logiche concertative fra forze pubbliche e sociali⁷⁹⁴.

Un anno più tardi, il Consiglio di Stato con la sentenza 4080 assunse un orientamento molto rigido in tema di servizi pubblici fondato, proprio, sulla sussidiarietà orizzontale.

Come accennato nei precedenti capitoli, i giudici di Palazzo Spada ritennero prioritaria la scelta per le forze del mercato nell'affidamento dei servizi pubblici locali, non solo nei confronti delle società *in-house* ma anche per quelle miste, in un atteggiamento di chiusura molto più rigido rispetto a quello proprio dei giudici comunitari⁷⁹⁵.

Gli eventi successivi al *referendum* del 2011, come ampiamente detto, ci portano a dire come il principio di priorità nell'affidamento alle forze del mercato sia superato.

Quale spazio rimane, quindi, all'applicazione della sussidiarietà orizzontale nei servizi pubblici locali?

La giurisprudenza non mette in discussione l'esistenza del paradigma sussidiario ma il suo margine di manovra, il suo *quomodo*, è molto stretto, più che in passato.

Merita menzione una pronuncia in particolare, peraltro non riconducibile integralmente al novero dei servizi pubblici locali, che rigetta la ricostruzione citata del TAR Sardegna fondata sulla scomposizione della sussidiarietà orizzontale in un versante positivo e in uno negativo.

Il Consiglio di Stato, infatti, con la sentenza 4981 del 2014 ha ritenuto il principio contraddistinto da una valenza "biunivoca", attribuendo risalto anche all'accezione positiva frutto di un modello di integrazione "tra azioni pubbliche e azioni dei privati, in una chiave di valorizzazione della seconda a sostegno della prima, e quindi a beneficio dell'intera collettività."⁷⁹⁶

⁷⁹³ A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo: Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?*, cit. pp. 243-244

⁷⁹⁴ G. SCACCIA, *La dimensione giuridica della sussidiarietà*, cit. p. 64.

⁷⁹⁵ Cfr. Sentenza 4080 del 2008: "In definitiva il modello della società mista non avrebbe carattere ordinario nel nostro sistema, costituendo piuttosto un'eccezione alla regola dell'integrale ricorso al mercato da parte dell'amministrazione, dovendosi fare decisa applicazione, anche in questa materia, del principio di sussidiarietà orizzontale"

⁷⁹⁶ Cfr. Sentenza Consiglio di Stato 4981 del 2014: "Tale fenomeno va iscritto, più in generale, nell'affermazione del principio di sussidiarietà orizzontale che ha valenza biunivoca, nel senso che esso non costituisce solo un limite del pubblico potere a garanzia dell'individuo e delle formazioni sociali, bensì, e in chiave positiva, un modello di integrazione tra azioni pubbliche e azioni dei privati, in una chiave di valorizzazione della seconda a sostegno della prima, e quindi a beneficio dell'intera collettività. Sotto tale aspetto, peraltro, il principio di sussidiarietà si ricollega, con ogni evidenza, al principio personalistico, che valorizza non solo il piano dei diritti individuali e

Maggiore fortuna ha rivestito la sussidiarietà orizzontale all'interno dei servizi sociali, servizi pubblici privi di rilevanza economica su cui, però, non è possibile operare un confronto con le *Gemeindeordnung* tedesche avendo, quest'ultime, un ambito applicativo connesso alle attività imprenditoriali⁷⁹⁷.

Dirimente, in conclusione, sembrerebbe la necessità di un intervento statale atto a positivizzare, similmente a quanto avvenuto in Germania, la portata della sussidiarietà orizzontale, già prevista all'interno della Costituzione all'articolo 118 ultimo comma.

collettivi, bensì, proprio nella prospettiva della esplicazione piena di quelli, di cui è garanzia un ordinamento democratico a orientamento sociale, l'adempimento dei doveri di solidarietà *ex art. 2 Cost.*”

⁷⁹⁷ Cfr. Il TAR Puglia che, nelle sentenze 1860 del 2010 e 1880 del 2013, ha qualificato le associazioni di volontariato attive nel campo sociale come “attuazione della sussidiarietà orizzontale”, con un obbligo in capo ai pubblici poteri consistente nel non ostacolare l'autonoma iniziativa dei privati.

Sezione IV: Le cosiddette autonomie funzionali

Sommario: 1. Il concetto di autonomia funzionale e l'influenza della sussidiarietà orizzontale; 2 Le Camere di Commercio: dinamiche normative; 3. Le Camere di Commercio: i profili specifici espressione della sussidiarietà orizzontale; 4. Le Università degli Studi.

1. Il concetto di autonomia funzionale e l'influenza della sussidiarietà orizzontale

Nei precedenti paragrafi abbiamo trattato la sussidiarietà orizzontale alla prova della realtà, analizzando alcuni ambiti dove si può ravvisare un'applicazione di questo principio nel nostro ordinamento.

In realtà, come osservato da autorevole dottrina, l'articolo 118 ultimo comma della Costituzione dispiega i propri effetti anche su un altro versante, più precisamente nei rapporti tra gli enti territoriali e le cosiddette "autonomie funzionali" o "enti di autonomia funzionale"⁷⁹⁸.

La teoria dell'autonomia funzionale è risalente nel panorama giuridico italiano, i primi germi di questa terminologia sono conati negli anni Venti per indicare quelle nuove figure di soggetti pubblici non inquadrabili nell'amministrazione centrale⁷⁹⁹; in un momento successivo sarà utilizzata per riferirsi anche agli attori privati preordinati allo svolgimento di uffici pubblici⁸⁰⁰. In ogni caso, il denominatore comune di queste ricostruzioni è da rinvenire nel tentativo di fornire rimedio ad una serie di istituti *sui generis*, difficilmente compatibili con un carattere accentratore della statualità, con il ricorso alla formula dell'autonomia funzionale per giustificare una autorganizzazione interna⁸⁰¹; era, al contrario, precluso il riconoscimento di una piena soggettività giuridica.

Come già accaduto in altri ambiti, l'approvazione della nuova Carta Costituzionale non alterò il disegno originario in misura sostanziale.

Pur in presenza di due potenziali appigli rappresentati dagli articoli 5 e 97, la dottrina si disinteressò alla nozione di autonomie funzionali mentre maggiore fortuna ebbero gli enti

⁷⁹⁸ A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit. pp. 208-210.

⁷⁹⁹ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. pp. 7 e sgg. e F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento italiano*, in *Istituzioni del Federalismo* numero 24 del 2009 pp. 1-37.

⁸⁰⁰ Nel primo caso ricordiamo le aziende-organo già viste nei precedenti paragrafi, nel secondo le scuole private che erano e sono considerate, in talune attività, come *munus publicum*.

⁸⁰¹ A. D'ATENA, *Forma Stato dalla piramide all'arcipelago-Relazione al Convegno su "Le autonomie funzionali: le Camere di Commercio, problemi e prospettive"*, cit. pp. 5-6.

territoriali, acquisendo una tutela effettiva sulla base delle prerogative dettate dalla Costituzione⁸⁰².

Solo a partire dagli anni Ottanta l'autonomia funzionale si riflesse, per la prima volta, sul versante della soggettività aprendo numerosi dibattiti fra gli interpreti⁸⁰³.

L'ostacolo maggiore al suo riconoscimento era la previsione secondo cui il vertice delle amministrazioni statali dovesse essere rappresentato da un ministro e, pertanto, da un organo a natura politica⁸⁰⁴.

La facoltà di fornire un indirizzo all'amministrazione era, fin dai tempi dell'elaborazione del principio di separazione dei poteri, riservata ad una figura apicale di derivazione democratica e, proprio questo elemento, rendeva da un lato difficoltosa la definizione di un'autonomia diversa da quella organizzativa, dall'altro comprensibile la maggiore valorizzazione degli enti territoriali che si ispiravano, anch'essi, al principio democratico⁸⁰⁵.

Negli anni Novanta, anche grazie all'influsso del diritto europeo, si aprì un dibattito sull'opportunità di conservare una statualità indifferenziata e autorevole dottrina iniziò a vedere con favore l'istituzione di soggetti slegati dal circuito rappresentativo-politico, orientati alla cura di interessi particolari ad elevato tasso tecnico⁸⁰⁶.

Questa prospettiva, secondo illustri studiosi, ben si legava alle Camere di Commercio e alle Università, dato sia il loro ruolo peculiare nel panorama sociale italiano, in quanto rappresentative di una comunità parziale, sia l'incidenza su di esse della sussidiarietà orizzontale⁸⁰⁷.

Questo principio, collegato alle autonomie funzionali, sarebbe strumentale a garantire il pluralismo istituzionale del nostro ordinamento, valorizzando una gestione del potere non più su una base eminentemente gerarchica ma su base tendenzialmente paritaria e teleologicamente orientata⁸⁰⁸.

⁸⁰²Articolo 5: "La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento"; articolo 97: "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge". Le disposizioni costituzionali inerenti gli Enti Locali erano gli articoli 117-118.

⁸⁰³ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. pp. 37 e sgg.

⁸⁰⁴ Articolo 95 comma II della Costituzione

⁸⁰⁵ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. pp. 38.

⁸⁰⁶ A. D'ATENA, *Forma Stato dalla piramide all'arcipelago-Relazione al Convegno su "Le autonomie funzionali: le Camere di Commercio, problemi e prospettive"* pp. 5-6 pone l'esempio dell'arcipelago rispetto alla piramide, F. PIZZETTI, *Autonomie funzionali e riforme istituzionali*, in *Impresa e Stato* fascicolo 34, anno 1996 pp. 1-6 riprende F. BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato-persona alla sovranità dello Stato-ordinamento*, in *Impresa e Stato*, fascicolo 30 anno 1995 pp. 1-9 e la figura del tempio greco.

⁸⁰⁷ A. D'ATENA, *Forma Stato dalla piramide all'arcipelago-Relazione al Convegno su "Le autonomie funzionali: le Camere di Commercio, problemi e prospettive"*, cit. pp. 1 e sgg., A. D'ATENA, *Sussidiarietà e autonomie funzionali*, in *Impresa & Stato* fascicolo 44-45 del 1998 pp.1-2.

⁸⁰⁸ A. D'ATENA, *Forma Stato dalla piramide all'arcipelago-Relazione al Convegno su "Le autonomie funzionali: le Camere di Commercio, problemi e prospettive"*, cit. pp. 5 e sgg.

In questo quadro si è collocata la già menzionata legge 59 del 1997, meglio conosciuta come prima legge Bassanini, che ha formalmente introdotto nel nostro sistema la nozione di “ente funzionale” in un significato affine a quello poc’anzi esposto.

L’articolo 1, comma IV lettera d) prescrive, espressamente, come il decentramento amministrativo, promosso dal medesimo atto, non possa essere esteso anche ai “compiti esercitati localmente in regime di autonomia funzionale” dalle Camere di commercio e dalle Università, mentre l’articolo 3 comma I lettera b) ammette il conferimento di compiti ulteriori rispetto a quelli già previsti dalla stessa legge.

Infine, il 4 comma III lettera a) specifica come la ripartizione di funzioni amministrative debba avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà “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”.

Da qui alcune considerazioni.

In primis a livello positivo è accolto un concetto di autonomia funzionale associato alle Camere di Commercio e alle Università, con esclusione di altre figure controverse⁸⁰⁹; la delimitazione è senza dubbio una misura efficace nel momento in cui razionalizza e identifica cosa sia un ente ad autonomia funzionale e cosa, al contrario, non lo sia.

In secondo luogo, la sua definizione si giustifica nella misura in cui la capacità di autorganizzarsi, l’autonomia, risulti finalizzata al perseguimento di interessi a rilevanza generale, in un processo generale di rivisitazione della statualità.

Non desta sorpresa, proprio a proposito di questo punto, il tentativo di inserire la nozione di autonomia funzionale nel più ampio disegno di modifica istituzionale del nostro ordinamento con la Commissione Bicamerale D’Alema, in una direttrice simile a quella della prima legge Bassanini⁸¹⁰.

Come detto in precedenza la sussidiarietà orizzontale, e consequenzialmente le autonomie funzionali, furono oggetto di aspre discussioni tanto che l’originaria formulazione⁸¹¹ fu

⁸⁰⁹ Il riferimento corre subito alle istituzioni scolastiche le quali, pur connotate da autonomia, non sono riconducibili propriamente al regime di autonomia funzionale.

⁸¹⁰ All’interno della seduta 22 del 14 maggio 1997 il Presidente D’Alema affermò: “L’esercizio reale di un autogoverno da parte del sistema delle autonomie locali (comuni e province) e da parte delle regioni, e nello stesso tempo da parte di altre autonomie di carattere funzionale, a partire dalla scuola e dall’università, richiede il superamento di un reticolo di vincoli burocratici e quindi l’inversione di quel processo di ipertrofia istituzionale e amministrativa che ha finito con il sommare vecchie e nuove istituzioni in una complicazione assurda dell’arte del governare. Tale ragione impone una radicale opera di delegificazione, questione che ci è stata segnalata con estrema determinazione dai rappresentanti delle forze economiche e sindacali che abbiamo ascoltato nel corso delle nostre audizioni, così come dai rappresentanti dei poteri locali. “ Tratto da <http://www.camera.it>

⁸¹¹ “Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le comunità locali, organizzate in comuni e province, le regioni e lo 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.”

modificata per, poi, essere accantonata con l'esaurimento dell'accordo politico su cui si reggeva la stessa Commissione^{812 813}.

Le vicende successive, ancora una volta sintomatiche di questa conflittualità, delusero la dottrina⁸¹⁴.

La revisione del Titolo V, approvata come già ampiamente affermato nei precedenti capitoli, con la legge costituzionale 3 del 2001 non ha minimamente contemplato le autonomie funzionali, ma si è limitata a citare la sussidiarietà orizzontale all'ultimo comma dell'articolo 118.

L'assenza di enti non territoriali nel riparto dei compiti amministrativi non determinerebbe comunque, secondo autorevole dottrina, *in re ipsa* l'estraneità delle autonomie funzionali dal nostro ordinamento ma, piuttosto, sarebbe rinvenibile un fondamento esplicito proprio nell'ultimo comma dell'articolo 118⁸¹⁵.

Questa conclusione si baserebbe su un'analisi evolutiva della statualità, tale per cui sarebbe anacronistico riprodurre un suo modello "rozzo" ancora associato alla indivisibile matrice giacobina⁸¹⁶, e su uno studio dell'articolo 117 comma II lettera g) e comma III, rispettivamente orientati a porre una riserva legislativa statale con riguardo alla disciplina degli "enti pubblici nazionali" e a menzionare alcuni enti non territoriali come le istituzioni scolastiche⁸¹⁷; altri studiosi hanno, poi, anche messo l'accento sull'espressione "enti locali" che affianca quella di "Regioni", la quale non escluderebbe, per definizione, la rilevanza costituzionale di figure come quelle delle autonomie funzionali⁸¹⁸.

⁸¹² "Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma 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 a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali."

⁸¹³ Il principale aspetto di scontro fu rappresentato dal carattere polisenso della sussidiarietà orizzontale, avvertito da una parte dello schieramento di sinistra in quanto espressivo del liberismo e interpretato unicamente in un'ottica difensiva da quello di centro-destra. Il progetto della Bicamerale tentava di giungere ad una sintesi tra le sue tre matrici culturali ma, proprio per questa ragione, si espose a critiche da gran parte dell'arco politico.

⁸¹⁴ A. D'ATENA, *Le Camere di commercio tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, in *Impresa & Stato*, fascicolo 51, del 1999 pp.1-3 e *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, fascicolo 2-3, 2002, pp. 311 e sgg., D. MORANA, *Le Camere di Commercio come enti ad autonomia funzionale*, in *Diritto, diritti e autonomie*, pp. 383 (a cura di A. D'A. e P. G., Milano Giuffrè 2003, F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento italiano*, cit. pp. 17 e sgg. e A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit., pp. 306 e sgg.

⁸¹⁵ A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit., pp. 209-210, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*, cit., pp. 311 e sgg., D. MORANA, *Le Camere di Commercio come enti ad autonomia funzionale*, cit., pp. 383 e sgg.

⁸¹⁶ Proprio perché la sussidiarietà orizzontale impone lo svolgimento di attività generali all'ambito più prossimo ai destinatari è da ritenere che, a maggior ragione per le autonomie funzionali, si debba avere riguardo dei soggetti esponenziali delle comunità parziali.

⁸¹⁷ A. D'ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*, cit. pp. 312.

⁸¹⁸ D. MORANA, *Le Camere di Commercio come enti ad autonomia funzionale*, cit. p. 385.

A suffragio di questa tesi concorrerebbero, inoltre, altri due elementi: il libro Bianco sulla *governance* europea e la legge La Loggia 131 del 2003 ("Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3").

Il primo, fra le sue pagine, esalta i principi di "apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza" come guida nel processo di erosione di quel *deficit* democratico tipico delle istituzioni europee⁸¹⁹.

In particolare, l'apertura suggerirebbe a quest'ultime di operare per far comprendere meglio al grande pubblico le sue decisioni, mentre la partecipazione è legata alla qualità e alla pertinenza delle politiche dell'Unione⁸²⁰.

La responsabilità richiede consapevolezza nell'azione da parte di ogni istituzione, l'efficacia esige la definizione di obiettivi chiari da perseguire e raggiungere e, infine, la coerenza servirebbe ad evitare eccessive frammentazioni all'interno del sistema sovranazionale.

Interessante, perché spesso citata all'interno di questa trattazione, è poi la definizione di società civile, enucleata all'interno del capitolo 3 paragrafo 1.

Questa "comprende le organizzazioni sindacali e le associazioni padronali (le parti <<sociali>>), le organizzazioni non governative, le organizzazioni di carità, le organizzazioni di base, le organizzazioni che cointeressano i cittadini nella vita locale e comunale, con un particolare contributo delle chiese e delle comunità religiose".

La nozione è stata elaborata, come osservato in dottrina, con il contributo di rappresentanti di varie organizzazioni e manifesta intrinseci connotati di pluralismo e autonomia⁸²¹. La società civile, nel contempo, assolve a tre fondamentali funzioni: amplia il dibattito pubblico, segnala le alterazioni della democrazia rappresentativa e sostiene lo sviluppo sociale per mezzo della democrazia partecipativa.

Da un punto di vista interno, la legge 131 del 2003 ha, invece, attuato l'articolo 118 della Costituzione, così come modificata dalla legge costituzionale 3 del 2001, attribuendo una competenza amministrativa generale ai Comuni e una circoscritta per le Province, le Città Metropolitane, le Regioni o lo Stato in base ad esigenze di unitarietà di esercizio, ispirate dal principio di sussidiarietà (*rectius* sussidiarietà verticale)⁸²². Ai nostri fini è interessante

⁸¹⁹ Capitolo 1 nota 1

⁸²⁰ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. pp. 316 e sgg.

⁸²¹ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale* cit., pp. 324 e sgg; senza contare che presenta dei legami intensi con la definizione, accolta nella trattazione, prospettata da Bobbio tale per cui la società civile è l'arena nella quale vengono esternate istanze sociali che possono essere recepite dai vari gruppi politici.

⁸²² Articolo 7 comma I: "Lo Stato e le Regioni, secondo le rispettive competenze, provvedono a conferire le funzioni amministrative da loro esercitate alla data di entrata in vigore della presente legge, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, attribuendo a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato soltanto quelle di cui occorra assicurare l'unitarietà di esercizio, per motivi di buon andamento, efficienza o efficacia dell'azione amministrativa ovvero per motivi funzionali o economici o per esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale, nel rispetto, anche ai fini dell'assegnazione di ulteriori funzioni, delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale, anche nei settori della promozione dello sviluppo economico e della gestione

soprattutto una specifica, contenuta all'interno dell'articolo 7 comma I, secondo cui questa riallocazione delle funzioni debba avvenire “nel rispetto, anche ai fini dell'assegnazione di ulteriori funzioni, delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale”.

Alla luce di queste considerazioni, l'autorevole dottrina citata ritiene che, in particolare, l'articolo 118 ultimo comma rappresenti una sorta di “anticipazione” nell'attuazione della sussidiarietà orizzontale.

In che modo opera questa attuazione anticipata? E la nozione di autonomie funzionali è omogenea ai “cittadini, singoli o associati” dell'articolo 118 ultimo comma?

Secondo parte della dottrina questa equazione non sarebbe possibile nella misura in cui gli attori divergerebbero per la loro “qualificazione soggettiva”: le autonomie funzionali, pur avendo degli elementi propri delle dinamiche associative, sono poste, infatti, a crocevia tra potere pubblico e autonomia privata, muniti di una propria relazionalità diversa rispetto a quella dalla società civile⁸²³.

Le attività svolte dalle autonomie funzionali costituirebbero un'anticipazione della sussidiarietà orizzontale proprio perché a natura pubblicistica ma svolte ad un livello più vicino al cittadino e da strutture ibride, non perché completamente assorbite dalla società civile⁸²⁴.

Non sembrerebbero, invece, esserci fonti o contributi a riguardo di un ipotetico rapporto tra società civile e autonomie funzionali, ossia dei criteri per capire quando un'attività debba essere attribuita alla prima o quando debba essere conferita alle seconde.

Seguendo i principi generali propri dell'articolo 118 ultimo comma, possiamo tuttavia affermare come un eventuale contrasto non possa mai avere luogo.

Se, infatti, un'attività è suscettibile di essere svolta in condizioni più favorevoli dai privati sarà, allora, rimessa alla mano della società civile, se, al contrario, un compito è espletato in condizioni migliori dall'autorità pubblica o rientra all'interno di un ambito ad essa legato, ad esempio sia una funzione pubblica, sarà devoluto primariamente alle autonomie funzionali e, in caso di loro incapacità, al livello pubblico più elevato in ossequio alla più volte richiamata “decisione di preferenza” verso l'ambiente più vicino al cittadino.

A chiusura di quanto detto, dobbiamo poi citare il cosiddetto “divieto del passo indietro” (*Ruckshrittverbot*), la preclusione in capo ai pubblici poteri di riallocare le funzioni

dei servizi. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni e Comunità montane favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. In ogni caso, quando sono impiegate risorse pubbliche, si applica l'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Tutte le altre funzioni amministrative non diversamente attribuite spettano ai Comuni, che le esercitano in forma singola o associata, anche mediante le Comunità montane e le unioni dei Comuni.”

⁸²³ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. p. 125 e *Principio di sussidiarietà e autonomie funzionali*, cit. da www.astrid-online.it

⁸²⁴ Sembrerebbe propendere in tal senso anche la elaborazione dottrina di A. D'ATENA, *Diritto Regionale cit.*, pp. 208-210, quando enuncia un principio “anche” di tutela delle autonomie funzionali; se la tematica fosse completamente assorbita nel novero della società civile non ci sarebbe bisogno di questa precisazione.

amministrative ad enti diversi da quelli funzionali; questa, infatti, si risolverebbe in uno svuotamento sostanziale delle gaurentigie predisposte dall'ordinamento e, come tale, è da prevenire, a pena di mettere in discussione la centralità stessa delle autonomie funzionali.

La legge La Loggia, poc'anzi citata, è senza dubbio un caso di attuazione del principio del "divieto del passo indietro".

2. Le Camere di Commercio: dinamiche normative

Le Camere di Commercio sono considerate l'esempio per eccellenza tra le autonomie funzionali, le figure sulle quali è più facile cucire l'abito dogmatico elaborato dalla dottrina⁸²⁵. Le prime forme di organizzazioni composte da commercianti nacquero in Europa già nel Medio Evo per, poi, essere lentamente attratte sotto la sfera pubblicistica dal 1500⁸²⁶. Nel XVIII Secolo, in occasione della progressiva istituzione dello Stato Moderno, sorsero le prime strutture riconducibili alle odierne Camere di Commercio in Francia; dopo qualche decennio furono introdotte anche in Italia e il primo a costituirle fu Pietro Leopoldo nel 1770 a Firenze. La principale differenza fra le due figure riguarda la loro natura: nel primo caso integralmente privatistica, nel secondo contraddistinta da venature pubblicistiche.

Da questo secondo modello, dopo l'ascesa di Napoleone, si svilupparono le odierne Camere di Commercio.

In Italia la prima disciplina fu offerta dalla legge 620 del 1862 che, cogliendo l'esempio francese, regolamentò le camere di commercio rendendole veri e propri organi consultivi del Governo, recidendo quell'iniziale tratto genetico proprio delle confraternite⁸²⁷.

L'articolo 1, pienamente rappresentativo di questo ripensamento strutturale, enunciava infatti che le Camere di Commercio dovessero "rappresentare presso il Governo e promuovere gli interessi commerciali e industriali"; i pubblici poteri assumevano anche piena discrezionalità nello stabilire la sede, la circoscrizione di operatività, il finanziamento e lo scioglimento delle Camere.

Era, tuttavia, conservato l'originario elemento associativo in alcuni tratti, soprattutto nel meccanismo elettorale, dato che gli organi rappresentativi continuavano ad essere designati dai membri della Camera di Commercio, più precisamente da tutti gli esercenti le attività commerciali o industriali della circoscrizione.

⁸²⁵ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. p. 125, sgg e A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit, pp. 173 e F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento italiano*, cit. p. 22 e sgg.

⁸²⁶ "La nascita delle Camere di Commercio", in <http://www.unioncamere.gov.it/>

⁸²⁷ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit., p. 142.

La tensione fra i poteri pubblici e l'autonomia negoziale, che come un filo rosso si lega a tutti i settori dove la sussidiarietà orizzontale dispiega i propri effetti, si coglie perfettamente all'interno di alcune esternazioni di Leopoldo Sabatini, all'epoca Segretario generale della Camera di commercio di Milano, che reclamava la natura di "rappresentanza immediata ed esclusiva del ceto e degli interessi commerciali" e, nel contempo, censurava la forma organizzativa di "organo del Governo"⁸²⁸.

Da questo momento si diffuse la tradizionale distinzione tra attività "istituzionali", espressione di una dimensione pubblicistica in quanto delegate dalla stessa amministrazione, e quelle "promozionali", di matrice privatistica e fundamentalmente collegate alla originaria natura associativa di questi soggetti.

Le spinte dirette alla costituzione di un organo rappresentativo di tutte le Camere di Commercio, che potesse tutelare meglio le istanze camerali, emerse pienamente nel 1901 con la costituzione dell'Unione nazionale delle Camere di commercio italiane anche se, in periodo Giolittiano, si accentuò la spinta pubblicista, arrivando a definire questi soggetti come "enti di diritto pubblico"⁸²⁹.

Il *trend* si accentuò nel 1926 quando, sullo stesso solco, le Camere di Commercio furono, nell'ordinamento corporativo, trasformate in "Consigli provinciali dell'economia", con la soppressione dei meccanismi elettorali in favore di una nomina prefettizia.

Chiuso il drammatico conflitto mondiale, le Camere di Commercio furono ricostituite in via transitoria con il decreto legge 315 del 1944 ("Soppressione dei Consigli e degli Uffici provinciali dell'economia e istituzione delle Camere di commercio, industria e agricoltura, nonché degli Uffici provinciali del commercio e dell'industria"), in attesa di una normativa definitiva la quale, tuttavia, non fu approvata fino al 1993⁸³⁰.

Come spesso accaduto, e lo abbiamo potuto accertare in ogni ambito analizzato, l'ordinamento Repubblicano non modificò inizialmente il paradigma fascista in tema di Camere di Commercio⁸³¹ ed, anzi, l'istituzione del regionalismo negli anni Settanta comportò, a un tempo, la sottrazione di compiti in precedenza affidati a questi soggetti⁸³² e, ad altro, la subordinazione ai controlli delle Regioni.

⁸²⁸ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit., p. 143.

⁸²⁹ Legge 211 del 1910.

⁸³⁰ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. pp. 145 e sgg., F. DARDANELLO, *Il riconoscimento delle Camere di Commercio quali enti pubblici di autonomia funzionale*, in *Federalismi* 24/2009 pp. 1-5 e F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 23 e sgg.

⁸³¹ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit., pp. 147 e sgg. riporta l'interessante definizione di "prefetture economiche".

⁸³² A. D'ATENA, *Forma Stato dalla piramide all'arcipelago-Relazione al Convegno su "Le autonomie funzionali: le Camere di Commercio, problemi e prospettive"*, cit., pp. 2 e sgg.

In questo contesto, curiosamente, le Camere di Commercio seppero reinterpretare il loro ruolo fornendo assistenza allo sviluppo dei sistemi di impresa⁸³³, similmente alle fondazioni americane durante l'espansione dei pubblici poteri successiva al *New Deal*.

Negli anni Novanta, fondamentali all'interno della nostra trattazione, le Camere di Commercio furono influenzate in modo netto dalla legge 580 del 1993 ("Riordinamento delle Camere di Commercio, industria, artigianato e agricoltura") che, finalmente, fornì loro una regolamentazione stabile e duratura⁸³⁴; *ex* articolo 1 è prescritto come le Camere di Commercio svolgano "funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese curandone lo sviluppo nell'ambito delle economie locali", riprendendo quel ruolo di supporto autonomamente assunto da questi enti dopo la regionalizzazione degli anni Settanta, e all'articolo 2 II comma è ribadito che le Camere di Commercio perseguano interessi di rilevanza generale⁸³⁵.

Le attribuzioni e la potestà statutaria, espressa dall'articolo 3, si dilatano notevolmente, investendo compiti come la tenuta di registri o albi professionali, funzioni di conciliazione, l'ordinamento e l'organizzazione delle stesse camere, tanto da spingere la dottrina a ritenere superata la distinzione citata tra funzioni istituzionali e promozionali⁸³⁶.

Tutte le attività svolte dalle Camere di Commercio diventano "obbligatorie", espletate sulla base di una normativa statale, e sottoposte alla vigilanza esercitata dal Ministero per l'industria, il commercio e l'artigianato⁸³⁷; merita menzione particolare il reinserimento all'articolo 12 del principio dell'elettorato interno, sostituito da una nomina prefettizia in tempi risalenti e mai soppresso⁸³⁸. Il *trend* di progressiva accentuazione dei caratteri autonomistici, propri delle

⁸³³ F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento italiano*, cit., p.23

⁸³⁴ D. MORANA, *Le Camere di Commercio come enti ad autonomia funzionale*, cit., p. 376. L'autrice fa notare come già nella sentenza 65 del 1982 della Corte Costituzionale la normativa in tema di Camere di Commercio fu ritenuta "lacunosa e per diversi aspetti provvisoria".

⁸³⁵ Articolo 2 comma I: "Le camere di commercio svolgono, nell'ambito della circoscrizione territoriale di competenza, funzioni di supporto e di promozione degli interessi generali delle imprese nonché, fatte salve le competenze attribuite dalla Costituzione e dalle leggi dello Stato alle amministrazioni statali e alle regioni, funzioni nelle materie amministrative ed economiche relative al sistema delle imprese. Le camere di commercio esercitano inoltre le funzioni ad esse delegate dallo Stato e dalle regioni, nonché quelle derivanti da convenzioni internazionali."

⁸³⁶ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. pp. 193 e sgg. riporta l'interessante definizione di "prefetture economiche".

⁸³⁷ Articolo 4 comma I: "La vigilanza sull'attività delle camere di commercio e delle loro unioni spetta al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, che ogni anno presenta al Parlamento una relazione generale sulle attività delle camere di commercio e delle loro unioni, con particolare riferimento agli interventi realizzati e ai programmi attuati." La vigilanza, per quanto abbastanza tenue concretizzandosi in una semplice relazione annuale, è in contraddizione con la *ratio* dell'intervento nel suo complesso così come esposto da A. POGGI, "Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale", op. cit. p. 196.

⁸³⁸ Articolo 12: Costituzione del consiglio "1. I componenti del consiglio sono designati dalle organizzazioni rappresentative delle imprese appartenenti ai settori di cui all'articolo 10, comma 2, nonché dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dalle associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti, ai sensi dell'articolo 10, comma 6. 2. Le designazioni da parte delle organizzazioni di cui al comma 1 del presente articolo, per ciascuno dei settori di cui all'articolo 10, comma 2, avvengono in rapporto proporzionale alla loro rappresentatività in ambito provinciale. (...). 4. Il consiglio è nominato dal presidente della giunta regionale". In quest'ultimo caso, come fatto notare da A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. p. 197 la nomina del Presidente della giunta regionale è vincolata, senza alcun margine di discrezionalità.

Camere di Commercio, ha poi raggiunto un punto di arrivo con la prima legge Bassanini del 1997, che ha fornito cittadinanza positiva alla figura dottrinarica delle autonomie funzionali.

Le Camere di Commercio hanno, in questo modo, acquisito una guarentigia particolare proprio nei confronti delle entità sub-statali, la cui riconosciuta autonomia le aveva penalizzate negli anni Settanta. Lo Stato, infatti, è tenuto a devolvere una serie di attribuzioni amministrative proprio a questi enti non coinvolgendo, in questa dinamica, le Regioni, le quali non potranno in alcun modo tentare di condizionare le Camere di Commercio né, tantomeno, utilizzarle come uno strumento proprio⁸³⁹.

Quest'ultimo aspetto, in particolare, si coglie nella pronuncia 477 del 2000 della Corte Costituzionale che rappresenta un momento fondamentale nel riconoscimento di una piena autonomia funzionale alle Camere di Commercio.

La questione, spinosa in quanto inerente i rapporti tra Stato e autonomie speciali, è stata risolta dal Giudice delle Leggi per mezzo della qualificazione della legge 580 del 1993 come "norma fondamentale di riforma economico-sociale"⁸⁴⁰, rinnovando l'attenzione verso la dimensione associativa di questi enti⁸⁴¹, in un'ottica sostanziale e non meramente formale⁸⁴².

La normativa trentina oggetto del ricorso, ritenuta in più aspetti incostituzionale, prevedeva al contrario la riconducibilità delle Camere di Commercio alla nozione di ente locale, definizione considerata eccessivamente generica dai giudici, e, nel contempo, comprimeva il meccanismo rappresentativo, attribuendo una serie di prerogative alla Giunta Regionale, come la designazione dei membri del consiglio camerale su proposta "delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative nell'ambito della provincia, nonché degli ordini professionali".

⁸³⁹ Una pronuncia successiva ha, tuttavia, disposto la presenza di un'intesa tra Stato e Regioni.

⁸⁴⁰ A. D'ATENA, *Diritto Regionale cit.*, pp. 275 e sgg.

⁸⁴¹ Cfr. sentenza 477 del 2000: "Tale regime è compendiato nella definizione delle camere quali "enti autonomi" (art. 1, comma 1), principio informatore della riforma - insieme a quello di rappresentatività del quale si dirà in prosieguo - che, pur nell'ambito della tradizionale struttura delle camere come enti pubblici (ancora art. 1, comma 1) - altro principio fondativo della disciplina - costituisce, per così dire, un riflesso nel loro regime giuridico dell'autonomia dei privati operanti nel sistema delle attività economiche a esse facenti capo."

⁸⁴² "Ma ente rappresentativo di chi? Il lato sostanziale della rappresentatività, relativo all'individuazione dei soggetti formanti il sistema economico facente capo alle camere, è essenziale quanto quello formale, concernente il principio rappresentativo, relativo al metodo di provvista dei componenti il consiglio (designazione o elezione). La legge n. 580 del 1993 non si limita a prevedere che i componenti del consiglio sono designati (salva l'ipotesi dell'elezione diretta) dalle imprese appartenenti ai settori dell'agricoltura, dell'artigianato, delle assicurazioni, del commercio, del credito, dell'industria, dei servizi alle imprese, dei trasporti e spedizioni, del turismo e agli altri settori di rilevante interesse per l'economia della circoscrizione provinciale, ma aggiunge altresì una rappresentanza delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e delle associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti (art. 10, commi 2-7; 12, comma 1). La definizione di questo spettro di soggetti interessati alla rappresentanza qualifica in senso fortemente innovativo la struttura delle camere attuali rispetto a quelle esistenti sotto il regime del decreto legislativo luogotenenziale n. 315 del 1944. Quest'ultimo, quanto alla composizione del consiglio elettivo, rinviava a un decreto legislativo mai emanato e, in attesa, prevedeva una giunta i cui membri erano scelti fra i commercianti, gli industriali, gli agricoltori e i lavoratori (art. 9, comma 2)." Cfr. D. MORANA, *Le Camere di Commercio come enti ad autonomia funzionale, cit.*, p. 379 e F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento italiano, cit.*, p.25.

La sentenza conclude, in uno scenario prospettato già da tempo da autorevole dottrina, nel senso di ritenere le Camere di Commercio come autonomie funzionali, espressione quindi dell'articolo 118 e della sussidiarietà⁸⁴³.

A seguito della revisione del Titolo V la Corte Costituzionale è tornata sul tema nel 2007 con la decisione 374⁸⁴⁴.

Se, infatti, l'interpretazione maggioritaria si era consolidata lungo l'idea di fornire copertura costituzionale alle prerogative proprie delle autonomie funzionali, e in specie alle Camere di Commercio, per mezzo dell'articolo 118 ultimo comma, l'intreccio di competenze tra Stato e Regioni rendeva talvolta confuso il quadro.

Gran parte dei settori in cui le Camere di Commercio operavano, come l'industria o il commercio, era, infatti, stata attratta nella potestà legislativa residuale delle Regioni⁸⁴⁵; nella sentenza 374 del 2007 la Regione Liguria adduceva proprio l'acquisizione di un titolo abilitativo a legiferare in via residuale nella materia dello sviluppo economico, comprensiva delle Camere di Commercio.

Il Giudice delle Leggi ritenne accolto il ricorso ma in quanto "alle Camere di Commercio sono attribuiti allo stato compiti che richiedono di essere disciplinati in maniera omogenea in ambito nazionale", delineando un'ipotesi di attrazione o chiamata in sussidiarietà⁸⁴⁶; l'intervento, come precisato dalla Corte, "proporzionato all'esigenza di esercizio unitario a livello statale delle funzioni di cui volta per volta si tratta" e deve avvenire previa intesa con le Regioni per quanto riguarda le norme di attuazione circa le modalità di composizione dei Consigli Camerali.

La reazione della dottrina non è stata unanime, alcuni⁸⁴⁷ hanno lodato la scelta intrapresa dai giudici soprattutto sul piano sistematico, garantendo l'inserimento delle Camere di Commercio all'interno di un sistema di "autonomia a rete e assicurando un'equilibrata convivenza, sul piano costituzionale, tra autonomie di genere diverso: tra l'autonomia dello Stato e delle Regioni, da

⁸⁴³ "Si è venuto così a configurare un ente pubblico locale dotato di autonomia funzionale, che entra a pieno titolo, formandone parte costitutiva, nel sistema dei poteri locali secondo lo schema dell'art. 118 della Costituzione, diventando anche potenziale destinatario di deleghe dello Stato e della Regione (art. 2, comma 1). Non c'è dubbio quindi che, per questo suo contenuto, la legge in questione presenta i caratteri della "riforma economico-sociale" alla quale la legislazione regionale deve attenersi."

⁸⁴⁴ Cfr. F. LIBERATI, *Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento italiano*, cit., p.26, L. ANTONINI, *Il posizionamento istituzionale delle Camere di Commercio dopo la sentenza 374 del 2007*, in *Federalismi*, numero 24 del 2009 pp. 1 e sgg., P. RINALDI, *Le camere di commercio nel sistema autonomistico dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, fascicolo 2 marzo-aprile 2008, pp. 358 e sgg. e *La riforma delle Camere di commercio: il d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 23*, da <http://www.cr.piemonte.it>

⁸⁴⁵ A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo: Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?* Cit. p. 263

⁸⁴⁶ A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit., pp. 170 e sgg. La chiamata o attrazione in sussidiarietà comporta che, nei casi in cui vi sia necessità di esercizio unitario di funzioni amministrative, si produca un effetto di trascinarsi consequenziale per ciò che riguarda la potestà normativa. L'ipotesi è stata introdotta in via pretoria dalla sentenza 303 del 2003, sempre della Corte Costituzionale.

⁸⁴⁷ P. RINALDI, *Le camere di commercio nel sistema autonomistico dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, fascicolo 2 marzo-aprile 2008, pp. 358 e sgg

un lato, e l'autonomia funzionale delle Camere di Commercio, dall'altro", altri⁸⁴⁸, invece, avrebbero preferito diverse soluzioni interpretative, invocando una maggiore autonomia riconosciuta a questa tipologia di enti funzionali o una disciplina integralmente riconducibile alla potestà residuale regionale.

Dal 12 marzo 2010 è entrato in vigore il decreto legislativo 23 del 2010 ("Riforma dell'ordinamento relativo alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, in attuazione dell'articolo 53 della legge 23 luglio 2009, n. 99"), sulla base della legge delega dell'anno precedente, che ha varato un riordino dell'ordinamento delle Camere di Commercio modificando la legge 580.

L'intervento si è connotato per un'intensa valorizzazione del ruolo di queste autonomie funzionali, sia nella loro capacità di azione, sia per il raccordo con Regioni e Ministero dello Sviluppo Economico⁸⁴⁹.

All'articolo 1 l'espressione, risalente e oramai antiquata, "enti autonomi di diritto pubblico" per indicare le Camere di Commercio è sostituita con quella di "enti pubblici dotati di autonomia funzionale", arricchita peraltro da un esplicito riferimento alla sussidiarietà orizzontale⁸⁵⁰, in linea con la dottrina segnalata poc'anzi. La disposizione successiva opera una distinzione tra funzioni proprie delle Camere di Commercio, discendenti dalla legge come quelle al comma II, e quelle delegate dallo Stato o dalle Regioni e specifica come tutta l'attività di queste figure sia "informata al principio di sussidiarietà".

Le attribuzioni principali spaziano dalla tenuta del Registro delle Imprese, alla promozione di procedure per la semplificazione, passando per il supporto alle economie locali fino alla gestione dell'attività di conciliazione e per l'esercizio di una potestà regolamentare⁸⁵¹.

È, inoltre, introdotto il concetto di "sistema camerale italiano", una rete composta da vari soggetti tra i quali spiccano l'Unioncamere e le Unioni Regionali⁸⁵².

La prima rappresenta la figura di vertice della rete camerale ed è munita di poteri di coordinamento fra le diverse Camere di Commercio e collaborazione con l'Esecutivo nazionale, le seconde godono oggi del carattere della necessità ed ha un ruolo concertativo

⁸⁴⁸ L. ANTONINI, *Il posizionamento istituzionale delle Camere di Commercio dopo la sentenza 374 del 2007*, cit., pp. 1 e sgg. e LIBERATI, "Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'ordinamento italiano", cit. p.26

⁸⁴⁹ A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo: Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?* Cit., pp. 258 e sgg. e *La riforma delle Camere di commercio: il d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 23*, da <http://www.cr.piemonte.it>

⁸⁵⁰ "Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, di seguito denominate «camere di commercio», sono enti pubblici dotati di autonomia funzionale che svolgono, nell'ambito della circoscrizione territoriale di competenza, sulla base del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118 della Costituzione, funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese, curandone lo sviluppo nell'ambito delle economie locali."

⁸⁵¹ Articolo 2 della legge 580 del 1993 così come modificata dal decreto legislativo.

⁸⁵² Articolo 1 comma II: "Le camere di commercio italiane, le unioni regionali delle camere di commercio, l'Unione italiana delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, di seguito denominata «Unioncamere», nonché i loro organismi strumentali costituiscono il sistema camerale italiano. Fanno parte altresì del sistema camerale italiano le camere di commercio italiane all'estero e estere in Italia legalmente riconosciute dallo Stato italiano."

e consultivo nei confronti della Regione⁸⁵³; si delinea, in questo modo, un sistema dove l'Unioncamere dialoga, come ente di livello nazionale, con l'Esecutivo rappresentativo del circuito politico italiano nel suo insieme, mentre le Unioni Regionali svolgono la propria funzione con l'organo corrispettivo di livello regionale espressione del voto democratico. Vi è, quindi, una piena simmetria in questo dialogo interistituzionale, segno di un pieno riconoscimento della natura delle autonomie funzionali all'interno dell'ordinamento⁸⁵⁴.

È, infine, rivoluzionato anche l'aspetto legato alla vigilanza, sia nella titolarità di questa funzione, ripartita fra Stato e Regioni nei rispettivi ambiti di competenza dall'articolo 4 comma I, sia nelle modalità, in quanto diretta agli ambiti amministrativo - contabile, al funzionamento degli organi e allo svolgimento dei compiti di interesse generale.

È comunque opportuno, in chiusura, menzionare che anche in questo ambito il Legislatore è di recente intervenuto, a tratti riducendo l'autonomia sancita nel 2010.

Con la legge delega 124 del 2015, già vista in tema di servizi pubblici locali, il Governo ha ricevuto l'incarico di riordinare le funzioni e il finanziamento delle Camere di Commercio⁸⁵⁵ all'insegna di una riduzione tanto del loro numero quanto, consequenzialmente, di quello dei membri degli organi interni.

La volontà legislativa, per molti aspetti già vincolante con la legge delega 124⁸⁵⁶, è divenuta atto con il decreto legislativo 219 del 2016.

La nuova normativa sembrerebbe comprimere l'autonomia funzionale, da un lato diminuendo l'importo del diritto annuale a carico delle imprese, la fonte di retribuzione delle Camere di Commercio, e dall'altro rafforzando i poteri di vigilanza del Ministero con l'ausilio di un comitato di esperti indipendenti; è, contestualmente, prevista la soppressione di numerose sedi, da 105 a non più di 60, e la riduzione del 30% del numero dei consiglieri⁸⁵⁷.

Se il decreto legislativo 23 del 2010 si mosse recependo diverse istanze formulate dalle Camere di Commercio, tanto da spingere autorevole dottrina a comparare queste autonomie funzionali all'esempio tedesco offerto dai "municipi dell'economia"⁸⁵⁸, la riforma del 2015 sembrerebbe

⁸⁵³ Articolo 6.

⁸⁵⁴ A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo: Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?* Cit. pp. 267 e sgg.

⁸⁵⁵ Articolo 10.

⁸⁵⁶ L'articolo 10 comma I lett. b) fornisce dei criteri abbastanza rigidi senza attendere alcun decreto legislativo successivo; la prima parte infatti recita "b) ridefinizione delle circoscrizioni territoriali, con riduzione del numero dalle attuali 105 a non più di 60 mediante accorpamento di due o più camere di commercio; possibilità di mantenere la singola camera di commercio non accorpata sulla base di una soglia dimensionale minima di 75.000 imprese e unità locali iscritte o annotate nel registro delle imprese, salvaguardando la presenza di almeno una camera di commercio in ogni regione, prevedendo la istituibilità di una camera di commercio in ogni provincia autonoma e città metropolitana e, nei casi di comprovata rispondenza a indicatori di efficienza e di equilibrio economico, tenendo conto delle specificità geo-economiche dei territori e delle circoscrizioni territoriali di confine, nonché definizione delle condizioni in presenza delle quali possono essere istituite le unioni regionali o interregionali;"

⁸⁵⁷ <http://www.funzionepubblica.gov.it>

⁸⁵⁸ A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo: Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?* Cit. p. 267

perseguire, al contrario, scopi prettamente economici anche se è presto per formulare un giudizio compiuto⁸⁵⁹.

3. Le Camere di Commercio: i profili specifici espressione della sussidiarietà orizzontale

Salvo l'ultimo intervento normativo appena accennato all'interno dell'ultimo paragrafo, le Camere di Commercio rappresentano l'esempio più riuscito di autonomia funzionale, soprattutto alla luce del decreto legislativo 23 del 2010.

I profili più intensamente legati alla sussidiarietà orizzontale investono il compimento di attività di interesse generale l'autoamministrazione⁸⁶⁰.

Trattando del primo aspetto possiamo sottolineare come sia sintomatico di una certa garanzia, nonché di riconoscimento dell'importanza delle Camere di Commercio, la mancata enumerazione di competenze tassative, simbolo di una mancanza di un vincolo gerarchico intercorrente tra l'autorità centrale e l'autonomia funzionale.

I compiti espletati dalle Camere di Commercio sono elencati all'articolo 2 e spaziano dalla tenuta del Registro delle imprese, allo svolgimento di conciliazioni al supporto per gli operatori economici locali, in raccordo con altri enti territoriali, come le Regioni o i Comuni, o diversi come nel caso delle istituzioni scolastiche.

Il secondo si concretizza nelle modalità di autogestione delle stesse autonomie funzionali che, per quanto riguarda le Camere di Commercio, risultano improntate ad una divisione per organi interni costituiti su base elettiva, con un margine di discrezionalità in ordine ai criteri democratici lasciati agli stessi enti.

La previsione, incisa dal recente decreto legislativo unicamente con riguardo al numero dei Consiglieri, garantisce la rappresentatività di quelle comunità parziali associate alle autonomie funzionali; un esempio pratico di quanto affermato si può cogliere all'interno dello Statuto della Camera di Commercio di Livorno la cui sorte futura, tuttavia, è incerta a causa dei recenti accorpamenti⁸⁶¹.

Lo statuto, riprendendo l'articolo 9 della legge 580 del 1993, elenca all'articolo 7 gli organi della Camera di Commercio, rappresentati dal Consiglio, dalla Giunta, dal Presidente e dal Collegio dei revisori dei conti.

⁸⁵⁹ Il Giudice delle Leggi ha ritenuto, recentemente, compatibile con la Costituzione la riduzione dell'importo previsto per il diritto annuale con la sentenza 29 del 2016.

⁸⁶⁰ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit., pp. 273 e sgg.

⁸⁶¹ La Camera di Commercio di Livorno è stata accorpata a quella di Grosseto e oggi ha assunto la denominazione di "Camera di Commercio della Maremma e del Tirreno"; ad oggi è presente solo un "regolamento di funzionamento del Consiglio Camerale". Lo Statuto della Camera di Commercio di Livorno è accessibile al seguente indirizzo <http://www.li.camcom.gov.it>

La composizione del Consiglio⁸⁶², l'organo rappresentativo della comunità parziale, è disciplinato da un apposito allegato ed è designato delle "organizzazioni rappresentative delle imprese appartenenti ai settori dell'agricoltura, dell'artigianato, dalle assicurazioni, del commercio, del credito, dell'industria, dei servizi alle imprese, dei trasporti e spedizioni, del turismo e degli altri settori di rilevante interesse per l'economia della circoscrizione territoriale di competenza, individuate sulla base della normativa vigente", per mezzo dell'applicazione del criterio della rappresentatività.

Sono poi previsti tre componenti aggiuntivi, "di cui due in rappresentanza, rispettivamente, delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e delle associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti ed uno in rappresentanza dei liberi professionisti". Il mandato è di cinque anni e l'incarico si perfeziona con decreto del Presidente della Giunta Regionale che, come abbiamo visto, si ritiene integralmente vincolato, non potendo incidere sull'autonomia riconosciuta alle Camere di Commercio.

Il Consiglio Camerale designa la Giunta e il Presidente che, a loro volta, hanno il compito di attuare l'indirizzo dato dalla prima nel rispetto di un regolamento interno.

Come affermato dalla dottrina questi tratti genetici garantiscono un'autorevolezza all'azione delle Camere di Commercio che, per quanto esponenziali solo del settore economico di un territorio, permette loro di compiere attività di interesse generale nei confronti dell'intero corpo sociale⁸⁶³.

In particolare, merita menzione il riconoscimento di un sistema camerale italiano all'articolo 1 comma II diviso in Camere di Commercio, unioni regionali delle Camere di Commercio e Unioncamere, l'organismo centrale di queste autonomie funzionali.

Si dischiude, in questo modo, il cuore del principio di sussidiarietà orizzontale: la "*Vorrangentscheidung*" o, anche, decisione di preferenza per l'ambito più prossimo ai cittadini.

Si realizza, quindi, quella "graduazione" dell'intervento pubblico, elaborata in termini generali da autorevoli studiosi⁸⁶⁴, tale per cui lo spostamento di competenze ad un livello centralizzato si giustifica unicamente in ragione dell'incapacità di provvedere alla questione da parte di quello locale.

L'autorità centrale, spesso incapace di fornire risposte celeri alle problematiche quotidiane, potrà agire unicamente dove la società civile, prima, e le autonomie funzionali, dopo, non riescano a svolgere o perseguire le attività di interesse generale; nel contempo, proprio la

⁸⁶² Articolo 8 dello Statuto.

⁸⁶³ Cfr. D. MORANA, *Le Camere di Commercio come enti ad autonomia funzionale*, cit., p. 381 e A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit., pp. 290 e sgg

⁸⁶⁴ D. MORANA, *Le Camere di Commercio come enti ad autonomia funzionale*, cit., p. 381 e A. D'ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, cit.

risoluzione di sfide locali ad opera degli stessi amministrati può creare un circolo di rinnovata fiducia nei confronti delle istituzioni data la, più volte richiamata, natura funzionale e “bifronte” delle Camere di Commercio, crocevia tra potere pubblico e autonomia privata.

Questa soluzione sembra, oltretutto, maggiormente compatibile con la nostra tradizione legale di *Civil Law*, la quale ha vissuto da secoli processi violenti di aggregazione e disgregazione della statualità, oscillando tra concezioni panpubblicistiche o panprivatistiche. La necessità di trovare un equilibrio, per quanto riguarda l’impianto economico, tra esigenze proprie della statualità e della comunità può collegarsi in modo centrale alle Camere di Commercio, garantendo perfettamente quella valorizzazione dei corpi intermedi quale proiezione della personalità umana, in una direttrice intrinsecamente ricollegabile al pluralismo a cui è informata la nostra Costituzione.

Chiaro: occorre studiare dei meccanismi che assicurino, sul lato dell’effettività, la reale rappresentanza delle comunità parziali a cui le Camere di Commercio si ispirano, ma questo non può precludere il riconoscimento del loro ruolo quanto, e semmai, esigere una cornice normativa al cui interno sia possibile per l’autonomia privata sbocciare senza risolversi in corporativismo.

Volendo, poi, utilizzare un’espressione propria del linguaggio economico potremmo qualificare le Camere di Commercio come *stakeholder*⁸⁶⁵ istituzionali, portatori di interessi qualificati in grado di incidere in modo intenso sugli operatori economici privati del luogo.

4. Le Università degli Studi

Nei paragrafi precedenti abbiamo trattato dell’evoluzione normativa in tema di autonomia Universitaria per porre un raffronto con quella propria delle Istituzioni Scolastiche, merita ora un approfondimento il relativo regime di autonomia funzionale, analizzato solo superficialmente.

Il riconoscimento fin dagli anni Venti della personalità giuridica, come già accennato, non si era per decenni accompagnato ad un pieno sviluppo dell’autonomia delle Università degli Studi; il vero punto di svolta fu rappresentato dalla legge 168 del 1989, che attribuì piena potestà normativa agli enti di alta cultura, purché diretta alla disciplina delle proprie attività istituzionali⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Il termine *stakeholder* è proprio del linguaggio economico ed indica, letteralmente, i portatori di interessi che possono incidere su progetti economici; più precisamente, gli *stakeholder* istituzionali avrebbero il compito di favorire, per mezzo di semplificazioni amministrative o agevolazioni finanziarie, progetti economici privati. La definizione sembrerebbe essere calzante per il ruolo espresso dalle Camere di Commercio. Una definizione del fenomeno, per quanto approssimativa, si ha in http://xoomer.virgilio.it/pm-italy0/Gli_stakeholder.html

⁸⁶⁶ In particolare articolo 6 comma I e III.

Questo passaggio, in particolare, determinò l'acquisizione dello *status* di funzioni proprie dei compiti amministrativi svolti dalle Università.

Similmente alle Camere di Commercio, anche le Università dopo il 1989 furono legittimate ad eleggere il proprio vertice, con una netta rottura rispetto al modello precedente improntato ad una rigida uniformità ordinamentale.

Possiamo, quindi, rinvenire da questo momento nel *corpus* normativo quelle due caratteristiche che, secondo parte della dottrina, identificano un'autonomia funzionale: la designazione del vertice da parte della propria comunità di riferimento e l'assenza di penetranti controlli da parte di soggetti estranee a quest'ultima⁸⁶⁷.

L'ultimo aspetto, in particolare, si coglie soprattutto in merito al procedimento di adozione dello Statuto Universitario, cuore ed essenza dell'autonomia universitaria.

Lo Statuto diviene, in questa nuova ricostruzione, fonte primaria dell'organizzazione e dell'attività universitaria, subordinata al rispetto solo di alcuni principi legislativi, come l'elettività del Rettore o la rappresentatività del Senato Accademico, tanto da far parlare a parte della dottrina di una "delegificazione <<irreversibile>>" o di "cuore" dell'articolo 33 VI comma⁸⁶⁸.

Il procedimento di adozione dello Statuto si connota, a seguito della legge 168, per essere assunto mediante semplice decreto ministeriale; l'innovazione è significativa nella misura in cui, in precedenza, era richiesto un decreto governativo su proposta del Ministero dell'istruzione, in raccordo con altri Dicasteri. Lo stesso Ministero è, poi, legittimato a formulare unicamente rilievi di merito non vincolanti, non potendo costringere le Università a conformarsi alle proprie posizioni durante l'*iter* di adozione.

Il contenuto dello Statuto è contemplato dall'articolo 6 comma V che pone, unicamente, il limite del rispetto dell'autonomia didattica e di ricerca di docenti o ricercatori, ammettendo, quindi, un autogoverno universitario esteso alle materie di istruzione, didattica, ricerca e di servizio, investendo anche profili finanziari, amministrativi o di gestione.

Similmente alle Camere di Commercio, è prevista una divisione dell'ente in più organi decisionali, nell'applicazione di una forma embrionale del principio di separazione dei poteri, non rigidamente predeterminata *ex lege*. In alcune disposizioni si rinviene una sorta di limite "esterno" positivo, rappresentato da alcune attribuzioni che, necessariamente, devono essere

⁸⁶⁷ S. CASSESE, *Le Camere di commercio e l'autonomia funzionale*, Roma, Unioncamere 2000 pp. 1 e sgg.

⁸⁶⁸ A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, cit. p. 176 e R. CALVANO, *L'autonomia universitaria stretta tra Legislatore e giudici amministrativi*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti*, numero 4 del 2012 p.2. Lo Statuto diviene l'anello di congiunzione tra l'ordinamento generale e le Università; è subordinato al rispetto dei principi legislativi ma si pone, a sua volta, come metro di riferimento in relazione agli altri atti approvati dall'Università stessa.

rispettate come l'emanazione dello Statuto da parte del Rettore o del regolamento di amministrazione e finanza da parte del Consiglio di Amministrazione⁸⁶⁹.

Il Consiglio di Amministrazione, nello specifico, si allarga nella sua composizione anche ai finanziatori privati, legittimando istituzionalmente una realtà, secondo parte della dottrina⁸⁷⁰, già presente dagli anni Ottanta.

Proprio a proposito del finanziamento, è ampliata la possibilità per le Università di reperire fondi privati e, nel contempo, il *quantum* di quelli pubblici si condiziona all'efficienza e all'efficacia nel loro utilizzo, garantendo un maggior flusso di entrate a quegli Atenei la cui spesa si colloca al di sotto degli standard sanciti dal Ministero.

Negli anni successivi proprio questo aspetto è stato accentuato, giungendo a contemplare la possibilità per le Università di costituire, sia come singole sia associate, fondazioni di diritto privato per l'acquisto di beni o servizi a prezzi più vantaggiosi rispetto a quelli ordinari o allo svolgimento di attività strumentali alla didattica⁸⁷¹.

Rimane, comunque, da sottolineare come negli ultimi anni ci sia stata una netta inversione di tendenza, con un rinnovato accentramento di attribuzioni al Ministero e la, conseguenziale, compressione dei profili autonomistici.

La testimonianza più vivida di questo processo si coglie all'interno della, già citata, legge 240 del 2010, inserita nella più ampia riforma Gelmini.

Questa, a proposito della *governance* universitaria, ha introdotto un unico modello fondato su sei organi necessari: il Rettore, il Senato Accademico, il Consiglio di Amministrazione, il nucleo di valutazione, il direttore generale e il collegio dei revisori dei conti.

La normativa piuttosto minuziosa, tanto da far dubitare a parte della dottrina della sua compatibilità con l'articolo 33 comma VI della Costituzione⁸⁷², si estrinseca in una numerosa serie di criteri e principi direttivi, ben più ampi rispetto alla mera "elettività" del Rettore sancita dalla legge del 1989, la cui inosservanza comporta l'esercizio di poteri sostitutivi da parte dello stesso Ministero⁸⁷³.

⁸⁶⁹ Cfr. A. CORPACI, *Ambito e contenuti dell'autonomia universitaria alla luce della recente legislazione di riforma*, cit., p. 120 "spetta al rettore emanare lo statuto e i regolamenti di ateneo, al consiglio di amministrazione la deliberazione del regolamento di amministrazione e finanza, e che viceversa sia il senato accademico a deliberare il regolamento didattico di ateneo; che il senato degli studenti sia sentito in merito al regolamento sulle forme di collaborazione degli studenti ad attività (non didattiche) connesse ai servizi resi dalle università"

⁸⁷⁰ S. CASSESE, *Discussioni sull'autonomia universitaria*, cit., p. 209.

⁸⁷¹ Articolo 59, comma III legge 388 del 2000.

⁸⁷² R. CALVANO, *L'autonomia universitaria stretta tra Legislatore e giudici amministrativi*, cit., pp. 2 e sgg. Il Legislatore sembrerebbe essere andato oltre i confini tracciati dalla Costituzione e scolpiti dall'articolo 33 VI comma; è, infatti, vero che la riserva di legge non esige un contenuto minimo ma l'azione legislativa è inseribile in un solco di "erosione" della stessa. A. D'ATENA delineava questo processo, cfr. *L'autonomia universitaria*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 125 e sgg. Propende per la sua compatibilità, condividendo il pensiero di D'ATENA, V. TAMBURRINI, *Profili problematici della nuova autonomia statutaria delle Università*, in www.forumcostituzionale.it per la quale rileva unicamente la necessità di un margine di autonomia riconosciuto agli enti Universitari.

⁸⁷³ L'articolo 2 comma I e II prescrive i principi e i criteri direttivi, il comma VI l'esercizio di poteri sostitutivi.

Si è, poi, verificato un netto potenziamento delle figure del Rettore e del Consiglio di Amministrazione, con il primo che acquisisce il ruolo di “fulcro” del potere decisionale dell’Università⁸⁷⁴ e il secondo una larga serie di prerogative sulla gestione universitaria.

In particolare, il Consiglio di Amministrazione è stato l’epicentro di una serie di controversie, anche giurisdizionali, nella misura in cui il principio dell’elettività era, almeno nelle intenzioni legislative, sostituito da quello della designazione o scelta *ex* articolo 2 comma I lettera i)⁸⁷⁵.

Di fronte ad una formulazione positiva infelice, diversi Atenei hanno provveduto ad inserire all’interno dei propri Statuti meccanismi di designazione o scelta su base elettiva, ritenendo “non più imposta ma nemmeno preclusa” una nomina su base democratica⁸⁷⁶; la questione assumeva un’importanza fondamentale anche alla luce delle già richiamate prerogative acquisite da questo organo, estese a funzioni di indirizzo strategico, di programmazione finanziaria annuale, triennale e del personale, per arrivare alla vigilanza sulla sostenibilità finanziaria delle attività, con l’adozione, ad esempio, del conto consuntivo e il conferimento dell’incarico di Direttore Generale dell’Ateneo.

Secondo parte della dottrina, il Legislatore avrebbe “individuato nel CdA l’organo responsabile delle decisioni di carattere economico oltre che del controllo sulle conseguenze finanziarie delle scelte”⁸⁷⁷, in una logica posta decisamente nel solco richiamato nei precedenti paragrafi secondo cui l’istruzione è un servizio pubblico nella sua variante oggettiva, da gestire secondo criteri economici.

Il Ministero ha, successivamente, impugnato proprio gli Statuti al cui interno erano presenti disposizioni che associavano la scelta o la designazione del Consiglio di Amministrazione a meccanismi su base democratica, rivelando l’intenzione, mal riuscita al netto dei fatti, di escludere “<<*in toto*>> la previsione di sistemi di tipo elettivo, anche in applicazione della complessiva *ratio* di fondo della riforma universitaria, che è quella di delineare un sistema basato su di un consiglio di amministrazione tecnico, soprattutto in relazione alle funzioni

⁸⁷⁴ M. COCCONI.- A. SANDULLI, *Riforma universitaria*, cit. p. 372.

⁸⁷⁵ Articolo 1 comma II lettera i) “composizione del consiglio di amministrazione nel numero massimo di undici componenti, inclusi il rettore, componente di diritto, ed una rappresentanza elettiva degli studenti; designazione o scelta degli altri componenti, secondo modalità previste dallo statuto, tra candidature individuate, anche mediante avvisi pubblici, tra personalità italiane o straniere in possesso di comprovata competenza in campo gestionale ovvero di un’esperienza professionale di alto livello con una necessaria attenzione alla qualificazione scientifica culturale; non appartenenza ai ruoli dell’ateneo, a decorrere dai tre anni precedenti alla designazione e per tutta la durata dell’incarico, di un numero di consiglieri non inferiore a tre nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto da undici membri e non inferiore a due nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto da un numero di membri inferiore a undici; previsione che fra i membri non appartenenti al ruolo dell’ateneo non siano computati i rappresentanti degli studenti iscritti all’ateneo medesimo; previsione che il presidente del consiglio di amministrazione sia il rettore o uno dei predetti consiglieri esterni ai ruoli dell’ateneo, eletto dal consiglio stesso; possibilità di prevedere il rinnovo non contestuale dei diversi membri del consiglio di amministrazione al fine di garantire un rinnovo graduale dell’intero consiglio”

⁸⁷⁶ R. CALVANO, *L’autonomia universitaria stretta tra Legislatore e giudici amministrativi*, cit., pp. 4 e sgg.

⁸⁷⁷ V. TAMBURRINI, *Profili problematici della nuova autonomia statutaria delle Università*, cit., in www.forumcostituzionale.it

economico-finanziarie che la riforma ha ad esso attribuito, e su di un Senato ‘delle rappresentanze’ espressione delle principali componenti della comunità accademica”⁸⁷⁸.

Nella sentenza 718 del 2012 emessa dal TAR Genova, i giudici amministrativi si espressero nel senso di ammettere l’azione dell’Università di Genova a favore di una designazione democratica, in quanto “la tesi sostenuta dall’amministrazione statale non è totalmente persuasiva, posto che almeno uno dei due vocaboli utilizzati dal legislatore non esclude del tutto l’opzione esercitata dallo statuto d’ateneo per individuare i membri del consiglio d’amministrazione” e ancora “al riguardo il collegio deve rilevare che i principi accolti consentono di affermare che non sussiste nel senso ora indicato un principio che impone l’opzione democratico-elettiva per l’individuazione dei membri del consiglio d’amministrazione di un ente qual è un’università statale; tuttavia non può essere esclusa la possibilità che l’ordinamento di un paese fondato sulla democrazia elettiva rimetta a tale metodo anche la provvista dei componenti dell’organo di governo delle scuole di alta formazione italiane”.

Similmente, la sentenza 783 del TAR Piemonte ritenne compatibile lo Statuto del Politecnico di Torino con le esigenze di organo tecnico proprie del Consiglio di Amministrazione universitario.

Sulla stessa scia si colloca, emblematicamente, la vicenda degli organi di Dipartimento.

Come segnalato in dottrina e accennato poc’anzi nella trattazione⁸⁷⁹, la legge 240 si muove verso un nuovo assetto degli equilibri universitari fondato sulle strutture Dipartimentali in luogo delle Facoltà, contemplate dalla normativa italiana fin dal 1933 e abbandonate, salvo timidi riferimenti⁸⁸⁰, dalla riforma del 2010.

I nuovi Dipartimenti, titolari delle funzioni nell’ambito della ricerca, delle attività didattiche e formative, sono stati nella prassi oggetto di una disciplina statutaria volta a regolamentare le modalità elettive del relativo Direttore, ponendo tutta una serie di ipotesi non previste dalla legge 240.

Oggetto del contendere era, ancora una volta, il *quantum* dell’autonomia universitaria.

Preliminarmente, va osservato come, a differenza delle vicissitudini legate al Consiglio di Amministrazione, in questo caso non sia criticata una disposizione legislativa formulata infelicitemente ma una vera e propria regolamentazione propria degli Atenei di un settore escluso dalla riforma Gelmini.

Come, infatti, riporta la dottrina, la linea interpretativa contraria all’introduzione da parte delle Università di disposizioni sull’elezione degli organi di Dipartimento era legata all’articolo 51

⁸⁷⁸ Cfr. R. CALVANO, *L’autonomia universitaria stretta tra Legislatore e giudici amministrativi*, cit. pp. 5 e sgg, la citazione riportata nel testo è dell’Avvocatura dello Stato.

⁸⁷⁹ C. BENETAZZO, *Organi del Dipartimento e modalità della loro composizione: gli ambiti dell’autonomia universitaria*, in *Federalismi* numero 4 del 2016, pp. 1 e sgg.

⁸⁸⁰ Mi riferisco all’articolo 2 comma II lettera c) che fornisce la possibilità, solo eventuale, di istituire strutture di raccordo tra più Dipartimenti.

della Costituzione, il quale, come noto, pone una riserva di legge per l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive⁸⁸¹.

In realtà, come precisato dalla stessa dottrina, il riferimento all'articolo 51 sarebbe inconferente nella misura in cui questa disposizione è diretta a porre una disciplina di tutte quelle competizioni elettorali fondate sul principio democratico; nel caso delle Università, al contrario, ci troveremmo di fronte ad un contesto diverso, ispirato dalla logica della funzionalità⁸⁸².

Il meccanismo, pertanto, di designazione del Direttore di Dipartimento rientrerebbe a pieno titolo all'interno dell'autorganizzazione universitaria, discendente a sua volta dal suo carattere di autonomia funzionale garantita dall'articolo 118 ultimo comma della Costituzione.

Oltre a questi profili, rimane da segnalare che la legge 240 del 2010 non abroga il D.P.R. 382 del 1980 ("Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica") il quale, formalmente, introdusse i Dipartimenti nell'ordinamento, ponendo una disciplina più analitica rispetto a quella della legge 240 contenente, ad esempio, un'elencazione degli Organi del Dipartimento e dei vincoli sul mandato.

Gli Statuti, recependo proprio il contenuto del D.P.R. sugli organi, sarebbero per questo compatibili tanto con l'articolo 51 quanto, e soprattutto, con il 33 comma VI della Costituzione. Alla luce di quanto detto, è difficile dire se il contesto universitario subirà in futuro una nuova compressione o, al contrario, saranno rivitalizzati i tratti autonomistici vista anche l'assenza di nuove riforme sul tema da parte del Legislatore.

⁸⁸¹ C. BENETAZZO, *Organi del Dipartimento e modalità della loro composizione: gli ambiti dell'autonomia universitaria*, pp. 28 e sgg; cfr. anche alcune pronunce giurisprudenziali come la 5912 del 2008 resa dal TAR Lazio che accoglie questa ricostruzione.

⁸⁸² C. BENETAZZO, *ibidem.*

Conclusioni

Il titolo di questo studio è: “il principio di sussidiarietà orizzontale: quando il cittadino si fa Stato”.

La formula, più giornalistica che realmente giuridica, cerca di catturare l’attenzione sulla *vis expansiva* della sussidiarietà orizzontale, quella carica idonea ad influenzare l’ordinamento nel suo complesso, proprio come il principio di separazione dei poteri.

L’espressione, o provocazione, sintetizza alcune considerazioni generali, sviscerate nella trattazione e da riprendere, arrivati a questo punto, per esporre alcune riflessioni conclusive.

In primo luogo, la sussidiarietà orizzontale sembrerebbe essere un fenomeno tipicamente europeo o, comunque, funzionale solo negli ordinamenti di *Civil Law*, contraddistinti da fenomeni di disgregazione e riagggregazione della statualità violenti e confusi.

Come già detto nell’introduzione e nei precedenti capitoli, in Europa continentale siamo più volte passati da concezioni panpubblicistiche ad altre esclusivamente privatistiche, senza individuare un equilibrio fra due aree che, al contrario, necessitano di armonia e reciproca convivenza.

La sussidiarietà orizzontale può efficacemente assolvere alla funzione di strumento di ricomposizione dei conflitti, non comprimendo eccessivamente l’autonomia privata e, nel contempo, preservando i compiti dell’autorità pubblica; questo in altri contesti, come gli Stati Uniti, non è pensabile o possibile, anzi, la sussidiarietà sembra quasi il fondamento della supremazia dell’individuo sullo Stato.

Questa prima delimitazione geografica sull’importanza della sussidiarietà orizzontale non deve spaventarci: ogni principio può trovare concreta applicazione solo in presenza di determinati presupposti e, oltretutto, la sua attuazione può subire esiti diversi, come dimostra il caso della separazione dei poteri, interpretata negli Stati Uniti in modo molto più rigido che in Francia.

Da qui è possibile desumere un ulteriore profilo.

La sussidiarietà orizzontale, anche per le sue diverse matrici culturali, presenta un’intrinseca indeterminatezza, una fisionomia sfumata e di difficile lettura per un interprete attento alla chiarezza e alla certezza del diritto come il giurista.

Un’analisi storico-giuridica ci induce, tuttavia, a porre l’accento su alcuni punti fermi, *in primis* la sua valenza “relazionale”, ossia la sua capacità di mettere in relazione soggetti a natura diversa, consentendo lo sviluppo di dinamiche decisionali nell’ambito più vicino a quello dei diretti interessati, in coerenza con la *Vorrangentscheidung* tedesca, la “decisione di preferenza”.

Emerge, peraltro, una ricchezza assiologica della sussidiarietà orizzontale in grado di porre in risalto la persona umana rispetto a teorie, totalitarie, dove i pubblici poteri acquisiscono una priorità ontologica e l’individuo di mezzo o patrimonio per il consolidamento del potere.

Autoresponsabilità e crescita personale, libertà economica e decentramento istituzionale sono tre temi propri della sussidiarietà orizzontale, analizzati compiutamente proprio dal liberalismo, dalla dottrina sociale Cattolica e dal pensiero federale, che sono riconosciuti dalla dottrina come “matrici culturali” dello stesso principio.

I tre filoni citati sono orientati verso obiettivi diversi, ma complementari fra loro: la dottrina sociale Cattolica mitiga un eccesso di disuguaglianze, conseguenza delle idee liberali, mentre il pensiero federale previene fenomeni di accentramento decisionali che, spesso, sono stati, a un tempo, l’anticamera e, ad altro, la struttura organizzativa dei totalitarismi.

Nell’ordinamento italiano non si è, tuttavia, razionalmente recepito il principio di sussidiarietà ma, al contrario, la sua introduzione è stata imposta o su spinta sovranazionale, o nel tentativo di fornire una chiave di lettura per quei fenomeni di valorizzazione dell’autonomia privata nati dagli anni Novanta.

Non sorprende, quindi, che l’articolo 118 ultimo comma della Costituzione sia stato oggetto di dispute politiche piuttosto aspre, così come sia stato contraddistinto da una formulazione piuttosto vaga, che necessita di atti legislativi ulteriori per essere concretamente efficace.

L’espressione “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” non chiarisce una serie di aspetti, già in precedenza visti, e, soprattutto, non indica come possa essere giustiziabile l’obbligo di “favorire” posto in capo ai pubblici poteri; certo, nessun interprete ha più messo in discussione il rango costituzionale della sussidiarietà orizzontale, ma l’assenza di una sua chiara definizione ha, in parte, circoscritto il suo *quomodo*, le sue modalità applicative.

Questa incertezza si è riflessa negli ambiti giuridici analizzati nell’ampio terzo capitolo, in misura ed intensità diversa.

L’attività bancaria è stata influenzata da una sensibilità affine alla sussidiarietà orizzontale, tanto da portare alla costituzione delle fondazioni di origine bancaria proprio a seguito dei processi di privatizzazione, ma tutt’oggi presenta un *deficit* nel ruolo svolto dalle forze pubbliche, in specie nella vigilanza. Sembrerebbe, e questo è paradossale, che la sussidiarietà orizzontale sia stata interpretata in questo contesto similmente agli Stati Uniti, con una supremazia dell’individuo nei confronti dell’autorità.

Questo fenomeno, comprensibile solo alla luce di dinamiche economiche, ha, tuttavia, minato parte della credibilità del sistema bancario italiano, spesso identificato dai cittadini come un luogo chiuso e alimentato da logiche corporative, dannose per il territorio; curiosamente, e qui riscontriamo il secondo paradosso, il Legislatore italiano ha cercato in più occasioni di accentuare la vigilanza nei confronti delle fondazioni di origine bancarie che, a rigor di logica,

una volta emancipatesi dal settore creditizio dovevano essere ricondotte all'autonomia privata o, quantomeno, essere sottoposte ad un lieve controllo pubblicistico.

L'aspirazione di rendere questa trattazione frutto di un metodo scientifico impone il rinvio della discussione di queste problematiche ad altre sedi.

L'interprete può, solo, auspicare che le prossime modifiche della disciplina citata siano volte a rendere più attenta la funzione di vigilanza e, contemporaneamente, a valorizzare gli aspetti privatistici delle fondazioni di origine bancaria. Dobbiamo, proprio a tal riguardo, registrare comunque dei movimenti diretti a perseguire questi due scopi, da un lato con il rafforzamento dei controlli Sovranazionali nei confronti degli istituti bancari, dall'altro con il processo di autoriforma intrapreso con successo dalle fondazioni di origine bancaria, sempre più simili per molti aspetti alle autonomie funzionali.

L'istruzione rappresenta, senza dubbio, l'ambito dove la sussidiarietà orizzontale ha inciso in modo più netto e completo, contribuendo a plasmare un sistema nazionale didattico composito e integrato. Critiche al Legislatore riguardano, semmai, gli interventi degli anni 2008-2010, diretti a perseguire obiettivi di razionalizzazione economica con tagli importanti alla scuola e all'Università; questa condotta è censurabile non solo perché intrinsecamente irrazionale, menomazione ai finanziamenti per la didattica sono di facile attuazione ma controproducenti sul lungo periodo, ma anche perché espone il principio di sussidiarietà orizzontale a critiche strumentali e pretestuose che, come visto, finiscono per identificarlo come un "cavallo di Troia", strumentale ad un indebolimento del settore pubblico.

Sarebbe ridondante confutare, nuovamente, queste argomentazioni, rimane però sul campo un'oggettiva sofferenza verso azioni legislative guidate, esclusivamente, da scopi economici, in linea con il ritenere il sistema scolastico come un'impresa pubblica.

Anche volendo condividere questa impostazione, e personalmente ho delle difficoltà a causa del valore sociale e istituzionale rivestito dall'autonomia scolastica nella nostra realtà, è incomprendibile esigere un'efficace attività delle imprese pubbliche quando le risorse loro destinate sono, tragicamente, esigue.

Vista anche la cronica situazione di crisi vissuta dal nostro ordinamento, la soluzione prospettata di recente circa una compartecipazione dei privati al finanziamento di istituti pubblici potrebbe essere funzionale a soddisfare esigenze di questo genere, ma permangono dubbi sulla legittimità di provvedimenti concretamente economici e formalmente giuridici.

Infine, i servizi pubblici locali sono oggi fermi in una sorta di limbo, dati gli eventi interni successivi al *referendum* del 2011 e il, contestuale, atteggiamento di ripensamento Sovranazionale in materia di *in-house*; da questo punto di vista, se fino a poco tempo fa era corretto parlare di netta affermazione della sussidiarietà orizzontale in questo ambito, oggi sembrerebbe azzardato o, quantomeno, prematuro sostenere ipotesi di questa natura.

In attesa della nuova disciplina, bloccata dal contenzioso sulla riforma Madia, pare comunque inverosimile una netta discontinuità rispetto al principio della piena alternatività tra affidamento al mercato e autoproduzione, diffusosi negli ultimi anni.

La riprova si coglie, nitidamente, comparando la realtà tedesca con quella italiana, totalmente estranea a fenomeni come le *Gemeindeordnung* di oltre confine.

Le Leggi Comunali garantiscono un contenuto chiaro della sussidiarietà orizzontale, sia subordinando l'avvio di attività imprenditoriali pubbliche all'assenza di una gestione più efficiente da parte degli operatori privati, sia assicurando un solido elemento utilizzabile dal giudice in sede giurisdizionale per sindacare lesioni dello stesso principio.

In Italia, oltre a non possedere fonti di questo genere, l'atteggiamento giurisprudenziale è molto timido sull'argomento, restio a ritenere rilevante la sussidiarietà orizzontale come presupposto di un'erogazione non pubblica del servizio.

Con riguardo alle cosiddette autonomie funzionali occorre operare una distinzione.

Prevalgono le luci, anche se di recente sono comparse ombre, per le Camere di Commercio, critica è la situazione universitaria.

La vocazione delle prime di "cerniera" tra il potere pubblico e l'autonomia privata in campo economico risulta accentuata dall'intervento legislativo del 2010, in grado di renderle simili ai "municipi dell'economia" tedeschi; suscita, invece, perplessità l'ultima operazione portata avanti dal Legislatore negli ultimi anni, mossa per lo più da intenti economici di razionalizzazione della spesa.

Il regime giuridico di autonomia funzionale delle Università è, al contrario, gravemente compromesso da quella serie di atti posti in essere tra il 2008 e il 2010, similmente a quanto avvenuto per l'istruzione.

Le esigenze di contenimento dei costi si sono, sistematicamente, risolte in intense limitazioni sulle scelte di merito degli Atenei, orientate all'eccessiva valorizzazione degli organi individuali o tecnici a sfavore di quelli collegiali o rappresentativi della comunità universitaria.

Il disinteresse degli Esecutivi successivi ci può anche indurre a pensare che il tema, per quanto vitale all'interno dell'ordinamento, non subirà a breve netti ripensamenti.

Comune a tutti questi ambiti, come un filo rosso, sembrerebbe essere la necessità di una positivizzazione dell'ambito applicativo della sussidiarietà orizzontale, una serie di coordinate di riferimento, ulteriori rispetto a quelle già esistenti, strumentali ad una sua specificazione; da questo punto di vista, assume una sua consistenza l'ipotesi, più volte manifestata all'interno della trattazione, concernente un intervento del Legislatore Europeo.

Di fronte ai sempre crescenti contrasti tra la statualità e la comunità, vista una certa difficoltà oggettiva nel ricorso a paradigmi superati come lo Stato-Nazione, una o più direttive europee

potrebbero essere lo strumento migliore per fissare la sussidiarietà orizzontale, consentendo un margine di apprezzamento agli Stati membri idoneo a preservare la loro autonomia.

Certo, il regolamento potrebbe essere più uniforme, ma come testimonia la vicenda sulla laicità delineata nel precedente capitolo, ciò rischierebbe di appiattire le varie differenze che rendono il Continente Europeo, nel bene e nel male, unico al mondo.

La direttiva, inoltre, rispetto all'atto legislativo nazionale garantirebbe maggiori probabilità di attuazione: gli Stati membri dell'Unione Europea non potrebbero, infatti, omettere di implementarla al loro interno, esponendosi alle conseguenze dell'inadempimento in sede Sovranazionale e, sotto il profilo risarcitorio, anche alle singole cause per eventuali danni intentate dai privati.

Come è, oramai, pacifico in giurisprudenza, il mancato rispetto di direttive europee comporta la possibilità per il singolo di agire in giudizio, a patto che queste attribuiscano un nuovo diritto in modo sufficientemente chiaro, che la violazione sia grave e manifesta e, infine, vi sia un rapporto causale tra l'omissione statale e il danno patito.

In conclusione, prescindendo da esercizi forse retorici, sicuramente più consoni all'ambito delle politiche legislative che allo studio del diritto in quanto tale, sembra comunque corretto affermare come la sussidiarietà orizzontale possa essere un'utile strumento per la costruzione di un nuovo rapporto tra pubblico e privato, una nuova alleanza orientata al bene comune e improntata ai canoni dell'azione personale.

Da questo punto di vista, non mi sembra azzardato sostenere come la sussidiarietà orizzontale possa fungere da stella polare nella costruzione di una nuova forma di Stato, in grado di contemperare le esigenze solidaristiche frutto del Novecento con quelle proprie della responsabilità personale, dell'efficienza economica e dello spirito democratico.

Una frase di questo lavoro, casualmente rinvenuta nelle mie ricerche, testimonia proprio questo aspetto e vorrei chiudere l'elaborato riportandola.

“Una società strutturata, è quella in cui l'individuo concorre al benessere comune non solamente con il pagamento delle tasse, ma con l'impiego di una parte del suo tempo, della sua energia, della sua creatività. Nella misura in cui desidera partecipare alla <<cosa di tutti>>, e secondo il tempo di cui dispone, egli si associa per organizzare azioni consone ai bisogni sociali più trascurati, e negli ambiti in cui si considera competente e creativo. La strutturazione sociale rappresenta per i sostenitori del principio, più che una necessità, una figura <<normale>> dell'esistenza sociale: agire insieme rappresenta la prima espressione dell'esistenza di una società. La storia delle società del Vecchio Continente racconta di una moltitudine di piccole società che lottano con successo per conservare le loro capacità d'iniziativa in seno alla grande società: corporazioni, città, <<universitates>> in genere. Esse non cedono competenze alle istanze superiori se non in caso di bisogno. (...) Confiscando, per farla propria, ogni iniziativa

di interesse generale, e gettando il sospetto sulle azioni private finalizzate all'interesse generale, lo Stato-providenza imprigiona i potenziali attori nel loro privato. Costoro, dotati di un'energia superflua, la useranno per il proprio tempo libero e per il proprio *comfort*. Nessuna società è interiorizzata come questa. Tutta la passione che potrebbe essere indirizzata all'esterno si rattrappisce rinchiudendosi negli stretti limiti del proprio orticello. Lo Stato-providenza genera delle *élites* egoiste.”

(*MILLON-DELSOL C.*, "Il Principio di Sussidiarietà", Milano Giuffrè 2003 pp. 53 e 71).

Ringraziamenti

Tenevo a ringraziare, in chiusura, alcuni tra i docenti che hanno accompagnato il mio percorso universitario in questi cinque anni.

Il primo pensiero va al Professor Antonio D'Atena, che mi ha suscitato un intenso interesse nei confronti del principio di sussidiarietà orizzontale; subito dopo, terrei a ringraziare il Professor Gino Scaccia per essere stato il primo a stimolare il mio interesse per le materie pubblicistiche e il Professor Giuliano Fonderico per avermi trasmesso un approccio economico alle materie giuridiche.

Nel contempo, ringrazio il Professor Marcello Clarich, il quale mi ha ispirato nella scelta del profilo universitario legato all'ambito amministrativistico.

Ricorderò, infine, sempre con piacere le lezioni di Angelo Carmona e Romano Ferrari Zumbini, Per ultima ma non ultima, terrei ad esprimere la mia gratitudine alla Professoressa Camilla Petrillo, che mi ha pazientemente assistito in questi mesi correggendo le mie imperfezioni e guidandomi nello sviluppo di questo elaborato.

BIBLIOGRAFIA

Compendio della dottrina sociale della Chiesa, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana
2004

A

ADONOPOULOS G., *Come diventare insegnanti: guida all'iter di studi, TFA e concorso pubblico*, da <https://www.forexinfo.it>

ALBANESE A., *Il Principio di Sussidiarietà Orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Il Mulino Riviste Fascicolo 1*, 2002

ALBERTI C., *“La società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari”*, in *Istituzioni del Federalismo numero 2 del 2011 pp. 23-35*.

ALPA G., *“L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale”*, in *Contratti, fascicolo 2 anno 2004 p. 183 e sgg.*

ANTONINI L., *“Il posizionamento istituzionale delle Camere di Commercio dopo la sentenza 374 del 2007”*, in *Federalismi, numero 24 del 2009 pp. 1-7*

ANTONINI L., *“Lo spazio della sussidiarietà nel terzo decentramento: dalle leggi Bassanini alla riforma delle autonomie locali”*, da www.fga.it

ANTONINI L., *“Sulla Giustiziabilità del Principio di Sussidiarietà”*, tratto da *Quaderni Costituzionali Fascicolo 3 2003*

ANTONINI L., *“Verso un'antropologia positiva”*, tratto da *Politiche e Reti per lo Sviluppo - Numero 3, dicembre 2010*

AQUILANTI P. E DE ANTONIIS A., *“Appunti sui disegni di legge in materia di autonomia universitaria”*, in *il Foro Italiano, volume 113, anno 1990 pp. 91-96*.

ARENA G., *“Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’articolo 118 ultimo comma della Costituzione”*, in *“Studi in onore di Giorgio Berti”*, Napoli Jovene pp. 179-221.

ARENA G., *“Principio di sussidiarietà e forme di cittadinanza attiva”*, in *“sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali”*, tratto da <http://www.consiglio.regione.lombardia.it/>

AZZARITA A., *“I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011”* in *Istituzioni del Federalismo numero 3 del 2011* pp. 531-559.

B

BALBONI E., *“Le Sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese: considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto”* tratto da <http://www.astrid-online.it>

BARBETTA G. P., *“Le fondazioni di origine bancaria”*, in *“Liberi di scegliere: dal Welfare state alla Welfare society”*, Parma Etas 2002, pp. 151-169.

BELLELLI A., *“Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni”*, in *“Il principio di sussidiarietà nel diritto privato”*, a cura di **MARIO NUZZO**, Torino, Giappichelli 2014, pp. 91-103.

BELLI F. – MAZZINI F., *“Fondazioni Bancarie”*, tratto da *Voce del Digesto, IV Edizione*, Torino, UTET, 2000

BENEDETTI A., *Le certificazioni ambientali*, in *Diritto dell’ambiente*, (a cura di) **G. R.** Torino Giappichelli 2015, pp. 200 - 214

BENETAZZO C., *“Organi del Dipartimento e modalità della loro composizione: gli ambiti dell’autonomia universitaria”*, in *Federalismi numero 4 del 2016*, pp. 1-42

BENVENUTI F., “Dalla sovranità dello Stato-persona alla sovranità dello Stato-ordinamento”, in *Impresa e Stato*, fascicolo 30 anno 1995 pp. 1-9.

BENVENUTI F., “Per un diritto amministrativo paritario”, in “Studi in memoria di Enrico Guicciardi”, Padova CEDAM, pp.807-851.

BERLINGÒ S., “Scuole confessionali”, in *Enciclopedia del Diritto XLI* 1989

BERLINGUER L., <http://www1.adnkronos.com/Archivio/AdnAgenzia>

BLANCO DE MORAIS C., “La dimensione interna del principio di sussidiarietà nell’ordinamento portoghese”, in “Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto”, a cura di **ANGELO RINELLA, LEOPOLDO COEN e ROBERTO SCARCIGLIA**, Padova Cedam 1999.

BLASI E., “Il Principio di Sussidiarietà Orizzontale nelle culture giuridiche tedesca e italiana dopo la riforma del Titolo V”, tratto da <http://www.labsus.org>

BOBBIO N., “Società Civile”, Torino Einaudi 2013

BOLOGNINI D., “Fondazioni di origine bancaria, soggetti del pluralismo a cui si tentò di tarpare le ali. Nota alle sentenze n. 300 e 301 del 2003 della Corte Costituzionale”, tratto dalla rivista *Amministrazione in Cammino* del 12/1/2004

BOLOGNINO D.- CAMELI R. – GIGLIONI F., “La Sussidiarietà nella giurisprudenza italiana e comunitaria” tratto da <http://www.labsus.org>

BONURA H. – FONDERICO G., “Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale”, in *Giornale di Diritto amministrativo* 5 del 2015 pp. 651-655.

BONURA H.- FONDERICO G., “Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica”, in *Giornale di Diritto Amministrativo* 6 del 2016, pp. 722-732.

BONURA H., “*Il commento*”, in *Giornale di Diritto amministrativo fascicolo 5 del 2010* pp. 510-514.

BOTTARI C., “*Fondazioni Bancarie e Riforma del Titolo V della Costituzione*”, tratto dalla rivista *Federalismi* numero 15 del 2005

BOTTO A., “*L’ambito soggettivo e oggettivo dei contratti pubblici*”, in <http://docenti.luiss.it/botto>

BOZZI G., “*Municipalizzazione dei pubblici servizi*”, in *Enciclopedia Giuridica XXVII*, 1977 Milano Giuffré.

BUONOMO G., “*Il nuovo processo telematico nell’era dell’amministrazione digitale.*” Giuffré, Milano, 2009.

C

CAIANIELLO V., “*Attività Bancarie e nozione di pubblico servizio*”, in *Il Foro Italiano* Volume 108 Numero 10 1985

CALCERANO L. – CABRERA Y M., “*Scuola (Ordini e Gradi)*”, in *Enciclopedia del Diritto XLI* 1989

CALDERONI M. – SABBATINI R., “*Le Fondazioni bancarie un autentico mostro. Amato: lo confesso, mi sento Frankenstein*”, da *Il Sole 24 Ore* dell’11 giugno 1995

CALVANO R., *L’autonomia universitaria stretta tra Legislatore e giudici amministrativi*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti*, numero 4 del 2012 pp. 1-9

CALZARETTI F., “*Senza oneri per lo Stato: la posizione dei Costituenti sulle sovvenzioni alle scuole non statali*” tratto da <http://www.forumcostituzionale.it>

CAMPANINI A., “*Famiglia o famiglie nel terzo Millennio*” in *Alternativas. Quadernos de Trabajo Social*, 2004, n. 12

CAMPOBASSO G., A CURA DI CAMPOBASSO M., “*Diritto Commerciale, V: 3 Contratti, Titoli di Credito, Procedure Concorsuali*”, Torino UTET 2014

CAPRIGLIONE F., “*Commento alla sentenza delle Sezioni Unite Penali 10/10/1981 della Cassazione*”, in *Il Foro Italiano* volume 104, numero 12 anno 1981 pp. 553-574

CAPRIGLIONE F., “*Sezioni unite penali; sentenza 10 ottobre 1981*” in *Il Foro Italiano Volume 104 Numero 12 Dicembre 1981*

CARANTA R., “*Il diritto dell’UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*”, in *Le Regioni*, fascicolo 6, novembre-dicembre 2011 pp. 1176-1193.

CARAVITA DI TORITTO B., “*Le Fondazione di Origine Bancaria come formazioni sociali*” tratto dalla *Rivista Federalismi* numero 4 del 2008

Caretti P. – De Siervo U., “*Istituzioni di Diritto Pubblico*”, Torino Giappichelli 2010

CARETTI P., “*I Diritti Fondamentali: Libertà e Diritti Sociali*” Torino Giappichelli 2011

CARTEI G. F., “*I Servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* numero 5 del 2005, pp. 1219-1236.

CASALOTTI F., “*La Corte Costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V parte II della Costituzione*”, tratto da <http://www.forumcostituzionale.it>

CASSESE S. “*L’arena Pubblica: Nuovi Paradigmi per lo Stato*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* fascicolo 3, pp. 601-650.

CASSESE S., “«Plaidoyer» per un'autentica autonomia delle scuole”, in *Il Foro Italiano* Volume 113, anno 1990, pp. 147-153

CASSESE S., “Discussioni sull'autonomia universitaria”, in *il Foro Italiano* volume 113, anno 1990 pp. 205-210.

CASSESE S., “L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea”, in *Il Foro Italiano* Volume 118 Numero 10 1995

CASSESE S., “La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale”, in *Il Foro Italiano*, volume 114 anno 1991, pp. 213-218

CASSESE S., “Le Camere di commercio e l'autonomia funzionale”, Roma, Unioncamere 2000

CASTALDI G., “La Nuova Legge Bancaria: suoi riflessi sulla disciplina delle casse rurali e artigiane” tratto da *Banca, Borsa e Titoli di Credito* Fascicolo 6 Anno 1994

CATELANI A., “Diritto all'istruzione e pluralismo scolastico” tratto da <http://www.pensareildiritto.it>

CATELANI A., “Pluralismo e rinnovamento della scuola pubblica” tratto da <http://www.bertoni-udine.it>

CATTANEO S., “Servizi pubblici”, in *Enciclopedia Giuridica XLII*, 1990, Milano Giuffrè.

CECCANTI S., “Crocifisso: dopo l'ordinanza 389/2004. I veri problemi nascono ora”, in <http://www.forumcostituzionale.it>

CENTEMERO E., “Il sistema scolastico integrato, profili costituzionali” tratto da <http://www.fidaelombardia.it/>

CERULLI IRELLI V.- CAMELI R., *“Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell’Assemblea Costituente”*, da <http://www.astrid-online.it/>

CERULLI IRELLI V., *“Il Nuovo Assetto dell’Amministrazione”*, tratto da *Federalismi* numero 19 del 2004

CHIZZONITI A. G. M., *“Identità culturale e religiosa degli italiani ed esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. La Corte costituzionale si interroga, ma non si espone”* in <http://www.olir.it>

CIPPITANO R., *“Libertà di insegnamento e protezione di interessi costituzionalmente rilevanti”*, in *Diritto e Processo*, numero 1 anno 2012 pp. 79-99.

CLARICH M. - FONDERICO G., *“I servizi pubblici locali”*, tratto da *“I servizi pubblici locali: problemi normativi aperti e stato dell’arte nelle regioni del Sud”* in <http://www.progettoelios.it>

CLARICH M. – PISANESCHI A., *“Fondazioni Bancarie e Regioni- Commento”* tratto da *Giornale di Diritto Amministrativo* numero 2 del 2002

CLARICH M. – PISANESCHI A., *“La riforma delle fondazioni bancarie”*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, numero 3 del 2002

CLARICH M. – PISANESCHI A., *“Le fondazioni bancarie tra sussidiarietà e tentazioni neostataliste”*, in *Il Ponte*, 2003 5 Maggio 2003

CLARICH M., *““Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fascicolo 1, anno 2003 pp. 91-110.

CLARICH M., *“Manuale di Diritto Amministrativo”*, Mulino Edizioni Bologna 2013

COCCONI M. E SANDULLI A., *“Riforma universitaria”* in *Il libro dell’anno del diritto amministrativo* 2012 pp. 370-375.

COLAIANNI N., “Autonomia e parità della scuola”, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, numero 1 aprile 1997 pp. 107-131.

COPPOLA R., “Osservazioni sull’accordo di modificazioni del Concordato Lateranense”, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fascicolo 3 anno 1984 pp. 697-708.

CORPACI A., “Ambito e contenuti dell'autonomia universitaria alla luce della recente legislazione di riforma”, in *il Foro Italiano*, volume 116 numero 2, anno 1993 pp. 101-121.

CORTESE F., “Continua la razionalizzazione della disciplina statale in materia di sicurezza urbana: la Corte costituzionale e le «ronde», tra ordine pubblico e disagio sociale”, tratto da *Le Regioni Fascicolo 5 del 2011*

CRISAFULLI V., “La scuola nella Costituzione”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fascicolo 1 anno 1956 p. 74.

D

D’AMBROSIO V., “Il pacchetto sicurezza: un’occasione sprecata” tratto da <http://www.astrid-online.it/>

D’ANDREA A., “Diritto all’istruzione e ruolo della Repubblica: qualche puntualizzazione di ordine Costituzionale”, in http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/D_Andrea.pdf

D’ATENA A., “Sussidiarietà e sovranità”, in “*Annuario 1999 : la Costituzione europea : atti del 14. Convegno annuale, Perugia, 7-8-9- ottobre 1999 / Associazione italiana dei costituzionalisti*”, Padova CEDAM 2000, pp.17-32.

D’ATENA A., “Costituzione e Principio di Sussidiarietà” in *Quaderni Costituzionali*, Fascicolo 1 Marzo-Aprile 2001

D’ATENA A., “*Diritto Regionale*” Seconda Edizione, Giappichelli Torino 2013

D'ATENA A., “*Forma Stato dalla piramide all'arcipelago-Relazione al Convegno su "Le autonomie funzionali: le Camere di Commercio, problemi e prospettive"*”, in *Impresa & Stato* numero 33 anno 1996 p. 1-6

D'ATENA A., “*Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*”, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitaria*, Fascicolo 3-4 1997.

D'ATENA A., “*La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*”, in “*Le Regioni*”, fascicolo 2-3, marzo-giugno 2002 pp. 305-320.

D'ATENA A., “*Le Camere di commercio tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*”, in *Impresa & Stato*, fascicolo 51, del 1999 pp.1-3.

D'ATENA A., “*L'autonomia universitaria*”, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli 2006 pp. 105-132.

D'ATENA A., “*Prospettive della sussidiarietà*”, in “*Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*”, tratto da <http://www.consiglio.regione.lombardia.it/>

D'ATENA A., “*Sussidiarietà e autonomie funzionali*”, in *Impresa & Stato* fascicolo 44-45 del 1998 pp.1-2.

D'ATENA A., “*Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*”, in www.issirfa.cnr.it

D'ATENA A., “*Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'università*”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, anno 1998 pp. 3332-3338.

DE MARTIN G. C., “*Autonomia dell'istruzione e riforme istituzionali: note introduttive*” in *Istituzioni del Federalismo* numero 2-3 del 2004 pp. 217-227.

DE SIERVO U., “*Le fondazioni e la <<Carta delle Fondazioni>>*”, tratto da <https://www.acri.it/>

DEL MORAL DOMINGUEZ L. F., “*Carta delle Fondazioni e Ordinamento del Terzo Settore*”, in “*Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*”, a cura di **MARIO NUZZO**, Torino, Giappichelli 2014, pp. 191-209.

DEL PRATO E., “*Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*”, in “*Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*”, a cura di **MARIO NUZZO**, Torino, Giappichelli 2014, pp. 91-103.

DONATI F., “*Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*”, in *Le Regioni*, fascicolo 3 maggio-giugno 1999 pp. 537-557.

DONATI P., “*La Cittadinanza Societaria*”, Roma-Bari Laterza 1993

DUGATO M., “*I servizi pubblici degli enti locali*”, in *Giornale di Diritto Amministrativo* numero 2 anno 2002 pp. 218-227.

DURET P., “*L’Horror Vacui e la Sussidiarietà (a proposito di due recenti sentenze del Consiglio di Stato)*”, tratto da *Jus* Numero 3 2010

F

FOIS S., “*Riserva originaria e riserva di legge*”, pp. 357 e sgg. in “*La crisi della legalità : raccolta di scritti*” di **SERGIO FOIS**, Milano Giuffrè 2010.

FONDERICO F., “*Commento agli artt. 103-106 del TFUE*”, in “*Commentario breve al diritto della concorrenza*” di **LUIGI CARLO ALBERTAZZI E PIERGAETANO MARCHETTI**, Padova, Cedam, 2016.

FRANCESCHELLI M. V., “*Altri temi in materia economico-aziendale, il protocollo d’intesa MEF-ACRI: novità in tema di governance e patrimonio nelle fondazioni di origine bancaria*”, tratto da *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fascicolo 1, anno 2016, pp.75 e sgg.

FROSINI T. E., “*Profili della Costituzionalità in senso orizzontale*” in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno Fascicolo 1 Marzo 2000*

G

GARDINI S., “*La valorizzazione integrata dei beni culturali*”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico, fascicolo 2 anno 2016 pp. 403-425*

GENTILE F., “*Il problema della burocrazia alla luce del principio di sussidiarietà*”, in “*Liberi di scegliere: dal Welfare State alla Welfare society*”, (a cura di) G. V., Parma, Etas 2002 pp. 16-41

GIANNINI M. S., “*Il Problema della banca come Impresa*”, in *Banca Borsa e Titoli di Credito, Fascicolo IV 1981*

GIANNINI M.S., “*Sulla natura giuridica e sulle attribuzioni della Banca D'Italia*”, in *Banca Borsa e Titoli di Credito Fascicolo II, 1949*

GIARNIERI E., “*Ulteriori considerazioni sul caso Lombardi Vallauro*”, in *Diritto di famiglia e delle persone, anno 2008, fascicolo 1 pp. 543-548.*

GIGANTE M., “*Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*”, in *Politica del Diritto, fascicolo 3 settembre 1999 pp.423-481*

GIGLIONI F., “*Sussidiarietà e mercato*”, in <http://www.labsus.org/>

GOLEMBOSKY D., “*Federalism and the Catholic principle of subsidiarity*” da *Publius: The Journal of Federalism Volume 45 Fascicolo 4*

GOTZ V.- HECKER M., “*Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco con particolare riferimento alla sua dimensione federale*”, in “*Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*”, a cura di **Angelo Rinella, Leopoldo Coen e Roberto Scarciglia**, Padova Cedam 1999 pp.67-91.

H

HÄBERLE P., *“Problemi attuali del federalismo tedesco”, (a cura di) A.D’A. “Federalismo e Regionalismo in Europa”, Milano Giuffrè pp. 107-195.*

HALL M. J. B., *“Basilea II: panacea o opportunità mancata?”, tratto da Moneta e Credito volume 57 numero 228 anno 2004*

I

IAIONE C., *“Gli equilibri instabili dell’in-house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?”, in Giustizia Civile, fascicolo 1, anno 2006 pp.13-32.*

J

JEMOLO A. C., *“Perplexità su una sentenza”, in Il Foro Italiano, volume 96 numero 1 anno 1973 pp. 7-12*

L

LANGIULLI M., *“Il possibile impatto dei rating emessi dalle agenzie e un’analisi dei giudizi sul debito sovrano emessi da Standard & Poor’s”, tratto da Moneta e Credito volume 67 numero anno 2014*

LEPORE V., *“La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012”, in Amministrazione in Cammino 7 maggio 2012 pp. 1-9.*

LIBERATI F., *“Le autonomie funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell’ordinamento italiano”, in Istituzioni del Federalismo numero 24 del 2009 pp. 1-37.*

LOTTINI M., “*I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* numero 5 del 2005, pp. 1351-1398.

M

MAIFREDA G., “*Il senso delle parole*”, in *Impresa e Stato* numero 88 anno 2010 pp. 98-101

MARZUOLI C., “*Istruzione e “stato sussidiario”*”, in *Diritto Pubblico*, fascicolo 1, gennaio-aprile 2002 pp. 117-159

MASCHIO F., “*L'evoluzione della soggettività giuridica e del ruolo delle fondazioni di origine bancaria, la Carta delle fondazioni e lo Statuto della fondazione europea*”, in *Giustizia Civile*, fascicolo 3-4. Anno 2013, p. 155 e sgg.

MASSA M., “*I vigilanti privati e il volto pubblico della pubblica sicurezza*” tratto da <http://www.costituzionalismo.it>

MATTARELLA B. G., *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, (a cura di) **CHITI M. P.** pp. 327-377.

MENGOZZI M., “*Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*” in “*Scritti in Onore di Antonio D’Atena*”, promossi da **FRANCISCO BALAGUER CALLEJON** volume III pp. 1865-1895, Milano Giuffrè 2015.

MERUSI F., “*C’è tanta nostalgia degli anni 30 nel nuovo Testo Unico sul Credito*”, tratto da *Il Sole 24 ore* del 27 luglio 1993

MERUSI F., “*Cent’anni di municipalizzazione: dal Monopolio alla ricerca della concorrenza*”, in *Diritto Amministrativo* fascicolo 1, anno 2004 pp. 37-57.

MILLON-DELSOL C., “*Il Principio di Sussidiarietà*”, Milano Giuffrè 2003

MORANA D., *“Le Camere di Commercio come enti ad autonomia funzionale”*, in *“Diritto, diritti e autonomie”*, pp. 369-386 a cura di **ANTONIO D’ATENA E PIERFRANCESCO GROSSI**, Milano Giuffrè 2003.

MORIGI P., *“Il TU sulle partecipate dopo la pronuncia di incostituzionalità della Riforma Madia”* tratto da <http://www.appaltiecontratti.it/>

MURRAY R.- CAULIER J.- MULGAN G., *“Il Libro Bianco sull’innovazione sociale”*, tratto da <http://www.societing.org/>.

NAPOLITANO G., *“L’intervento dello Stato nel Sistema Bancario e i nuovi profili pubblicistici del Credito”* in *Giornale di Diritto Amministrativo* 4/09

NICOTRA F., *“La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e comunitario”*, tratto da <http://www.diritto.it>

NUZZO M., *“Il “senso etico” della Carta delle Fondazioni Bancarie”*, in *Prospettiva impresa*, numero 83-84, anno 2013 p.74 e sgg.

O

ONIDA V., *“Libertà religiosa e libertà di insegnamento”* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* Aprile 2008

P

PALLIGGIANO G., *“La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009 Palazzo di Giustizia”* in https://www.tuttocamere.it/files/studi/Palliggiano_Giugno_2009.pdf

PALMARINI P., *“Federalismo fiscale in Germania. Il sistema della perequazione orizzontale e verticale”* tratto da <http://www.rivista.ssef.it>

PARISIO V., *“Europa delle autonomie locali e principio di sussidiarietà: la carta europea delle autonomie locali”*, in *Foro Amministrativo Fascicolo 9 1995*

PASSARELLI G., *L’ordinamento del credito e il ruolo delle fondazioni filantropiche negli Stati Uniti D’America*, in *Fondazioni e banche: modelli ed esperienze in Europa e negli Stati Uniti*, (a cura di) **G. C. F.** Torino Giappichelli 2011 pp. 164-198

PASTORI G., *“I decreti di attuazione della legge <<Bassanini>> e la sussidiarietà orizzontale”*, in *“Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto”*, a cura di **ANGELO RINELLA, LEOPOLDO COEN e ROBERTO SCARCIGLIA**, Padova Cedam 1999.

PEDULLÀ L., *“La libertà di insegnamento nel rapporto tra scuola pubblica e privata oggi: problematiche costituzionali, diritti multiculturali e multiconfessionali”*, tratto da <http://www.forumcostituzionale.it>

PELLIZZARI S., *“Il Principio di Sussidiarietà Orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione”*, tratto da *Istituzioni del Federalismo numero 3 2011*

PIOVANO G., *“La libertà di insegnamento”*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, volume 27, fascicolo 107 11/1901 pp. 334-349

PIZZETTI F., *“Autonomie funzionali e riforme istituzionali”*, in *Impresa e Stato fascicolo 34*, anno 1996 pp. 1-6.

PIZZETTI F., *“Il ruolo delle istituzioni nel quadro della “democrazia della cittadinanza” Il principio di sussidiarietà nel nuovo art.118”* tratto da <http://www.forumcostituzionale.it>

POGGIA A., *“Il “sistema nazionale di istruzione” dopo la revisione costituzionale. Spunti per una rilettura del principio pubblico-privato alla luce del principio di sussidiarietà”*, in *Federalismi*, numero 5 del 2005, pp. 1-9.

POGGIA A., *“Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale”*, Milano Giuffrè 2001

POGGIA, *“Principio di sussidiarietà e autonomie funzionali”*, tratto da www.astrid-online.it

POGGIA, *“Verso il Superamento della distinzione pubblico-privato nell’offerta formativa?”*, tratto da *Quaderni Costituzionali Fascicolo 2 2003*

POLITO N., *“Articolo 118 Ultimo Comma. Un Approfondimento sul favoriscono”* tratto da <http://www.astrid-online.it>

POLITO N., *“Strumenti per la Sussidiarietà Orizzontale: un’ipotesi per l’applicazione dell’art. 118, quarto comma, della Costituzione”*, da <http://www.astrid-online.it>

POTOTSCHNIG U., *“Insegnamento (Libertà di)”* in *Enciclopedia del Diritto XXI del 1971*

POTOTSCHNIG U., *“Insegnamento, istruzione, scuola”*, Milano Giuffrè 1961

POTOTSCHNIG U., *“Istruzione (diritto alla)”* in *Enciclopedia del Diritto XXIII, 1973*

PUGIOTTO A., *“Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un’ordinanza pilatesca”*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/590.pdf

PUPPINCK G., *“Il caso Lautsi contro l’Italia”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale 13 febbraio 2012 pp. 1-50*

R

RAMPULLA F. C., *“La Corte si esercita in difficili equilibrismi sulle Fondazioni Bancarie”*, tratto da *Le Regioni numero 1 del 2004*

RESCIGNO G. U., *“Principio di Sussidiarietà Orizzontale e Diritti Sociali”* in *Il Mulino Riviste Web Fascicolo 1, Gennaio-Aprile 2002*

RICCIO G. M., *“Filantropia locale e community foundations: la circolazione del modello americano nel sistema giuridico italiano”*, in *InDret*, numero 2 anno 2005 pp. 1-13

RIDOLA P., *“Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica”*, in *“Studi sulla riforma costituzionale: itinerari e temi per l’innovazione costituzionale in Italia”*, di **ANGELO ANTONIO CERVATI, SERGIO PANUNZIO E PAOLO RIDOLA**, Torino Giappichelli 2001.

RINALDI P., *“Le camere di commercio nel sistema autonomistico dopo la riforma del Titolo V della Costituzione”*, in *Le Regioni*, fascicolo 2 marzo-aprile 2008 pp. 358-370.

RINELLA A., *“Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d’analisi”*, in *“Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto”*, a cura di **ANGELO RINELLA, LEOPOLDO COEN e ROBERTO SCARCIGLIA**, Padova Cedam 1999.

Ronzitti N., *“Introduzione al Diritto Internazionale”*, Torino Giappichelli 2013

ROSSI S., *“Ronde e disagio sociale. Nota a Corte Costituzionale n. 226/2010”* tratto da <http://www.forumcostituzionale.it>

ROTA R., *“Le “regole” dell’autonomia universitaria. Brevi riflessioni sul cambiamento”*, in *Amministrazione in cammino* del 28/7/2006 pp. 1-24.

S

SANDULLI A., *“Il sistema nazionale di istruzione”*, Bologna il Mulino 2003

SCACCIA G., *“La dimensione giuridica della sussidiarietà”*, (a cura di), S. S., *La sussidiarietà: mappe e rotte di esplorazione*, Roma G&B Press 2014 pp. 53-93

SCACCIA G., *“Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale”*, in *“Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa”*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp.1-74.

SCHLESINGER P., *“Le c.d. fondazioni bancarie”*, in *Banca, borsa e Titoli di Credito Fascicolo 4* 1995

SCIOLLA L., *“Il ruolo dell’istruzione formale nella formazione dei valori e dei comportamenti di cittadinanza attiva”* in *Scuola Democratica 3* del 2013 pp. 839-447.

SCOTTI E., *“Servizi pubblici locali”*, in *il Digesto 2012*, UTET.

SEPE M., *“Brevi Note sul Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia”* tratto da *Banca, Borsa e Titoli di Credito Fascicolo 4 Anno 1994*

SPADONI B., *“I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione”*, in <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>

SPAGGIARI O., *“Statuto delle fondazioni europee: bocciata la proposta”*, tratto dalla rivista *Vita* 20 novembre 2014

SPAMPINATO B., *“Sull’estensione della giurisdizione amministrativa agli atti del privato concessionario”* di, in *Il Foro Amministrativo fascicolo 3*, anno 1997, pp.977-987

STAIANO S., *“Profili teorici della sussidiarietà orizzontale”* di in *Federalismi numero 5* del 2006 pp. 1-29

T

TAMBURRINI V., *Profili problematici della nuova autonomia statutaria delle Università*, in www.forumcostituzionale.it

TONVERONACHI M., *“Implicazioni di Basilea II per la stabilità finanziaria. Le nuvole si addensano sui paesi in via di sviluppo”*, tratto da *Moneta e Credito volume 62 numero 245* anno 2009

Tosato E., “Sul principio di sussidiarietà dell’intervento statale”, da “*Persona, Società intermedie e Stato*”, Milano Giuffrè 1989 pp.83-101.

TRAVI A., “*Lezioni di Giustizia Amministrativa*”, Torino Giappichelli Editore 2014

TRIMARCHI BANFI F., “*Lezioni di Diritto Pubblico dell’Economia*”, Torino Giappichelli 2014

TURCHI V., “*Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*”, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* numero 29 del 2012 pp. 1-68.

V

VANDELLI L., “*Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell’art. 3 B del trattato sull’Unione europea*”, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario Fascicolo 3* 1993

VANIN E., “*Appunti sul Federalismo. Il Federalismo in Germania*” tratto da <http://diritto.regione.veneto.it>

VARANO V. – BARSOTTI V., “*La Tradizione Giuridica Occidentale*”, Torino Giappichelli 2014

VARI M., “*Gli artt. 33 e 34 della Costituzione alla luce del principio di sussidiarietà e del nuovo titolo V*”, in *Convegno Nazionale della Scuola Cattolica, Diritto all’istruzione e parità scolastica, principi costituzionali, interventi normativi ed economici, Roma 28 Febbraio 2005* in <http://www.agenziapatriarcale.it>

VECCHIO F., “*Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà*”, in <http://www.forumcostituzionale.it>

VECCHIO G., “*Sussidiarietà orizzontale e principio di competenza nella riflessione di Antonio D’Atena. Una suggestiva lettura del rapporto pubblico-privato*”, in “*Scritti in Onore di Antonio D’Atena*”, promossi da **Francisco Balaguer Callejon**, Milano Giuffrè 2015 Volume IV pp. 3157-3176.

VELLA F., *“Il Protocollo di Intesa MEF/ACRI e la nuova governance delle Fondazioni bancarie”* in *Giurisprudenza commerciale*, fascicolo 5, anno 2016, p. 617 e sgg.

VIDARI, G. S. P. *“Elementi di storia del diritto. L’età contemporanea”*. Giappichelli, Torino, 2011

VIDARI, G. S. P., *“Elementi di storia del diritto medievale e moderno”*, Giappichelli, Torino, 2010

VIGNOCCHI G., *“Natura e oggetto del servizio del credito”*, in *“Il servizio del credito nell’ordinamento pubblicistico italiano”*, Milano Giuffrè 1968 pp. 33-99.

VIGNUDELLI A., *“Economia senza amministrazione o tecnopolitica del Mercato?”* dalla rivista *Federalismi* 14/06

VILLANI U., *“Istituzioni di Diritto dell’Unione Europea”*, Bari Cacucci Editore 2013

VISENTINI G., *“Lezioni di Teoria Generale del Diritto”*, Padova CEDAM 2008

Z

ZANOBINI G., *“Corso di Diritto Amministrativo Volume Uno”*, Milano Giuffrè 1948-1950

SENTENZE

CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 1/1956*

CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 36/1958*

CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 11/1960*

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 59/1960

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 14/1964

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 77/1964

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 195/1972

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 15/1982

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 18/1982

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 36/1982

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 150/1982

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 192/1987

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 215/1987

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 570/1988

CORTE COSTITUZIONALE, Ordinanza 668/1988

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 826/1988

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 744/1988

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 203/1989

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 1146/1988

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 63/1990

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 157/1990

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 13/1991

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 343/1991

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 351/1991

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 75/1992

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 454/1994

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 383/1998

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 477/2000

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 341/2001

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 342/2002

CORTE COSTITUZIONALE, Ordinanza 432/2002

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 42/2003

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 300/2003

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 301/2003

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 303/2003

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 372/2004

CORTE COSTITUZIONALE, Ordinanza 389/2004

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 33/2005

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 374/2007

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 226/2010

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 274/2010

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 325/2010.

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 199/2012

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 50/2013

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 29/2016

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza 251/2016

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, Sentenza 17 gennaio 1925

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE IV, Sentenza 4273/2000

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, Sentenza 26810/2007

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, Sentenza 15852/2009

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, Sentenza 529/2012

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE PENALI, Sentenza 151057/1981

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE PENALI, Sentenza 8342/1987

**CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza I-05889, Merci
convenzionali porto di Genova**

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza 244/1994

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza 107/1998

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza U-04109 TNT Traco/Poste

**CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza 491/2001 "British-
American Tobacco"**

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza 26/2003 Stadt Halle

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza 340/2004

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza 162/2006

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza 324/2007

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Decisione 30814/2006

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Ricorso 39128/2008

GRANDE CAMERA, Ricorso 30814/2006

BVerfGE 99, 246 - Kinderexistenzminimum I

BVerfGE, 67, 22, 180 – Jugendhilfe

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza V Sezione 4/8/1926*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza VI Sezione, 6/8/1926*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 1641/1996*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 500/1999*

CONSIGLIO DI STATO, *Parere 1354/2002*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 6395/2002*

CONSIGLIO DI STATO, *Parere 1440/2003*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 1617/2004*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 1762/2005*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 556/2006*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 5444/2007*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 6191/2007*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 4080/2008*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 5082/2009*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 5097/2009*

CONSIGLIO DI STATO, *Sentenza 8970/2009*

CONSIGLIO DI STATO, Adunanza Plenaria Sentenza 156/2011

CONSIGLIO DI STATO, Sentenza 387/2013

CONSIGLIO DI STATO, Sentenza 762/2013

CONSIGLIO DI STATO, Sentenza 2056/2013

CONSIGLIO DI STATO, Sentenza 4981/2014

CONSIGLIO DI STATO, Sentenza 5249/2015

CORTE DEI CONTI, SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'EMILIA ROMAGNA, Parere 27/2016

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO CAMPANIA, Sentenza 3109/2006

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO CAMPANIA, Sentenza 19507/2008

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LAZIO, Sentenza 5993/2006

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LAZIO, Sentenza 1890/2006

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LAZIO, Sentenza 5912/2008

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LAZIO, Sentenza 3623/2013

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LAZIO, Sentenza 7369/2013

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LAZIO, Sentenza 4144/2014

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LAZIO, Sentenza 8102/2014

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LIGURIA, Sentenza 267/2004

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LIGURIA, Sentenza 429/2006

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LIGURIA, Sentenza 718 del 2012

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO LOMBARDIA, Sentenza 94/2002

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PIEMONTE, Sentenza 1043/2005

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PIEMONTE, Sentenza 2323/2006

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PIEMONTE, Sentenza 1604/2006

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PIEMONTE, Sentenza 983/2012

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PUGLIA, Sentenza 1860/20101

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PUGLIA, Sentenza 1880/2013

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO SARDEGNA, Sentenza 2407/2007

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO VENETO, Sentenza 1110/2005

SITOGRAFIA

Costituzione Portoghese- Costituzione Spagnola, www.federalismi.it

Manifesto di Ventotene, <http://novara.anpi.it>

Costituzione Americana, <http://www.consiglioveneto.it>

Legge Fondamentale Tedesca, <http://www.art3.it>

Ordine del giorno Dossetti, <http://legislature.camera.it>

Costituzione della Repubblica di Weimar, <http://www.dircost.unito.it>

Materiale Informativo sull'attività bancaria, www.bankpedia.org

Lavori Preparatori Titolo V, <http://leg13.camera.it/>

Rapporto Istat 2015, <http://www.istat.it/it/files/2015/12/06>

Materiale Informativo Sulla Cassa di Risparmio di Venezia,
<http://www.fondazionedi venezia.org/it/>

Materiale Informativo sulle Fondazioni Nord-Americane,
<https://www.foundationsource.com>
<https://www.thebalance.com>

Materiale informativo sulle Fondazioni, <http://asbl.unioncamere.net>

Fondazione Livorno, <http://www.fondazione livorno.it/>

Dati Istat Scuole private-pubbliche <http://dati.istat.it>

Concetto società civile, <http://www.italianieuropei.it>

La nascita delle Camere di Commercio, tratto da <http://www.unioncamere.gov.it/>

La riforma delle Camere di commercio: il d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 23, tratto da
<http://www.cr.piemonte.it>

Riforma delle Camere di Commercio, <http://www.funzionepubblica.gov.it>

Statuto Camera di Commercio di Livorno, <http://www.li.camcom.gov.it/>

Definizione di Stakeholder, <http://xoomer.virgilio.it/>

