



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE

DOTTORATO DI RICERCA IN

*Diritto ed economia dei sistemi produttivi, dei trasporti,  
della logistica e del Welfare*

*Sussidiarietà orizzontale ed esercizio di compiti di rilevanza  
costituzionale, anche con riferimento ad alcuni profili concernenti  
poteri e funzioni svolti in porti, aeroporti e durante la navigazione*

Relatore: Chiar.mo prof. Ludovico Mazzarolli

Dottoranda: dott.ssa Petra Uliana

Anno accademico 2012/2013



## INDICE

INDICE .....	Pag.	003
Cap. 1. ....	«	005
1.1. <i>Il principio di sussidiarietà orizzontale: fondamento e nozione</i> ....	«	005
1.2. <i>I settori nei quali la presenza pubblica è imposta dalla Costituzione: ricognizione degli articoli interessati</i> .....	«	013
1.3. <i>Le ragioni dell'attribuzione di compiti alla mano pubblica...</i> .....	«	016
1.4. <i>...e la restituzione di compiti di interesse generale ai privati</i> .....	«	018
Cap. 2. ....	«	027
2.1. <i>Settori in mano pubblica per necessità politica. Devoluzione ai privati di attività di rilevanza costituzionale che non implicano l'esercizio di funzioni sovrane</i> .....	«	027
2.2. <i>Esemplificazioni con riferimento ai compiti di welfare state: onlus e impresa sociale</i> .....	«	043
2.3. <i>Esemplificazioni con riferimento al settore economico. I servizi pubblici di rilevanza generale: apertura ai privati e mantenimento in capo allo Stato di funzioni di regolazione e controllo</i> .....	«	060
Cap. 3. ....	«	072
3.1. <i>Sussidiarietà orizzontale nell'esercizio delle funzioni sovrane: alcune annotazioni di carattere preliminare</i> .....	«	073
3.2. <i>Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'esercizio della funzione legislativa</i> .....	«	081
3.3. <i>Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'esercizio della funzione giudiziaria</i> .....	«	093
3.4. <i>Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'esercizio della funzione esecutiva</i> .....	«	101

Cap. 4. ....	Pag.	125
4.1. <i>Il principio di sussidiarietà orizzontale nel settore dei trasporti: premissa</i> .....	«	125
4.2. <i>Profili applicativi del principio di sussidiarietà orizzontale nel lo svolgimento di attività economiche in ambito terrestre, por- tuale e aeroportuale</i> .....	«	126
4.3. <i>Il principio di sussidiarietà orizzontale nello svolgimento di at- tività di interesse generale che implicano l'esercizio di fun- zioni sovrane in ambito terrestre, portuale e aeroportuale</i> .....	«	139
4.4. <i>La convergenza di interessi pubblici e privati: la sussidiarietà o- rizzontale e i compiti di sicurezza</i> .....	«	143
BIBLIOGRAFIA .....	Pag.	153

## CAPITOLO 1

### *1.1. Il principio di sussidiarietà orizzontale: fondamento e nozione.*

La sussidiarietà è un principio regolatore che forgia i rapporti giuridici tra soggetti di diversa matrice sociale: “rappresenta la ragion d’essere e la funzione del diritto rispetto alla società”<sup>1</sup>.

Il concetto di “sussidiarietà” ha assunto un significato a livello tecnico-giuridico solo con la codificazione del principio nel Trattato di Maastricht del 1992.

In precedenza, le riflessioni si mantenevano su un piano politico-filosofico ed erano finalizzate a cogliere le ragioni della presenza dello Stato e all’analisi dei rapporti tra potere costituito e cittadini.

A ben vedere, il principio di sussidiarietà come recepito in attuazione dell’ordinamento europeo e il principio filosofico di sussidiarietà attengono a due dimensioni distinte, sia pure connesse: la sussidiarietà c.d. «verticale» e quella definita «orizzontale».

Entrambe le accezioni del principio corrispondono alla comune esigenza di realizzare l’ideale di istituzioni pubbliche quanto più possibile vicine, se non contigue ai cittadini<sup>2</sup>.

Gli autori classici focalizzavano l’attenzione nel vagliare le ragioni della presenza dello Stato nella società c.d. “civile”.

Ma una tale analisi ha chiaramente carattere pre-giuridico, risentendo di pregiudiziali economiche e filosofiche.

L’ente politico viene dopo gli individui ed è da questi ultimi voluto e creato per soddisfare bisogni che essi non potrebbero realizzare autonomamente. In altre parole, lo Stato si legittima sulla necessaria presenza pubblica di sussidio alla realizzazione individuale dei singoli consociati.

L’idea di fondo racchiusa nel principio di sussidiarietà è riassumibile nelle seguenti formule: “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 a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può ottenere”; diversamente

---

<sup>1</sup> Così BERTI, *Problemi attuali della “sussidiarietà”*, in *Incontri di studio* n. 6, Milano, 2005, 32.

<sup>2</sup> Sottolinea PASTORI, *Problemi attuali della “sussidiarietà”*, in *Incontri di studio* n. 6, Milano, 2005, 44, che la sussidiarietà verticale concorre a promuovere e attuare la sussidiarietà orizzontale.

“si (*produrrebbe*) un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società”, in quanto “oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva (*subsidium afferre*) le assemblee del corpo sociale, non già (*di*) distruggerle o assorbirle”<sup>3</sup>.

Tradotta in termini giuridici, la sussidiarietà è un principio che, “se ritenuto applicabile, dà la preferenza ai privati, salvo che si dimostri che nessun privato è disponibile o riesce a raggiungere risultati ritenuti ottimali o comunque migliori di quelli raggiunti o raggiungibili dai poteri pubblici”<sup>4</sup>.

L'autonomia dei singoli e delle formazioni sociali sono dirette verso il “bene comune”, con la garanzia di usufruire dell'apporto dello Stato solo laddove sia strettamente necessario: l'azione dei pubblici poteri nel sociale dovrebbe quindi essere necessariamente “suppletiva, nel senso di orientare, stimolare, coordinare, supplire ed integrare quella dei privati”<sup>5</sup>.

Invece, i rapporti tra pubblico e privato sono stati tradizionalmente concepiti come antitetici.

I teorici, condizionati dall'idea di uno stato di natura inteso in termini di assoluta anarchia, in cui l'uomo è libero anche in quanto non rispetta regole, hanno concepito lo Stato come ente superiore fonte di ogni ordine e regolarità, cui affidare il superamento della conflittualità insanabile inevitabilmente insorgente da quell'anarchia, tramite l'uso dell'autorità.

Ipotizzando lo stato di natura come «pericoloso» per la sopravvivenza di tutti, si è giunti a poter legittimare il potere costituito, determinando però, al tempo stesso, una sorta di cortocircuito rispetto alle premesse: lo Stato ha cominciato ad assorbire e ad occuparsi di ciò che era per natura e definizione *privato*, ma al contempo si è pure sviluppata una mentalità in virtù della quale il cittadino avanza pretese anche rispetto alla realizzazione di bisogni che sarebbe in grado di realizzare da sé<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> In questi termini viene illustrato il concetto di sussidiarietà nell'Enciclica pontificia redatta da Pio XI nel 1931 per il quarantesimo anniversario della *Rerum Novarum*.

<sup>4</sup> RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 19.

<sup>5</sup> La corretta applicazione del principio dovrebbe quindi “*creare le condizioni necessarie affinché i consociati possano adeguatamente ed appropriatamente svolgere il compito che la vita stessa ha assegnato loro (...): contribuire con la propria opera al disegno comune di perseguire il benessere generale, cercando le soluzioni più appropriate alle maggiori problematiche della vita, in ciò stimolati dal senso di appartenenza alla comunità*”: così MELICA, *Sussidiarietà*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2006, 5837.

<sup>6</sup> Si tratta di riflessioni di GENTILE, *Oltre l'antitesi tra pubblico e privato: la via della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà, spunti e riflessioni*, Centro Culturale *Il Villaggio*, Udine, 2000, 19 ss.

Invece, il principio di sussidiarietà è strumentale al riconoscimento del valore originale della persona, ridimensionando le tendenze centralistiche del potere e rovesciando il rapporto Stato-cittadino concepito con l'instaurazione degli stati nazionali<sup>7</sup>.

Lo Stato dovrebbe intervenire solo in ultima istanza, unicamente laddove i cittadini e le formazioni sociali non sono in grado di realizzare interessi meritevoli di tutela, ovvero di pervenire al soddisfacimento di bisogni "necessari".

Nel linguaggio comune è definito "necessario" ciò di cui non si può fare a meno.

Ciascun consociato, in ragione della sua personale sensibilità, reputa indispensabile la soddisfazione di un certo bisogno che, viceversa, ad un altro può financo apparire come un capriccio<sup>8</sup>.

Tale valutazione è rimessa ai singoli. P. es., il cittadino è titolare del diritto alla libera iniziativa economica e pertanto spetta a lui e solo a lui il potere di individuare e perseguire i propri bisogni nel mercato in base agli interessi che egli stesso ritiene rilevanti (e fatto salvo, ovviamente, il limite del *neminem laedere*).

La questione va impostata diversamente quando ad agire è lo Stato.

Ciò che legittima l'intervento pubblico è solo il soddisfacimento e la realizzazione di determinati risultati<sup>9</sup>.

L'azione pubblica viene allora giustificata dal riconoscimento di un interesse generale (dato dalla *summa* degli interessi particolari dei cittadini e dell'interesse pubblico di cui è

---

<sup>7</sup> VITTADINI, *Prefazione a Sussidiarietà, spunti e riflessioni*, Centro Culturale *Il Villaggio*, Udine, 2000, 7.

<sup>8</sup> La differenza visuale dipende dal relativismo dei valori, o dall'incapacità di valutare con sufficiente razionalità una situazione data.

Ma non si tratta di una novità, sol bastando ricordare in proposito ciò che scriveva PLATONE (*Protagora*, 357 a-b) nel dialogo dedicato al tema della virtù come possibile oggetto di insegnamento: "ancora una volta agiamo male perché ci manca una forma di conoscenza, la conoscenza della misurazione e della valutazione comparativa di piaceri e dolori: bene; ma dal momento che ci è parso che la salvezza della nostra vita consistesse nella scelta corretta del piacere e del dolore, ponderando il più e il meno, il maggiore e il minore, il più lontano e il più vicino, non risulta chiaro che essa, in quanto è un'indagine sull'eccesso, sul difetto e sull'uguaglianza reciproca, non può non essere in primo luogo una specie di misurazione? Necessariamente. E se è una misurazione è necessariamente una tecnica e una scienza".

<sup>9</sup> È opportuno citare la concezione del potere che emerge dalla riflessione tomista. Secondo TOMMASO D'AQUINO (*Summa contra Gentiles*, III, c. 71), il potere serve dei fini che non definisce ma che riconosce. Il pensiero del filosofo, secondo il quale l'uomo è artefice del "bene comune", ma in un contesto comunitario, solidaristico e non conflittuale, ha probabilmente ispirato la dottrina sociale della Chiesa che, non a caso, ha definito per la prima volta il concetto di sussidiarietà (così in MELICA, *Sussidiarietà* cit., 5836). I rapporti tra bene comune e sussidiarietà, ora messi in luce, verranno analizzati nel prosieguo della presente trattazione.

portatore l'ente) e dall'impossibilità che questo possa trovare una compiuta soddisfazione a causa dei fallimenti del mercato<sup>10</sup>.

In presenza di questi due presupposti, l'azione dello Stato è necessaria e correlativamente si impone la necessità di un'organizzazione amministrativa strumentale al perseguimento dei compiti. In altre parole, se non c'è il previo apparato non può esserci azione amministrativa, in quanto l'organizzazione è essenziale per assegnare le risorse al soggetto pubblico, a metterle in grado di essere impiegate e di esserlo in modo efficiente. Solo quando questo meccanismo diviene operativo, lo Stato è in grado di assolvere i compiti attribuiti. Quindi, il fondamento dell'esistenza dello Stato è l'assegnazione dei compiti al soggetto pubblico in vista della realizzazione dei bisogni primari dei cittadini.

Come anticipato, il principio di sussidiarietà è stato regolato nella sola dimensione verticale dal Trattato di Maastricht.

L'art 3 B di questo (nella sua versione originaria), nel ripartire le competenze tra Unione e Stati membri, stabilisce - com'è noto - che *“la Comunità interviene secondo il principio di 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 della dimensione e degli effetti e dell'azione in questione, essere realizzati a livello comunitario”*<sup>11</sup>.

Tuttavia, alla luce delle procedure di attuazione del principio da parte della Commissione europea, si rilevano importanti ripercussioni negli ordinamenti statali sul versante della sussidiarietà orizzontale.

La Commissione, infatti, ha intrapreso un'opera di delegificazione dei regolamenti (il riferimento è, ovviamente, a quelli dell'U.E.) nell'ottica di liberalizzare le attività private, invitando le autorità statali a seguire lo stesso *trend*, verificando, materia per materia, se sia effettivamente opportuno il mantenimento delle normative in atto ed auspicando la

---

<sup>10</sup> La nozione di “fallimenti del mercato” è di matrice economica e verrà analizzata nel prosieguo.

<sup>11</sup> Il Trattato di Amsterdam ha successivamente introdotto tre criteri ai quali subordina la legittimità dell'intervento dell'Unione Europea in applicazione del principio di sussidiarietà verticale.

Prima di dettare la regolamentazione della materia, l'Unione deve dimostrare la mancanza di mezzi adeguati negli Stati membri per raggiungere gli obiettivi (c.d. *test* dell'efficacia comparativa). Poi, bisogna verificare che la dimensione dell'interesse richieda un intervento comunitario e dimostrare che l'azione comunitaria risulti essere più efficace rispetto a quella degli Stati, motivando, sulla base di criteri obiettivi, il minor costo dell'azione. Il terzo parametro è, infine, quello della proporzionalità, in base alla quale l'intervento programmato non deve apparire sproporzionato, quanto ai mezzi impiegati, rispetto agli obiettivi da raggiungere.

devoluzione ai privati di quante più attività possibile, nonché la riduzione dei controlli e delle autorizzazioni preventive<sup>12</sup>.

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà è stata realizzata con la legge costituzionale n. 3 del 2001 di Riforma del Titolo V, Parte II<sup>^</sup>, della Costituzione.

L'art. 118, comma 1, Cost. assegna le funzioni amministrative ai Comuni, *“salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”*.

L'art. 118, comma 4, Cost. stabilisce il principio di sussidiarietà orizzontale come criterio di distribuzione di compiti tra Stato e privati: *“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”*.

Il precetto costituzionale indica un percorso di autonomia che comporta una rivisitazione del rapporto Stato-società-mercato, o meglio, dei rapporti tra pubblici poteri e comunità “potenziando il ruolo di quel «privato sociale» che già l'art. 2 della Costituzione (in diretta connessione con l'art. 18 Cost.) giustificava”<sup>13</sup>.

Infatti, parte della dottrina coeva all'emanazione della Carta costituzionale del 1948 già sosteneva che gli artt. 2 e 3 della Costituzione implicassero il principio di sussidiarietà orizzontale<sup>14</sup>.

In particolare, muovendo dalla terminologia del legislatore costituente, laddove si limita a “riconoscere” e non già ad “attribuire” i diritti fondamentali, essa valorizzava il ruolo delle formazioni sociali, smentendo il luogo comune per cui doveva e dovrebbe essere lo Stato ad assolvere, e in via pressoché esclusiva, ai compiti di bene comune<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Il risvolto “orizzontale” della dimensione comunitaria del principio di sussidiarietà è evidenziato da MELICA, *Sussidiarietà cit.*, 5837 ss.

<sup>13</sup> BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 1, Milano, 2008, 359.

<sup>14</sup> CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà in Enc. giur.*, Roma, 2000, 4, afferma che “lo stesso testo costituzionale, nella sua versione originaria già prevedeva, com'è ben noto, che i cittadini, anzi gli uomini, come singoli, ovvero nell'ambito delle formazioni sociali nelle quali si svolge la loro personalità, agissero in vista dell'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.); cioè, si può dire, non per scopi egoistici, o esclusivamente individualistici, ma appunto, nell'interesse anche degli altri, nell'interesse collettivo”.

Si esprime espressamente in termini di “principio costituzionale non scritto”, anche D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 1, 24. *Contra*, ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 51 ss. L'Autore, dopo aver ripercorso la posizione che ravvisava il fondamento della sussidiarietà nell'art. 2 Cost. (in ragione della valorizzazione della capacità dell'autonomia della persona, accanto a quella dei gruppi sociali), distingue nettamente la (per lui diversa) portata dell'art. 118 Cost. Il principio di sussidiarietà è altro rispetto al principio personalistico e pluralistico di cui all'art. 2 Cost.; diversamente argomentando, la citazione espressa della sussidiarietà nell'art. 118 Cost. non aggiungerebbe nulla al disposto costituzionale.

<sup>15</sup> Riporta le opinioni dell'epoca MELICA, *Sussidiarietà cit.*, 5840.

Secondo altri autori, invece, la novella normativa costituzionale non sarebbe in sintonia con il modo di intendere il rapporto tra pubblico e privato originariamente posto alla base della Costituzione del 1948: il principio dell'intervento pubblico in economia avrebbe un valore tale da rendere irreversibili le scelte degli organi di indirizzo politico-legislativo nel campo dell'economia<sup>16</sup>.

Tuttavia, l'interpretazione evolutiva della Costituzione, alla luce della sussidiarietà orizzontale quale principio informatore sopravvenuto, consente di conciliare i due diversi modi di intendere le relazioni tra Stato e cittadini<sup>17</sup>.

“Conciliare”, sì, ma senza pretendere di negare che, nell'antitesi tra pubblico e privato, permane la superiorità del primo.

Affermare che la Repubblica, nelle sue articolazioni territoriali, “favorisce” l'iniziativa dei cittadini implica l'idea che lo Stato possa intervenire sempre e continui a essere il detentore unico delle iniziative promozionali, concedendo al privato la possibilità di realizzare qualche sua iniziativa<sup>18</sup>.

Si è ancora lontani dalla concezione dello Stato come soggetto che agisce solo laddove l'iniziativa del privato non sia efficiente o efficace e da un'idea pedagogica della sussidiarietà che spinge ciascuno a fare qualcosa per il mondo<sup>19</sup>.

La dottrina costituzionalista offre due letture dell'art. 118, comma 4, Cost.

---

<sup>16</sup> LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 544.

<sup>17</sup> DE MARCO, *Problemi attuali della “sussidiarietà”*, in *Incontri di studio* n. 6, Milano, 2005, 13 ss.

<sup>18</sup> RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà* cit., 30-31, si sofferma ad analizzare il significato della parola “favoriscono”.

*“In una prima interpretazione «favoriscono» vuol dire «preferiscono» e cioè, come detto, «debbono preferire»: stabilito che una determinata attività è di interesse generale, se essa viene già svolta dai cittadini, singoli e associati, i soggetti pubblici rappresentativi non possono sostituirsi ad essi, né in tutto né in parte, a meno che «dimostrino» che l'attività dei privati non è sufficiente e adeguata per qualità, e/o per quantità, e/o per estensione, e/o per altro motivo ammesso, nel qual caso i soggetti pubblici possono sostituirsi o aggiungersi ai privati fino a che si raggiunga il risultato ottimale. Resta fermo però, con questa interpretazione, che il confronto vale se e nella misura in cui i privati svolgono tale attività con le sole proprie forze; se essi per le loro attività ricevono un sussidio dai poteri pubblici, allora per definizione non sono in grado, cessa dunque la preferenza nei loro confronti, i pubblici poteri decidono come meglio ritengono (al più resta la preferenza a favore dei privati per quella parte di attività che essi possono svolgere senza ricevere alcun aiuto dai poteri pubblici). In una seconda interpretazione, «favoriscono» significa «aiutano» («debbono aiutare»): se i cittadini privati si dicono disponibili ad assumere o continuare una determinata attività giudicata di interesse generale, salvi i casi in cui la Costituzione dispone diversamente (...), i poteri pubblici non solo debbono dare ad essi la preferenza ma debbono dare ad essi quei contributi, anzitutto di denaro (o comunque utili), che consentono loro di iniziare o continuare tale attività”. L'Autore ritiene che questa seconda interpretazione sia irragionevole, in quanto conferirebbe ai privati il diritto di essere aiutati senza limiti; ma la pretesa irrazionalità dell'interpretazione potrebbe però essere superata riformulando il principio in questi termini: “i poteri pubblici debbono aiutare i cittadini a svolgere attività di interesse pubblico fino a che il costo che i poteri pubblici sopportano in termini di aiuto ai privati, a parità di risultati giudicati necessari, non eguagli il costo che essi dovrebbero sopportare svolgendo direttamente quella attività”.*

<sup>19</sup> Tematica illustrata da GENTILE, *Oltre l'antitesi tra pubblico e privato* cit., 22.

Secondo un primo orientamento, la consacrazione esplicita del principio avrebbe portata dirompente e fortemente innovativa.

A differenza delle disposizioni della Carta fondamentale che promuovono l'adozione di iniziative sociali e individuali per il perseguimento di finalità di carattere generale, la disposizione in esame di primo acchito sembra imprimere una direzione di sviluppo destinata a toccare direttamente il nucleo essenziale dei rapporti tra le istituzioni e la società.

Considerare le istituzioni pubbliche alla stregua di entità sussidiarie rispecchia una certa concezione dello Stato. *“Se lo Stato di diritto si prefigge l'obiettivo fondamentale di preservare i diritti basilari anche nei confronti dei pubblici poteri e se lo Stato sociale esige interventi pubblici al fine di attenuare il divario economico all'interno della collettività, lo Stato fondato sulla sussidiarietà sociale è un'organizzazione politica che assegna un ruolo primario reale alle dinamiche sociali, lasciando sullo sfondo i pubblici poteri. In questo senso, si potrebbe parlare di Stato comunitario”*<sup>20</sup>.

Questa concezione del rapporto tra pubblico e società sarebbe avvalorata non solo dall'esplicitazione del principio di sussidiarietà nell'art. 118 Cost., ma affiorerebbe anche da una lettura complessiva del sistema costituzionale, in particolare enfatizzando la portata del principio personalistico a conferma della implicita presenza della sussidiarietà sociale, elevando la sussidiarietà orizzontale tra i principi supremi all'esito di una interpretazione assiologicamente orientata<sup>21</sup>.

I fautori della contrapposta lettura minimalista negano l'inclusione della sussidiarietà tra i principi supremi in ragione della collocazione sistematica del principio nel Titolo V della Parte II<sup>^</sup> della Costituzione e, più precisamente, nell'art. 118 Cost. dedicato all'allocatione delle funzioni amministrative.

La trasformazione dello Stato avrebbe dovuto, viceversa, fondarsi su una puntuale collocazione del principio nella Parte I.

---

<sup>20</sup> Illustra le tesi contrapposte CAMERLENGO, *Art. 118*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI, Torino, 2006, 2350.

<sup>21</sup> Più precisamente, “oltre a prestarsi ad una lettura «in negativo» nel senso di precludere ingerenze nella sfera inviolabile del singolo, la primazia dell'individuo rispetto alle pubbliche istituzioni può anche sorreggere l'obbligo per le stesse di adoperarsi attivamente affinché sia effettivamente garantito il libero svolgimento della personalità umana”: CAMERLENGO, *Art. 118* cit., 2351, riportando il pensiero di Onida.

Inoltre, il principio personalistico di cui all'art. 2 Cost., evocato a conferma della presenza implicita della sussidiarietà sociale nel sistema costituzionale, non sarebbe suscettibile di interpretazioni univoche quanto al rapporto tra pubblico e privato<sup>22</sup>.

A prescindere dall'opzione in favore dell'una o dell'altra interpretazione della norma, in ragione della sua natura programmatica essa potrebbe fungere da parametro di costituzionalità solo per censurare determinazioni legislative palesemente irragionevoli e irrazionali.

L'art. 118 Cost., infatti, si limita a indicare la via da seguire, lasciando agli enti la discrezionalità quanto all'identificazione delle modalità più idonee.

Pertanto, anche qualora si assegnasse al principio carattere supremo, la sua effettività sarebbe compromessa in ragione di limiti intrinseci relativi alla sua giustiziabilità, a partire innanzitutto dai giudizi celebrati davanti alla Corte costituzionale<sup>23</sup>.

Il Consiglio di Stato, chiamato in sede consultiva a esprimere un parere, ha affermato che la formulazione con la quale l'art. 118 Cost. stabilisce che gli enti territoriali "favoriscono" l'autonoma iniziativa dei privati deve tradursi in un vero e proprio "*«dovere» da parte degli stessi di proteggere e realizzare lo sviluppo della società civile partendo dal basso*" ovvero "*dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali*", dovendosi privilegiare l'iniziativa dei singoli quando sia in grado di realizzare attività di utilità generale rientranti nei "settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi"<sup>24</sup>.

Ciò doverosamente premesso, non è però ancora chiara in dottrina e giurisprudenza la reale portata applicativa di questo preteso «dovere», né che cosa si intenda per attività di "interesse generale", né se i compiti attribuiti dalla Costituzione allo Stato vadano intesi come ad esso riservati in via esclusiva.

Inoltre, non manca chi coniuga la «sussidiarietà» con il «buon andamento» di cui all'art. 97 Cost., inteso in senso economico<sup>25</sup>.

In quest'ottica, l'intervento dei pubblici poteri andrebbe valutato non solo in termini formali di legittimità, ma anche sotto il profilo del raggiungimento dei risultati materiali<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> La tesi è descritta da CAMERLENGO, *Art. 118 cit.*, 2351.

<sup>23</sup> La natura programmatica della norma e le connesse problematiche attinenti alla giustiziabilità del principio sono sostenute da Rescigno. Mentre la forza immediatamente precettiva è affermata da Cerulli Irelli. I termini del dibattito sono compendati da CAMERLENGO, *Art. 118 cit.*, 2354.

<sup>24</sup> Cons. St., parere n. 1354/2002.

<sup>25</sup> Per un'esauritiva trattazione dell'evoluzione del principio del buon andamento si rinvia a BELLOMO, *Manuale cit.*, vol. 1, 291 ss.

1.2. *I settori nei quali la presenza pubblica è imposta dalla Costituzione: ricognizione degli articoli interessati.*

Passando all'analisi del dato normativo, la Costituzione annovera i compiti spettanti allo Stato. Più precisamente, appartenenti alla Repubblica, globalmente considerata, a prescindere alle sue articolazioni territoriali.

Taluni compiti si rinvengono, *in primis*, tra i «Principi fondamentali», in quanto tali costitutivi della forma di Stato italiana (Repubblica democratica).

Art. 2 Cost.: *“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”*.

Art. 3, comma 2, Cost.: *“È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza 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”*.

Art. 4, comma 1, Cost.: *“La Repubblica riconosce e garantisce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto”*.

Art. 9 Cost.: *“La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica”*.

L'intervento dello Stato nell'ambito dei «diritti civili» è volto a limitarne l'esercizio nel bilanciamento con altri interessi essenziali.

Art. 17 Cost.: *“I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi. Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso all'autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica”*.

Art. 18 Cost.: *“Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. La legge può stabilire con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume”*.

---

<sup>26</sup> MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà* cit., 137, riporta la concezione di sussidiarietà di Cerulli Irelli.

La presenza dello Stato nel campo dei «diritti sociali» è, per così dire, di carattere *promozionale*: la Repubblica assume l'impegno di attuare misure positive di sostegno e aiuto.

Art. 31 Cost.: *“La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”*.

Art. 32 Cost.: *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”*.

Art. 33 Cost.: *“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”*.

Art. 35 Cost.: *“La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro”*.

Altre disposizioni regolano l'intervento dello Stato in campo economico.

Art. 41, comma 3, Cost.: *“La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*.

Art. 42 Cost.: *“La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”*.

Ma la Costituzione non si limita a fissare quali sono i settori dell'intervento pubblico e stabilisce anche qual è il livello di governo deputato ad assolverli tramite strumenti normativi ed esecutivi.

Così, l'art. 117 Cost., commi 2, 3 e 4 detta il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, e, nel comma 6, attribuisce la potestà regolamentare allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, alle Regioni nelle altre materie, assegnando a Comuni, Province e Città metropolitane poteri regolamentari per disciplinare l'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Il riparto di competenze legislative fissato dall'art. 117 Cost. è di ausilio per l'interprete che voglia individuare esaustivamente i compiti della Repubblica e altresì distinguere i settori di «necessità economica» da quelli di «necessità politica».

Ad una attenta analisi emerge infatti che le materie di legislazione esclusiva dello Stato attengono a beni o servizi inerenti alla conservazione dello Stato o insuscettibili di suddivisione, mentre le materie attribuite alla potestà concorrente concernono il *welfare*<sup>27</sup>.

L'*an* e il *quomodo* della presenza del soggetto pubblico e del relativo apparato va oggi visto nell'ottica della sussidiarietà orizzontale.

Stabilisce l'art. 118, comma 4, Cost. che “*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*”.

---

<sup>27</sup> Art. 117, commi 2, 3, 4, Cost.: “*Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:*  
a) *politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;*  
b) *immigrazione;*  
c) *rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;*  
d) *difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;*  
e) *moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie;*  
f) *organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo;*  
g) *ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali;*  
h) *ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;*  
i) *cittadinanza, stato civile e anagrafi;*  
l) *giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;*  
m) *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;*  
n) *norme generali sull'istruzione;*  
o) *previdenza sociale;*  
p) *legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;*  
q) *dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;*  
r) *pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;*  
s) *tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.*

*Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.*

*Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”.*

### 1.3. Le ragioni dell'attribuzione di compiti alla mano pubblica ...

La sfera pubblica è stata storicamente individuata e costituita in contrapposizione alla sfera privata, nella dialettica tra autorità e libertà che ha contraddistinto la concezione dello Stato fino al liberalismo inteso in senso classico.

Gli interessi che giustificavano la presenza dello Stato erano esclusivamente quelli attinenti alla sua conservazione: la difesa esterna (la protezione della propria sovranità), la difesa interna (ordine pubblico e sicurezza pubblica), la giustizia (effettività della protezione), politica monetaria, rapporti internazionali e opere pubbliche<sup>28</sup>.

Questi settori sono indisponibili o perché non ci sono privati dotati di un'organizzazione in grado di svolgere tali compiti, o perché si tratta di servizi non erogabili solo a favore di chi li acquista escludendo gli altri dal loro godimento, poiché attengono a "beni pubblici intrinsecamente non frazionabili".

L'intervento dello Stato è pure giustificato da ragioni di "necessità economica" data l'incapacità del mercato di soddisfare l'interesse.

Trattasi di settori definiti "ontologicamente pubblici", rispetto ai quali non è configurabile una devoluzione al mercato e una sostituzione integrale dei privati allo Stato.

Solo successivamente, con la costituzionalizzazione dello Stato sociale, la p.a. - intesa in senso lato - assume compiti promozionali.

All'obiettivo della conservazione dello Stato si accompagnano fini di benessere propri del *welfare state*<sup>29</sup>, giustificati da obiettivi macroeconomici e di solidarietà sociale: redistribuzione, stabilizzazione del reddito e sviluppo.

I settori di intervento sono denominati "settori di necessità politica" poiché astrattamente erano (e sono) assoggettabili alle logiche del mercato, anche se, rispetto ad essi, lo Stato interviene per l'opzione politica di scongiurare il rischio che il mercato non soddisfi un certo livello qualitativo e quantitativo delle prestazioni.

---

<sup>28</sup> Diffusamente sul punto BELLOMO, *Manuale cit.*, vol. 1, 260 ss.

<sup>29</sup> Nell'Opera di BORZAGA - FIORENTINI - MATA CENA (curr.), *Introduzione*, in *Non-profit e sistemi di welfare. Il contributo dell'analisi economica*, Roma, 1996, 17, viene messo in luce che "lo stesso concetto di *welfare* non è univoco: a una definizione ampia, che comprende gran parte de beni meritori a produzione anche solo parzialmente pubblica, si oppone una definizione restrittiva che comprende solo la sicurezza sociale e la sanità".

Al riguardo, si precisa sin da subito che si adotta una concezione ampia di *welfare*.

Lo Stato decide, quindi, di garantire taluni diritti a tutti, compreso chi, per motivi di censo, non è in grado di acquisire autonomamente il relativo servizio. A tale fine lo Stato predispone appositi apparati amministrativi cui attribuisce il compito di erogare le prestazioni necessarie a prezzo calmierato, quando non gratuitamente.

In proposito, una corrente del liberalismo ha considerato essenziale la presenza dello Stato nel mercato “laddove la dimensione dei problemi e l’esigenza di perequazione sociale divengano eccessivi ed i singoli e le formazioni sociali non siano in grado di porvi rimedio”<sup>30</sup>.

Si pensi, a mo’ di esempio e per tutti, alla sanità pubblica in quanto volta alla realizzazione del diritto alla salute.

Le risorse vengono reperite tramite una fiscalità progressiva che determina lo spostamento della ricchezza dai ceti abbienti a quelli meno abbienti, attuando così l’obiettivo della redistribuzione del reddito. Inoltre, si persegue la finalità dello sviluppo: incrementando l’efficienza di uno dei fattori della produzione (il lavoro) si aumenta la capacità di produrre reddito (PIL).

Nei settori di *welfare* sono stati individuati dalla dottrina economica i tre principali fattori di inefficienza che danno luogo ai fenomeni di *market failure*<sup>31</sup>.

Il fattore cui si fa più spesso riferimento nel campo dei servizi alla persona è quello dell’asimmetria informativa, fenomeno per il quale il consumatore del servizio si trova a disporre di informazioni di quantità imparagonabilmente inferiore a quelle di cui dispone il fornitore.

Il secondo fattore è la presenza di monopoli o oligopoli originati dagli elevati costi per entrare nel mercato: la necessità di investire forti risorse in campi circoscritti e di affrontare costi irreversibili determina strozzature e chiusure all’ingresso del mercato.

Il terzo fattore di inefficienza dei mercati di *welfare* è dato dalla produzione di esternalità negative<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> A giudizio di questo orientamento, riportato da MELICA, *Sussidiarietà* cit., 5837, “il principio di sussidiarietà rappresenterebbe un vero e proprio fattore di equilibrio degli eccessi della dottrina liberale, nel senso di poter utilmente invocare il concetto di «Stato minimo» alla base della sussidiarietà, per respingere le accuse di accentuato liberismo e di mercato selvaggio spesso mosse ai fautori del liberalismo”.

<sup>31</sup> DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002, 257.

<sup>32</sup> Sul punto DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, 257-258.

Nello studio di BORZAGA - FIORENTINI - MATA-CENA (curr.), *Introduzione*, cit., 18, sono state individuate le seguenti cause della crisi dei sistemi di *welfare*: “la progressiva insostenibilità economica, l’inefficienza, l’incapacità di trattare incentivi individuali, l’insufficiente individuazione dell’offerta, le conseguenti limitazioni delle possibilità di scelta dei consumatori e, infine, le distorsioni nella redistribuzione del reddito e delle opportunità”. Inoltre, “questi limiti sono in parte collegati tra loro e si rinforzano a vicenda: se l’inefficienza è una delle cause dell’insostenibilità, quest’ultima è a sua volta

#### 1.4. ... e la restituzione di compiti di interesse generale ai privati.

Negli ultimi anni si è avuta un'inversione di tendenza con la soppressione dell'intervento pubblico o lo spostamento di compiti con correlativa soppressione di enti o accorpamenti.

L'emersione di gravi inefficienze gestionali e amministrative ha portato gli Stati occidentali a raggiungere dimensioni di spesa pubblica tali da creare grosse e non più sostenibili difficoltà di bilancio<sup>33</sup>.

Si è iniziato quindi a progettare e ad attuare politiche di privatizzazione dei servizi di *welfare* nel rispetto del principio economico secondo cui appare meno necessario impiegare risorse pubbliche nei settori ove operano già, o sono in grado di operare, i privati mediante il ricorso a forme di autofinanziamento<sup>34</sup>.

La riduzione dell'intervento pubblico diretto (lo Stato mantiene la sola funzione di controllo e regolazione) ha consentito un ridimensionamento dell'apparato

---

*aggravata dalla delegittimazione del sistema di welfare dovuta soprattutto alle carenze qualitative dell'offerta*". A p. 28 ss. gli Autori individuano, tra i principali problemi di allocazioni di mercato, le asimmetrie informative, la non completa appropriabilità delle risorse e le esternalità. Col termine di "asimmetrie informative" si indicano situazioni in cui uno degli agenti coinvolti in una transazione hanno a disposizione informazioni meno precise di altri sulle caratteristiche dei beni e servizi oggetto della transazione stessa. Solitamente sono i consumatori ad avere le informazioni meno precise. Con la dicitura di "mercati con incompleta appropriabilità" si fa riferimento "sia al caso di beni pubblici propriamente detti (per cui si verifica una piena non rivalità nel consumo e una completa non escludibilità dei benefici), sia il caso delle esternalità (transazioni che generano effetti esterni a parti non coinvolte direttamente nella transazione stessa". L'esternalità negativa ha la conseguenza di riversare su di un terzo il costo della transazione. Per un'analisi economia dei fallimenti del mercato si rinvia anche a FIORENTINI, *Il contributo della teoria economica ai processi di privatizzazione nei servizi sociali*, in *Non-profit e sistemi di welfare. Il contributo dell'analisi economica*, a cura di BORZAGA - FIORENTINI - MATAACENA, Roma, 1996, 71 ss.

<sup>33</sup> Si rammenta che recentemente la l. cost. n. 1 del 2012 ha introdotto il principio del pareggio del bilancio in Costituzione. L'attuale art. 97, 1 comma, Cost. così stabilisce "*Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*".

<sup>34</sup> Per una lettura dei processi di privatizzazione dei servizi di *welfare* e delle loro conseguenze, anche alla luce delle funzioni attribuite dall'analisi economica all'intervento pubblico nell'economia, si rinvia a BORZAGA, *Perché e come privatizzare i sistemi di welfare*, in *Non-profit e sistemi di welfare. Il contributo dell'analisi economica*, cit., 47 ss. L'Autore mette in luce che ogni sistema di *welfare* svolge, con diversa intensità, almeno tre funzioni: redistributiva, assicurativa e produttiva, o di sostegno alla produzione. La funzione redistributiva si concretizza soprattutto in trasferimenti monetari e in erogazione di servizi a favore di cittadini con livelli di reddito inferiori ed è finalizzata a far fronte alle difficoltà del mercato a garantire efficienza ed equità: l'obiettivo dell'azione redistributiva è la riduzione delle disuguaglianze del reddito tramite il sostegno del livello dei consumi. La funzione assicurativa ricomprende le azioni pubbliche volte a garantire i cittadini contro alcuni rischi, come la possibilità di perdere il posto di lavoro, la malattia, la vecchiaia. La funzione produttiva ricomprende la produzione pubblica diretta e gli interventi di sostegno alla produzione privata di determinati beni e servizi.

amministrativo tramite la soppressione di enti o, più spesso, tramite processi di privatizzazione.

Nell'ambito dei servizi alla persona, quando enti e istituzioni appartenenti alla sfera pubblica vengono trasformati, essi prevalentemente assumono le forme privatistiche delle associazioni e fondazioni, di cui al Libro Primo del Codice Civile<sup>35</sup>.

Sul punto si è pure pronunciata la Corte costituzionale che, facendo applicazione del principio di sussidiarietà, nel ricostruire la natura delle fondazioni bancarie, le ha ricondotte a una “espressione organizzata di libertà sociale, anche in considerazione di quanto stabilito dall’art. 118, comma 4, Cost. in tema di sussidiarietà orizzontale”<sup>36</sup>. La dottrina ha enfatizzato la portata sistematica della sentenza, in quanto essa contribuisce a dare una più precisa configurazione al principio, “mostrando come la sussidiarietà orizzontale si concretizzi in enti senza fini di lucro, con compiti di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico”<sup>37</sup>.

Per quanto riguarda la veste giuridica pubblica o privata, è stato osservato che “la motivazione che spinge all’adozione delle forme privatistiche viene normalmente sviluppata in termini di efficienza, in quanto tali forme, rispettose del mercato, permettono un dialogo paritario nei rapporti commerciali e una regolamentazione unitaria - da parte delle Autorità del mercato stesso - per soggetti pubblici e privati”<sup>38</sup>.

La riforma Bassanini (l. 59/1997) fa della privatizzazione degli enti la regola, mettendo in luce i rapporti con la sussidiarietà orizzontale, in esito ad un processo di rivisitazione dei rapporti tra autorità e comunità.

---

<sup>35</sup> DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 264 elenca significativi fenomeni di privatizzazione di enti:

“a) nel campo dell’assistenza (le IPAB, dopo la sent. 396/1988 Corte cost. e gli enti associativi e di assistenza integrativa privatizzati in seguito al d.P.R. n. 616 del 1997);

b) nel campo della previdenza (con la trasformazione in associazioni o fondazioni delle Casse previdenziali delle categorie professionali e dei lavoratori autonomi - d. lgs. n 509 del 1994 - );

c) nel campo della cultura (con la trasformazione in “fondazioni musicali di diritto privato” degli enti lirici e degli enti musicali di prioritario interesse nazionale - d. lgs. n 367 del 1996, l. 59/1997 e ora d.l. 24.11.2000, n. 345);

d) nei campi della ricerca scientifica, dell’istruzione, dell’arte, della conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, della sanità e dell’assistenza alle categorie sociali deboli (con le fondazioni di origine bancaria, trasformate ai sensi della l. 23.12.1998, n. 461 e del d. lgs. 153/1999)”.

<sup>36</sup> Corte cost. n. 300/2003.

<sup>37</sup> PASTORI, *Problemi attuali della “sussidiarietà”* cit., 48.

<sup>38</sup> L’autore mette in luce che “sotto questo profilo è constatabile un sempre maggiore influsso sulle istituzioni del nostro paese della concezione anglosassone del mercato, del suo rapporto con il diritto e le valutazioni degli istituti di diritto privato secondo le metodologie del tipo *Law and Economics*” (DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 264).

L'art. 14 della l. 59/1997 stabilisce che nel riordinare gli enti pubblici nazionali occorrerà seguire il criterio della *“trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico, nonché di altri enti per il cui funzionamento non è necessaria la personalità di diritto pubblico”*.

L'art. 4, comma 3, della predetta legge sancisce che il conferimento di funzioni agli enti territoriali deve osservare *“il principio di sussidiarietà (...) attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte di famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati”*.

Una singolare modalità di coinvolgimento dei privati nello svolgimento dei compiti pubblici, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, è l'elaborazione di nozioni late di pubblica amministrazione, così da poter ammettere l'intervento del privato in materie tradizionalmente di appannaggio dello Stato.

L'individuazione dei soggetti e degli enti qualificabili come pp.aa. è un'operazione complessa: occorre individuare in presenza di quali elementi sussiste la soggettività di diritto pubblico e, viceversa, se la soggettività privata comporti necessariamente l'estraneità del soggetto all'organizzazione amministrativa.

La definizione di pubblica amministrazione è un problema ineludibile ogniqualvolta una norma faccia riferimento ad essa per definire il proprio ambito di applicazione. In molti casi le norme non dettano l'elenco dei soggetti pubblici, ma presuppongono qualificazioni non identificate dal legislatore<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Nell'individuare l'ambito applicativo all'interpretare si aprono due vie.

È possibile ritenere che il termine sia ricavato dal linguaggio comune e che la norma ne recepisca il significato sociale.

Oppure che, in aderenza al principio di determinatezza e riserva di legge, “pubblica amministrazione” sia da intendere come elemento normativo giuridico il cui significato tecnico va reperito in un altro enunciato normativo.

Tale ultima esegesi è senz'altro preferibile, poiché il principio di legalità bilaterale di cui all'art. 97 Cost. impone che soltanto l'ordinamento possa istituire enti pubblici. A conferma di ciò, si richiama l'art. 4 della l. 70/1975 a mente del quale *“Nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge”*, dal che deriva necessariamente che la nozione di soggetto di diritto pubblico è necessariamente di natura legale.

Tuttavia, in mancanza di una definizione generale, tale rinvio richiama un dato legislativo inesistente o non univoco. A ciò pone rimedio il giudice nazionale e quello europeo che, abbandonati i criteri formali, sempre più spesso ricorre a quelli sostanziali, sviluppando indici rivelatori della pubblicità, o a interpretazioni teleologicamente orientate alla *ratio* della specifica previsione normativa.

In particolare, la natura pubblicistica viene desunta dai seguenti parametri: a) un sistema di controlli pubblici statali o regionali; b) l'ingerenza di un pubblico potere nella nomina e nella revoca dei dirigenti e nell'amministrazione dell'ente; c) la partecipazione dello Stato o di altra p.a. alle spese di gestione; d) il potere di direttiva dello Stato; e) il finanziamento pubblico istituzionale, f) la costituzione ad iniziativa

A volte il legislatore detta definizioni settoriali analitiche, enumerando i soggetti rientrati nel novero dell'organizzazione. Spesso, però, il problema della scarsa determinatezza della nozione di p.a. è solo eluso e si ripercuote nella difficoltà di identificare i soggetti.

In altre parole, la questione interpretativa “si sposta dal *definiens* al *definiendum*”<sup>40</sup>.

Le ondivaghe definizioni di pubblica amministrazione dipendono dalla vaghezza dei suoi confini esterni verso la società civile.

L'incertezza dipende dai radicali mutamenti interni alla p.a. riconducibili al fenomeno della privatizzazione: l'organizzazione manageriale dell'attività (da ultimo con i decreti attuativi della l. 15/2009), l'utilizzo in via ordinaria delle norme di diritto privato (*ex art. 1, comma 1 bis*, della l. 241/90), il ricorso a moduli consensuali, la trasformazione degli enti in società, l'affidamento di compiti pubblici a privati e l'aumento del “partenariato” pubblico-privato.

Parallelamente, la legge impone ai privati l'osservanza di norme pubblicistiche: sull'evidenza pubblica (d. lgs. 163/2006), sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 22 e 23 della l. 241/90) e, in generale, dell'intera legge sul procedimento (art. 29 della l. 241/90), o dei suoi principi (art. 1, comma 1 *ter*, della l. 241/1990).

L'approccio sostanziale nell'individuazione dei soggetti e degli enti facenti parte dell'organizzazione amministrativa ha portato, da un lato, la giurisprudenza ad elaborare la teoria dell'*organo indiretto* per giustificare l'esercizio privato di funzioni<sup>41</sup> e, dall'altro,

---

pubblica; g) la presenza di poteri pubblici di vario genere (si pensi al potere disciplinare o a quello di certificazione). La ricorrenza di alcuni di questi indici rivela la natura pubblicistica dell'ente in ragione della sua collocazione in un regime di diritto pubblico; di essi l'interprete si può avvalere in via sussidiaria, ovvero se manca una qualifica pubblicistica legale (*in claris non fit interpretatio*).

Sicuramente si è al cospetto di una figura pubblicistica in presenza dei requisiti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di “*in house providing*”: la totale partecipazione pubblica al capitale sociale, il c.d. controllo analogo e lo svolgimento della parte più importante dell'attività con l'ente maggiore. Resta discusso se essa sia dotata di autonoma soggettività, oppure sia legata da un rapporto interorganico con l'ente.

<sup>40</sup> NAPOLITANO, *Pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4745-4746. L'art. 1, comma 2, del d. lgs. 165/2001, offre una definizione a vocazione generale cui si fa riferimento per individuare una nozione di p.a. valida universalmente. Vi sono poi numerose definizioni settoriali. L'art. 3, comma 25, della d. lgs. 163/2006 elenca le “amministrazioni aggiudicatrici” tenute a seguire le norme di evidenza pubblica, tra le quali compaiono però soggetti privati (ad esempio gli organismi di diritto pubblico) di cui è quantomeno dubbia la collocazione in seno all'organizzazione amministrativa propriamente intesa.

<sup>41</sup> Una teoria è un'elaborazione dogmatica ascrivibile a correnti dottrinarie e giurisprudenziali che illustra una certa visione di un fenomeno e ne offre una spiegazione.

L'organo è l'elemento base dell'organizzazione amministrativa e consiste, a seconda della tesi cui si aderisce, nel funzionario preposto, nell'ufficio con competenza esterna, nel centro di imputazione. Esso evoca il rapporto di immedesimazione organica (definibile come una relazione organizzativa interna non avente carattere intersoggettivo) tra il soggetto preposto e l'organo stesso, instaurato mediante l'atto

il legislatore a privilegiare una soluzione pragmatica, ovvero tenersi ai margini delle dispute ideologiche ed equiparare alla p.a. i privati titolari di funzioni. La figura dell'organo indiretto è stata superata: non è infatti più necessaria per argomentare l'ammissibilità dell'attribuzione di compiti di interesse generale e funzioni autoritative ai privati.

Lo svolgimento di attività amministrativa da parte dei privati è stato pienamente legittimato dall'art. 1, comma 1-ter, l. 241/1990, secondo il quale: “*I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1*”.

Alcune ipotesi di attribuzione ai privati di poteri autoritativi sono elencate nell'art. 133 del d. lgs. 104/2010 tra le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, compatibilmente con l'art. 103, comma 1, Cost., allorché vengano in

---

amministrativo di assegnazione e un incardinamento. In base a questo rapporto la persona fisica titolare emana atti imputabili direttamente e immediatamente all'ente di cui l'organo fa parte. Esso si distingue dal rapporto di servizio tramite il quale la persona fisica è inserita nell'organizzazione amministrativa.

Fissati questi postulati di base, parlare di *organo indiretto* appare *prima facie* un controsenso: un organo è tale, a livello definitorio, solo se, tramite l'inserimento nell'organizzazione, gli atti emanati dal titolare sono imputati *direttamente* all'ente e impegnano la sua responsabilità di fronte ai terzi. Qualora invece l'imputazione fosse indiretta, come nella rappresentanza, la nozione di organo non potrebbe operare o dovrebbe quantomeno formare oggetto di revisione dogmatica. Quest'ultima operazione non troverebbe ostacoli normativi particolari, posto che lo stesso rapporto organico ha matrice dottrina e giurisprudenziale.

Si è parlato di “*organi indiretti della pubblica amministrazione*” per descrivere la posizione del privato che esercita pubbliche funzioni.

L'aggettivo “indiretti” è inteso a mettere in evidenza il fatto che questi soggetti non sono organi nel senso di titolari di uffici pubblici e pertanto non agiscono in nome della pubblica amministrazione dalla quale sono state loro trasferite le funzioni pubbliche, né si servono di mezzi forniti dalla p.a. Il sostantivo “organi” mette in evidenza che anch'essi, come gli organi diretti, svolgono attività di natura amministrativa, esercitando pubbliche funzioni (così Cass., ss. uu., n. 1221/1990).

La Cassazione ha ritenuto per lungo tempo che i privati chiamati a svolgere compiti pubblici in forza di contratti o di atti amministrativi fossero da considerare organi della p.a., in modo da giustificare l'esercizio di attività amministrativa da parte di soggetti terzi, in particolare l'adozione di atti amministrativi da parte dei concessionari di servizi pubblici e opere impugnabili davanti al g.a. Il carattere privato del soggetto deriva dal fatto che costui esercita l'attività pubblicistica in nome proprio, pertanto gli spetterebbe sì la qualifica di organo, ma indiretto. A corollario di ciò, veniva sostenuto che la concessione fosse traslativa di pubbliche funzioni e che la obiettiva natura amministrativa dell'atto proveniente da un organo indiretto portasse a concludere che lo si dovesse ritenere anche soggettivamente quale atto amministrativo.

L'elaborazione della teoria dell'organo indiretto, cristallizzata dalle ss. uu. della Cassazione civile del 1990, muoveva dal presupposto dell'inammissibilità dello svolgimento di pubbliche funzioni da parte di soggetti non facenti parte dell'organizzazione amministrativa e dal compimento di atti amministrativi veniva desunta la natura soggettivamente amministrativa degli stessi, ovvero l'essere stati posti in essere da una p.a.

Il Consiglio di Stato ha confutato la teoria, negando che la concessione fosse di per sé, a prescindere dalla legge, uno strumento idoneo a trasferire funzioni, in quanto ciò violerebbe il principio di legalità (bilaterale) di cui all'art. 97 Cost. e la dicotomia soggettiva tra la figura del concessionario e del funzionario, il primo legato alla p.a. da un rapporto concessorio non assimilabile al rapporto organico e di servizio (Cons. Stato, sez. VI, n. 1577/1996 e n. 1478/1998).

rilevo poteri d'imperio: da qui l'interpretazione secondo cui i privati sono investiti di poteri.

La creazione di nuovi modelli organizzativi slegati dalla concezione formalistica di p.a., come le s.p.a. pubbliche e gli organismi di diritto comunitario, hanno favorito un rinnovato interesse per questa teoria, poiché essa presuppone una concezione sostanziale di p.a., concezione verso la quale l'ordinamento si sta evolvendo anche sotto la spinta del fenomeno delle privatizzazioni e l'influsso del diritto comunitario.

Inoltre, come poc'anzi già ricordato, essa salvaguarderebbe la legittimità costituzionale delle devoluzioni al giudice amministrativo di controversie relative ad attività dei privati: l'art. 103 Cost. richiede la presenza del presupposto oggettivo congiuntamente a quello soggettivo (ovvero «l'essere» pubblica amministrazione).

La giurisprudenza, per salvare la legittimità costituzionale senza dover far ricorso alla teoria dell'organo indiretto, ha elaborato la categoria dei "soggetti equiparati *ex lege* alla pubblica amministrazione", distaccandosi da una visione formale e approdando a una concezione sostanziale di pubblica amministrazione, con un'equiparazione che ha ricevuto l'avvallo del legislatore.

Talvolta quest'ultimo, nel determinare il campo soggettivo di applicazione di una certa disciplina, individua tra i destinatari soggetti privati o di natura "anfibia" pubblico-privata.

Come illustrato, a fronte della crescita dei compiti pubblici, la legge ha ammesso la partecipazione dei cittadini all'esercizio delle funzioni pubbliche e all'erogazione dei servizi.

Inoltre, si è assistito a una trasformazione della struttura dell'apparato: dapprima la privatizzazione formale di enti già esistenti, talora seguita dalla dismissione di pacchetti azionari; in seguito, la creazione di società controllate in vario modo dallo Stato.

Cosicché, da un lato i confini tra amministrazione pubblica e società civile sono diventati sempre più incerti, dall'altro si è ravvisata l'opportunità di sottoporre enti privati al diritto amministrativo in ragione dello scopo della normativa di settore, ad esempio in materia di tutela della concorrenza.

Questa è la ragione per cui vengono elaborate ora nozioni estensive, ora nozioni restrittive di p.a., quest'ultime soprattutto quando si prevedono privilegi o deroghe all'applicazione del diritto comune in favore dei pubblici poteri<sup>42</sup>.

Si assiste, così, a due tendenze opposte: lo scorporo, a certi fini, dalla nozione generale di p.a. di enti pubblici e l'equiparazione alla p.a. di soggetti privati. Ma, in realtà, aldilà delle apparenze, entrambe le dinamiche sono ispirate al medesimo obiettivo: "massimizzare l'effetto utile delle discipline di integrazione del mercato"<sup>43</sup>.

Pare qui il caso e il momento di fermare l'attenzione su questo secondo fenomeno al fine di analizzare come avviene l'equiparazione, a quali fini, quali sono i soggetti equiparati e i poteri ad essi attribuiti.

L'equiparazione può essere realizzata tramite due vie: l'equiparazione espressa nella disposizione, o l'elaborazione di nozioni estensive (in tale caso, l'equiparazione è ovviamente implicita)<sup>44</sup>.

Esempio significativo di definizione estensiva che comprende soggetti privati è quella di "amministrazioni aggiudicatrici" di cui all'art. 3, comma 25, del d. lgs. 163/2006<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Ad esempio, al fine di favorire la libera circolazione delle persone, la giurisprudenza comunitaria ha interpretato l'art. 39, par. 4, TCE, (ora art. 45, par. 4, TFUE) ritenendo che entrassero nella deroga a favore delle amministrazioni preposte all'esercizio dei pubblici poteri soltanto "i posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche" (così C.G.C.E. 17 dicembre 1980, C-149/79). La Corte di Giustizia ha ravvisato deroghe nel campo della ricerca, dell'istruzione, della sanità, dei trasporti, delle comunicazioni, nelle fonti di energia, della cultura (cfr. C.G.C.E. 2 luglio 1996, C-173/94, 473/93, 290/94).

<sup>43</sup> NAPOLITANO, *Pubblica Amministrazione* cit., 4749.

<sup>44</sup> L'art. 1, comma 2, del d. lgs. 165/2001, offre una definizione a vocazione generale cui si fa riferimento per individuare una nozione di p.a. valida al di là della disciplina del pubblico impiego: "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti, le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300". In tale definizione, anche se di ampio respiro, non paiono poter essere ricompresi soggetti privati equiparati implicitamente alla p.a.

Varie discipline settoriali recano nozioni ampie di pubblica amministrazione. Ad esempio l'art. 2, comma 1, lett b, del d. lgs. 231/2002 adottato in attuazione della dir. 2000/35/Ce, relativa alla lotta contro i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali.

Vi sono poi le norme europee in materia di finanza pubblica, come la disciplina concernente gli impegni finanziari assunti dalle amministrazioni statali, enti regionali, locali, enti pubblici, organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche (ex art. 103 Tr. Ce); quella relativa ai disavanzi eccessivi che riguarda "l'amministrazione statale, regionale o locale e i fondi di previdenza sociale, ad esclusione delle operazioni commerciali, quali definiti dal Sistema europeo di conti economici integrati" (art. 2 del Protocollo sui disavanzi eccessivi, che fornisce l'interpretazione autentica dell'art. 104 Tr. Ce).

<sup>45</sup> Sono tenute all'osservanza delle procedure concorsuali di scelta dei contraenti "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto

È agevole rilevare che in quest'ultima disposizione il legislatore non allarga la definizione di p.a., ma equipara le imprese pubbliche e i concessionari ai fini della disciplina applicabile, ferma restando l'estraneità di essi all'organizzazione<sup>46</sup>.

In tema di appalti, il legislatore, in luogo dei dogmi di teoria generale del diritto, privilegia un approccio sostanziale ed elastico, prendendo in considerazione il rapporto di influenza sull'ente da parte dei pubblici poteri. Tale approccio è motivato dal dover fare riferimento, in sede di recepimento di direttive, a concetti propri del diritto comunitario, come quelli di "impresa pubblica" e "organismo di diritto pubblico". Tali figure sono qualificabili come persone giuridiche private<sup>47</sup>. L'art. 18, comma 1, del d. l. 112/2008 (conv. in l. 133/2008) ha prescritto il rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del d. lgs. 165 del 2001 alle "*società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica*", mentre il comma 2 *bis* del medesimo articolo 18 estende le limitazioni alle assunzioni di personale stabilite a carico delle amministrazioni dall'art. 1 del d. lgs. 165/2001 anche "*alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato dalla pubblica amministrazione*". Ancora, l'art. 23 *bis*, comma 2, del d. l. 112/2008 (attuato con il regolamento di cui al d.p.r. 168/2010) ha previsto l'assoggettamento alle procedure di evidenza pubblica per l'acquisto dei beni

---

*pubblico; le associazioni, unioni, consorzi comunque denominati, costituiti da detti soggetti*". Sono inoltre sottoposte ai medesimi vicoli (nei c.d. settori speciali) "*le imprese pubbliche e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti*" (art. 3, comma 29, del d. lgs. 163/2006).

<sup>46</sup> È infatti espressamente stabilito che i concessionari non sono amministrazioni aggiudicatrici; mentre per quanto riguarda le imprese pubbliche, la qualità di privati si ricava dalla loro mancata inclusione nell'elenco di cui all'art. 3, comma 25, del d. lgs. 163/2006 e dall'essere state indicate nel comma 29 dell'art. 3 a fianco alle amministrazioni aggiudicatrici in rapporto di alterità evidenziato dalla disgiuntiva "o".

<sup>47</sup> L' "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art. 3, comma 26, del d. lgs. 163/2006, deve essere dotato di personalità giuridica, senza alcuna limitazione alla *species* pubblicistica. L' "impresa pubblica" per definizione non deve essere necessariamente posseduta interamente da enti pubblici; inoltre, il comma 29 distingue la figura dalle amministrazioni aggiudicatrici (implicando quindi la natura non necessariamente pubblicistica dell'impresa pubblica). Nell'impresa pubblica è assente l'elemento teleologico che invece connota l'organismo di diritto pubblico; mentre in entrambi appare indifferente la struttura privatistica o pubblicistica, attesa la compatibilità tra scopo pubblico e lucro societario (oggettivo) di cui all'art. 2247 c.c. Sul punto si rinvia a BELLOMO, *Manuale cit.*, vol. I, 679.

e l'assunzione del personale delle società “*in house*” e delle società a partecipazione mista pubblica e privata<sup>48</sup>.

Altra equiparazione è contenuta nella disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

L'art. 23 della l. 241/1990 stabilisce che esso è esercitabile non solo nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ma anche dei “gestori di pubblici servizi”<sup>49</sup>.

Ancora, i legittimati passivi della “*class action pubblica*” sono “le amministrazioni pubbliche e i concessionari di servizi pubblici” (ex art. 1, comma 1, del d. lgs. 198/2009).

La *ratio* delle equiparazioni è *sempre e comunque* lo svolgimento di attività di interesse generale.

Infine, l'equiparazione soggettiva alla p.a. è prevista espressamente dall'art. 7, comma 2, del d. lgs. 104/2010, il quale stabilisce che, “*ai fini del presente codice*”, per pubbliche amministrazioni “*si intendono anche i soggetti ad essa equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Il d.p.r. 168/2010, nell'art. 6, comma 1, stabilisce che “*le società «in house» e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163*” e, nell'art. 7, che “*le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi del rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165*”.

<sup>49</sup> Nel novellare l'art. 29, comma 1, della l. 241/90, la l. 69/2009 ne ha esteso l'ambito di applicazione a soggetti privati. *Ante* 2009, la legge sul procedimento era applicabile “*ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali e, per quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa, a tutte le amministrazioni pubbliche*”. Oggi invece la legge si applica non solo “*alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali*”, ma “*altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative*”.

Il fenomeno delle privatizzazioni, quindi, ha finito con l'incidere sulla nozione sostanziale di p.a., tramite l'equiparazione *ex lege* degli enti privati titolari di poteri amministrativi agli enti pubblici.

<sup>50</sup> La teoria dell'organo indiretto potrebbe mantenere un certo margine di utilità per applicare il codice sul processo ai soggetti privati non equiparati esplicitamente alla p.a. Tuttavia, allo stesso risultato si giunge interpretando il rinvio di cui all'art. 7 del d. lgs. 104/2010 ai soggetti “*comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*” come volto a richiamare l'art. 1, comma 1 *ter*, della l. 241/1990, a norma del quale “*i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1*”, ovvero dei principi generali dell'attività amministrativa.

Sembra però più corretto intendere che il rinvio di cui all'art. 7 *non sia rivolto a tutti i soggetti di cui al comma 1 ter, ma solamente ai privati che esercitano poteri autoritativi*: interpretazione, questa, che è imposta dai principi costituzionali in materia di giurisdizione amministrativa (ex artt. 103 e 113 Cost.), giurisdizione che può essere legittimamente radicata solo se vi sono interessi legittimi e potere.

## CAPITOLO 2

### *2.1. Settori in mano pubblica per necessità politica. Devoluzione ai privati di attività di rilevanza costituzionale che non implicano l'esercizio di funzioni sovrane.*

Come anticipato nel capitolo precedente, l'art. 118, 4 comma, Cost. indica un percorso di autonomia che comporta una rivisitazione del rapporto Stato-società-mercato, o meglio, dei rapporti tra pubblici poteri e comunità.

Si tratta del percorso inverso a quello che ha portato alla genesi e allo sviluppo dello Stato sociale: lo Stato ha progressivamente ampliato le sue funzioni, non occupandosi più solamente della sua conservazione (ordine pubblico, sicurezza interna, giustizia), comprendendo sempre più quelle attinenti alla cura e al benessere dei cittadini e facendosi altresì promotore di azioni positive, nonché creando infrastrutture come ospedali e scuole.

Con il cambiare delle epoche storiche, il significato e soprattutto la portata ideologica del principio di sussidiarietà sono mutati perché si dà più peso alla sua accezione negativa.

Tale principio, infatti, nella sua genesi originaria esprime due concetti, uno negativo e uno positivo.

Il principio, declinato nella sua accezione negativa, limita l'azione di governo nei confronti delle autonome organizzazioni sociali.

Nell'accezione positiva esso invece consente e anzi impone allo Stato di intervenire a sostegno della società civile<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Sottolinea CERULLI IRELLI (*Sussidiarietà cit.*, 1) che entrambe le accezioni presuppongono che “l'organizzazione di governo inferiore (subsidiata) abbia una vasta sfera di azione, in principio estesa ad ogni esigenza della propria comunità di riferimento, restando confinata, appunto, l'azione dell'ente superiore al subsidio di essa, laddove è necessario. Insomma, il principio di sussidiarietà trova la sua ragione di essere in una concezione della società in quanto tale e del suo sistema di governo, intesa a valorizzare al massimo le autonome capacità di governo delle articolazioni organizzative della società stessa, operanti sul territorio e nella vita di relazione, di fronte allo Stato, o comunque alle organizzazioni superiori di governo”.

ALBANESE (*Il principio di sussidiarietà orizzontale cit.*, 66) individua le due componenti positiva e negativa del principio di sussidiarietà e in questo contributo si pone l'obiettivo di capire quale sia l'accezione con la quale il principio di sussidiarietà è stato assunto nel nostro ordinamento con la l. cost. n. 3 del 2001. A tale fine l'Autore, da un lato ricorda che molto spesso la matrice solidaristica dell'art. 118 Cost. è stata messa in consonanza con l'art. 2 Cost., così individuando l'elemento comune alle due norme: la valorizzazione delle formazioni sociali. Dall'altro lato, però, riconosce che così operando si svaluta proprio la funzione di garanzia e di valorizzazione della sfera di libertà e di azione degli individui che

È discusso se attualmente prevalga la dimensione negativa o positiva. In ogni caso esse si coniugano con il principio personalistico cristallizzato nell'art. 2 Cost.<sup>52</sup>. Inoltre, la sussidiarietà riporta al centro dell'ordinamento una forma di solidarietà riconducibile all'art. 2 Cost., di talché trattasi di una “*solidarietà liberamente intrapresa, che è requisito di sussistenza della società*”<sup>53</sup>.

Ancora oggi, nell'antitesi tra pubblico e privato, sembra permanere la superiorità del primo, dato che non pare essere stata accolta, almeno per ora, l'idea di uno Stato che agisce esclusivamente *in subsidium* dei cittadini.

Ciò in quanto la clausola di sussidiarietà è suscettibile, per la sua indeterminatezza, di essere rimessa alla concretizzazione discrezionale del potere politico, chiamato ad individuare cosa debba fare la pubblica amministrazione tramite le sue articolazioni interne e come il titolare del potere esecutivo debba esercitare le sue funzioni<sup>54</sup>.

---

costituisce elemento comune delle diverse concezioni della sussidiarietà (sia laica che cattolica). Una terza posizione ravvisa il fondamento della sussidiarietà nell'art. 2 Cost, ma enfatizza la capacità e l'autonomia della persona che emergono dalla disposizione costituzionale. Leggendo l'art. 118 Cost. in combinato disposto con l'art. 2, l'art. 3 e le altre norme costituzionali che affermano i diritti sociali dei cittadini, l'Autore conclude che è esclusa la possibilità di fornire di tale principio una lettura di tipo iper-liberale, tale da condurre alla teorizzazione dello *stato minimo*, intendendo con quest'ultima espressione quella caratteristica propria dello Stato liberale per cui questo si pone come unico obiettivo la tutela dei diritti fondamentali, in antitesi ad ogni dirigismo statale e allo Stato sociale: ne consegue l'idea di un apparato il più leggero possibile, in grado di lasciare massima libertà di iniziativa ai singoli.

<sup>52</sup> A correlarsi con il principio personalistico è, ovviamente, la dimensione orizzontale della sussidiarietà, mentre la dimensione verticale del principio (rapporti tra autorità centrali e locali) si coniuga ai principi di decentramento e autonomia locale fissati all'art. 5 Cost.: cfr., sul punto, CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* cit., 1-2.

Altri (come ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 75 ss.) osservano che nella legislazione italiana le norme esaltano e valorizzano sistematicamente soltanto il profilo positivo del principio di sussidiarietà, cioè quello che afferma la necessità di intervento dei soggetti pubblici a sostegno e promozione dell'attività dei privati. Non è invece mai affermata espressamente la valenza negativa del principio stesso, *id est* quella che prescrive un dovere di astensione dei soggetti pubblici a favore di quelli privati. L'enunciazione negativa del principio, sostiene l'A. ult. cit., non è evocata automaticamente, essendo la sussidiarietà sempre richiamata in contesti normativi in cui si accompagna alla concreta attribuzione agli enti di funzioni e competenze, senza l'indicazione di confini o meccanismi limitativi. Inoltre “*le formulazioni che sollecitano (in positivo) l'intervento dei soggetti pubblici a favore dei soggetti privati non alludono mai a quella connotazione dell'intervento come residuale o eccezionale (sostitutivo o surrogatorio), che necessariamente accompagna e completa la dimensione negativa, del dovere di astensione, secondo l'accezione classica della nozione di sussidiarietà*”.

<sup>53</sup> PIZZOLATO-BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, con la collaborazione di ANGELETTI-BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI-PALICI DI SUNI, Torino, 2003, 325, affermano che “*la solidarietà costituzionale, se non si isterilisce solo nell'azione pubblica, nemmeno si esaurisce nei comandi dell'autorità. Questo secondo profilo della solidarietà interpella la libera (e dunque non doverosa) iniziativa sociale ed allude ad una funzione promozionale del diritto*”. Questa dimensione non doverosa della solidarietà è la sussidiarietà orizzontale.

<sup>54</sup> Come illustra MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà* cit., 45, il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale “*pretende di fornire una risposta alla domanda relativa alla ragione ultima dell'esistenza di un potere politico, distinto dagli altri poteri: esso prescrivere che il potere politico - e dunque la sfera pubblica - esista solo se, e in quanto, finalizzato a servire la società civile. Quest'ultima non è costituita dallo Stato, secondo l'accezione contrattualistica su cui si fonda la teoria dello Stato liberale, ma è da questo solo servita, aiutata. Il potere politico non deve avere altra ragion d'essere, non*

Le formulazioni normative che evocano la sussidiarietà (l'art. 118, 4 comma, Cost.; l'art. 4, della l. 59/1997; l'art. 2 della l. 142/1990, oggi confluito nell'art. 3 del d. lgs. 267/2000) sono considerate dai commentatori generiche e imprecise e quindi riduttive della portata che la sussidiarietà potrebbe assumere, “*perché non appaiono definite le funzioni e neppure vengono offerte indicazioni di metodo per arrivare ad una loro maggior precisazione*”<sup>55</sup>.

Si tratta cioè di formulazioni linguistiche che necessitano di un intenso lavoro esegetico e di una concretizzazione normativa delle fattispecie in cui il principio può porsi in atto.

Il legislatore, infatti, pur avendo eretto la sussidiarietà a vero e proprio criterio di attribuzione delle funzioni<sup>56</sup> in luogo di tecnica di elencazione tassativa di materie, ha descritto tale criterio come elastico e volto a operare in presenza di condizioni flessibili.

Per questa sorta di *inafferrabilità* del suo significato, il principio rischia di tradursi in un parametro tecnico evanescente e difficilmente giustiziabile, poiché i limiti che esso fissa alla discrezionalità della pubblica amministrazione sono facilmente eludibili.

Peraltro, le preoccupazioni attinenti alla vacuità della formula della sussidiarietà sono state sgomberate dalla giurisprudenza.

Già nel 2002 è stato riconosciuto il rilievo acquisito all'autonoma iniziativa dei cittadini nel perseguimento dei bisogni collettivi e alla “*posizione prioritaria del privato*”

---

*dev'essere espressivo di altri valori. Deve solo garantire un certo benessere materiale. Esso infatti non ha fini propri, è solo un mezzo, uno strumento”.*

<sup>55</sup> DE CARLI (*Sussidiarietà e governo economico* cit., 224-225) afferma che attualmente la sussidiarietà orizzontale è una *possibilità*, ovvero è meramente potenziale in quanto necessita di una attuazione rimessa alla valutazione del legislatore. A giudizio dell'A., il solo principio così positivizzato non sembra qualificabile come meccanismo stabile di trasferimento sussidiario in senso orizzontale alla società civile. In altre parole, l'attuazione del principio è necessaria e pare possibile solo “*in armonia con le esigenze del principio di legalità dell'azione amministrativa, ai diversi livelli normativi*”, ovvero in forza di una legge attributiva.

<sup>56</sup> *Contra* ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 77-78, che, dopo aver affermato che nelle norme che fanno riferimento al principio di sussidiarietà “*non è mai affermata la valenza negativa del principio stesso, quella che prescrive un dovere di astensione dei soggetti pubblici a favore di quelli privati*”, conclude che “*nella normativa esaminata la sussidiarietà non risulta mai indicata come un criterio di riparto delle rispettive sfere di azione dei soggetti pubblici e di quelli privati, siano essi organizzazioni sociali o cittadini, ma piuttosto viene proposta come un principio che detta regole che incidono sul modo di esercizio delle competenze pubbliche. (...) Il principio che risulta affermato, in sostanza, è quello che impone all'intervento pubblico di svolgersi, anche per le modalità e gli strumenti della sua realizzazione, in modo da essere il più vicino possibile ai cittadini; è un principio riconducibile ad una concezione che intende l'intervento pubblico non in termini di sopra/sotto ordinazione rispetto ai suoi destinatari, ma che lo caratterizza piuttosto in ragione della sua funzionalità allo sviluppo della personalità degli individui ed indica pertanto un modo (e allo tempo stesso un fine) per il suo svolgimento*”.

*rispetto al pubblico, anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi*<sup>57</sup>.

Nel 2009 vi è stata una precisa presa di posizione del Consiglio di Stato sulla immediata precettività del principio di sussidiarietà e sulla sua idoneità ad assurgere a parametro di controllo di legittimità delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione.

Il giudice amministrativo ha innanzitutto ribadito la natura giuridica del principio e ha rivendicato il potere di esercitare un sindacato “forte” sulle scelte dell’amministrazione, attribuendo altresì alla sussidiarietà un significato manifesto e chiaro<sup>58</sup>.

Il merito principale della sentenza che qui si ricorda è di aver fissato definitivamente il carattere giuridico del principio<sup>59</sup> e di averne affermato la valenza amministrativa e non più (solamente) costituzionale<sup>60</sup>, annoverandolo tra i criteri guida del potere che,

---

<sup>57</sup> Cons. St., sez. atti normativi, n. 1354/2002.

<sup>58</sup> Ci si riferisce alla sentenza n. 6094/09 della V sezione del Consiglio di Stato.

In sede di commento, è stata evidenziata la peculiare importanza e innovatività della pronuncia sotto quattro aspetti: “a) la decisione contribuisce a chiarire la natura del principio di sussidiarietà; b) ne definisce il campo di applicazione; c) gli attribuisce un significato manifesto e chiaro; d) prospetta ulteriori indicazioni [anche se] parte delle quali appaiono criticabili, altre solo problematiche”: GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 12, 2909 ss.

<sup>59</sup> La Cassazione aveva già fissato i caratteri distintivi tra *atti politici* e *atti giuridici*.

Va “rilevato che l’art. 31, T.U. 26 giugno 1924 n. 1054 configura un’ipotesi eccezionale (come tale soggetta a stretta interpretazione, anche in applicazione del principio costituzionale di cui all’art. 113, Cost.) di sottrazione al sindacato giurisdizionale di atti soggettivamente e formalmente «amministrativi», sul presupposto che gli stessi costituiscano espressione della fondamentale funzione di direzione ed indirizzo politico del Paese; pertanto, alla nozione legislativa di «atto politico» concorrono due requisiti, l’uno soggettivo e l’altro oggettivo: occorre, da un lato, che si tratti di atto o provvedimento emanato «dal governo», e cioè dell’autorità amministrativa cui compete, altresì, la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica; dall’altro, che si tratti di atto o provvedimento emanato «nell’esercizio di potere politico», anziché nell’esercizio di attività meramente amministrativa” (Cons. St. sez V, n. 6094/09).

<sup>60</sup> Spiega MASSA PINTO (*Il principio di sussidiarietà* cit., 53) che, con la locuzione “*principio di sussidiarietà in senso costituzionale*”, la dottrina si riferisce al “*riparto di funzioni tra Stato e società civile organizzata con l’intento di prescrivere la preferenza per la seconda. Questa accezione prescrive che l’esercizio di funzioni da parte dello Stato (ovvero delle sue articolazioni territoriali interne) è legittimo soltanto se e in quanto sia rivolto a sopperire a eventuali inadeguatezze degli individui ovvero delle loro organizzazioni sociali. Entrambi gli impieghi della formula in esame - sia quello che pone l’accento sulla dimensione individuale sia quello che pone l’accento sulla dimensione sociale della persona - ricorrono negli enunciati normativi che a tale formula fanno espresso riferimento, nonché al dibattito politico costituzionale, con accentuazione dell’uno o dell’altro, a seconda della prevalenza delle rispettive opzioni ideologiche sottostanti*”. E ciò laddove, invece (ivi, p. 135), con la locuzione “*principio di sussidiarietà in senso amministrativo*” rientrerebbero “*gli impieghi della formula lessicale del principio di sussidiarietà che, nella relazione amministrati-amministrazioni, in termini assai generali, prescrivono la preferenza per i primi nei confronti delle seconde (...); essa prescriverebbe le modalità (e non già il se) attraverso le quali un determinato livello di governo - anche quello superiore - deve esercitare una determinata funzione (...). Qui il principio di sussidiarietà impone alle istituzioni pubbliche di organizzarsi e di esercitare le funzioni di cui sono titolari in modo tale da favorire la partecipazione degli amministrati, con l’obiettivo di allargare la dimensione comunitaria e la legittimazione democratica dei poteri pubblici al di fuori del circuito politico-rappresentativo*”. Ricorda ancora l’A. che già prima del recepimento del principio nel

accostato ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, arricchisce la portata del vizio di eccesso di potere<sup>61</sup>.

Come già sosteneva la dottrina, il principio di sussidiarietà si conferma essere un criterio di preferenza a favore della società civile nell'attribuzione di compiti di interesse generale, finalizzato alla pretesa che lo Stato intervenga solo in presenza di requisiti di efficienza, economicità e adeguatezza e in vista della realizzazione di determinati risultati.

Con il che sembrerebbe, quindi, che il principio di sussidiarietà verticale potrebbe entrare in gioco e in discussione solo in seconda battuta.

Il livello di governo più vicino ai cittadini andrebbe preferito ai livelli di governo superiori solo laddove i cittadini stessi non fossero in grado di provvedere da sé<sup>62</sup>.

---

nostro ordinamento, la dimensione amministrativa veniva invocata dalla dottrina quale criterio guida per una riforma della pubblica amministrazione, affinché essa si avvallesse delle forme di azione del diritto privato e per favorire politiche di semplificazione e soprattutto di liberalizzazione.

Il principio di sussidiarietà racchiude quindi molteplici significati e fenomeni giuridici volti a ottenere una pubblica amministrazione più efficiente ed è un principio utilizzabile per valutare l'azione dei pubblici poteri, non solo dal punto di vista della legittimità dell'azione, ma anche sotto il profilo del raggiungimento dei risultati materiali (cfr. CERULLI IRELLI, *Semplificazione amministrativa e assetto delle fonti. Relazione al 46° convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Legge in sostituzione di atto amministrativo. Atti preparatori e attuativi di atto legislativo. Responsabilità del legislatore e responsabilità dell'amministrazione verso l'amministrazione*, Villa Monastero di Varenna, 21-22 settembre 2000, Milano, 2001, 187 ss).

Risponde alla logica di valutazione dei risultati materiali della p.a. l'istituto dell'AIR (Analisi di Impatto della Regolamentazione) che consiste nella "valutazione dell'impatto della regolamentazione sull'organizzazione della pubblica amministrazione e nella valutazione dell'impatto della regolamentazione sui cittadini e sulle imprese" (per un approfondimento del tema si rinvia a RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 152 ss).

<sup>61</sup> Afferma il Consiglio di Stato (Cons. St. sez V, n. 6094/09) che "il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 ult. co. Cost.) è un principio - non solo politico ma giuridico di primario rilievo nell'ordinamento nazionale e sicuramente invocabile innanzi al giudice amministrativo come parametro di proporzionalità e ragionevolezza ma solo ai fini - di determinazione dei confini fra sfera pubblica e sfera privata". In questa pronuncia il giudice fa un accostamento tra i principi di sussidiarietà e quelli di proporzionalità e ragionevolezza in coerenza con una certa dottrina che affrontava il problema della giustiziabilità del principio (cfr. ANTONINI L., *Sulla giustiziabilità della sussidiarietà costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2003, 635 ss.; GUIZZI, *Sussidiarietà (dir. CE)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, 5; SICO, *Sussidiarietà (principio di sussidiarietà) (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, 2001, 1063; GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Bari, 2006, 51). Distingue in questi termini la portata dei tre principi GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 2912: "potendosi definire la sussidiarietà orizzontale come quella soluzione di amministrazione degli interessi generali in cui i cittadini assumono un ruolo fondamentale, perché essi stessi si attivano insieme alle amministrazioni per curare beni di interesse comune, si può dunque dedurre che, mentre la proporzionalità verifica l'idoneità, l'adeguatezza e la necessità dell'uso del potere rispetto al fine da conseguire, la sussidiarietà misura il grado di integrazione necessaria tra azione pubblica e azione privata utile a soddisfare gli interessi generali. La proporzionalità costituisce un ordine di misura posto in funzione dell'efficacia dell'uso del potere, la sussidiarietà è posta in funzione dell'integrazione delle responsabilità in modo che il potere sia al servizio dei cittadini che si attivano per la soddisfazione degli interessi generali. Nel caso della sussidiarietà, pertanto, l'esercizio del potere pubblico è considerato legittimo nella misura in cui sia in grado di supportare con efficacia l'azione dei cittadini volta a conseguire utilità di interesse generale e a tal fine si può perfino considerare legittima l'omissione del suo stesso esercizio se in tal modo favorisce i cittadini che si siano attivati e abbiano raggiunto risultati utili in modo autosufficiente".

Pertanto, il principio di sussidiarietà è costitutivo di attribuzioni e non si risolve in una mera *ratio* di devoluzioni tassative di competenze<sup>63</sup>.

Esso, però, continua a essere un principio di ordine procedurale: “*non dice mai una volta per tutte chi è competente per una determinata azione, ma indica il percorso che bisogna compiere per confermare o modificare una competenza, sia che la decisione vada a favore del sussidiabile sia che vada a favore del sussidiario*”<sup>64</sup>.

Tale principio, quindi, risulterebbe violato ogniqualvolta l’amministrazione fosse indotta a privilegiare altre amministrazioni pubbliche in luogo di esponenti del Terzo Settore perfettamente in grado di svolgere una determinata funzione sociale, ma “*non può essere un principio idoneo a discriminare un esponente del Terzo Settore rispetto ad un altro*”, ovvero è un criterio non utilizzabile quando si tratta di individuare il destinatario di risorse pubbliche tra una pluralità di privati<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà* cit., 45-46. A prima vista sembra quindi che la sussidiarietà orizzontale sia un *a priori* rispetto a quella verticale, ovvero che in prima battuta occorra accertare se una certa attività di interesse generale possa essere meglio svolta da privati o meglio dai poteri pubblici e solo in seconda battuta, cioè solo dopo aver accertato che può essere meglio svolta dal pubblico, verificare a quale livello territoriale vada esercitata.

Tuttavia, non manca chi ipotizza il ragionamento inverso, ovvero che prima vada accertato quale sarebbe il livello ottimale di governo per una certa attività e poi si verifichi se i privati sarebbero in grado di assicurare risultati migliori (così RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 23). L’Autore prosegue affermando che spetta alla legge attributiva del compito all’ente territoriale stabilire se una certa attività di interesse pubblico vada svolta dall’ente pubblico o dai privati, oppure demandare all’ente pubblico subordinato la decisione in merito all’applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

<sup>63</sup> La duplice modalità di devoluzione dei compiti è delineata da RESCIGNO, *Stato sociale e principio di sussidiarietà*. Relazione al convegno. *Le Regioni tra riforma amministrativa e revisione costituzionale*, Genova, 25-26 gennaio 2002, Rimini, 2002, 139. È possibile che “*il legislatore, per attribuire quel potere, abbia a suo tempo svolto un tipo di argomentazione che ripercorre passo per passo il tipo di argomentazione che si attaglia al principio di sussidiarietà, ma in questo caso il principio di sussidiarietà si è come consumato a monte, e si è esaurito in una decisione univoca a favore di un determinato soggetto (...); il principio di sussidiarietà non si applica se una determinata competenza spetta in via esclusiva a un determinato soggetto. (...) Se la competenza, in base ad un ragionamento di tipo sussidiario, viene ufficialmente e definitivamente attribuita ad uno specifico soggetto, parlare ancora di sussidiarietà in questo caso porta solo confusione, giacché il principio serve proprio per individuare il soggetto competente (...) Se il principio indica il percorso argomentativo che si deve seguire per spostare una competenza da un livello verso un altro livello, o viceversa per impedire questo spostamento se esso non è giustificato come il principio esige, allora non ha senso parlare di applicazione del principio quando il livello è già individuato e non può essere modificato*”. *Contra* ALBANESE (*Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 78) secondo il quale nell’ordinamento italiano la sussidiarietà non è mai indicata come un criterio di riparto fra le rispettive sfere di azione dei soggetti pubblici e di quelli privati, ma è un principio che prescrive che le modalità di intervento pubblico devono essere funzionali allo sviluppo della personalità.

<sup>64</sup> RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 15, mosso dalla preoccupazione che il principio resti lettera morta, “*inesistente nel dritto positivo, quand’anche proclamato in astratto in qualche testo ufficiale*”, evidenzia alcune questioni che necessariamente dovrebbero essere regolate per darne attuazione.

<sup>65</sup> In questi termini prosegue il Consiglio di Stato (Cons. St. sez V, n. 6094/09). Commentando la sentenza, ed essendo parzialmente critico sul punto, GIGLIONI (*Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 2914) afferma che “*è di per sé persuasiva la tesi sostenuta dal giudice d’appello secondo cui la*

La scelta del beneficiario privato operata dalla pubblica amministrazione “è e rimane sindacabile solo per i vizi di manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà ed errore di fatto”<sup>66</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza nazionale e comunitaria nega l'applicabilità di meccanismi concorsuali nella selezione dei soggetti *non profit* cui affidare il servizio, sempre che esso sia privo di interesse economico e pertanto escluso dallo spettro applicativo della disciplina comunitaria a tutela della concorrenza<sup>67</sup>.

---

*sussidiarietà orizzontale non può essere invocata da parte di un'associazione per reclamare in esclusiva un determinato vantaggio se la condivisione con altri soggetti privati, ugualmente meritevoli, non comprometta la realizzabilità dell'azione su cui è fondato il rilascio del bene giuridico. In altre parole, il vantaggio che a buon titolo può essere rivendicato da un'associazione privata meritevole di sostegno non si può tradurre nell'esclusione di altri soggetti privati di godere di un beneficio equivalente se questi ultimi appaiano anch'essi meritevoli di sostegno. Questa valutazione appare condivisibile ma per una ragione opposta a quella indicata nella motivazione della sentenza: non perché la sussidiarietà orizzontale è inidonea a dare soluzione a questo problema, ma proprio perché l'applicazione del principio della sussidiarietà orizzontale esige una tale conclusione”.*

<sup>66</sup> Cons. St., sez V, n. 6094/09. Dal coinvolgimento di esponenti del Terzo Settore si potrebbe tutt'al più sostenere la nascita di un affidamento tutelabile, violato dal comportamento della pubblica amministrazione. Ma nella pronuncia il giudice nega che in capo all'appellante, per effetto del coinvolgimento di enti e per la valutazione positiva degli organismi tecnici predisposti, sia maturato un affidamento e considera non contraddittoria la scelta del comune. La valutazione del Consiglio di Stato suscita qualche dubbio in dottrina, p. es. in GIGLIANI (*Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 2917) laddove scrive che: “il principio del legittimo di affidamento costituisce un corollario della sussidiarietà orizzontale lì dove la partecipazione abbia prodotto una condivisione di progetti concretizzati in un'intesa, comunque denominata; senza questo riconoscimento la sussidiarietà orizzontale potrà essere intesa sempre e solamente in senso negativo, svilendo quella che rappresenta la sostanziale portata innovatrice della disposizione costituzionale”.

<sup>67</sup> La questione non è pacifica.

Sostiene FERIOLI (*Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003, 208) che i rapporti di collaborazione degli enti territoriali con le organizzazioni di volontariato (che dovrebbero avere ad oggetto esclusivamente attività integrative di quelle svolte dall'amministrazione) possono prescindere da qualunque forma di selezione e di pubblicità, laddove per contro forme specifiche di pubblicità e forme di aggiudicazione ristrette o negoziate sono previste per l'affidamento dei servizi sociali agli altri soggetti *non profit*. Sulla stessa linea di pensiero la giurisprudenza (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869) secondo la quale “l'ordinamento riserv[a] alle organizzazioni in questione una particolare posizione, favorendone l'apporto ausiliario nei confronti della pubblica amministrazione, ma senza alcuna loro assimilazione alla logica di mercato, non potendo esse presentare, in dipendenza del loro peculiare modello organizzativo e gestionale, offerte indicanti un corrispettivo per i servizi da prestare, posto che le risorse economiche di cui possono beneficiare si alimentano in via esclusiva con i rimborsi delle spese sostenute”. Più recentemente sono tornati sul medesimo tema: T.A.R. Veneto, sez. I, 3 marzo 2004, n. 481; T.A.R. Piemonte, sez. II, 18 aprile 2005, n. 1043; T.A.R. Piemonte, sez. II, 31 marzo 2006, n. 1604, secondo i quali non soltanto la partecipazione delle organizzazioni di volontariato a gare di appalto è incompatibile con la loro specifica struttura e con la tipologia di soggetto *non profit* (come delineata dalla legge 261/1991), ma, in ragione del regime di favore di cui tali organizzazioni godono sotto vari aspetti (fiscale, previdenziale ecc.), la loro compresenza nelle gare di selezione con soggetti diversi non può che alterare i normali parametri concorrenziali. Per quanto riguarda le cooperative, la giurisprudenza più risalente affermava l'incompatibilità della sottoposizione delle cooperative sociali alle regole della concorrenza a causa della loro natura di soggetti *non profit*, e qualificava i servizi sociali (e i quelli socio-sanitari) come servizi privi di rilevanza economica (pertanto non sottoposti alle regole del diritto comunitario). Le pronunce più recenti, allineandosi in modo più deciso agli orientamenti del giudice europeo, danno rilievo alla natura imprenditoriale che caratterizza l'organizzazione delle cooperative sociali, nonostante l'assenza di scopo di lucro, in base alla possibile rilevanza economica della loro attività. La giurisprudenza comunitaria dichiara applicabile la normativa

Ripercorrendo il dibattito politico-costituzionale che ha affiancato l'enunciazione espressa del principio nella Carta costituzionale, parte dei commentatori ne sostenevano l'immanenza nel testo originario della Costituzione; altri, viceversa, intravedevano in esso una sorta di rovesciamento della filosofia che aveva animato il legislatore costituente.

Parte della dottrina, dunque, riteneva che il principio di sussidiarietà orizzontale fosse rintracciabile nella Costituzione già anteriormente alla novella del 2001 e, più precisamente, nelle disposizioni costituzionali che prevedono forme di spazi di autonomia per la società civile<sup>68</sup>, nonché nell'art. 2 Cost.<sup>69</sup>.

Pur ammettendo che al dibattito del Costituente sia rimasto estraneo il principio in esame, è pacifico che in quell'occasione siano state affrontate le problematiche relative al pluralismo istituzionale, ai rapporti tra Stato e cittadino e in particolare alla tematica della

---

sugli appalti a *tutte* le imprese, intendendo con questa espressione tutti gli enti che svolgono un'attività economica ancorché tali enti non abbiano scopo di lucro. Ne consegue che la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale deve essere ritenuta "*attività economica*" ai sensi degli articoli 43 e 49 del Trattato CE. La non applicazione della disciplina comunitaria in materia di concorrenza, in altri termini, è stata considerata ammissibile dalla Corte ogni qualvolta risulti che il legislatore abbia optato per la predisposizione di un sistema di erogazione di servizi basato su elementi di tipo redistributivo, fondato complessivamente sul principio di solidarietà e quindi privo di rilevanza economica. Molte pronunce della Corte di giustizia in materia previdenziale sono ispirate a tale logica. In altri casi invece la Corte ha seguito un percorso logico diverso: pur riconoscendo ad attività che costituivano l'oggetto dei servizi di tipo socio-sanitario una rilevanza economica, nonché ai soggetti *non profit* che li erogavano la qualità di imprese, ha tuttavia valutato in concreto la effettiva sussistenza di un potenziale mercato per giudicare se le deroghe alla applicazione delle norme del Trattato poste a tutela della concorrenza, di cui lo Stato membro era accusato, fossero o meno giustificate dalla necessità di garantire ai sensi dell'art. 86 del Trattato. Diffusamente sulla questione ALBANESE, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 6, 1453 ss.

<sup>68</sup> Cfr. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 613 ss. L'Autore in proposito richiama l'art. 8, comma 2, Cost.: le confessioni religiose diverse da quella cattolica sono chiamate a regolare autonomamente la propria organizzazione. Poi, richiama l'art. 33, ultimo comma, Cost. che, in funzione delle libertà di insegnamento e di scienza, chiama le Università degli studi a darsi "ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato". Quest'ultima norma è stata interpretata come una vera e propria riserva di organizzazione in capo alle Università, precludendo così la possibilità per la legge statale di regolamentare nel dettaglio la materia. Sempre D'ATENA (*Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., 18) menziona anche la famiglia: la Costituzione, da un lato, riserva ai genitori il diritto e il dovere di mantenere, istruire, educare i figli e dall'altro, ammette l'intervento surrogatorio dello Stato qualora i genitori per incapacità non siano in grado di assolvere i loro compiti (cfr. art. 30, commi 1 e 2, Cost.). DE CARLI (*Sussidiarietà e governo economico* cit., 226) individua altri articoli: l'art. 43 Cost., laddove ammette che comunità di lavoratori e utenti possano essere destinatari della riserva di servizi pubblici essenziali e l'art. 45 Cost., che riconosce la "*funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata*".

<sup>69</sup> Sul punto, CERULLI IRELLI (*Sussidiarietà* cit., 4) afferma che "*lo stesso testo costituzionale, nella sua versione originaria già prevedeva, com'è ben noto, che i cittadini, anzi gli uomini, come singoli, ovvero nell'ambito delle formazioni sociali nelle quali si svolge la loro personalità, agissero in vista dell'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.); cioè, si può dire, non per scopi egoistici, o esclusivamente individualistici, ma appunto, nell'interesse anche degli altri, nell'interesse collettivo*".

dialettica autorità-libertà: tutte problematiche, queste, in seno alle quali era immanente il quesito del ruolo ricoperto dallo Stato nello svolgimento dei compiti di interesse generale.

La valorizzazione del pluralismo istituzionale e sociale è stata tradotta giuridicamente nell'enunciazione espressa, in talune norme costituzionali, di tutele e sostegni a favore di taluni corpi sociali, come - ad esempio - la famiglia, le confessioni religiose e le Università: dalle disposizioni che ne trattano trasparirebbe una riserva di autonomia e risulterebbe suffragata l'esistenza di un principio costituzionale non scritto di sussidiarietà<sup>70</sup>. Il quale comporterebbe il carattere necessariamente generale e non di dettaglio degli interventi del legislatore statale nei settori in cui operano entità della società: una sorta di divieto di iper-regolazione (*Übermaßverbot*), deputato ad operare anche nei settori ove non è espressamente previsto<sup>71</sup>.

Sul fronte opposto, come è stato sottolineato da attenta dottrina, la sussidiarietà non solo non trasparirebbe dalle maglie del testo originario della Costituzione, ma si porrebbe addirittura in antitesi con la visione tradizionale dello Stato sociale e con la tutela dei diritti sociali<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Si esprime espressamente in termini di "principio costituzionale non scritto", D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà* cit., 24. *Contra* ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 81. L'Autore distingue nettamente l'attività che i privati svolgono in forza del principio di sussidiarietà e "il regime di attività svolta, del tutto liberamente, dai soggetti privati, nell'esercizio delle libertà che sono loro riconosciute e garantite costituzionalmente (si pensi ad esempio all'ultimo comma dell'art. 38 Cost.), che sono espressione del principio pluralistico e che per questo possono essere valorizzate e agevolate, ma non entrano nell'ambito del principio di sussidiarietà". *Contra* anche RIDOLA (*Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, in CERVATI - PANUNZIO - RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale: itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2001, 227) il quale afferma che vanno distinte le clausole inserite in varie norme costituzionali che riconoscono forme di autonomia in campo familiare, religioso, culturale, sindacale che, pur essendo sicuramente espressione dell'ispirazione pluralistica della Costituzione repubblicana, "non si configurano anche come «dispositivi di sussidiarietà». Tali dispositivi «statici» di riserva di competenza e di riconoscimento (quali ad es., quelli predisposti dall'art. 8 II co. o dall'art. 33 ult. co. Cost.) sono piuttosto «precondizioni» di veri e propri congegni di sussidiarietà, i quali si caratterizzano come dispositivi di integrazione, poiché essi dovrebbero assicurare «dinamicamente», oltre che la confluenza delle cerchie sociali minori in quelle più ampie, raccordi e congegni di sostituzione di tipo funzionale fra il sistema delle autonomie e i pubblici poteri". MASSA PINTO (*Il principio di sussidiarietà* cit., 57), dopo aver riportato il pensiero di RIDOLA (*Il principio di sussidiarietà* cit., 191) conclude che "è lecito se non altro dubitare che il principio di sussidiarietà debba essere considerato come implicito in tutte le norme costituzionali che si limitano a garantire forme di autonomia sociale (e, come si vedrà per le altre accezioni, territoriale)".

<sup>71</sup> D'ATENA (*Il principio di sussidiarietà* cit., 617) individua dei principi in cui si traduce la sussidiarietà. "Tra di essi, quello più rilevante è rappresentato dal principio della necessaria generalità degli interventi del legislatore statale, nei settori in cui operano articolazioni del pluralismo istituzionale e sociale. È infatti, ragionevole ritenere che il principio predetto - inducibile dalle norme che per talune categorie di enti prevedono che la legge dello Stato debba essere generale - possa valere anche per i gruppi organizzati per i quali non trova espressa enunciazione, come le Università degli studi e le confessioni religiose diverse dalla cattolica".

<sup>72</sup> L'opinione è di RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 26 ss.

Il principio di sussidiarietà è strettamente legato ai diritti sociali: o, in chiave oppositiva, nel senso che l'applicazione del principio esclude radicalmente ogni intervento dei pubblici poteri; o viceversa, nel senso che l'intervento dei pubblici poteri è ammesso a patto che sia di sostegno all'azione dei privati<sup>73</sup>.

Secondo un'altra impostazione, il principio di sussidiarietà scontrerebbe nella sua genesi un nodo irrisolto di fondo: le attività pubbliche e private non sarebbero intercambiabili e fungibili sulla base di un criterio di maggior efficienza<sup>74</sup>.

È stato osservato che il principio manifesta la sua portata applicativa in due direzioni: una *attributiva* e una *sostitutiva*.

Il nucleo della posizione sta nell'idea che nei rapporti tra le diverse entità istituzionali e sociali va accordata preferenza alle entità minori e che le maggiori sono legittimate a intervenire nella misura in cui debbano sopperire alle inadeguatezze delle minori.

All'apertura a favore degli enti sociali minori si accompagna il meccanismo sostitutivo operante nel momento in cui le entità minori, deputate all'assolvimento dei compiti, non riescano a portarli a termine<sup>75</sup>.

La sostituzione non avverrebbe a fronte di un inadempimento in senso tecnico, ma si giustificerebbe per la necessità di realizzare un programma e per l'inadeguatezza della società civile a realizzare l'obiettivo.

---

<sup>73</sup> RESCIGNO (*Principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 26) mette a confronto l'insieme dei diritti sociali con il principio di sussidiarietà. L'Autore, a p. 44-45, prende poi in considerazione il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., affermando che “*sul piano politico non vi è dubbio che il principio di sussidiarietà sia stato voluto e sostenuto da molti proprio in opposizione al principio di uguaglianza sostanziale: mentre questo secondo principio obbliga i poteri pubblici ad intervenire per superare le disuguaglianze materiali, il principio di sussidiarietà obbliga al contrario i poteri pubblici a non intervenire se quelle stesse attività di interesse generale che vorrebbero intraprendere sono già svolte o possono essere svolte da soggetti privati*”. Sul piano giuridico il principio di uguaglianza prevale nel senso che “*se si dimostra che l'intervento privato non porta a una diminuzione della disuguaglianza sostanziale tra i cittadini, mentre l'intervento pubblico ha buone probabilità di raggiungere tale risultato, allora anche in questo caso non opera il principio di sussidiarietà, o meglio tale principio fa scattare l'interruttore verso il potere pubblico, con conseguente restrizione dell'intervento privato*”.

<sup>74</sup> FERRARI (*Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 109 ss.) sottolinea che difficilmente un'attività privata può essere vista come destinata a garantire a chiunque una determinata prestazione di base e tanto meno essere considerata idonea a definire quali siano le prestazioni di base da garantire a tutti i componenti della collettività e ancor più difficilmente un'attività pubblica può essere vista come espressione di libertà di pensiero o di religione. In altre parole, a giudizio dell'Autore, il principio di sussidiarietà sarebbe inadeguato a determinare il ruolo attribuito ai soggetti pubblici di una determinata collettività.

<sup>75</sup> I diversi aspetti della sussidiarietà sono delineati da COCCO, *Cronaca di molte scelte annunciate e di poche perseguite. Ovvero il principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 3, 697 ss. L'Autore ricorda che del principio di sussidiarietà vi è traccia anche nella dottrina tedesca del diritto naturale, secondo la quale “*la natura e il carattere dell'essere umano sono completati dalla sua condotta individuale e sociale*”, sicché in questo contesto “*l'individuo, la famiglia e lo Stato sono centrali e coesistono tra loro attraverso una sovrapposizione di cerchi concentrici di diversi livelli di diritti e doveri*” (secondo la ricostruzione tratta da DICKMAN, *Sussidiarietà, sovranità e regionalismo. Il ruolo delle assemblee parlamentari*, in *Dir. soc.*, 1994, 278).

Dal punto di vista sostanziale vi è, ad opinione di certa dottrina, una differenza negli effetti dei due tipi di sostituzione.

Nel caso di inadempimento, l'intervento non implica un mutamento della titolarità del compito, bensì, inalterata la sfera di competenza del soggetto sostituito, incide sull'esercizio delle sue funzioni. Nel caso della sussidiarietà, invece, si tratterebbe di “*una scelta di sistema finalizzata ad allocare in modo diverso determinate funzioni*”, ovvero ad elevare la sussidiarietà “*a parametro di regolazione delle competenze per commisurare la pertinenza di un certo tipo di azione in capo ad un ente con riguardo ai caratteri positivi dell'obiettivo da perseguire*”<sup>76</sup>.

Gli autori che si sono occupati del principio di sussidiarietà orizzontale e delle sue applicazioni spesso utilizzano il termine “funzione” come sinonimo di “compito”, quasi si trattasse dello stesso concetto<sup>77</sup>.

In realtà, come evidenziato dalla migliore dottrina, i *compiti* sono i settori di attività della pubblica amministrazione corrispondenti a fini dell'azione pubblica e sono definiti dogmaticamente come “materie-obiettivo”: di talché è sempre la legge a stabilire quali sono i compiti dell'amministrazione<sup>78</sup> e vi sono varie norme costituzionali che presiedono al riparto dei compiti tra cittadini e amministrazione.

Più precisamente, nella parte prima della Costituzione, che attiene alla struttura fondamentale della Repubblica, sono annoverati principi che, stabilendo riserve di legge, allocano compiti allo Stato: ad esempio negli art. 1, 2, 3, 4, 9 Cost., nonché nelle disposizioni riguardanti i rapporti civili, sociali, economici e politici (ad es. art. 17, 21, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 41, 42, 43, 47, 52, 53 Cost.)<sup>79</sup>. Le disposizioni del titolo V della

---

<sup>76</sup> Spiega la diversa fenomenologia COCCO, *Cronaca di molte scelte annunciate* cit., 703-704. L'Autore avverte che normalmente le due figure di intervento sostitutivo coesistono e si intrecciano.

<sup>77</sup> Spiega BENVENUTI (*Funzione: I*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996, 1) che i giuspubblicisti hanno utilizzato la parola “funzione” per indicare fenomeni assai diversi. Ricorda l'Autore che “*agli inizi delle trattazioni del diritto pubblico l'espressione «funzione» fu usata per indicare i compiti dello Stato e ciò non solo prima dell'avvento della Rivoluzione Francese e della teorica della divisione dei poteri, ma anche dopo le varie trattazioni*”. Successivamente “*cominciò a svilupparsi, soprattutto in Germania, una nuova considerazione delle funzioni dello Stato, non più considerate come compiti ma come esercizio di poteri sovrani*”.

<sup>78</sup> RESCIGNO (*Principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 24) sostiene che deve essere la legge a decidere, in base al principio di sussidiarietà, se un certa attività di interesse generale deve essere svolta da soggetti pubblici o da privati. La legge potrebbe anche demandare all'ente pubblico subordinato la decisione su chi realizzi un certo compito applicando nel caso concreto il principio di sussidiarietà orizzontale.

<sup>79</sup> Il rapporto tra sussidiarietà e diritti sociali è esaminato da RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 24 ss. L'Autore si sofferma su taluni diritti sociali e valuta l'impatto su di essi del principio di sussidiarietà. In materia di scuola, a giudizio dell'A., la sussidiarietà orizzontale non avrebbe margini operativi poiché, ai sensi dell'art. 34 Cost., la Repubblica ha l'obbligo di istituire scuole pubbliche: pertanto il legislatore, qualora affidasse l'istruzione all'iniziativa privata, violerebbe il disposto costituzionale. In

Parte seconda della Costituzione, attengono alla ripartizione di funzioni tra enti territoriali e forniscono, nell'art. 117 Cost., un ampio elenco di carattere ricognitivo di compiti di spettanza dello Stato e delle Regioni.

Vi è, poi, ovviamente l'art. 118 Cost. con le varie letture offerte: norma che autorizza il legislatore ordinario al trasferimento di compiti in settori riservati all'amministrazione, che chiama i cittadini a partecipare ai compiti della Repubblica come *alter ego* dei soggetti pubblici, che autorizza l'iniziativa dei cittadini in settori di pertinenza, ma non riservati, all'amministrazione.

La Carta costituzionale, quindi, identifica una serie di limiti alla possibilità di devoluzione di compiti pubblici ai privati, limiti eterogenei ma riconducibili a un unico *genus*: l'esistenza di riserve di amministrazione in Costituzione.

A questo limite la dottrina solitamente ne affianca un altro, ritenuto implicito.

La sussidiarietà non dovrebbe operare nel settore pubblico (in quello cioè ontologicamente di appannaggio dello Stato), laddove vi sia o si possa configurare la spendita di poteri quantomeno autoritativi, se non addirittura di veri e propri poteri sovrani<sup>80</sup>.

A ben vedere, però, è in corso un processo di revisione di tale limite e nel prosieguo si avrà cura di verificare la sua effettività<sup>81</sup>. Per ora, pare sufficiente ricordare che lo svolgimento di attività amministrativa da parte dei privati è stata pienamente legittimato dall'art. 1, comma 1 *ter*, della l. 241/1990: "*I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1*".

Alcune ipotesi di attribuzione ai privati di poteri autoritativi sono elencate nell'art. 133 del d. lgs. 104/2010 tra le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: devoluzione compatibile con l'art. 103, comma 1, Cost. nella misura in

---

materia di sanità invece, l'art. 32 Cost. non prevede come obbligatoria l'istituzione del Servizio sanitario nazionale: la Costituzione enunciando il diritto alla salute configura il diritto all'assistenza sanitaria nei confronti dello Stato, ma spetta alla legge individuare uno tra i molteplici modi in cui la salute va tutelata in conformità alla Costituzione (ferme restando le cure gratuite per gli indigenti). "*Il legislatore, senza violare la Costituzione, potrebbe affidare tutte le cure alla iniziativa privata e limitarsi a pagarle al posto dell'indigente*". In quest'ambito, il principio di sussidiarietà funziona "*come un interruttore che fa scattare un dovere dei poteri pubblici, nel senso che, se i privati non assicurano alcune cure, o non le assicurano per chi non ha sufficiente denaro (possiamo immaginare il caso esemplare di una operazione che costa più dell'intero reddito annuo di una persona che non possiede altra risorsa), allora debbono intervenire poteri pubblici, in tutto (sostituendosi al privato) o in parte (ad esempio contribuendo al pagamento)*".

<sup>80</sup> Così ad esempio RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 19.

<sup>81</sup> Si rinvia, sul punto, al Capitolo seguente.

cui riguarda poteri d'imperio<sup>82</sup>: dal che l'interpretazione secondo cui i privati, nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, sono investiti di poteri autoritativi.

Riprendendo la distinzione tra i concetti di "compito" e "funzione", assume altresì rilevanza la nozione di "potere"<sup>83</sup>, concetto che gioca un ruolo cruciale nel principio di sussidiarietà se, come anzidetto, la spendita di poteri di imperio implica una riserva a favore dello Stato.

Il potere amministrativo è quello riconosciuto a una pubblica amministrazione, o a un soggetto equiparato, per la cura concreta di interessi generali<sup>84</sup>.

Esso si differenzia dai poteri di diritto privato, in quanto nel diritto dei privati i poteri esprimono, di regola, il contenuto del diritto soggettivo (confondendosi o combinandosi con le facoltà: si pensi, per fare un unico e semplice esempio, al diritto di proprietà), ovvero, se dotati di autonomia, vengono riclassificati come diritti potestativi.

Il tema dei poteri in senso proprio attiene, in particolare, alle cd. autorità private (si pensi ai poteri del datore di lavoro, o a quelli dell'organizzazione rispetto ai suoi componenti).

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, l'ordinamento assegna al privato una posizione di potere per il soddisfacimento di *bisogni propri*, laddove la caratteristica del potere amministrativo è l'agire nell'interesse altrui.

---

<sup>82</sup> La giurisdizione esclusiva trova giustificazione nell'intreccio tra interessi legittimi e diritti soggettivi. Questa considerazione è desumibile dagli articoli 103 e 113 della Costituzione, in cui la giurisdizione esclusiva, collocata nella prima parte della disposizione, appare subordinata alla giurisdizione di legittimità, posto che il riferimento alle "particolari materie indicate dalla legge" ad essa spettanti ne esprime il carattere residuale, in chiaro contrasto con il riparto di giurisdizione per blocchi di materie. L'attribuzione *tout court* al giudice amministrativo di intere materie (come i servizi pubblici o l'urbanistica), facendo del giudice amministrativo il giudice "dell'amministrazione" anziché un giudice "nell'amministrazione", costituirebbe un'inversione della regola posta all'art. 103 Cost., che, tra la giurisdizione ordinaria sui diritti e quella esclusiva del giudice amministrativo, traccia un rapporto che segue lo schema: regola-eccezione. Nel contesto della Costituzione, pertanto, la giurisdizione esclusiva si presenta come un'estensione di quella di legittimità, della cui natura partecipa: le materie devolute sono contrassegnate dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità. Cfr. Corte cost., sent. n. 204 del 2004 e sent. n. 191 del 2006.

<sup>83</sup> Il potere assume una cruciale importanza poiché la funzione è identificata dalla dottrina nella trasformazione del potere in atto (cfr. BENVENUTI, *Funzione*, cit., 3).

<sup>84</sup> L'altruità dell'interesse perseguito è il tratto caratterizzante del potere amministrativo. Cfr. sul punto BENVENUTI (*Funzione* cit., 2) e le varie definizioni che li vengono offerte: p. es., SANTI ROMANO "*designò col nome di funzioni quelle che vengono esercitate non per un interesse proprio o almeno esclusivamente proprio, ma per un interesse altrui o un interesse oggettivo; sicché, richiamandosi implicitamente alla teoria dello Stato-istituzione, affermò che nel diritto pubblico la loro figura è predominante: infatti, gli interessi oggettivi tutelati dallo Stato, e quelli stessi che in lui si impersonano, sono altresì interessi della collettività considerata nel suo insieme e a prescindere dai singoli che la compongono*"; GIANNINI affina la nozione di funzione, definendola come "*l'attività volta alla cura di interessi alieni, caratterizzata dalla globalità della rilevanza e dalla potestà che normalmente vi inerisce*".

Poteri in tal senso, nel diritto civile, si rintracciano in capo ai titolari di uffici privati, ivi compreso il rappresentante<sup>85</sup>.

La *funzione* amministrativa si colloca al crocevia tra *compito* e *potere*, essendo definita dalla migliore dottrina come una tecnica di realizzazione di compiti mediante il potere attribuito dalla legge per quel compito<sup>86</sup>.

Le classiche funzioni amministrative sono quelle: ablatoria, autorizzatoria, concessoria, urbanistica, di secondo grado, di controllo, sanzionatoria, esecutiva, di accertamento, ispettiva.

Sono indicate in via esplicita in Costituzione solo nelle ipotesi in cui incidano su diritti costituzionali (p. es., negli artt. 13, 14, 17, 21, comma 2, 23, 41, comma 3, 42, 43, 52, 53) e dunque in merito alla funzione ispettiva, ablatoria, urbanistica, sanzionatoria, di autorizzazione.

Le “attività di interesse generale” di cui all’art. 118, 4 comma, Cost., emergono quindi come cosa altra rispetto alle funzioni. Queste ultime sono senz’altro attività di interesse generale (tutta l’amministrazione se ne occupa, per definizione)<sup>87</sup>, ma le attività di interesse generale non si esauriscono in queste.

Accedendo a un’interpretazione prettamente letterale, la sussidiarietà ben potrebbe esprimersi nella devoluzione ai privati di poteri d’imperio (e quindi di funzioni), ma una simile interpretazione è osteggiata dalla dottrina che riferisce la formulazione normativa esclusivamente alle attività di diritto comune, poiché la spendita di potestà di imperio è riservata all’amministrazione, salvi i casi di *munera* pubblici espressamente previsti dalla legge<sup>88</sup>.

L’implementazione del principio di sussidiarietà orizzontale ha comportato una modificazione degli assetti tra lo Stato, inteso come l’apparato dei pubblici poteri e rispettivamente, la comunità dei cittadini nonché il mercato, inteso come insieme degli operatori economici.

---

<sup>85</sup> Per un’analisi delle situazioni giuridiche soggettive di diritto privato si rinvia a GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 55 ss.

<sup>86</sup> Tale nozione di funzione amministrativa fu elaborata da BENVENUTI in *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1955, 45 ss.

<sup>87</sup> Cfr. la definizione di “funzione” di MIELE riportata da BENVENUTI (*Funzione* cit., 2): “un complesso di attività ordinate e coordinate a una data destinazione”.

<sup>88</sup> A giudizio della dottrina dominante le attività di interesse generale di cui all’art. 118., ult. co., Cost. non comprendono le funzioni amministrative in senso tecnico (esercizio di poteri autoritativi). Si veda CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* cit., 4 e D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà* cit., 19. Fanno eccezione i *munera* pubblici: tra i più importanti, sul notariato, v. l’ art. 1 della l. 89/1913, l’art. 2699 c.c. e l’art. 2703 c.c.; per gli avvocati, l’ art. 83 del c.p.c.; per i capitani di nave l’art. 296 del c. nav.

Al riguardo, sembra particolarmente efficace ribadire in maniera sintetica le differenze fra mezzi e valori di riferimento dal punto di vista del mercato, dello Stato o del Terzo Settore.

Il mercato possiede infatti, com'è noto, il suo preminente valore simbolico nel denaro, è caratterizzato dallo scambio utilitaristico e ha per scopo specifico il profitto: il mercato produce beni privati.

Lo Stato ha, da parte sua, il valore preminente nel potere ed esprime in forma autoritativa regole vincolanti per tutti i cittadini, volte a determinare beni pubblici.

Il Terzo Settore ha invece per valore specifico quello della solidarietà e nasce nell'ambito della società civile. Attraverso l'azione di organismi, associazioni, fondazioni, organizzazioni di volontariato, cooperative, ecc. si organizza autonomamente per fornire beni relazionali, ossia orientati ai bisogni specifici e concreti delle persone fra cui sussistono vincoli di fiducia e reciprocità.

I mutamenti degli assetti tra Stato, società e mercato sono compendiabili in due linee direttrici.

La prima direttrice è la privatizzazione sostanziale degli enti: dapprima la privatizzazione formale di soggetti già esistenti seguita dalla dismissione di pacchetti azionari<sup>89</sup>; in seguito la creazione *ex novo* di nuovi soggetti destinati al perseguimento di determinati compiti di utilità sociale e dotate di statuti particolari<sup>90</sup>.

La seconda linea direttrice consiste nella liberalizzazione di attività private e *public utilities*.

Per questa via i privati sono ammessi ad affiancare gli enti pubblici nella gestione di compiti di interesse generale: si pensi ad esempio alle fondazioni che svolgono attività

---

<sup>89</sup> Affinché si possa parlare di sussidiarietà orizzontale, afferma DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 263, "occorre che ci siano soggetti che si diversifichino dal potere pubblico e dal soggetto pubblico per poter instaurare con esso rapporti di complementarità". Tali soggetti derivano da processi di riduzione dell'intervento pubblico diretto, che prendono il nome di "depubblicizzazione o di privatizzazione". Tale fenomeno si verifica solo qualora all'esito del processo di privatizzazione vi sia un'effettiva diversificazione dell'ente rispetto all'organizzazione pubblica.

<sup>90</sup> Il legislatore crea nuove figure disciplinate da norme *ad hoc*, la cui attività è permeata da regole poste da Autorità esterne, regole finalizzate al perseguimento di nuovi bisogni sociali. Il problema che si pone all'interprete è verificare se la conformazione dell'attività in senso pubblicistico è talmente penetrante da attrarre l'ente nell'alveo pubblicistico o se invece l'influenza pubblica si traduce in convenzioni stipulate con un soggetto privato autonomo. I commentatori hanno individuato queste nuove soggettività in una serie di ambiti: nel settore della previdenza, attraverso la costituzione dei fondi pensione di cui al d. lgs. 124/1993; nel settore della sanità tramite i fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale di cui al d. lgs. 502/1992 successivamente modificato e integrato; nel settore dell'assistenza con le organizzazioni di volontariato di cui alla l. 266/1991 e le organizzazioni non governative per la cooperazione allo sviluppo di cui alla l. 49/1987.

finalizzata al perseguimento di scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico.

Il processo di liberalizzazione può condurre alla totale retrocessione dello Stato e alla integrale devoluzione ai privati di attività di interesse generale di pertinenza degli enti pubblici territoriali.

Questa è, senza dubbio, l'applicazione più pregnante della sussidiarietà ed è una fondamentale modalità di riduzione dell'intervento pubblico diretto.

Essa si attua mediante l'affidamento esterno della gestione di un servizio<sup>91</sup>.

Questo fenomeno, che prende il nome di "esternalizzazione", affonda il suo substrato culturale nell'idea che l'autonomia della persona e le sue possibilità di iniziativa individuale costituiscono il limite delle funzioni pubbliche. Questo riconoscimento indubbiamente trascina una riduzione dell'intervento pubblico nel settore dell'economia e nella gestione dei servizi pubblici; inoltre porta a interrogarsi su se sia ipotizzabile una cessione, non solo di compiti, ma di funzioni amministrative ai privati (ovvero la possibilità di perseguire l'interesse generale con i poteri d'imperio), su se essa debba avvenire a livello legislativo e con quali limiti.

L'ammissibilità della sostituzione si fonda su un'interpretazione del rapporto pubblico/privato alla luce del principio di sussidiarietà in chiave di alternatività (e non solo di integrazione), tale che nelle attività in cui il privato è in grado di conseguire un risultato migliore (coniugando efficienza e legalità sostanziale) il pubblico deve ritirarsi.

È in tale prospettiva che il principio di sussidiarietà si salda, stemperando la sua carica ideologica e dirompente, a quelli di adeguatezza e proporzionalità nell'esercizio di funzioni amministrative<sup>92</sup>, di cui significative applicazioni sono i fenomeni di

---

<sup>91</sup> Secondo parte della dottrina, affinché il processo di affidamento esterno determini un vero e proprio fenomeno di sussidiarietà orizzontale, devono sussistere certe condizioni: "a) *allorché, (e questo è normalmente implicato nello stesso concetto di affidamento) l'ente pubblico intende assicurare quella determinata attività;* b) *allorché una attività, pur essendo pubblicamente riservata in sé, venga assicurata come pubblico servizio a certe condizioni (economiche di accessibilità per gli utenti); in questo caso occorre che, anche nell'ambito dell'attività assicurata a condizioni determinate possano coesistere operatori pubblici e privati;* c) *quando infine i soggetti privati operanti in quelle determinate attività, o in quelle assicurate a determinate condizioni di fruizione, non siano conformati pubblicamente in modo da essere funzionalizzati ed eterodiretti dal soggetto pubblico;* d) *quando le modalità del collegamento fra ente pubblico e privati non siano tali da conformare o da funzionalizzare l'attività del privato*"; così DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 319-320.

<sup>92</sup> Il principio di proporzionalità non è stabilito espressamente dalla Costituzione, ma è implicito nel carattere limitato del potere e si compendia nei seguenti principi filosofici: "occorre far prevalere la cosa pubblica alla privata dentro i limiti della vera necessità"; "la legge, arrogandosi un imperio non necessario, vesserebbe senza titolo la libertà dei cittadini"; "la libertà, in vista del fine proposto, può essere vincolata in quella sola quantità che è veramente necessaria per compiere l'opera": così ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del*

esternalizzazione o privatizzazione e l'ampliamento dell'esercizio privato di funzioni pubbliche<sup>93</sup>.

I privati, nello svolgimento di attività di interesse generale, sono vincolati a principi e criteri guida.

Oltre al riferimento finalistico al soddisfacimento dell'interesse pubblico, è necessario che i cittadini rispettino alcuni criteri generali che valgono a distinguere questa attività da quella puramente privatistica.

Innanzitutto, i privati devono garantire il rispetto dell'art. 3 Cost. e non effettuare discriminazioni tra i possibili utenti del servizio erogato. Inoltre, essi sono soggetti ai principi di cui all'art. 1, comma 1, della l. 241/90: pubblicità, trasparenza, economicità, nonché ai principi dell'ordinamento comunitario.

Infatti, in forza del comma 1 *ter* dell'art. 1 della l. 241/90, "*i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1*" e, tra le attività amministrative di cui all'art. 1, comma 1 *ter*, possono sicuramente annoverarsi quelle svolte dai privati nell'interesse generale in virtù dell'art. 118, 4 comma, Cost.<sup>94</sup>.

## 2.2. Esemplicazioni con riferimento ai compiti di welfare state: onlus e impresa sociale.

È certo che le attività di interesse generale comprendano i beni e i servizi alla persona (*beni e servizi sociali*), trattandosi di attività di pubblica utilità che il potere pubblico intende assicurare.

---

*diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 31. Afferma SANDULLI, *Proporzionalità*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4643, che il principio di proporzionalità, nella sua accezione più ampia e generale, "*implica che ogni misura adottata debba essere proporzionata e cioè in grado di perseguire il fine prefissato, recando il minor sacrificio possibile a coloro che ne subiscono gli effetti*". Tale principio, nel settore del diritto pubblico, "*funge da limite armonizzante dell'esercizio del potere ovvero da strumento idoneo a orientare efficacemente l'esercizio del potere, legislativo o esecutivo*". Con specifico riferimento al diritto amministrativo, "*la proporzionalità è utilizzata al fine di valutare se l'azione amministrativa sia in grado di conseguire lo scopo fissato con il minor sacrificio possibile degli interessi compresenti ovvero di verificare quale sia, tra le alternative praticabili, quella che consenta di esplicitare la giusta misura di potere*". La proporzionalità si traduce in un principio giustiziabile, sia davanti alla Corte costituzionale (quando a essere sproporzionato è il potere legislativo), sia davanti al giudice amministrativo (quando la censura riguarda un atto amministrativo).

<sup>93</sup> La fuoriuscita del pubblico dal mercato e dai servizi, la devoluzione ai privati di importanti quote nella gestione dei relativi compiti e quindi il loro ingresso nelle attività tradizionalmente di appannaggio del pubblico potere sono avvenute in prima battuta nei settori della sanità, istruzione, sviluppo economico; poi nell'ambito della sicurezza, mercé appunto privatizzazioni sostanziali, liberalizzazioni, esternalizzazioni.

<sup>94</sup> Cfr. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* cit., 6.

Il fondamento dei compiti di interesse generale è rinvenibile in varie norme costituzionali.

In particolare, tra le norme deputate a regolare i rapporti etico-sociali, ve ne sono alcune che attengono alla necessità politica, ovvero alle ipotesi in cui il mercato potrebbe essere in grado di erogare il servizio, ma non di garantire i livelli essenziali di benessere ai cittadini o di fornire il servizio a un prezzo non eccessivo<sup>95</sup>. Quando ai fallimenti del mercato si affiancano i fallimenti del governo, né il mercato né lo Stato sembrano in grado di risolvere i problemi di efficienza ed equità, cosicché i consumatori preferiscono beni e servizi offerti da organizzazioni *non profit* rispetto a quelli offerti da imprese a fine di lucro o dallo Stato<sup>96</sup>.

Il settore *non profit* è stato incrementato dai processi di privatizzazione che hanno interessato in prima battuta la sanità e l'istruzione e ai servizi di *welfare-state* è stato ammesso a partecipare il Terzo Settore<sup>97</sup>.

Il ricorso alle privatizzazioni risulta dettato dall'esigenza di porre rimedio alle

---

<sup>95</sup> DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 238 descrive gli indirizzi comunitari volti a disciplinare i servizi pubblici e distingue a seconda che sussista o meno il mercato. Se il mercato è funzionante, lo Stato si deve limitare alla sua regolazione normativa; allorché il mercato funzioni ma si ritenga di fornire il servizio a condizioni agevolate rispetto al prezzo di mercato, la regolazione potrà includere modalità degli affidamenti ad evidenza pubblica e aiuti pubblici; allorché il mercato riscontri delle difficoltà di regolamentazione si potranno stabilire particolari modalità di convenzionamento, agevolazione o riserve di attività; in ogni caso potrebbe essere opportuna la creazione di autorità di regolazione indipendenti rispetto a soggetti pubblici e privati.

<sup>96</sup> Due sono le teorie economiche che spiegano l'esistenza delle organizzazioni *non profit*. La teoria della domanda, che si pone dal lato del consumatore mettendo in evidenza le motivazioni che possono indurre un individuo a preferire una *non profit*, individua nelle *non profit* una risposta a un tipo di fallimenti del mercato (l'asimmetria informativa) o ai fallimenti del governo nella fornitura di beni pubblici. La teoria dell'offerta, invece, analizza le ragioni che spingono un gruppo di individui a costituire una organizzazione *non profit*, individuandole nei maggiori benefici derivanti dai minori costi della sua formazione e gestione. Per una trattazione esauriente delle giustificazioni economiche dell'esistenza delle organizzazioni *non profit*, si rinvia a ANGELONI, *L'analisi economica e le organizzazioni-non profit: alcuni riferimenti concettuali*, in *Non-profit e sistemi di welfare. Il contributo dell'analisi economica*, a cura di BORZAGA - FIORENTINI - MATACENA, Roma, 1996, 176 ss.

<sup>97</sup> Per un approfondimento in merito all'applicazione del principio di sussidiarietà al settore dell'istruzione si rinvia a MARZUOLI, *Istruzione e "Stato sussidiario"*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 117 ss. e ad ANTONINI L., *Scuole paritarie e sussidiarietà orizzontale: un passo indietro*, in *Giur. cost.*, 2007, 3, 2038 ss. In quest'ultimo contributo l'Autore mette in luce che tra i parametri invocati dal giudice *a quo* ci fosse anche il principio di sussidiarietà orizzontale. Pur non essendo secondaria la questione del possibile contrasto della normativa impugnata con l'art. 118 ult. comma Cost., la sentenza liquida invece la questione limitandosi ad affermare: "in riferimento all'art. 118 Cost., la cosiddetta sussidiarietà orizzontale non può consentire una interpretazione dell'art. 33 comma 4 Cost. che induca a ritenere le scuole paritarie senz'altro legittimate ad eseguire sempre esami di Stato a beneficio di chiunque, senza esserne alunno, chieda di svolgerli presso di esse". A giudizio dell'Autore, la questione era più complessa. Per un'analisi della sussidiarietà nel settore della sanità si rinvia, per tutti, a PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 85 ss. Osserva FERRARI, *Lo Stato sussidiario* cit., 99 ss. che nella materia dei servizi sociali la contemporanea presenza di soggetti pubblici e di iniziative private è certamente uno dei dati caratterizzanti da secoli. Ciò induce l'Autore a ritenere che rispetto a tale situazione il nuovo principio non sarebbe destinato a introdurre grandi novità.

inefficienze e ai fallimenti del pubblico<sup>98</sup>: l'idea di fondo è stata che, laddove i privati sono in grado di realizzare gli interessi generali mediante il ricorso a forme di autofinanziamento, è meno necessario l'impiego di risorse pubbliche.

Sul versante della privatizzazione sostanziale degli enti, cruciale è stata la l. 59/1997 (riforma Bassanini).

Come sopra anticipato, infatti, l'art. 14 della stessa stabilisce che nel riordinare gli enti pubblici nazionali occorrerà seguire il criterio della *“trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico, nonché di altri enti per il cui funzionamento non è necessaria la personalità di diritto pubblico”*.

In proposito, è stato osservato che *“la motivazione che spinge all'adozione delle forme privatistiche viene normalmente sviluppata in termini di efficienza, in quanto tali forme, rispettose del mercato, permettono un dialogo paritario nei rapporti commerciali e una regolamentazione unitaria - da parte delle Autorità del mercato stesso - per soggetti pubblici e privati”*<sup>99</sup>.

L'art. 4, comma 3, sancisce che il conferimento di funzioni agli enti territoriali deve osservare *“il principio di sussidiarietà (...) attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte di famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati”*<sup>100</sup>.

Quando interessa attività produttive, la privatizzazione degli enti non comporta una modifica del regime di regolazione di dette attività: trattasi di un settore che non è mai stato attratto nello spettro applicativo dello statuto pubblicistico e l'intervento statale, opportuno per esigenze di supplenza dei privati, era (e rimane) regolato dal diritto privato.

Quando invece la privatizzazione riguarda la gestione dei servizi pubblici tramite la trasformazione di enti che perseguono finalità di carattere generale, il servizio continua a essere regolato dal diritto amministrativo e si accompagna alla creazione di nuovi

---

<sup>98</sup> Cfr. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 221 ss. e NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Saggi di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, 2003, 16.

<sup>99</sup> L'autore mette in luce che *“sotto questo profilo è constatabile un sempre maggiore influsso sulle istituzioni del nostro Paese della concezione anglosassone del mercato, del suo rapporto con il diritto e le valutazioni degli istituti di diritto privato secondo le metodologie del tipo Law and Economics”* (DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 264).

<sup>100</sup> Dal disposto normativo risulta quindi che l'applicazione della dimensione verticale del principio deve essere fatta *“tenendo nel massimo conto («anche al fine di») la possibilità di una successiva applicazione del principio anche in senso orizzontale”*: DE CARLI, op. ult. cit., 222.

organismi, le *authorities*, dotate di penetranti poteri di regolazione<sup>101</sup>. In altre parole, il fenomeno della privatizzazione dei servizi pubblici non comporta la cessazione della qualificazione del compito come di pubblico servizio: il bisogno è ancora ritenuto meritevole di tutela, ma non è più necessaria l'attività statale di erogazione<sup>102</sup>.

La diffusa tendenza alla trasformazione degli enti in società per azioni ha portato la dottrina e la giurisprudenza a interrogarsi su quando il mutamento di veste e compagine azionaria delle società pubbliche comporti una autentica devoluzione ai privati e quando invece si inserisca in un processo di snellimento dell'apparato che rimarrebbe pubblico seppure con forme privatistiche. La forma privatistica, infatti, non comporta necessariamente l'estraneità del soggetto all'organizzazione amministrativa.

Nel tentativo di trovare una soluzione a questo problema, sono state elaborate varie teorie finalizzate a individuare gli elementi sintomatici della «pubblicità» così da poter individuare i tratti distintivi delle figure soggettive pubbliche rispetto a quelle private.

In passato, prevaleva la *concezione c.d. sostanzialistica*, così definita in quanto riteneva che un ente fosse pubblico solo se la legge gli attribuiva poteri d'imperio e se era finalizzato alla realizzazione di interessi generali<sup>103</sup>.

Detta concezione si è però rilevata insufficiente per spiegare l'esistenza di enti destinati ad espletare servizi senza essere titolari di poteri pubblici (nonché per gli enti pubblici economici); pertanto, è prevalsa, in seguito, una *concezione di tipo formale e organizzatorio*, così definita in quanto gli elementi sintomatici della pubblicità si ravvisano nella disciplina organizzativa, cioè nella peculiare relazione che intercorre con i poteri pubblici: rapporto di servizio rispetto al potere pubblico; potere di nomina e/o di revoca degli amministratori; poteri di direttiva e di controllo; finanziamenti.

---

<sup>101</sup> La trasformazione degli enti pubblici in società operanti in settori di pubblica utilità (telecomunicazioni, telefonia, fonti energetiche) è peculiare. In primo luogo, ai sensi dell'art. 14, d. l. 333/1992, conv. dalla l. 359/1992, le attività attribuite in monopolio all'ente (es. all'Eni, all'Ente Poste) sono affidate a titolo di concessione alla società per la durata minima di venti anni e sono conservati i poteri pubblicistici dei quali l'ente era titolare (dichiarazione di pubblica utilità, necessità e urgenza di opere). In secondo luogo, in caso di dismissioni (alienazioni) che comportino la perdita del controllo, lo Stato mantiene i poteri speciali di cui all'art. 2, d. l. 332/1994, convertito dalla l. 474/1994 (cd. *golden share*). Infine, le dismissioni delle partecipazioni pubbliche (privatizzazione "sostanziale") sono subordinate alla creazione di autorità regolatrici con compiti in materia di tariffe e qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico (art. 1 *bis* del d. l. 332/1994, aggiunto dalla legge di conversione). Sulla privatizzazione nel dritto amministrativo cfr. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 5 ss.

<sup>102</sup> Il carattere pubblicistico non deriva dalla natura dell'ente erogatore del servizio, bensì dalla natura del servizio stesso. Delinea la tematica della privatizzazione ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 3, 660. L'Autore riconosce che la riduzione della sfera pubblica, intesa come ambito dei bisogni a soddisfazione necessaria, sia ovviamente possibile, ferma la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo che lo Stato deve assicurare.

<sup>103</sup> NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in *Giust. amm.*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2004, 5.

*“Particolarmente importante, ma pur sempre non decisiva (anche i privati, infatti, si giovano di finanziamenti pubblici) è l'utilizzazione di danaro pubblico, atteso che impiegare risorse provenienti dalla collettività non può non rendere responsabile il soggetto nei confronti della collettività stessa ed imporre il rispetto, nello svolgimento dell'attività, delle regole costituzionali di imparzialità e buon andamento”*<sup>104</sup>.

Oggi, dunque, abbandonati i criteri formali di qualificazione, sempre più spesso la dottrina ricorre a quelli sostanziali, sviluppando “indici rivelatori” della pubblicità, o elaborando interpretazioni teleologicamente orientate alla *ratio* della specifica previsione normativa<sup>105</sup>.

In particolare, la natura pubblicistica viene desunta dai seguenti parametri: “*a) un sistema di controlli pubblici statali o regionali; b) l'ingerenza di un pubblico potere nella nomina e nella revoca dei dirigenti e nell'amministrazione dell'ente; c) la partecipazione dello Stato o di altra P.A. alle spese di gestione; d) il potere di direttiva dello Stato; e) il finanziamento pubblico istituzionale; f) la costituzione ad iniziativa pubblica; g) la presenza di poteri pubblici di vario genere (si pensi al potere disciplinare o a quello di certificazione)*”<sup>106</sup>, nonché il perseguimento di scopi di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Così prosegue NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, cit. Di conseguenza, la gestione finanziaria degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria è controllata dalla Corte dei conti (art. 100, co. 2°, Cost.). In altri termini, si è detto che tutte le figure soggettive pubbliche, sia pure con graduazioni diverse (che derivano dal diverso tipo di relazione organizzativa che le lega allo Stato o ad altri poteri pubblici), sono soggette a una serie di poteri amministrativi imputati allo Stato o agli enti territoriali (soggezione alla cd. ingerenza dei pubblici poteri). Tra questi poteri spiccano: i poteri di vigilanza (ispezione, approvazione di determinate atti, scioglimento degli organi ordinari e nomina di organi straordinari); il potere di annullamento degli atti dell'ente spettante al soggetto che esercita la vigilanza, oppure al Governo nell'esercizio del potere di annullamento cd. “straordinario”; il potere di controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria degli enti pubblici cui l'amministrazione statale contribuisce con apporto patrimoniale (art. 12 della l. 259/1958).

<sup>105</sup> NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione* cit., 4745.

<sup>106</sup> La ricorrenza di alcuni di questi indici rivela la natura pubblicistica dell'ente in ragione della sua collocazione in un regime di diritto pubblico: di essi l'interprete si può avvalere in via sussidiaria, ovvero se manca una qualifica pubblicistica legale (cfr. BELLOMO, *Manuale di diritto* cit., vol. 1, 611). Analogamente, CHIEPPA - GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 162, individuano questi parametri, i quali devono sussistere congiuntamente: “*a) esistenza di un sistema di controlli pubblici; b) partecipazione dello Stato o di altro ente pubblico alle spese di gestione; c) il fatto che l'ente sia stato costituito ad iniziativa pubblica; d) esistenza di un potere di direttiva in capo all'ente pubblico; e) l'ingerenza di un ente pubblico nella nomina degli organi di vertice*”.

<sup>107</sup> Sulle problematiche attinenti la privatizzazione formale e sostanziale si rinvia a DEL GATTO, *Natura privata e «sostanza pubblica»*. *Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2, 579 ss. In questo contributo l'Autore analizza gli effetti della trasformazione in persone giuridiche private di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza. Il Consiglio di Stato, in linea con il suo consolidato orientamento, ha qualificato la Cassa di previdenza dei dottori commercialisti come organismo di diritto pubblico, ritenendo integrato sia il requisito teleologico del perseguimento di bisogni di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale, che il requisito dell'influenza dominante da parte dello Stato. Quest'ultimo requisito sussiste in forza

Sulla questione, si registra un atteggiamento ondivago dei giudici nazionali, un tempo conservatore e volto a mantenere le preesistenti qualificazioni pubblicistiche, e oggi, invece, decisamente aperto alle privatizzazioni.

Sul punto si è pronunciata anche la Corte costituzionale che, nel ricostruire la natura delle fondazioni bancarie, ha fatto applicazione del principio di sussidiarietà, riconducendole a una *“espressione organizzata di libertà sociale, anche in considerazione di quanto stabilito dall’art. 118, comma 4, Cost. in tema di sussidiarietà orizzontale”*<sup>108</sup>.

La dottrina ha enfatizzato la portata sistematica della sentenza: essa contribuirebbe a dare una più precisa configurazione al principio, mostrando come la sussidiarietà orizzontale si concretizzi in enti senza fini di lucro, con compiti di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico<sup>109</sup>.

La ricostruzione della Corte costituzionale era stata peraltro preceduta da un celebre parere del Consiglio di Stato nel quale la locuzione *“favoriscono”* di cui all’art. 118 Cost. era stata intesa come volta a fissare un obbligo che, analizzato sotto il profilo economico, determina una situazione per cui *“appare meno necessario impiegare risorse pubbliche là dove operano, o sono in grado di operare i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall’apporto disinteressato dei privati”*<sup>110</sup>.

---

dell’equiparazione della contribuzione obbligatoria da parte degli iscritti (avente natura di obbligazione tributaria) a un finanziamento indiretto dello Stato e ravvisando gli estremi della dominanza pubblica nell’esistenza di un controllo pubblico di particolare intensità da parte del ministero. Il commentatore evidenzia la tendenza della giurisprudenza amministrativa a utilizzare la nozione di organismo di diritto pubblico per allargare la sfera pubblica, così qualificando come pubblici soggetti ormai privati.

<sup>108</sup> Corte cost., sent. n. 300/2003.

<sup>109</sup> Sul punto anche GAMBARDELLA, *Le fondazioni bancarie e l’organismo di diritto pubblico dopo i recenti interventi della Corte costituzionale*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 06, 1912 ss.; COSTI, *Le fondazioni bancarie: un nuovo governo dell’economia?*, in *Dir. e Proc. civ.*, 2011, 4, 5 ss. si pone il problema di come si possano conciliare le finalità sociali delle fondazioni bancarie con gli scopi lucrativi o mutualistici delle società lucrative o cooperative alle quali le fondazioni partecipino. Naturalmente, il problema si è posto soprattutto con riferimento alle banche, ma lo stesso si ripropone ogni qualvolta la fondazione assuma una partecipazione significativa in una società lucrativa o mutualistica. RINALDI, *La natura di imprese delle fondazioni bancarie e la inapplicabilità dell’esonero della ritenuta d’acconto sui dividendi: luci ed ombre della sentenza a Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2007, 5, 972 ss. individua il nucleo della sentenza nel riconoscimento della natura imprenditoriale delle fondazioni, attratte, pertanto, nella sfera operativa delle norme del Trattato europeo sugli aiuti di Stato. In sede di rinvio, il giudice, dovendo accertare l’attività effettivamente svolta nel periodo di riferimento ai fini dell’applicazione della normativa sugli aiuti fiscali, decide *“sulla base degli elementi che la fondazione stessa, in quanto soggetto che invoca l’agevolazione, fornirà a dimostrazione della sussistenza dei presupposti per l’applicazione”*. È sulla base del diritto comunitario della concorrenza che deve individuarsi il concetto di impresa, tendenzialmente ravvisabile in qualsivoglia soggetto che eserciti un’attività economica e offra beni o servizi sul mercato in concorrenza con altri operatori.

<sup>110</sup> Cons. St., sez. atti normativi, n. 1354/2002, ma v. anche Cons. St., sez. atti normativi, n. 1794/2002.

Malgrado le coordinate offerte dalla Corte costituzionale in materia di fondazioni di origine bancaria, persiste la tendenza dei giudici nazionali a tenere ferme le qualifiche pubblicistiche, ricavando il carattere pubblicistico degli enti dalla mera introduzione di limiti legislativi *ad hoc* all'applicabilità della disciplina civilistica: tutto ciò di per sé in controtendenza rispetto al principio di sussidiarietà orizzontale.

La giurisprudenza, cioè, mantenendo fermo il collegamento tra interesse pubblico e natura pubblica del soggetto che lo persegue, pare dimenticare che la nostra Costituzione, recependo il principio pluralistico, nega l'esistenza di tale rapporto biunivoco<sup>111</sup>. La tutela degli interessi di rilevanza generale potendo infatti ben essere assicurata da un soggetto privato assoggettato a limiti più stringenti proprio in ragione agli interessi coinvolti.

La privatizzazione avvenuta in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale ha portato alla soppressione di enti, o alla loro trasformazione in associazioni e fondazioni oggi operanti nel Terzo Settore.

Dalle leggi emanate in tema<sup>112</sup> traspare un sistema che fa leva sulla identificazione di alcuni soggetti che, in ragione di determinati connotati (quali la forma organizzativa, lo scopo dichiarato e perseguito, la composizione partecipativa, il settore di operatività), vengono elevati a enti meritevoli di agevolazioni-incentivi e resi quindi destinatari di norme e di provvedimenti di favore.

E' così che oggi abbiamo le "organizzazioni di volontariato", le "cooperative sociali", le "organizzazioni non lucrative di utilità sociale" (ONLUS), le "associazioni di promozione sociale", le "istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza" e, da ultimo, "l'impresa sociale"<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Cfr. DEL GATTO, *Il Consiglio di Stato*. In questo senso cfr., p. es., Cons. St. n. 4711/2002.

<sup>112</sup> Si rinvia ai seguenti testi normativi: la legge sulla cooperazione dell'Italia con i Paesi in via di sviluppo (l. 26 febbraio 1987, n. 49) e sulle organizzazioni non governative in essa previste (art. 11, lett. e), e 28 ss.); la legge quadro sul volontariato (l. 11 agosto 1991, n. 266) che definisce e disciplina le organizzazioni di volontariato (art. 3 ss.); la legge sulle cooperative sociali (l. 8 novembre 1991, n. 381) che definisce e disciplina queste cooperative; la legge sul riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460) che - su delega della l. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 3, commi 188 e 189 - definisce e disciplina le ONLUS (art. 10 ss.); la legge sulle associazioni di promozione sociale (l. 7 dicembre 2000, n. 383) che definisce e disciplina questo istituto (art. 2 ss.); la legge sul riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (d. lgs. 4 maggio 2001, n. 207) che, su delega della l. 8 novembre 2000, n. 328, art. 10, ridisciplina dette istituzioni.

<sup>113</sup> In via di prima approssimazione si osserva che le organizzazioni *non profit* non sono state oggetto di una regolamentazione omogenea e sono caratterizzate da un dato comune: il divieto di distribuire gli utili sotto forma di dividendi, con la precisazione che con il termine «utili» si intendono i guadagni in eccesso, una volta che sono stati pagati i compensi per ogni tipo di servizi resi. Il requisito della non distribuzione degli utili non è però sufficiente a caratterizzare il settore *non profit*: ad esempio ne sono esclusi gli enti che

Il d. lgs. 155/2006 ha disciplinato quest'ultima, definendola come una organizzazione privata *non profit*<sup>114</sup> che esercita in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o scambio di beni o servizi di utilità sociale nei settori indicati dall'art. 2 e volta a realizzare finalità di interesse generale<sup>115</sup>.

L'impresa sociale, secondo il disposto normativo, può assumere la veste giuridica di società.

L'art. 2 enuncia i settori di utilità sociale, con un catalogo che riassume le attività di *welfare-state* che i privati possono svolgere in luogo dello Stato. Essi sono: assistenza sociale, assistenza sanitaria, educazione, istruzione e formazione; tutela dell'ambiente e dell'ecosistema; valorizzazione del patrimonio culturale, turismo sociale; formazione universitaria e post-universitaria, ricerca ed erogazione di servizi culturali, formazione extrascolastica finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo; servizi strumentali alle imprese sociali.

Anteriormente a questa previsione normativa, gli art. 2 e 3 della l. 383/2000 avevano introdotto le "associazioni di promozione sociale", individuando l'ambito di attività di interesse generale. Esse sono volte a perseguire statutariamente scopi solidaristici con

---

svolgono attività i cui proventi sono completamente auto-destinati in un'ottica di auto interesse (come i gruppi di autoconsumo e i gruppi di rappresentanza degli interessi di una categoria specifica). I criteri di identificazione delle organizzazioni *non profit* e le varie definizioni offerte dalla dottrina economica sono analizzati da ANGELONI, *L'analisi economica* cit., 165 ss. Il panorama delle organizzazioni *non profit* è estremamente variegato: per orientarsi in esso è utile lo studio di ZANGRANDI, *Uno schema di classificazione delle organizzazioni non-profit*, in *Non-profit e sistemi di welfare. Il contributo dell'analisi economica*, a cura di BORZAGA - FIORENTINI - MATAACENA, Roma, 1996, 241 ss.,

<sup>114</sup> Ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. 155/2006, "*l'organizzazione che esercita un'impresa sociale destina gli utili e gli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio. A tal fine è vietata la distribuzione, anche in forma indiretta, di utili e avanzi di gestione, comunque denominati, nonché fondi e riserve in favore di amministratori, soci, partecipanti, lavoratori o collaboratori*". È pacifico che la clausola non lucrativa non sia incompatibile con la produzione di profitti, che anzi sono fisiologici nell'ambito di un'attività d'impresa. "*Un'organizzazione non profit è libera di pagare chiunque abbia offerto capitale o lavoro. Di conseguenza, il vincolo di non distribuzione degli utili non implica l'assenza di un profitto, dal momento che in realtà un'impresa non profit può ugualmente ottenere un profitto, che tuttavia, non può essere distribuito tra i soci, ma deve essere interamente reinvestito per finalità istituzionali*" (così ANGELONI, *L'analisi economica* cit., 165-166). Ciò che caratterizza l'impresa sociale come ente non avente scopo di lucro è il divieto di distribuzione dei profitti in forme diverse dal reinvestimento degli stessi in conformità alla natura e agli scopi dell'iniziativa. La disciplina in commento consente, pertanto, alle imprese sociali di esercitare in via prevalente e stabile un'attività economica, pur vietando la distribuzione degli utili, ma così ammettendo il c.d. *lucro oggettivo*, cioè quello conseguito ordinariamente dall'ente mediante lo svolgimento dell'attività. Esso si configura proprio quando un ente svolge un'attività economica, ma i proventi di quest'ultima sono reinvestiti nell'attività dell'ente medesimo. Lo svolgimento di un'attività economica con limite della non redistribuzione degli utili non rappresenta una novità apportata dalla normativa sull'impresa sociale, bensì è un fenomeno conosciuto dalla dottrina economica. La distinzione tra lucro soggettivo e oggettivo è stata enunciata da tempo: per tutti, v. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 54.

<sup>115</sup> Diffusamente sulla legge che ha introdotto l'impresa sociale cfr. RIVOLTA, *Impresa, valori sociali e nuova sanità*, in *Giur. comm.*, 2004, 6, 1161 ss. e ANGIULI, *L'impresa sociale come categoria trasversale di ente non profit*, in *Dir. famiglia*, 2008, 3, 1553 ss.

l'assenza di finalità lucrative<sup>116</sup>. Le loro prestazioni hanno carattere gratuito e le attività poste in essere sono quelle finalizzate alla promozione politica, sociale e civile della popolazione, allo sviluppo della personalità umana, alla pratica della solidarietà, alla rimozione degli ostacoli che limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, alla promozione delle pari opportunità, alla tutela e valorizzazione del patrimonio storico, artistico e ambientale, alla crescita dell'istruzione e dell'educazione permanente; allo sviluppo del turismo sociale; alla diffusione della pratica sportiva.

In esito all'analisi delle leggi sugli enti di promozione sociale, è possibile notare come il legislatore, nell'aggiungere un nuovo tassello al percorso volto a riconoscere dignità a tale tipologia di organismi, sia stato ispirato da un particolare intento promozionale nei confronti di detti organismi, intento che è, del resto, riscontrabile anche in altri esempi normativi<sup>117</sup>, tutti chiaramente volti a implementare la sussidiarietà orizzontale.

In merito ai rapporti tra Terzo Settore e sussidiarietà orizzontale si è pronunciato il Consiglio di Stato nel parere n. 1440/03.

L'intervento del supremo giudice amministrativo appare di grande rilevanza, in quanto il Consiglio di Stato si è soffermato ampiamente sul concetto di sussidiarietà orizzontale per valutare l'ammissibilità del finanziamento pubblico a soggetti privati, e così

---

<sup>116</sup> Inoltre, il primo comma dell'art. 2 della l. 283/00, nell'elencare le fattispecie inquadrabili nelle associazioni di promozione sociale adotta un criterio di massima ispirato alla neutralità delle forme giuridiche: il tipo di attività esercitato, infatti, presuppone un'organizzazione che non necessariamente deve rivestire una determinata forma preconstituita (tipizzata) dal legislatore, potendo assumere qualsiasi veste, sia quella di associazione riconosciuta che non riconosciuta, sia quella della cooperativa che del comitato.

<sup>117</sup> Oggetto di critica, da parte dei commentatori, è l'assoluta mancanza di coordinamento con la disciplina generale del codice civile, il quale resta tuttora legato all'antica dicotomia tra persone giuridiche ed enti di fatto, enti con scopo di lucro ed enti a carattere ideale, dicotomia alla quale si contrappone l'esistenza, riconosciuta, disciplinata e regolata con legge ordinaria, di enti a carattere ideale ma abilitati allo svolgimento di attività economiche ed enti privi di personalità giuridica ma capaci di acquistare beni, di ottenere sovvenzioni da parte dello Stato, di costituirsi in giudizio e rispondere verso i terzi in maniera non molto dissimile da cooperative e associazioni riconosciute. L'interpretazione dottrinale più accreditata consente agli enti senza scopo di lucro l'esercizio di attività d'impresa in via strumentale e tale orientamento è stato accolto dalla giurisprudenza maggioritaria (cfr. ANGIULI, *L'impresa sociale* cit., 1553 ss). Le prime leggi speciali che hanno consentito a enti senza scopo di lucro di esercitare un'attività economica sono la l. 28 gennaio 1971, n. 220, di ratifica della Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche e la l. 18 gennaio 1981, n. 659, sull'esercizio di un'attività economica da parte dei partiti politici. Gli artt. 16 della l. 20 maggio 1985, n. 222, e 22 della l. n. 22 novembre 1988 n. 516, e 15 della l. 22 novembre 1988, n. 517, e 26 della l. 8 marzo 1989, n. 101, hanno autorizzato gli enti religiosi allo svolgimento di attività anche diverse da quelle di religione o culto, ossia anche le attività commerciali o a scopo di lucro. L'art. 3, co. 1, ultima parte, del d. lgs 153/1999, ha disposto che le fondazioni bancarie "*possono esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statutari ed esclusivamente nei settori rilevanti*".

“offrendo, fra le righe del parere, una sorta di piccolo trattato sul principio in questione”<sup>118</sup>.

La Sezione ha ritenuto di dover interpretare la nozione in senso diverso da quanto emerge dallo schema di regolamento ministeriale<sup>119</sup>, recependo il significato desumibile da studi sociologici.

Elaborando la cornice teorica dell'argomentazione, il Consiglio di Stato richiamava le fonti che nel nostro ordinamento si riferiscono espressamente al principio di sussidiarietà: l'art. 118, quarto comma, della Costituzione, preceduto dall'art. 4, terzo comma, della l. n. 59 del 1997<sup>120</sup> e dall'art. 3, quinto comma, del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (il c.d. *Testo Unico sugli enti locali*)<sup>121</sup>, precisando che tali testi normativi “rappresentano l'antecedente logico o, forse meglio, il precetto sostanziale poi inserito a livello fondamentale nella gerarchia delle fonti”<sup>122</sup>.

Rispetto a questo quadro normativo, il Consiglio di Stato osserva “l'assenza di obblighi di riconoscimento, autorizzazione e qualificazione delle attività di interesse generale poste in essere da soggetti comunitari (famiglie, associazioni, comunità) da parte delle pubbliche autorità: l'autonomia di tali soggetti avrebbe infatti carattere originario”<sup>123</sup> e tali disposti normativi avrebbero fornito la “prova di una riserva

---

<sup>118</sup> Così RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004, 718. Inoltre sono rilevanti le conseguenze pratiche che ne conseguono: con la pronuncia *de quo* il Consiglio di Stato ha escluso che la sussidiarietà orizzontale possa essere “utilizzata per fattispecie di aiuti alle imprese”.

<sup>119</sup> Il parere venne richiesto alla Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato dal Ministero dell'Interno riguardo a uno schema di regolamento per la definizione dei criteri e delle modalità di accesso al fondo per la tutela e lo sviluppo economico-sociale delle isole minori, istituito dalla legge finanziaria per il 2002 (art. 25, commi 7, 8 e 9, della l. 28 dicembre 2001, n. 448). La decisione di consentire l'accesso al fondo alle imprese private era stata argomentata dall'Amministrazione referente anche sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale: “alla stregua di quel canone, la salvaguardia dell'interesse generale ed il carattere pubblico dell'intervento, che dovrebbe essere attuato dai soggetti imprenditoriali privati, sarebbe garantita dall'attestazione dell'ente locale sulla rispondenza dei progetti presentati dalle imprese agli interessi dell'ente stesso”. La Sezione invece, esprimendo parere sfavorevole allo schema di regolamento ministeriale, affermò che la nozione di sussidiarietà orizzontale “non può essere utilizzata per la fattispecie di aiuti alle imprese”.

<sup>120</sup> La legge n. 59 del 1997, definita prima legge Bassanini, ha stabilito che il conferimento di funzioni agli enti territoriali deve osservare, tra gli altri, “il principio di sussidiarietà, (...) 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”.

<sup>121</sup> L'art. 3, quinto comma, del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (il c.d. *Testo Unico sugli enti locali*), recita che “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”.

<sup>122</sup> Cons. St., sez. atti normativi, parere n. 1440/2003.

<sup>123</sup> Il Consiglio di Stato distingue il piano descrittivo di derivazione sociologica e il piano normativo di qualificazione da parte dell'ordinamento (cfr. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *www.federalismi.it*, 2006, 25). Inoltre, in un passaggio successivo la Sezione consultiva evidenzia che il

*originaria di materie (...) a soggetti esponenti del fenomeno della cittadinanza societaria*”, sui quali è dislocato *“lo svolgimento implicito di funzioni tipiche dell’ente pubblico di riferimento”*<sup>124</sup>

A questo punto, infatti, la Sezione consultiva rinviava alla teoria sociologica elaborata da Pierpaolo Donati nel suo: *“La cittadinanza societaria”*<sup>125</sup>.

Secondo le parole del sociologo bolognese, tale espressione si riferisce alla *“forma di un complesso di diritti-doveri delle persone e delle formazioni associative che articola la vita civica in autonomie universalistiche, capaci di integrare la generalità dei fini con pratiche di autogestione”*<sup>126</sup>; ovvero, per dirla con il Consiglio di Stato: *“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 preconfezionate da autorità munite di pubblici poteri”*<sup>127</sup>.

In questa prospettiva, accanto alle note categorie del pubblico e del privato, si colloca la categoria del privato sociale, originaria e autonoma rispetto allo Stato e al mercato.

---

precetto costituzionale (art. 118, ult. comma, Cost.) *“sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario”*.

<sup>124</sup> Cons. St. sez. atti normativi, n. 1440/2003.

<sup>125</sup> DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 2000. È RAZZANO, *Il Consiglio di Stato* cit., 719, che individua la dottrina alla quale si riferisce il Consiglio di Stato. Sul punto, critico STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., 25-26, il quale osserva che la dottrina sociologica riferita viene concepita dal Consiglio di Stato come *“«oggettiva», tanto da poter orientare l’interpretazione normativa”*, mentre alla nozione di cittadinanza societaria *“va riconosciuto il legame indissolubile con una concezione generale delle sorti e dello stadio del welfare state, e, in esso, delle politiche sociali e del cosiddetto «terzo settore», tutt’altro che universalmente accettata dalla «dottrina sociologica». Si tratta invece di uno dei campi più controversi in cui le «dottrine sociologiche» (il plurale è meglio conforme allo stato delle cose) si siano espresse, toccando alcuni temi di fondo e giungendo a conclusioni inconciliabili”*.

<sup>126</sup> Così RAZZANO, *Il Consiglio di Stato* cit., 719. Si tratta di *“sfere relazionali che sono private nella loro gestione mentre agiscono - in maniera pubblicamente rendicontabile - in funzione di uno scopo sociale di solidarietà, quindi non per interessi strumentali propri o altrui”*.

<sup>127</sup> Cons. St. sez. atti normativi, n. 1440/2003. Secondo STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., 26, le fattispecie riconducibili al Terzo Settore non sono solo quelle identificate dal Consiglio di Stato, che nel parere sembra avere un approccio riduttivo poco analitico del fenomeno. Afferma l’Autore che *“altrettanto controversa è l’identificazione del «terzo settore», di cui si accetta «il carattere di sussidiarietà che riveste rispetto all’intervento pubblico», non solo in campo socio-assistenziale; ma che poi si presenta come «una realtà estremamente variegata», di difficile definizione secondo un paradigma accettato, e comunque non del tutto estranea alle logiche regolative delle burocrazie pubbliche e delle imprese in regime di mercato: la semplificazione contenuta nel richiamato parere del Consiglio di Stato quanto all’identificazione dei soggetti («...famiglie, associazioni...») appare veramente inane, se si vuole partire dagli assunti di una «dottrina sociologica»”*.

Le iniziative del “privato sociale” esprimerebbero infatti, nel quadro di una “cittadinanza societaria”, non tanto altruismo e buone intenzioni soggettive, quanto veri e propri “diritti e doveri pubblici”<sup>128</sup>.

La relazione di cittadinanza societaria si crea infatti fra gli stessi cittadini in un ambito sociale o territoriale concreto, locale e peculiare, con il fine di migliorare e soddisfare specifici bisogni, senza aspettarsi tendenzialmente nulla dallo Stato e dagli enti locali.

Di talché, la questione messa in evidenza da Donati è in primo luogo quella del riconoscimento di una nuova identità e, in secondo luogo, quella di orientare l’ordinamento verso l’effettiva autonomia di questi fenomeni sociali. In terzo luogo, infine, quella di promuovere tali autonomie, nella misura in cui l’ordinamento costituzionale le consideri un valore della società inscritto nei suoi stessi fondamenti<sup>129</sup>.

Il Consiglio di Stato, facendo propria questa visione sociologica, l’ha tradotta in termini giuridici, in particolare, tratteggiandone i confini rispetto a fattispecie similari. È stata così sottolineata la distinzione fra il modello della *cittadinanza societaria* e quello della *cittadinanza partecipativa o procedimentale*, “nella quale si realizzano le garanzie prevalentemente giuridiche del soggetto privato”. In tal modo si evidenzia che le forme tipiche di cittadinanza societaria sono ancora tutte da costruire e che la possibilità del cittadino di porsi in relazione con la pubblica amministrazione è qualcosa di diverso dalla promozione dell’autonomia sociale<sup>130</sup>.

Sotto il profilo della relazione fra autonomie sociali e autonomie territoriali, la Sezione consultiva ha ritenuto che, sulla base del disposto dell’art. 118, ult. comma, Cost., le pubbliche autorità devono favorire e rispettare la libertà di iniziativa dei cittadini, mentre successivamente, quando le attività hanno assunto forma e contenuto, l’ordinamento può eventualmente riconoscerne la pubblica utilità.

In proposito, viene richiamato l’art. 3, quinto comma, del cit. T.U.E.L., secondo cui “*i comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono*

---

<sup>128</sup> Cfr. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato* cit., 719. Sempre secondo DONATI, la cittadinanza cesserebbe in tale modo di essere una realtà sociale e giuridica di esclusiva competenza statale, convertendosi in una relazione fra persone che non agiscono né per profitto, né per comando, al di là del mercato e dello Stato. Esistono infatti sfere di relazioni sociali democratiche, reciproche e solidali, anche di rilievo economico, che si collocano al di là sia dello scambio utilitaristico, che della stessa relazione individuo/Stato (in quanto erogatore di servizi generali, indistintamente attribuiti a chiunque possieda il titolo di cittadino).

<sup>129</sup> RAZZANO, *Il Consiglio di Stato* cit., 719.

<sup>130</sup> RAZZANO, *ibidem*. Lo stesso DONATI, *La cittadinanza societaria* cit., 58, mette in luce, analizzando la l. 142/1990 e la l. 241/1990, che le norme sul procedimento amministrativo rispecchiano la vecchia concezione della cittadinanza “come partecipazione” piuttosto che “come promozione” delle autonomie sociali.

*essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”.*

Trattandosi in questi casi di *“manifestazioni originarie e non comprimibili di cittadinanza societaria”*, il Consiglio di Stato ha precisato che la loro attività non è normata: non vi sono regole prestabilite nel momento in cui alcuni soggetti, per lo più comunitari (famiglie, associazioni ...) agiscono come cittadini *“attraverso l’assunzione di compiti, la risoluzione di problemi pratici compresenti in una collettività, la gestione di attività coerenti allo sviluppo della comunità stessa”*, assumendo allo stesso tempo la veste di agente e utente del servizio<sup>131</sup>.

Evidenziato che in capo alle pubbliche autorità non sussiste alcun diritto-dovere di qualificare e recepire nell’ordinamento generale le espressioni di cittadinanza societaria, ma solo di prendere atto della loro esistenza, il Consiglio di Stato opera, poi, una distinzione fra ordinamento generale e ordinamenti di base, precisando che in questi ultimi *“lo sviluppo delle relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto e adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni societarie (in quanto munite della relativa cittadinanza) di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento”*<sup>132</sup>.

Il principio di sussidiarietà orizzontale implica la necessità di rideterminare le metodiche della democrazia e conduce a una ridefinizione della stessa nozione, alla luce della quale sarebbe la società civile il centro attorno a cui è chiamato a gravitare l’intero ordinamento giuridico.

Il Consiglio di Stato ha colto l’occasione per inquadrare ulteriormente l’ambito di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale, identificandone il campo di applicazione soprattutto sul versante sociale ed escludendo tanto il mercato quanto le attività correlate all’esercizio di pubblici poteri<sup>133</sup>.

I precetti costituzionali e ordinari fissano i requisiti (impliciti) dei fenomeni tipici della sussidiarietà orizzontale: *“sussistenza di una certa attività a cura e iniziativa dei cittadini, famiglie, associazioni, comunità che si riveli adeguata e di interesse generale, tipicità*

---

<sup>131</sup> Si evidenzia inoltre, sempre da parte della Sezione consultiva, che tali forme di impegno, che si dislocano *“a livello di soggetti utenti e agenti nello stesso tempo”*, costituiscono un fenomeno che sorge *“dalla consapevolezza democratica che sempre di più emerge nella società civile”*.

<sup>132</sup> Il Consiglio di Stato esorta a *“rideterminare le metodiche della democrazia non solo con riferimento ai poteri dei singoli nell’ordinamento generale (diritti soggettivi pubblici e situazioni giuridiche collegate), ma anche con riguardo alle forme di estrinsecazione della personalità sociale nel proprio contesto di base, in ragione della consapevolezza democratica e della volontà sempre più decisa delle singole comunità di base di regolare al proprio interno scelte di interesse generale”*.

<sup>133</sup> Cons. St., sez. atti normativi, n. 1440/2003.

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 il 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”<sup>134</sup>.

In questa direzione la Sezione consultiva non ha tralasciato di evidenziare, come si è visto in più passaggi, il profilo soggettivo delle espressioni proprie della cittadinanza societaria<sup>135</sup> e accanto a questa componente ha fatto pure emergere l'attenzione per l'aspetto oggettivo: le attività poste in essere da tali soggetti, volte alla “cura e iniziativa di cittadini, famiglie, ecc.”, sono “adeguate”, “di interesse generale”, “tipiche”, “riferibili esclusivamente a quei soggetti”, in grado di andare a beneficio dell'intera collettività.

La Sezione consultiva ha posto in definitiva l'accento sui caratteri sostanziali e sulle condizioni soggettive e oggettive dei fenomeni tipici della cittadinanza societaria, manifestando così di ritenere secondaria la forma giuridica degli stessi: la forma giuridica, infatti, ben poco dice, potendo il *nomen iuris* di impresa anche riferirsi ad enti *non profit*, come dimostra la legge sull'impresa sociale<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Il Consiglio di Stato giunge alla seguente affermazione: “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”. Il Consiglio di Stato esclude così, a chiare lettere, che possa rappresentare un'espressione di sussidiarietà orizzontale quella sorta di convergenza fra interessi dei soggetti imprenditoriali privati e interessi degli enti locali che si sarebbe andata configurando secondo il disegno di regolamento ministeriale sottoposto al giudizio della Sezione consultiva. Una conclusione che, nel contesto del parere, appare in linea con la concezione della cittadinanza societaria che il Consiglio di Stato ha voluto far propria. Il Consiglio di Stato non manca di riconoscere che, assolti i requisiti soggettivi e oggettivi, è in ipotesi applicabile “la metodica dell'ausilio finanziario pubblico erogato in ambiti territoriali determinati”, quale forma di concorso per l'implicita utilizzazione dei benefici da parte dell'intera collettività. Una situazione che tuttavia, chiarisce il Consiglio di Stato, “non 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 della valutazione sulla loro convenienza e utilità per le aree interessate” (cfr. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato* cit., 720).

<sup>135</sup> Afferma il Cons. St., sez. atti normativi, n. 1440/2003, che il profilo soggettivo delle espressioni proprie di cittadinanza societaria è rappresentato da “soggetti prevalentemente comunitari” (famiglie, associazioni, comunità); da categorie di cittadini “*utenti e agenti al medesimo tempo*”; da “cittadini operanti nella propria comunità di base” e, più in generale, da “ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale”.

<sup>136</sup> In sede di commento RAZZANO (*Il Consiglio di Stato* cit., 720) si sofferma su questo punto. “Proprio le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato per riconoscere e identificare sul piano sostanziale i fenomeni che rientrano nel canone della sussidiarietà orizzontale impongono di evidenziare come attualmente l'ordinamento non offra forme giuridiche tipiche e idonee all'esercizio delle attività poste in essere da «soggetti comunitari». È quindi un dato che molte associazioni, cooperative, comunità, ecc. che operano, senza fini di lucro, nell'ambito del Terzo Settore, appaiano formalmente imprese tanto quanto i privati che svolgono attività commerciale a fini di lucro, anche quando alleggeriscono lo Stato di alcune delle sue incombenze. La forma giuridica dice dunque attualmente ben poco sul carattere dei soggetti e delle attività svolte, non riuscendo a manifestare la sostanza di realtà in sé molto diverse”.

In una siffatta prospettiva, meglio si inquadra il problema rappresentato dal fatto che coloro che producono e promuovono beni pubblici relazionali sono omologati ai privati che agiscono per profitto.

Inoltre, mentre gli operatori del Terzo Settore sempre più spesso indossano la veste giuridica dell'impresa (più agile e snella rispetto alle fondazioni e associazioni), dall'altro lato l'ordinamento continua generalmente a considerare lo scopo di lucro come uno dei requisiti della nozione di impresa, così finendo per sovrapporre entità assai diverse e determinando uno scollamento tra realtà fattuale e qualificazione giuridica<sup>137</sup>.

La *distinzione tra impresa ed enti senza scopo di lucro* è di fondamentale importanza, in quanto se un determinato compito viene svolto da un ente che mira al profitto si deve parlare di devoluzione di compiti al mercato; se il compito viene realizzato da un ente benefico, il fenomeno della partecipazione dei privati nei settori di interesse generale si inserisce nel Terzo Settore con applicazione di discipline normative diverse.

La nozione di impresa, vale la pena ricordare, si è trasformata nel tempo in dipendenza di mutamenti socio-economici.

Distinta la figura dell'imprenditore da quella del mero capitalista<sup>138</sup>, il codice civile italiano del 1942 definisce la prima come genere più ampio che comprende la *species* del commerciante.

Da lì a poco, con la Costituzione del 1948, nasce una nuova concezione dell'impresa che rivaluta la socialità della produzione: l'art. 41 Cost. viene interpretato dalla Corte costituzionale come volto da un lato a garantire la libertà di iniziativa economica (*ex* comma 1), la quale si estende anche allo "svolgimento" della stessa; dall'altro individua i

---

<sup>137</sup> Il dibattito tra i giuristi sulla nozione di scopo dell'impresa inteso in senso soggettivo, cioè come intento dell'imprenditore e sull'appartenenza di tale intento, in una delle varie formule possibili, alla fattispecie giuridica dell'impresa, non è ancora spento. "*L'essenzialità dell'intento lucrativo, derivata dalla vecchia nozione giuridica del commerciante e ritenuta congrua alla professionalità dell'esercizio, è ancora affermata tralaticciamente dalla prevalente giurisprudenza*". In questa direzione è ormai largamente accreditata la tesi, accolta anche da alcune sentenze della Cassazione e dei giudici di merito, che attribuisce rilevanza qualificativa al solo "*metodo economico*", giustificando quindi la qualifica e il trattamento imprenditoriale dell'attività economica non solo degli enti pubblici e degli enti mutualistici, ma anche delle associazioni, delle fondazioni e dei tanti enti non lucrativi contemplati dalle leggi speciali. L'irrelevanza dello scopo di lucro nella qualificazione dell'attività economica come impresa ora trova esplicita enunciazione legislativa nel novellato art. 2112, 5° comma, c.c., in tema di tutela dei diritti dei lavoratori nel trasferimento di azienda. Sul tutto, RIVOLTA, *Impresa, valori sociali* cit., 1168.

<sup>138</sup> Nel codice di commercio francese emerge poi un concetto giuridico di imprenditore come *species* del più ampio *genus* di commerciante, come riflesso di un'economia nella quale era il commercio e non l'industria, il fattore propulsivo dello sviluppo. Nell'Ottocento si consolida la concezione borghese della libertà, nel senso che si esclude la rilevanza giuridica dei rapporti intersoggettivi interni alla produzione, sebbene la scienza economica già intuisca la necessità della combinazione dei fattori della produzione per la creazione di nuova ricchezza.

limiti dettati per il suo svolgimento (*ex comma 2*) e volti a funzionalizzare l'attività economica ai fini sociali.

E' per questa via che si fa strada la c.d. concezione "comunitaria" dell'impresa, quale supposta "comunità di lavoro" e infine quella democratica, in base alla quale, fuori dall'impresa, nella società generale, si sviluppa il rapporto dialettico fra l'imprenditore e gli interlocutori politici (portatori di interessi pubblici) e sindacali (portatori degli interessi dei lavoratori)<sup>139</sup>.

Non sembra tuttavia che, nonostante l'impresa *for profit* debba orientare la sua attività all'utilità sociale, essa sia in grado di ricomprendere in sé la realtà dell'impresa *non profit*.

È lo stesso parere del Consiglio di Stato già più volte ricordato, a evidenziare che la nozione di impresa *tout court* è ancora oggi considerata come quella finalizzata al profitto.

Allorché si avverte l'esigenza di identificare sul piano sostanziale i soggetti e le attività riconducibili al fenomeno del "privato sociale", è essenziale che l'ordinamento offra forme idonee a rendere riconoscibili tali soggetti e le relative attività, specie quando queste si presentino esteriormente come attività economiche in forma privata<sup>140</sup>.

Un'adeguata veste giuridica per la realtà delle organizzazioni *non profit* consentirebbe di rendere più trasparenti non solo le effettive finalità perseguite, ma anche quello che effettivamente viene realizzato e sottoposto al vincolo di non distribuzione, così scongiurando allo stesso tempo il rischio (adombrato dallo stesso Consiglio di Stato) che imprese *for profit* approfittino indebitamente di vantaggi (quali esenzioni, riduzioni, agevolazioni e detrazioni) che andrebbero applicati solo a chi persegue finalità sociali di solidarietà, nella logica che costoro sgravano le istituzioni pubbliche dai loro carichi<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Diffusamente RAZZANO, *Il Consiglio di Stato cit.*, 721.

<sup>140</sup> RAZZANO, *Il Consiglio di Stato cit.*, 721.

<sup>141</sup> In via generale è sostenuto che se "non possono, allo stato, trarsi conclusioni generali nel senso che tutti i soggetti dell'ordinamento potrebbero svolgere qualsiasi attività economica per soddisfare qualsiasi scopo non economico (...) ma non par dubbio che il sistema evolve in questo senso", come avvenuto già in altri Paesi, nei quali, infatti, "l'uso dei tipi societari capitalistici per soddisfare scopi non economici dei soci è stato legislativamente riconosciuto da lungo tempo e l'esperienza è stata giudicata positivamente come segno dell'elasticità di tali forme giuridiche". L'imposizione del divieto di distribuzione di utili e di assegnazione di quote patrimoniali ai partecipanti, contenuto nel disegno di legge delega, in una con la previsione dell'adottabilità delle forme delle società ordinarie per l'esercizio di imprese sociali, si lascia apprezzare quindi come espressa autorizzazione a derogare allo scopo tipico del contratto di società a favore del perseguimento di iniziative sociali. Con "l'effetto di ampliare notevolmente, se non addirittura di generalizzare, il cosiddetto uso indiretto dei tipi societari ordinari" (RIVOLTA, *Impresa, valori sociali cit.*, 1171).

In conclusione, il parere pone all'attenzione dei giuristi alcune tematiche recentemente emerse, come le manifestazioni della cittadinanza societaria alle quali essenzialmente si riferisce la sussidiarietà orizzontale; il *favor* nei confronti di queste realtà che oggi, in base art. 118, ult. comma, Cost., Stato, Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni sono tenuti a manifestare; la distinzione fra pubblico, privato e privato sociale, che porta inevitabilmente a differenziare l'impresa di cui al codice civile da quella *non profit*.

Tutto ciò richiede non solo un'attività di analisi delle concrete situazioni, ma pare altresì esortare il legislatore alla creazione di forme giuridiche differenziate e idonee a favorire effettivamente lo svolgimento di attività di interesse generale ad opera di cittadini singoli e associati, ai sensi dell'art. 118, ult. comma, Cost.

Allo stato della legislazione attuale non è possibile distinguere tramite indici giuridico-formali l'impresa benefica da quella tradizionale.

È dunque compito dell'interprete cimentarsi nella ricerca di alcuni tratti distintivi di questo tipo di impresa, dovendo l'attenzione essere focalizzata sul carattere "sociale" della loro attività, sicuramente altruistica, solidale, reciproca, umanitaria e sottoposta ad un vincolo di non distribuzione degli eventuali utili<sup>142</sup>.

Alla difficoltà tecnico-giuridica si accompagna la ritrosia ideologico-culturale ad accettare l'idea che l'operatore privato possa davvero muoversi senza motivazioni egoistiche neppure indirette<sup>143</sup>.

Inoltre, vi sono resistenze di non poco conto ad accogliere l'impostazione per cui le realtà operanti nel Terzo Settore siano riconosciute come stabilmente integrate nel territorio in luogo della p.a., piuttosto che come occasionale strumento per colmare i deficit del *welfare* destinato a soccombere nella fisiologia dei rapporti Stato-società.

A ben vedere, il nuovo art. 118 della Costituzione richiede un progresso nel considerare queste realtà, allorché afferma che le pubbliche istituzioni, le stesse autonomie locali, "*favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*". Ciò nella consapevolezza, per un verso, della crisi dello Stato sociale-assistenziale e della sua incapacità di portare reale benessere

---

<sup>142</sup> Dispone in tal senso l'art. 3, commi 1 e 2, d. lgs. 155/2006, rubricato "assenza dello scopo di lucro": "*l'organizzazione che esercita un'impresa sociale destina gli utili e gli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio. A tal fine è vietata la distribuzione, anche in forma indiretta, di utili e avanzi di gestione, comunque denominati, nonché fondi e riserve in favore di amministratori, soci, partecipanti, lavoratori o collaboratori*".

<sup>143</sup> Gli ostacoli culturali all'accoglimento del principio di sussidiarietà orizzontale volto a limitare l'intervento dello Stato sono illustrati e analizzati da MILLON DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003, 63 ss.

ai soggetti sociali più deboli; ma, per altro verso, altresì del fatto che lo Stato non abdica alla sua missione, continuando comunque a essere il soggetto politico deputato a vigilare affinché comunità locali e associazioni intermedie non siano foriere di disuguaglianza sociale, di clientelismo e di particolarismo<sup>144</sup>.

L'emersione e la valorizzazione della sussidiarietà orizzontale non fa infatti dimenticare che è solo lo Stato che può rappresentare il punto di vista generale per la formulazione della politica sociale e per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni civili e sociali da erogare ai sensi dell'art. 117, 2 comma, Cost.

In altre parole: è nei bisogni ritenuti meritevoli e nella individuazione dei livelli essenziali di benessere che si radica il fondamento del concetto stesso di Stato.

### 2.3. *Esemplificazioni con riferimento al settore economico. I servizi pubblici di rilevanza generale: apertura ai privati e mantenimento in capo allo Stato di funzioni di regolazione e controllo.*

L'art. 118, ult. co., Cost. non distingue tra le attività di interesse generale senza fine di lucro e con fine di lucro.

Pertanto, in via di prima approssimazione, queste ultime potrebbero ritenersi comprese nel disposto dell'articolo<sup>145</sup>.

Inoltre, considerandosi l'iniziativa economica privata uno dei principali corollari della libertà umana, uno degli ambiti principali di esplicazione del principio di sussidiarietà sta nei rapporti economici e potrebbe comportare una sorta di superamento dell'originaria concettualizzazione della c.d. "Costituzione economica"<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Le considerazioni sono di RAZZANO, *Il Consiglio di Stato* cit., 722.

<sup>145</sup> Sulla questione è problematico CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* cit., 6. L'Autore non esclude che nell'art. 118, ult. co., Cost., possano farsi rientrare, entro certi limiti, le attività di impresa. Sostiene RIVOLTA, *Impresa, valori sociali* cit., 1161 ss., che è certamente riferibile anche al mondo delle imprese la previsione di "attività di interesse generale", attività rispetto alle quali opera il principio di sussidiarietà dell'iniziativa privata, sancito dall'art. 118, 4° comma, nel testo introdotto dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3. Così anche DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 351 ss.

<sup>146</sup> Sulla ricostruzione interpretativa della Costituzione economica la letteratura è vastissima (cfr. ad esempio GALGANO, *Art. 41*, in *Comm. cost.*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 1 ss. e GALGANO, *Art. 43*, in *Comm. cost.*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 193). DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 245-246, riporta il dibattito sull'influsso del diritto comunitario nell'interpretazione degli art. 41 e 43 Cost.: in proposito vi è chi afferma l'inadeguatezza della normativa costituzionale interna a livello di principi nel campo economico e il conseguente superamento della faticosa ricostruzione interpretativa dottrinale di quella parte della Costituzione identificata convenzionalmente col nome di "Costituzione economica". In particolare sarebbero "messi in crisi gli art. 41 e 43 Cost. il cui

Un'altra impostazione invece afferma che la norma non si riferirebbe ai servizi pubblici aventi carattere industriale o commerciale, ancorché essi siano qualificabili come attività di interesse generale, poiché in questo settore le dinamiche pubblico-privato non sarebbero regolate dall'art. 118 Cost., ma da apposite – diverse – disposizioni costituzionali (artt. 41, 43, 117 Cost.) e dalla normativa comunitaria<sup>147</sup>.

Tuttavia, anche questo orientamento ritiene che il principio di sussidiarietà finirebbe con l'arginare l'intervento della mano pubblica anche nei confronti dei privati operanti per scopo di lucro nei servizi di pubblica utilità, non consentendo più alla pubblica amministrazione, o al legislatore, di sostituire strutture private già operanti con apparati pubblici, salvo che il servizio reso risulti insufficiente.

Ha aderito a questa linea di pensiero anche il Consiglio di Stato pronunciandosi in materia sanitaria<sup>148</sup>. Invece, nel parere del 2003 di cui s'è detto nel paragrafo precedente e relativo agli «aiuti di stato», il giudice amministrativo era giunto alla seguente affermazione: *“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”*<sup>149</sup>.

Il Consiglio di Stato aveva escluso così, a chiare lettere, che potesse rappresentare un'espressione di sussidiarietà orizzontale quella sorta di convergenza fra interessi dei soggetti imprenditoriali privati e interessi degli enti locali che si sarebbe andata configurando secondo il disegno di regolamento ministeriale sottoposto al giudizio della Sezione consultiva.

Di diverso avviso l'Amministrazione referente, favorevole a fare rientrare le imprese nello spettro applicativo della sussidiarietà orizzontale ritenendo che, *“alla stregua del canone [del principio di sussidiarietà], la salvaguardia dell'interesse generale ed il carattere pubblico dell'intervento, che dovrebbe essere attuato dai soggetti*

---

*meccanismo di funzionamento verrebbe sconvolto dal riassetto del sistema delle fonti conseguente all'introduzione delle fonti comunitarie e all'affermazione del valore della loro immediata applicabilità (relativa a regolamenti e direttive self-executing). In presenza di tale meccanismo (che comporta l'immissione diretta di norme la cui assunzione avviene con provvedimenti di carattere amministrativo), risulterebbe impossibile, sul piano formale, il mantenimento del principio garantista della riserva di legge. Sul piano sostanziale inoltre apparirebbero superate le clausole costituzionali dell'«utilità sociale» (art. 41, c. 2 Cost.) e dei «fini sociali» (art. 41, c. 3 Cost.) connesse ad una concezione «dirigista» dell'economia non più compatibile con il divieto di restrizioni amministrative alla libertà di circolazione delle merci e dei capitali, desumibile dal Trattato UE”.*

<sup>147</sup> Così CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* cit., 4.

<sup>148</sup> Il Consiglio di Stato, sez. V, n. 6395/2002, ha considerato compreso nel principio di sussidiarietà orizzontale e quindi protetto da esso il rapporto a convenzione tra una ULSS e un'azienda sanitaria privata.

<sup>149</sup> Così il Consiglio di Stato nel parere n. 1440/03.

*imprenditoriali privati, sarebbero garantiti dall'attestazione dell'ente locale della rispondenza dei progetti presentati dalle imprese agli interessi dell'ente stesso*<sup>150</sup>.

La Sezione, invece, esprimendo parere sfavorevole relativamente allo schema di regolamento ministeriale, aveva affermato che la nozione di sussidiarietà orizzontale non potesse essere utilizzata per la fattispecie di aiuti alle imprese.

Analizzando la questione sotto il profilo filosofico, il pensiero liberale sostiene che lo Stato è legittimato a intervenire in economia solo se il mercato non è in grado di operare efficacemente, ovvero in presenza di *market failures*<sup>151</sup>.

Il pubblico è chiamato in sussidiarietà se il privato non è in grado di perseguire adeguatamente il compito, ovvero se non è in grado di erogare un certo servizio in modo economico ed efficiente.

L'adeguatezza va verificata anche prendendo in considerazione parametri non economici come, ad esempio, la garanzia di universalità di tutela del diritto alla salute, l'imparzialità delle forze dell'ordine, la libertà di insegnamento e di ricerca in ambito universitario<sup>152</sup>.

Seguendo questa impostazione, quindi, l'implementazione del principio di sussidiarietà comporterebbe un'ascesa del pensiero liberale.

Con il che, sembra dunque paradossale che originariamente la sussidiarietà fosse stata invocata in termini opposti per correggere gli eccessi della dottrina liberale e che di essa si fossero avvalsi gli studiosi nell'elaborazione del concetto di "Stato minimo": in tal senso persino una certa corrente del liberismo<sup>153</sup> considerava essenziale la presenza dello Stato, in luogo del mercato, quando l'esigenza di perequazione sociale fosse eccessiva e i singoli e le formazioni sociali non avessero le capacità e i mezzi per porvi rimedio<sup>154</sup>.

Inoltre, lo Stato potrebbe (anzi, dovrebbe) intervenire soltanto con compiti sussidiari per assicurare le condizioni di un'effettiva concorrenza: in quest'ottica lo Stato da operatore nel mercato ne diviene il regolatore. La concorrenza sul lato dell'offerta

---

<sup>150</sup> Così riporta il Consiglio di Stato nel parere n. 1440/2003.

<sup>151</sup> Sul punto, DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 245, sostiene che "*certamente, l'instaurazione o il mantenimento di una presenza pubblica in determinati campi devono essere messi in correlazione con la capacità del mercato di assicurare la fornitura di determinati beni o servizi*".

<sup>152</sup> Sul punto D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà* cit., 18.

<sup>153</sup> Con il termine "*liberismo*" ci si riferisce "*ad una dottrina favorevole alla libertà economica, per le ragioni filosofiche che Adam Smith, in polemica contro il mercantilismo, fu tra i primi ad esporre in modo sistematico*": così RICOSSA, *Liberismo*, in AA. VV., *Dizionario di politica*, Torino, 1992, 586.

<sup>154</sup> Cfr. MELICA, *Sussidiarietà* cit., 5837.

produce un meccanismo capace di migliorare il grado di efficienza del processo di produzione dei servizi pubblici<sup>155</sup>.

In proposito, si distinguono due approcci dei soggetti pubblici a seconda che essi operino *per il mercato o nel mercato*.

Nel primo caso, essi garantiscono il libero gioco della concorrenza dettando regole finalizzate a stabilire l'equilibrio tra gli operatori privati: il soggetto pubblico assume le vesti di un'autorità terza e neutrale e detta una disciplina valida per tutti i soggetti che entrano nel mercato<sup>156</sup>.

Nel secondo caso, i soggetti pubblici sono operanti nel mercato e intervengono quando si verificano effetti distorsivi, in particolare *“nelle ipotesi in cui l'ordine naturale di alcuni mercati (e cioè il gioco della concorrenza) è talmente imperfetto, se non assente, da richiedere che anche al (dis)ordine naturale dei rapporti di scambio di beni e servizi si sostituisca, in tutto o in parte, un ordine giuridico”*<sup>157</sup>.

La sussidiarietà, dunque, sarebbe tale da porsi ben *“lungi dall'evocare scenari di privatizzazione selvaggia”*: essa non esige un arretramento generale del pubblico, ma impone di riesaminare attentamente quando l'intervento statale sia veramente inevitabile, funzionalizzando gli interventi e riducendoli a quelli effettivamente necessari per il perseguimento di interessi generali<sup>158</sup>.

Inoltre, una volta ponderata l'opportunità della mano pubblica, il principio di sussidiarietà porta a interrogarsi sulle modalità dell'azione pubblica che, in ottemperanza al principio, deve essere graduata anche alla luce del canone di proporzionalità, potendosi

---

<sup>155</sup> In proposito è stato osservato che la concorrenza non solo ha prodotto sostanziosi risparmi, ma *“ha anche condotto a più chiari principi di performance, ha migliorato la produttività, ha promosso idee e tecnologie innovative, e una miglior gestione”*. Gli effetti positivi della concorrenza non sono dunque circoscritti *“alla sola efficienza intesa come incremento della produttività ma li allarga invece all'innovazione e più in generale alla buona gestione”*: così MITTONE, *Quasi mercati, imprese non-profit e razionalità limitata*, in *Non-profit e sistemi di welfare. Il contributo dell'analisi economica*, a cura di BORZAGA - FIORENTINI - MATACENA, Roma, 1996, 132-133.

<sup>156</sup> Uno dei principali strumenti di privatizzazione è il c.d. *contracting-out*, ovvero il comportamento dell'operatore pubblico che, anziché utilizzare il proprio personale per fornire beni e servizi, si serve di un'organizzazione privata *for profit* o *non profit*, alla quale delega il compito della fornitura materiale. In tale caso si viene a creare una competizione per il mercato tra le imprese private interessate e questa competizione dovrebbe far emergere il produttore più efficiente, riducendo i costi dell'amministrazione (la quale potrebbe essere comunque gravata dai costi del servizio) e avvantaggia i consumatori qualora questi dovessero pagare il bene. Diffusamente, sul punto, BARBETTA, *Sul contracting-out nei servizi sociali*, in *Non-profit e sistemi di welfare, Il contributo dell'analisi economica*, a cura di BORZAGA - FIORENTINI - MATACENA, Roma, 1996, 105 ss.

<sup>157</sup> POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, XIX.

<sup>158</sup> L'efficace espressione è di D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà* cit., 29.

ammettere il ricorso a mezzi più penetranti e intrusivi solo nei settori in cui un intervento meno incisivo non sarebbe adeguato<sup>159</sup>.

Lo Stato (o meglio, la Repubblica), nell'assolvimento del suo ruolo sussidiario, non si presenta come un'entità "monolitica", ma articolato negli enti di cui si compone: la sussidiarietà orizzontale si combina dunque con quella verticale, essendo gli enti più prossimi alla collettività sociale quelli in grado di assicurare un'efficienza dei servizi resi, dato che sono questi ultimi quelli in grado di cogliere più agevolmente le domande dei cittadini<sup>160</sup>.

Ha inciso fortemente sui rapporti tra Stato ed economia l'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea (oggi Unione europea), quale istituzione sovranazionale volta alla creazione di un mercato comune informato alle regole tipiche del liberismo economico, ovvero basate sulla libera concorrenza<sup>161</sup>.

Uno strumento essenziale per lo sviluppo del mercato è l'eliminazione di barriere all'ingresso di nuovi operatori: la *deregulation*.

La logica della liberalizzazione si iscrive nel solco del principio di sussidiarietà orizzontale allorché è comune l'ottica di una regressione del ruolo dello Stato. Con la differenza che, in quest'ambito, lo Stato, limitando il suo intervento nel mercato, non devolve attività di interesse generale ai privati, ma più propriamente si ritira in un settore che spetta ontologicamente a questi ultimi, assumendo le vesti del regolatore.

Anche in questa veste, comunque, lo Stato deve improntare la sua azione al principio di sussidiarietà (coniugato a quello di proporzionalità): le norme relative alle procedure amministrative dovrebbero mirare a sopprimere regimi di autorizzazione<sup>162</sup>, procedure e

---

<sup>159</sup> Cfr. D'ATENA, *ibidem*.

<sup>160</sup> I momenti della sussidiarietà sono normalmente combinati. Sottolinea DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 252, che le fattispecie di sussidiarietà orizzontale si collegano di solito con fattispecie di sussidiarietà verticale (o federalismo amministrativo). Inoltre, l'attuazione dei processi di sussidiarietà verticale favorisce (in senso lato) la sussidiarietà orizzontale, poiché entrambi i movimenti contribuiscono ad avvicinare alla singola persona le decisioni e le attività (servizi) che rispondono ai suoi bisogni.

<sup>161</sup> Per un'esposizione sul ruolo trainante dell'ordinamento comunitario si rinvia a BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2010, 1, 33 ss.

<sup>162</sup> Il considerando n. 39 della direttiva 2006/123 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi del mercato interno detta la nozione di "regime autorizzatorio" valida in ambito comunitario. Essa "dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per poter esercitare un'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato con un organismo o di ottenere una tessera professionale. L'autorizzazione può essere concessa non solo in base a una decisione formale, ma anche in base ad una decisione implicita derivante, ad esempio, dal silenzio dell'autorità competente o dal fatto che l'interessato debba attendere l'avviso di ricevimento di una dichiarazione per iniziare l'attività o affinché quest'ultima sia legittima".

formalità eccessivamente onerose che ostacolano la libertà di stabilimento e la creazione di nuove società nei servizi che ne derivano<sup>163</sup>.

E' lungo questo *fil rouge* che si collocano la c.d. «direttiva servizi» 2006/123/CE, recepita con il d. lgs. 94 del 2010, e da ultimo, il d.l. 1/2012, con “*disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”, che espressamente si dichiara attuativo del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall’art. 41 della Costituzione e del principio di concorrenza di cui al Trattato dell’Unione europea.

La direttiva servizi elenca i “motivi imperativi di interesse generale” che possono giustificare un controllo *ex ante* piuttosto che *ex post*<sup>164</sup>.

L’intervento dello Stato si fa effettivamente viepiù recessivo: una volta preso atto che una delle principali difficoltà incontrate nell’accesso al mercato è l’incertezza, la complessità e la lunghezza delle procedure amministrative, “è necessario stabilire principi di semplificazione amministrativa, in particolare mediante la limitazione dell’obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui è indispensabile e l’introduzione del principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine”<sup>165</sup>.

Il d. l. 1/2012 è ancor più innovativo e incisivo sui poteri dello Stato: esso dispone l’abrogazione (dal momento dell’emanazione di successivi decreti) delle norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta dell’amministrazione per l’avvio di un’attività economica non giustificati da un interesse generale e le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> Cfr. il considerando n. 42 della direttiva 2006/123 CE.

<sup>164</sup> L’art. 4 della direttiva 2006/123 CE al n. 8 definisce come “motivi imperativi di interesse generale” i “*motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l’ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l’incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell’equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l’equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell’ambiente, incluso l’ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale*”.

<sup>165</sup> Così il considerando n. 43 della direttiva 2006/123 CE. Esso, poi, prosegue in questi termini: “*tale azione di modernizzazione, pur mantenendo gli obblighi di trasparenza e di aggiornamento delle informazioni relative agli operatori, ha il fine di eliminare i ritardi, i costi e gli effetti dissuasivi che derivano, ad esempio, da procedure non necessarie o eccessivamente complesse e onerose, dalla duplicazione delle procedure, dalle complicazioni burocratiche nella presentazione di documenti, dall’abuso di potere da parte delle autorità competenti, dai termini di risposta non precisati o eccessivamente lunghi, dalla validità limitata dell’autorizzazione rilasciata o da costi e sanzioni sproporzionati*”.

<sup>166</sup> Cfr. art. 1 del d. l. 1/2012, conv. in l. 27/2012.

Nel procedimento di formazione di leggi e regolamenti che sottopongono a regime di autorizzazione preventiva l'esercizio di un'attività economica è previsto che l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato debba rendere un parere obbligatorio in ordine al rispetto del principio di proporzionalità, cioè relativamente alla necessità di erigere questa "barriera all'entrata" a tutela di interessi generali compatibili con l'ordinamento comunitario.

Lo Stato, dunque, da operatore economico si fa regolatore della concorrenza.

Il pubblico potere non può abdicare a questo ruolo, di portata essenziale, in quanto solo con la regolazione è possibile la realizzazione di un mercato competitivo. La nozione di libera concorrenza, infatti, non è una nozione di mero fatto, bensì d'ordine economico e applicabile non a poteri privi di regolamentazione, ma solo a poteri regolati<sup>167</sup>. La libera concorrenza, quindi, implica la partecipazione del potere e la centralità della scienza giuridica.

La tendenza prevalente in ambito europeo è l'utilizzo di strumenti nuovi di regolazione da parte dei poteri pubblici. Tali strumenti consistono nell'adozione di procedure negoziate o quantomeno discusse preventivamente con gli operatori interessati, che si sostanziano nella fissazione di criteri generali, *standards*, obiettivi non dettagliati e nella provenienza delle decisioni da soggetti dotati di particolari statuti di indipendenza<sup>168</sup>.

Nell'attuare questo *trend* il legislatore italiano ha adottato la legge n. 287/1990, istituendo l'Autorità garante della concorrenza del mercato: la c.d. Autorità antitrust. Essa si inserisce nel panorama della autorità amministrative indipendenti: "amministrative" in quanto enti pubblici, ma dotate di spiccata autonomia funzionale e organizzativa e caratterizzate da un profilo più tecnico rispetto alle strutture ministeriali tradizionali; "indipendenti" poiché godono di una maggiore autonomia dal potere politico e dalle imprese<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Il concetto è espresso da ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagosi* cit., 37, che, rivendicando una sorta di supremazia del diritto sull'economia, conclude affermando che "gli economisti debbono pensare di trattare un argomento di diritto politico, non di calcolo mercantile".

<sup>168</sup> Cfr. BONELLI, *Libera concorrenza* cit., 73. Come si avrà modo di evidenziare, con riferimento ai poteri delle autorità indipendenti si assiste all'attribuzione di poteri definiti solo per obiettivi o per fini generali.

<sup>169</sup> L'esempio più risalente di autorità amministrativa indipendente è la Banca d'Italia istituita nel 1936 quale garante della moneta e del buon funzionamento del sistema creditizio. Nel 1974 venne creata la Consob preposta ai controlli sulla Borsa; nel 1982 venne istituita l'Isvap come agenzia di vigilanza nel settore assicurativo; nel 1981 si istituì il Garante per l'editoria e nel 1990 ne fu esteso il campo di azione al settore radiotelevisivo. Nel 1990 è stata creata altresì la Commissione di Garanzia per l'attuazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e la vera svolta, quanto ad autorità amministrative indipendenti, fu l'istituzione, nello stesso anno, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Nel

L'istituzione dell'Autorità antitrust ha rappresentato il segnale di un nuovo approccio dell'intervento pubblico in economia.

Per decenni è stata egemone la visione interventista, dirigista e pianificatoria dell'intervento pubblico: il che aveva portato alla realizzazione di monopoli legali, ad opere di nazionalizzazione; inoltre, molte attività private erano state sottoposte a regimi di pianificazione, concessori e autorizzatori che avevano creato barriere all'ingresso sul mercato delle imprese.

La creazione dell'Autorità antitrust simboleggia quindi la fine dello Stato-imprenditore e l'affermazione dello Stato-regolatore.

Ed è ovvio che così sia avvenuto perché quella è la logica che ha ispirato l'Unione europea, secondo la quale le imprese pubbliche e private devono operare in condizioni di parità, mentre debbono essere del tutto eccezionali le deroghe alla concorrenza, da motivarsi alla luce di interessi generali quali l'universalità del servizio, la continuità, l'adeguatezza qualitativa e di prezzo. Anche i servizi pubblici (o, meglio, usando il linguaggio del diritto comunitario, i servizi di interesse economico generale) sono assoggettati alle regole delle concorrenza, pur rivestendo essi il ruolo fondamentale di promuovere l'obiettivo della coesione economico-sociale (art. 16 TCE).

Proprio in recepimento delle direttive comunitarie di liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica, del gas, delle telecomunicazioni e con i processi di privatizzazione delle aziende *ex* monopoliste pubbliche, sono state istituite le varie autorità di regolazione settoriale per scongiurare il rischio di passare a situazioni di monopoli privati incontrollati<sup>170</sup>.

Fra queste, l'Antitrust ha assunto via via un peso crescente attraverso l'estensione dei settori di competenza (conflitto di interessi con la l. 215/2004; pratiche commerciali scorrette con il d. lgs. 206/2005 - il c.d. *Codice del consumo*- ), tramite il suo inserimento

---

1995 fu creata l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nel 1996 il Garante per la protezione dei dati personali e nel 1997 l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni ecc... Di recentissima istituzione è l'Autorità di regolazione dei trasporti (*ex* art. 36, d. l. 1/2012). Cfr. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, 1035 ss. L'importanza dell'indipendenza è espressa dall'Autore in questi termini: l'indipendenza dal potere politico è importante "perché è necessario garantire alle politiche regolatorie stabilità e credibilità, in modo da favorire gli investimenti privati di lungo periodo in settori tecnologici di punta, obiettivi che la brevità del ciclo politico medio, legato alle scadenze elettorali, non è in grado di assicurare. In secondo luogo, per prevenire i possibili conflitti di interesse tra lo Stato che mantiene il controllo proprietario di imprese regolate e lo Stato che pone e fa rispettare le regole in modo imparziale, senza agevolare le proprie imprese pubbliche. L'indipendenza delle autorità dalle imprese è invece richiesta per minimizzare il rischio «cattura» del regolatore da parte dei soggetti regolati, costituiti talora da grandi imprese dotate di risorse e mezzi quasi illimitati".

<sup>170</sup> Così CLARICH, *Le autorità indipendenti* cit., 1040.

nel sistema degli enti regolatori della concorrenza europei che vigilano sotto la guida della Commissione nell'applicazione degli art. 81 e 82 del TUE e grazie all'attribuzione, per legge, di ampi poteri già ritenuti esistenti implicitamente ancor prima della loro espressa previsione legale<sup>171</sup>.

L'*Authority* è investita di poteri cautelari, del potere di irrogare sanzioni a fronte di illeciti lesivi della concorrenza, quali gli abusi di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza, le operazioni di concentrazione, le pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori (*ex art. 26 del Codice del consumo*), le pubblicità ingannevoli fatte dalle imprese (attualmente disciplinate dal d. lgs. 145/2007). Inoltre, il decreto legge c.d. "*Salva Italia*" (n. 201/2011) ha attribuito all'Autorità il potere di impugnare innanzi al giudice amministrativo i provvedimenti generali e individuali della p.a., nonché i regolamenti di tutte le pubbliche amministrazioni che violano le norme a tutela della concorrenza e del mercato (art. 35 del d. l. laddove aggiunge l'art. 21 *bis* alla legge 287/1990)<sup>172</sup>.

Da più parti si denuncia che il sistema di controlli pubblici realizzato tramite l'istituzione delle autorità indipendenti limiterebbe la libertà contrattuale e la libera iniziativa economica delle imprese tutelata dall'art. 41 Cost.

La presenza di regole a tutela della concorrenza e le conseguenti limitazioni dell'autonomia privata legittimate dal Trattato hanno portato la dottrina ad affermare che la libertà di impresa dovrebbe essere intesa come "*obbligo di ottimizzazione*" che impegna lo Stato membro ad assicurare e proteggere l'esercizio delle attività economiche dei privati nella forma meno regolamentata possibile<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> A tracciare i confini delle competenze delle Autorità è intervenuto anche il giudice amministrativo che ha applicato in modo rigoroso il principio di legalità dei poteri, a fronte della tendenza delle Autorità indipendenti a interpretare in modo estensivo le proprie prerogative, mentre il giudice amministrativo è intervenuto per ribadire che in assenza di una legge attributiva esse non possono esercitare alcun potere. Cfr., per esempio, T.A.R. Sicilia, sez II, 25 febbraio 2004, n. 361 con riferimento ai poteri dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici; T.A.R. Lombardia, sez II, 4 aprile 2002, n. 1331 con riferimento ai poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. In proposito la dottrina parlava di una vera e propria "*crisi del principio di legalità*": attraverso moduli legislativi "aperti" si era giunti al conferimento di deleghe in bianco (cfr. BONELLI, *Libera concorrenza cit.*, 69). In generale, sulla tematica dei poteri impliciti cfr. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, in *www.giustamm.it.*, 2007, 11.

<sup>172</sup> L'evoluzione normativa è delineata da CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in *Quad. cost.*, 2012, 1, 115.

<sup>173</sup> L'attività di controllo sulle imprese da parte dei pubblici poteri è analizzata da TUFFARELLI, *L'autonomia delle imprese e l'attività di controllo da parte dei pubblici poteri: evoluzione comunitaria e riflessi nazionali*, in *Giur. merito*, 2009, 7-8, 2034 ss.

Inoltre, tali controlli sull'autonomia delle scelte imprenditoriali hanno base giuridica nell'art. 41, commi 2 e 3 Cost.: l'iniziativa economica non può porsi in contrasto con l'utilità sociale e può essere coordinata e indirizzata a fini sociali<sup>174</sup>.

In controtendenza rispetto al principio di sussidiarietà orizzontale si pone invece il non lontano (2011) *referendum* abrogativo avente ad oggetto la disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (cfr. l'art. 23 *bis* del d. l. 112/2008, convertito con l. 133/2008)<sup>175</sup>.

Il legislatore, con il detto art. 23 *bis* e il relativo d.p.r. attuativo (n. 168/2010) aveva dettato, sull'affidamento dei servizi pubblici, una disciplina propositiva nei confronti della concorrenza, conforme ai precetti comunitari.

Ferma restando la proprietà pubblica del bene e delle reti, *ex art. 23 bis*, comma 5, era stato previsto che gli enti locali affidassero in via ordinaria la gestione dei servizi tramite gara a imprenditori o a società in qualunque modo costituite, nonché a società miste pubblico-private (la gara in tale caso avrebbe avuto un doppio oggetto, affidamento del servizio e scelta del socio privato). Solo in situazioni eccezionali, che non avrebbero consentito un efficace e utile ricorso al mercato, sarebbe stato possibile per l'ente locale procedere all'affidamento diretto senza gara a una società avente i requisiti dell'*in house* delineati dalla giurisprudenza comunitaria<sup>176</sup>. Prima di procedere all'*in house providing*, l'ente locale avrebbe dovuto dimostrare, con un'analisi di mercato (da sottoporre al parere positivo dell'Autorità antitrust se il valore economico dei servizi fosse stato superiore ai 200.000 euro annui), che ricorrevano peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, tali da non permettere un efficace e utile ricorso al mercato.

L'intento del *referendum* (di eliminare le barriere all'opzione dell'*in house*) è chiaramente incompatibile con le richieste di maggiore privatizzazione e liberalizzazione da più parti continuamente invocate, in quanto viene consentito allo Stato di mantenere

---

<sup>174</sup> Cfr. TUFFARELLI, op. ult. cit., 2036.

<sup>175</sup> I quesiti referendari erano due: accanto all'abrogazione dell'art. 23 bis del d. l. 122/2008, si chiedeva l'abrogazione di quella parte del comma 1 dell'art. 154 del d. lgs. 152/2006 in cui si prevedeva che la tariffa corrisposta per il servizio idrico fosse determinata, in via amministrativa, tenendo conto dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito.

<sup>176</sup> Le regole dell'ordinamento comunitario sono fissate dalla giurisprudenza comunitaria: cfr., per tutte, CGCE C-107/98, Teckal; C-26/03, Standt Halle; C-458/03, Parking Brixen; C-340/04, Cabotermo; C-337/05, Commissione c. Italia. Dato il valore cogente della giurisprudenza comunitaria, la stessa Corte costituzionale, pronunciandosi sull'ammissibilità del *referendum* (sent. n. 24 e 26 del 2011), ha affermato che l'eventuale abrogazione della normativa lascerebbe una normativa di risulta fortemente vincolata ai precetti comunitari in tema di concorrenza, che consentirebbe di optare per l'*in house* o per le società miste alle sole condizioni comunitarie e motivando adeguatamente.

presso di sé la gestione di servizi che potrebbero essere esternalizzati ai privati (pur mantenendo, si intende, i dovuti controlli sull'operato). Nonostante l'esito positivo della consultazione referendaria<sup>177</sup>, parte della dottrina ritiene che le istanze di maggior liberismo non siano del tutto tramontate: la rinuncia alla restituzione al mercato della gestione del servizio dovrà comunque fondarsi su ragioni obiettive che legittimino la compressione della libertà di iniziativa economica privata presidiata all'art. 41, comma 1, Cost., cosicché il principio di sussidiarietà orizzontale applicato al mercato non sarebbe del tutto svilito<sup>178</sup>. Il principio si presta a essere leso perché, in base ad esso, l'intervento diretto dello Stato tramite l'*in house* si giustificerebbe esclusivamente nel rispetto della logica della sussidiarietà<sup>179</sup>.

La scelta di ricorrere all'*in house* dovrebbe quindi tutt'ora essere motivata mettendo in luce vantaggi e svantaggi comparativi tra le varie soluzioni possibili<sup>180</sup>.

E questa conclusione è avallata anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a giudizio della quale l'affidamento diretto è “*giustificato solamente quando non è possibile individuare una soluzione migliore di mercato, secondo un principio di sussidiarietà che limiti l'intervento pubblico a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato*”<sup>181</sup>.

Nonostante la presa di posizione dell'*Authority* “salvi” il principio di sussidiarietà, occorre registrare che l'esito positivo della consultazione referendaria del 12 giugno 2011

---

<sup>177</sup> Sugli scenari aperti dopo il referendum si rinvia a CAPANTINI, *La sentenza n. 199 del 2012: i servizi pubblici locali dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2012, 4, 868 ss.

<sup>178</sup> Sul punto, diffusamente, CAPANTINI, *I referendum sulla “privatizzazione dell'acqua” e degli altri servizi pubblici!*, in *Quad. cost.*, 2011, 2, 409 ss. Sull'applicabilità ai servizi pubblici locali del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, ult. co., Cost., si veda D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento “in house”*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 5009 ss. Da ultimo, l'art. 25 del d. l. 1/2012 prevede una normativa finalizzata alla promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali, in particolare stabilendo, nel comma 3, che “*a decorrere dal 2013, l'applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111*”.

<sup>179</sup> D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento “in house”* cit., 5010.

<sup>180</sup> Come affermato, per ragioni di buona andamento dell'azione amministrativa, da recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, n. 854/11). Con la precisazione che la preferenza accordata al mercato non opera solo quando questo sia in grado di raggiungere soluzioni più favorevoli, ma anche a parità di condizioni (Cons. St. sez V, n. 4080/08).

<sup>181</sup> Quello citato è un passaggio di un atto di segnalazione adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato il 28 dicembre 2006 (AS 375 – *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia in tali servizi*, in *B.U.* n. 50 del 2 gennaio 2007, 74).

rappresenta un netto segnale di sfiducia da parte dell'opinione pubblica quanto all'implementazione del principio stesso.

Tale sfiducia affonda le sue radici nella ritenuta incapacità dei pubblici poteri di svolgere una funzione efficace di *regulation* e nella convinzione dell'impossibilità di conciliare un'effettiva tutela dei delicati interessi in gioco con la remuneratività del capitale privato: in altre parole, e più semplicemente, il fallimento dell'integrazione pubblico-privato.

Non si deve però dimenticare che, come sottolineato da più commentatori, ciò allontana la prospettiva di nuovi investimenti da parte di privati in un periodo di crisi economica in cui non è ragionevole attendersi finanziamenti a carico degli enti locali<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> La prospettiva è delineata da CAPANTINI, *I referendum sulla "privatizzazione dell'acqua"* cit., 412 e CAPANTINI, *La sentenza n. 199 del 2012* cit., 868 ss. A tale *referendum* è seguita l'introduzione con il d. l. 138/11 (conv. in l. 148/11) di una nuova disciplina concernente l'organizzazione e l'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. L'art. 4 del d. l. è stato però dichiarato incostituzionale con la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012. Sul punto si ritornerà *infra*, nel Cap. 3.



## CAPITOLO 3

### 3.1. Sussidiarietà orizzontale nell'esercizio delle funzioni sovrane: alcune annotazioni di carattere preliminare.

*“L’idea stessa di sussidiarietà risponde alle seguenti domande: perché esiste l’autorità? Qual è il suo compito? Quale ruolo deve avere?”*<sup>183</sup>.

Nell'affrontare questo tema centrale nella filosofia politica, gli studiosi tra l'altro rispondono che, tra le diverse sue funzioni, l'autorità ha quella di *“mira[re] a supplire le mancanze delle comunità o delle persone libere, responsabili del loro destino, ma incapaci di perseguire la piena realizzazione [... Alla] autorità non si deve riconoscere altra finalità se non il potere esercitato sugli individui che comanda. È necessaria in quanto tale, perché gli individui non sono autosufficienti. Tuttavia il suo ruolo rimane secondario: essa rappresenta un mezzo a loro esclusivo servizio”*<sup>184</sup>. *“Ciò non significa affatto che sia lo Stato stesso a dover agire, a meno che, di fronte ad un bisogno reale, non intervengano né la società, né alcun gruppo di cittadini”*<sup>185</sup>: lo Stato deve intervenire solo in sussidiarietà.

La Costituzione italiana, con la novella del 2001, è stata la prima nel mondo a

---

<sup>183</sup> MILLON DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003, 1.

<sup>184</sup> Spiega MILLON DELSOL, *Il principio di sussidiarietà* cit., 1 ss., che il principio di sussidiarietà è centrale nel dibattito e anima gli studi volti a vagliare come conciliare l'esigenza di autonomia con la necessità dell'autorità. La sussidiarietà è centrale perché essa *“si fonda su una antropologia specifica. Si radica in una filosofia dell'uomo e della società. Scaturisce dall'incontro di una filosofia dell'azione con una precisa rappresentazione dell'interesse generale”*. In base alla filosofia dell'azione, l'individuo è ritenuto responsabile del proprio destino e capace di farsene carico. La realizzazione dell'interesse generale è la finalità della società politica ed esprime l'esigenza di una certa redistribuzione dei beni, affinché coloro che sono meno favoriti conservino la loro dignità esistenziale a dispetto della loro incapacità (temporanea o meno) di occuparsi di se stessi. Riconosce l'Autore che *“è evidente che la filosofia dell'azione e la rappresentazione dell'interesse generale si contraddicono. Infatti la libertà, lasciata a se stessa, genera diseguaglianze. Mentre l'esigenza di solidarietà impone necessariamente la restrizione di determinate libertà, in generale attraverso il prelievo fiscale di una parte dei frutti del lavoro”*. In questo contesto, *“il principio di sussidiarietà si sforza di definire quelle che si possono chiamare le libertà d'azione, precisandone i limiti e le condizioni di esercizio”*.

<sup>185</sup> Puntualizza MILLON DELSOL, *Il principio di sussidiarietà* cit., 59 che prosegue affermando che *“lo Stato non eserciterà solamente un ruolo di eventuale sostituto degli attori deboli ma, in quanto garante del bene comune, dovrà vigilare affinché le azioni dei cittadini, finalizzate all'interesse generale, rispondano effettivamente a tal scopo. (...) Infatti, se la tentazione statalista consiste nella bulimia del potere, la tentazione dei gruppi sociali consiste nell'indirizzare l'interesse generale verso interessi privati. I due attori su questo punto si controllano reciprocamente, e non più sul piano istituzionale, ma nella vita sociale: siamo nella situazione in cui «il potere limita il potere»”*.

contemplare espressamente, nel suo art. 118 ultimo comma, il principio di sussidiarietà nella sua valenza orizzontale<sup>186</sup>.

La portata di questa innovazione è stata lucidamente precisata da Zagrebelsky: “*non si tratta di un piccolo comma aggiunto all’art. 118. Si tratta forse proprio di una riconsiderazione complessiva del nostro stare insieme, di essere società. È quasi una modifica della forma di Stato se si spinge a fondo questa considerazione*”: l’emergere cioè di un nuovo patto costituzionale fondato su una visione diversa del nostro essere in società<sup>187</sup>.

Peraltro, la sussidiarietà orizzontale è stata fin da subito considerata dalla Corte costituzionale alla stregua di principio giustiziabile: la Corte ne ha fatto applicazione nelle importanti ed innovative sentenze n. 300 e 301 del 2003, ascrivendo le fondazioni bancarie tra i soggetti dell’organizzazione delle libertà sociali<sup>188</sup>.

Proprio l’espressione “libertà sociali” sembra finalmente identificare una sfera di attività, di funzioni, di interessi che non appartengono né a quella sfera pubblica che fa capo allo Stato e agli enti pubblici, né alla sfera privata propria del mercato e dell’iniziativa economica. Come ha precisato ancora Zagrebelsky, si è quindi di fronte “alla creazione di una nuova dimensione sociale”<sup>189</sup>.

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà segna un incisivo progresso verso una nuova concezione del cittadino nella società: un nuovo modello di democrazia in cui soggetti pubblici e privati non si pongono in antitesi, ma in un’ottica di

---

<sup>186</sup> L’annotazione è di ANTONINI L., *La sussidiarietà e la cifra democratica del patto costituzionale*, in AA. vv., *Che cosa è la sussidiarietà. Un altro nome della libertà*, a cura di VITTADINI, Milano, 2007, 213.

<sup>187</sup> ZAGREBELSKY, *Le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei, Roma 2005, 136. Anche RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà* cit., 196, riconosce l’incidenza del principio di sussidiarietà sullo sviluppo delle forme di stato. “*Se infatti, il problema della forma di stato si identifica con quello della convivenza di individui e di gruppi nella compagine statale, e se esso rappresenta pertanto la questione più difficile e decisiva della teoria dello stato, il tema della sussidiarietà ne costituisce un aspetto centrale, poiché esso tocca da vicino il profilo del rapporto fra pluralità sociale e unità statale, che percorre sin dalle origini lo sviluppo storico dello stato moderno*”. L’Autore a p. 201 ricorda che “*il ruolo e la valenza dell’introduzione del principio di sussidiarietà nella Carta costituzionale, in rapporto agli assetti fondamentali della forma di stato, sono stati, del resto, ben chiari in alcuni dei passaggi più significativi del processo di riforma sviluppatosi in Italia negli anni ’90. Nell’architettura del progetto elaborato nel 1997 dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, al titolo primo (che fu oggetto di esame da parte di un comitato denominato forma di stato) era attribuito il compito di delineare un nuovo assetto dei rapporti fra i pubblici poteri e la società civile. Fu osservato dal relatore in seno al comitato che la «questione di fondo che esaminiamo quando parliamo di forma di stato attiene all’aspetto del patto costituzionale fra centro e periferia»: ciò «significa rivedere quel patto, cercare di capire il senso di quel patto iniziale, cercare di capire le ragioni per le quali esso non regge più e quelle che possono indurre a stipulare un nuovo patto costituzionale fra centro e periferia»*”. Sul punto cfr. anche la relazione del relatore, sen. D’Onofrio, in Camera dei Deputati, *Atti parlamentari. XIII Legislatura*, seduta 26 gennaio 1998, 9.

<sup>188</sup> Si rinvia a quanto detto *supra*, nel Cap. 2, sub 2.

<sup>189</sup> L’espressione è di ZAGREBELSKY, *Le fondazioni* cit., 136.

collaborazione reciproca nella realizzazione dell'interesse generale<sup>190</sup>.

In tale sistema il singolo si realizza attraverso “*la partecipazione personale in tutte quelle manifestazioni della sovranità che direttamente o indirettamente possono interessarlo e coinvolgerlo*”<sup>191</sup>. In questo scenario, la sussidiarietà viene vista come una delle leve per “democratizzare la democrazia”; rappresenta “*un valore costituzionale idoneo a colmare, almeno in parte, la lacuna aperta dalla globalizzazione attraverso l'erosione delle potenzialità del principio rappresentativo*”<sup>192</sup>.

Studi sociologici hanno evidenziato l'importanza della società civile non solo al fine di fornire un numero sempre più elevato di servizi sociali fondamentali, ma anche per indirizzare verso fini costruttivi i talenti, le energie, le risorse di centinaia di migliaia di uomini le cui abilità non possono essere impiegate nel mercato<sup>193</sup>.

Questa visione partecipata della sovranità conduce a una nuova interpretazione financo dell'art. 1 Cost.: il popolo è sovrano non solo perché vota all'elezione del Parlamento o

---

<sup>190</sup> CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà cit.*, 6; BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Padova, 1994, 62

<sup>191</sup> BENVENUTI, *Il nuovo cittadino cit.*, 62.

<sup>192</sup> In proposito, ricorda ANTONINI L., *La sussidiarietà cit.*, 216-217, che “*da questo punto di vista è utile precisare che lo Stato costituzionale aveva già superato l'identificazione della democrazia con il mero principio rappresentativo, perché il principio di democraticità si è strutturato integrando il principio rappresentativo con valori costituzionali indisponibili dalla stessa maggioranza pur democraticamente eletta. Con le Costituzioni del secondo dopoguerra è quindi avvenuto il superamento della nozione meramente numerico/relativista del principio di democraticità: attraverso la previsione di libertà, valori e diritti sono stati stabiliti limiti valoriali al mero principio di maggioranza. Queste Costituzioni, inoltre, hanno chiarito che, assieme alle libertà civili e politiche, occorre perseguire anche l'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale per rimuovere quegli ostacoli che, di fatto, impedirebbero la piena partecipazione politica: è evidente che un'elezione svolta in un contesto dove la maggioranza della popolazione fosse analfabeta, non potrebbe definirsi sostanzialmente democratica. La garanzia dei diritti sociali, che ha consentito l'evoluzione verso questo nuovo livello della democrazia, è avvenuta attraverso l'edificazione dei sistemi di welfare, che hanno permesso la diffusione di alti livelli di protezione sociale*”.

<sup>193</sup> Il celebre economista Rifkin afferma che trovare un'alternativa al lavoro nell'economia di mercato è una questione determinante. L'occupazione nel complesso manifatturiero è diminuita anno dopo anno in ogni regione del mondo e se al crescere della disoccupazione seguirà uno sviluppo del Terzo settore “*il consorzio umano sarà probabilmente destinato a disintegrarsi in uno stato di crescente povertà e criminalità dal quale non sarà facile fare ritorno*”. Prosegue Rifkin sostenendo che “*nel prepararsi per l'era post-mercato sarà necessario dedicare la massima attenzione alla costruzione del terzo settore e al rinnovamento della vita sociale a livello locale. Diversamente dall'economia di mercato, che si fonda esclusivamente sulla produttività e che perciò è indifferente alla sostituzione degli uomini con le macchine, l'economia sociale si fonda sulle relazioni umane, sul senso di intimità, di comunione, sui legami fraterni, sullo spirito di servizio: qualità che non sono agevolmente riproducibili né sostituibili da una macchina. Poiché questo regno non può essere facilmente invaso dalle macchine, diventerà necessariamente il rifugio verso il quale si dirigeranno i lavoratori spiazzati dalla terza rivoluzione industriale, alla ricerca di un nuovo significato e di un nuovo scopo della vita, dopo che il valore del loro lavoro come risorsa sul mercato formale sarà diventato marginale o nullo*”. Rifkin fa delle raccomandazioni: “*dovendosi confrontare con la terribile prospettiva di dover assorbire un numero sempre più grande di lavoratori espulsi dal sistema di mercato e di fornire un numero sempre più elevato di servizi sociali fondamentali e di sviluppo culturale, il terzo settore avrà bisogno di una massiccia iniezione di lavoro volontario e di fondi finanziari*”. Cfr. il contributo di PANIZON, *Il destino dell'uomo*, in *Medico e bambino*, 2013, 5, 334.

perché determina l'indirizzo dell'esecutivo, ma anche perché interviene direttamente nelle attività di interesse generale<sup>194</sup>.

Si è dunque agli antipodi rispetto alla concezione hegeliana accolta dalla scuola italiana di diritto pubblico da Vittorio Emanuele Orlando in avanti, in base alla quale *“viene semplicemente cambiato l'apriori della costruzione giuridica: non più l'individuo che vive in società, ma lo Stato; anzi lo Stato non è solo l'origine e la fonte unica del diritto, ma ne costituisce l'essenza”*<sup>195</sup>. In altre parole, la sovranità *“è nello Stato e per lo Stato, la sua essenza giuridica non può comprendersi se non in stretta connessione col concetto di personalità dello Stato”*<sup>196</sup>.

Agli antipodi della concezione sopra esposta, l'impostazione individuale-sociale, nello studiare i rapporti tra autorità e libertà, pone alla base della riflessione filosofico-giuridica la natura sociale dell'uomo.

Ciò che cambia nelle diverse correnti che afferiscono a questa scuola di pensiero è il bilanciamento tra i due diversi profili, quello dell'individualità e quello della socialità; è comune però la critica alla teoria del contratto sociale di Rousseau<sup>197</sup>: *“è errato dire che quando una società di eguali crea un Governo si spogli o dell'entità o dell'esercizio dei suoi naturali diritti o di alcuni di tali diritti, per depositarli in mano ad un terzo che ne rimanga investito. La necessità del governo civile è connessa e subordinata alla necessità dello stato sociale; non si devono fare gli uomini per i Governi, ma i Governi per gli uomini”*<sup>198</sup>. In altri termini, *“è indispensabile che il potere riconosca il proprio ruolo di ausiliario”*<sup>199</sup>.

---

<sup>194</sup> PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, 1082 ss.

<sup>195</sup> L'evoluzione della scienza dell'amministrazione di ispirazione hegeliana è descritta da ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi* cit., 39.

<sup>196</sup> Le riflessioni di Vittorio Emanuele Orlando sono riportate da ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi* cit., 40-41.

<sup>197</sup> La critica serrata di Romagnosi a Rousseau è riportata da ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi* cit., 20, in questi termini: *“il fondamento contrattuale del potere teorizzato da Rousseau nella sua tesi sul «contratto sociale» esprime al massimo l'ispirazione individualista: il potere deriva da un contratto stipulato dagli individui. Nel contratto sociale, per Rousseau, l'individuo si spoglia del proprio potere ma, donandolo agli altri, come gli altri fanno, in realtà non lo dona a nessuno e acquista ciò che ha perso nell'alienazione. Solo che, osserva Romagnosi, questo «contratto» è stipulato forzatamente, non è un atto libero e comporta per Rousseau l'alienazione totale di ciascun associato, con tutti i suoi diritti a tutta la comunità”*.

<sup>198</sup> ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi* cit., 21 riporta il pensiero di Romagnosi.

<sup>199</sup> Lo studio sociologico di MILLON DELSOL, *Il principio di sussidiarietà* cit., 60-61, mette in luce che *“il potere cerca, in genere, di aggiudicarsi la totalità delle competenze, ossia di fare tutto da solo, a meno che non preferisca rimanere inattivo e soddisfatto, in contemplazione della propria gloria. Invece un potere o un'autorità capace di incentivare, senza agire in prima persona, spende energie, ma non recupera per sé alcun potere supplementare”*.

La sussidiarietà realizzerebbe tanto la prossimità delle istituzioni rispetto ai cittadini, quanto “*l'immedesimazione dei cittadini nell'esercizio di funzioni pubbliche, sia a titolo individuale che attraverso le formazioni sociali*” e ciò determinerebbe “*un ribaltamento di prospettiva che mette in gioco l'assetto tradizionale di organizzazione delle funzioni pubbliche (...), ampliando quindi anche le forme di attuazione del principio democratico*”<sup>200</sup>.

La sussidiarietà orizzontale dunque completa la democrazia rappresentativa, anche se tra quest'ultima e quella derivante dall'applicazione della sussidiarietà orizzontale vi sono profonde differenze: la democrazia rappresentativa “*applica il principio della maggioranza ma si preoccupa contestualmente di garantire le minoranze*”; quella fondata sul principio di sussidiarietà “*valorizza le iniziative delle minoranze (l'art. 118, c. 4, cost., prevede che perfino il singolo cittadino possa essere favorito), ma si preoccupa che i benefici della loro azione si ripercuotano sulla maggioranza dei cittadini. Nel primo caso, il metro della legittimazione è dato dalla rappresentanza maggioritaria delle volontà, nel secondo la legittimazione è offerta dall'efficacia dell'azione*”<sup>201</sup>.

Tuttavia, vi è chi nega la legittimazione delle spontanee forze della società civile al perseguimento di interessi pubblici, argomentando che esse mancano della necessaria investitura democratica per ricoprire un simile ruolo<sup>202</sup>.

Inoltre, ancorché tali forze possano essere in astratto idonee a soddisfare interessi pubblici, si pone per loro un “*problema di adeguatezza*” al raggiungimento degli obiettivi e di garanzia di rispetto delle regole e dei principi<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> PASTORI, *Istituzioni pubbliche e società civile nelle recenti riforme*, in *Vita e pensiero*, 1999, 228-229, ritiene che l'affermazione di una forma di democrazia fondata sul principio di sussidiarietà imporrebbe un ripensamento dell'assetto tradizionale di organizzazione delle funzioni pubbliche “*dominato dalle strutture amministrative dipendenti dalle istituzioni politico-rappresentative*”.

<sup>201</sup> Così GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 2917. Come è stato acutamente osservato, la democrazia rinvigorita dalla sussidiarietà costituisce una risposta alternativa al problema, sollevato da Tocqueville, di come evitare la dittatura della maggioranza.

<sup>202</sup> A giudizio di ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 82, “*la garanzia e il rispetto di tali principi è infatti parte integrante della funzione svolta dai soggetti pubblici, ai quali soli è attribuita la legittimazione democratica idonea a sostenere un progetto di trasformazione sociale e di mediazione dei conflitti, che non è affatto garantita dalle (né non può essere lasciata alle) spontanee iniziative delle forze sociali e degli individui, che hanno nelle dinamiche della società (più che nelle istituzioni), nel perseguimento di fini privati, il loro campo specifico di azione*”. A giudizio dell'Autore occorrerebbe allora ripensare agli strumenti concreti attraverso cui si attua la sussidiarietà: i criteri di selezione dei privati chiamati a partecipare allo svolgimento di attività amministrative, la previsione di regole che garantiscano il rispetto dei destinatari delle prestazioni erogate, la fissazione di *standards* e dei contenuti delle prestazioni.

<sup>203</sup> Così ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 82 e ROSSI, *Interessi pubblici e diritto privato. Problemi di metodo e di adeguatezza*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, 2, 7.

Si apre dunque il problema di come la democrazia fondata sulla sussidiarietà possa convivere con quella rappresentativa, senza sostituirsi a quest'ultima e senza essere soppiantata dalla stessa, di come reagiscono alla sussidiarietà gli istituti tradizionali e l'ammissibilità dell'intervento dei privati cittadini - non solo nello svolgimento di compiti di interesse generale - ma anche nello svolgimento dei poteri pubblici sovrani in cui si dipana la democrazia.

La condizione del potere è *“che esso unicamente supplisca in quei casi in cui l'andamento naturale delle cose umane non opera rettamente da sé [... Il] governo sottentra con la propria autorità tutoria e di soccorso in tutti quegli oggetti ed in tutti quei casi i quali, sebbene siano di privato interesse, ciò nonostante non possono da un privato o per diritto di eguaglianza o per fatto di potenza essere stabiliti e protetti”*<sup>204</sup>.

Afferma autorevole dottrina, rispondendo negativamente al quesito posto circa l'ammissibilità dell'intervento dei privati nell'esercizio dei poteri, che la profonda differenza esistente tra sussidiarietà verticale e orizzontale starebbe in questo: che la sussidiarietà verticale attiene alla ripartizione sia di poteri di comando che di compiti di erogazione di servizi tra enti pubblici; mentre la sussidiarietà orizzontale non può mai riguardare l'attribuzione di poteri di imperio alla collettività, in quanto i privati non possono comandare su altri privati e men che meno usare la forza.

Laddove ciò sia ammesso i privati sono qualificabili come esercenti pubbliche funzioni e quindi assimilati ai funzionari pubblici<sup>205</sup>. Pertanto, stando a questa tesi, la sussidiarietà orizzontale non si applicherebbe alle funzioni pubbliche e cioè a quelle attività che consistono nell'imporre obblighi o divieti unilateralmente in base a Costituzione o a leggi conformi a essa.

Del principio di sussidiarietà la Costituzione italiana, nel testo modificato dalla l. cost. n. 3/2001, fa uso in tre diversi contesti.

Nell'art. 118, 1 comma, se ne avvale ai fini della distribuzione delle funzioni amministrative tra i livelli di governo territoriali in cui si articola la Repubblica; nell'art. 118, 4 comma, lo usa come principio ispiratore dei rapporti tra pubblici poteri e cittadini; nell'art. 120 esso viene evocato come criterio guida, unitamente al principio di leale collaborazione, che il Governo deve seguire nell'esercizio dei poteri sostitutivi nei confronti degli enti territoriali.

---

<sup>204</sup> ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi* cit., 36.

<sup>205</sup> RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 19.

In tutti questi contesti il principio incide sull'allocazione della funzione amministrativa o comunque sullo svolgimento di attività amministrativa.

Manca in Costituzione qualsivoglia menzione del principio di sussidiarietà nell'esercizio del potere normativo, sia legislativo che regolamentare, disciplinato dall'art. 117 Cost.

Ma, in realtà, pur mancando un riferimento letterale al principio, esso appare incidere anche sulla titolarità del potere normativo, in ragione del legame esistente tra esso e il potere amministrativo (si veda in proposito quanto afferma la Corte costituzionale nella pronuncia 303/2003)<sup>206</sup>.

Come illustrato nel Cap. 1 (*sub* 3.), gli interessi che originariamente giustificavano l'esistenza dell'ente Stato erano esclusivamente quelli attinenti alla sua conservazione, ovvero la difesa esterna (la protezione della propria sovranità), la difesa interna (ordine pubblico e sicurezza pubblica), la giustizia (effettività della protezione), la politica monetaria, i rapporti internazionali e le opere pubbliche<sup>207</sup>.

Dall'analisi macroeconomica dei costi dell'erogazione di tali servizi emerge che tali compiti hanno un oggetto indisponibile, ovvero non possono spettare allo Stato in ragione del fatto che non esistono privati dotati di un'organizzazione in grado di svolgere tali compiti, oppure perché tali servizi attengono a beni pubblici intrinsecamente non frazionabili e quindi non erogabili solo a favore di chi li acquista, escludendo gli altri dal loro godimento. L'intervento dello Stato in questi settori cruciali è giustificato da ragioni definite di "necessità economica", posta l'incapacità del mercato di soddisfare l'interesse.

Tuttavia, è in atto un processo di devoluzione, o quantomeno di integrazione tra pubblico e privato, in settori definiti ontologicamente pubblici: i privati sono chiamati ad esercitare in luogo dello Stato funzioni sovrane in supplenza dei pubblici poteri.

Si tratta di una vera e propria rivoluzione copernicana del modo di concepire i rapporti tra pubblico e privato: non è più lo Stato a farsi carico di compiti di benessere, ma sono i cittadini a svolgere funzioni sovrane in *subsidio* allo Stato che, prostrato dalla mole di attribuzioni e appesantito da una burocrazia sempre più inefficiente e costosa, chiama il cittadino a collaborare per scongiurare la propria implosione.

---

<sup>206</sup> CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 1. Il principio di sussidiarietà verticale è in grado di alterare il riparto di competenze stabilito dall'art. 117 Cost. Per quanto l'art. 118 Cost. sia una norma che disciplina l'allocazione delle funzioni amministrative in capo agli enti autonomi territoriali e, quindi, sia formalmente estranea alla legislazione, la Corte costituzionale ha affermato che il principio di sussidiarietà autorizza non solo l'attribuzione allo Stato di funzioni amministrative in materie di competenza regionale, ma altresì delle corrispondenti funzioni legislative.

<sup>207</sup> Diffusamente sul punto BELLOMO, *Manuale* cit., vol. 1, 260 ss.

La rivalutazione della persona, con gli interessi e le esigenze di cui è portatrice, ha portato alla moltiplicazione dei bisogni e dei diritti, garantiti a parole, ma cui lo Stato non sempre è riuscito a prestare effettiva tutela.

Nello scenario delineato, di non secondaria importanza è la recente introduzione del principio del pareggio del bilancio in Costituzione da parte della l. cost. n. 1 del 2012.

L'attuale art. 97, 1 comma, Cost. stabilisce che *“le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”*.

Si tratta solo di una delle numerose restrizioni finalizzate al contenimento della spesa pubblica derivanti dall'adesione dell'Italia all'Unione Europea, a seguito delle quali si è provveduto a una devoluzione di competenze al livello periferico.

Questo è il sostrato socio-economico che ha portato all'emersione del Terzo Settore nel campo dei servizi sociali e che ha reso necessario il passaggio dal *welfare state* alla *welfare society*, con il coinvolgimento di soggetti pubblici e privati<sup>208</sup>. Passaggio, il predetto, dipeso, quindi, sia dalla diminuzione delle risorse disponibili (accompagnato dall'aumento dei diritti), che da una nuova concezione dello Stato democratico definibile pluralista<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> Cfr. ANTONINI L., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da welfare state a welfare society*, in *Riv. dir. fin. e scienza fin.*, 2000, 113 ss. Sul versante dei servizi sociali, che costituiscono il cuore del *welfare*, può dirsi che il principio di sussidiarietà orizzontale ha rafforzato il 4° comma dell'art. 38 Cost., in forza del quale *“l'assistenza privata è libera”*, ammettendo quindi che soggetti privati possano essere gestori di servizi di assistenza. Ma non ci si può dimenticare che l'art. 38 Cost. costituisce una particolare applicazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2 comma, Cost. e dei doveri sociali di cui all'art. 2 Cost.; pertanto i privati cittadini, nell'adempimento del dovere costituzionale di solidarietà, assumono collettivamente il dovere di farsi carico dell'assistenza.

<sup>209</sup> ANTONINI L., *Il principio di sussidiarietà* cit., 114 ss., individua le cause dell'avvio del processo di affermazione del principio di sussidiarietà. La maggiore sensibilizzazione verso il principio è avvenuta grazie all'azione dei movimenti nel Terzo settore che hanno denunciato l'arretratezza dell'Italia rispetto al resto d'Europa e hanno segnalato l'ingresso del principio di sussidiarietà nell'ordinamento europeo. Occorre in proposito segnalare che, ad avviso dell'Autore, la dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà emergerebbe dal Preambolo del Trattato di Maastricht: la frase *“il più possibile vicino ai cittadini”*, con la specificazione *“conformemente al principio di sussidiarietà sarebbe suscettibile di essere inteso come evocativo del carattere suppletivo e ausiliario dell'intervento pubblico nella regolamentazione delle relazioni interpersonali”*. Da ultimo, ma non per importanza, è il contributo ascrivibile al fenomeno della globalizzazione. Spiega l'Autore che *“per effetto della globalizzazione dei mercati finanziari, infatti, i capitali fuggono verso gli stati fiscalmente più convenienti. Se non vengono trovate nuove forme di Welfare, i modelli tradizionali ricadranno drammaticamente sui soggetti stessi che il Welfare vorrebbe proteggere. Un Welfare ancora incentrato sul ruolo dello Stato, infatti, implica una forte pressione fiscale. Ma se i capitali fuggiranno - e fuggono verso quegli stati dove la pressione fiscale è più leggera - i soggetti colpiti dall'imposizione saranno le ricchezze che non possono scappare: ad esempio il reddito dell'impiegato o dell'operaio o i beni al sole, come la casa di abitazione. I finanziatori del Welfare State saranno quindi gli stessi soggetti che da esso dovrebbero essere assistiti, con ritorno del fantasma della povertà per le classi meno scaltre e più povere di quei paesi civilizzati che pensavano di averlo sconfitto per sempre”*.

Spiega il medesimo Autore nel contributo ANTONINI L., *La sussidiarietà* cit., 220-221, che la mobilità della ricchezza, ovvero la possibilità per i contribuenti di spostare la grande ricchezza, migrando nei territori

Questo processo di erosione delle prerogative statali è lento e graduale, ma coinvolge tutte le funzioni sovrane: legislativa, giudiziaria ed esecutiva.

Il che non significa che il *trend* non sia privo di battute d'arresto e circoscritto da limiti ineliminabili fissati dalla Carta costituzionale e presidiati dalla Corte costituzionale.

### 3.2. *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'esercizio della funzione legislativa.*

Il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. non si applica alla distribuzione della (si noti: «alla distribuzione della», non «alla») funzione legislativa<sup>210</sup>.

L'art. 117 Cost. prescrive chiaramente che lo Stato ha competenza esclusiva nelle materie elencate al comma secondo; le Regioni hanno una competenza concorrente per quanto riguarda le materie elencate al comma terzo; le materie che non rientrano né nell'uno né nell'altro elenco spettano alla competenza non già esclusiva, come originariamente affermato da taluno, bensì residuale delle Regioni.

Quindi, salvo il caso che con legge di revisione costituzionale si voglia modificare questa distribuzione o introdurre nuovi strumenti di democrazia diretta in nome del principio di sussidiarietà, il principio di sussidiarietà può essere utilizzato solo in chiave ermeneutica, come precipitato normativo del principio di sovranità popolare.

Ai sensi dell'art. 1, comma 2, della Costituzione “*la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione [... sicché] risulta chiaro che il popolo non è solo la fonte ideale o l'astratto titolare del potere sovrano, ma dispone - o, forse meglio, dovrebbe disporre dell'esercizio di esso, sia pure nei modi consentiti dalle forme di Stato e di governo dello Stato, che vengono configurate nel seguito dalla Carta costituzionale*”<sup>211</sup>. Inoltre, ai sensi del comma 1, art. 1 Cost., la caratteristica predominante della nostra Repubblica sta nel suo essere «democratica».

Etimologicamente, democrazia significa potere o governo del popolo, ma in presenza di una collettività vasta come quella dei popoli statali moderni, è impensabile che il

---

in cui la pressione fiscale è più bassa, ha cagionato una perdita di democraticità del sistema del *welfare state* basato sul principio per cui c'è coincidenza nella medesima persona della figura dell'elettore, del beneficiario della spesa pubblica e del contribuente: essendo più agevolmente sottoponibili a tassazione i redditi medio bassi che non possono avere mobilità internazionale, vengono messi in crisi i principi della progressività dell'imposta e della capacità di redistribuzione.

<sup>210</sup> Sull'incidenza del principio di sussidiarietà verticale nel riparto di competenze legislative, si rinvia alla sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2003.

<sup>211</sup> PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 269.

governo spetti egualmente alla totalità dei cittadini e che venga esercitato direttamente da essi.

Le forme di esercizio del potere democratico sono, quindi e comprensibilmente, per lo più indirette: il corpo elettorale si limita a eleggere uno o più organi collegiali politicamente rappresentativi del popolo, cui resta affidata la deliberazione delle leggi e la determinazione dell'indirizzo politico. A questo modello si contrappone quello costituito dalla democrazia diretta o partecipativa, nel quale ciascun cittadino dotato della capacità di agire prende parte all'adozione di determinate scelte politiche<sup>212</sup>.

*“Astrattamente, il diretto coinvolgimento di ogni cittadino «attivo» nella definizione della politica generale del Paese parrebbe concretare la forma più perfetta, autentica e compiuta della democrazia”; solo quella “diretta o partecipativa costituirebbe una democrazia «governante», in antitesi ad una democrazia «governata», che invece vedrebbe gli elettori spogliati del potere effettivo da parte degli eletti”<sup>213</sup>; in questo secondo modello gli elettori essendo titolari di una “volontà [solo] rappresentata, nel senso che non esiste se non attraverso il rappresentante”<sup>214</sup>.*

Ciò spiega perché in Italia la democrazia diretta abbia ricevuto qualche spazio attraverso gli istituti della petizione, del referendum e dell'iniziativa legislativa popolare, ma è *“rimasta ferma, nell'intero periodo repubblicano, la predominanza degli istituti di democrazia rappresentativa, imperniata soprattutto sul Parlamento”<sup>215</sup>.*

Gli istituti di democrazia partecipativa, attraverso i quali il popolo esercita direttamente la sovranità, sono stati e sono correntemente definiti «correttivi del regime parlamentare» fondato sul raccordo Governo-Parlamento<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> Sul punto cfr. PALADIN, *Diritto costituzionale* cit., 263.

<sup>213</sup> Così testualmente PALADIN, *Diritto costituzionale* cit., 264. L'Autore riconosce però che *“il pieno autogoverno del popolo non può concretizzarsi, in verità, se non quando concorrano certe premesse, che storicamente si sono realizzate solo in rari momenti ed in rare occasioni. (...) Un tipo siffatto non è riproponibile in presenza di Stati contraddistinti dalle loro grandi dimensioni territoriali, dal numero ingentissimo dei loro cittadini, dalla stessa mole delle decisioni da prendere quotidianamente, nei più vari settori ed ai più vari effetti. Quella che si suole definire «democrazia degli antichi» forma pertanto, nella visione moderna o contemporanea, un modello fittizio ed «affatto irreal» (Böckenförde), anche perché l'attuazione di esso esigerebbe una totale e continua «devozione dei cittadini al pubblico servizio» (Sartori), che praticamente risulta impensabile”.*

<sup>214</sup> MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà* cit., 284, riporta l'idea hobbesiana di rappresentante. Questa idea risente della *“concezione del governo «per il popolo», ma non «attraverso il popolo»* e vede la rappresentanza come una *“funzione che costituisce il rappresentato in unità politica”.*

<sup>215</sup> Così PALADIN, *Diritto costituzionale* cit., 265.

<sup>216</sup> È PALADIN, *Diritto costituzionale* cit., 485-486, che definisce gli istituti di democrazia diretta *“correttivi del regime parlamentare”.*

A una attenta analisi risulta che gli istituti di democrazia diretta sono volti a riservare talune delicate decisioni al corpo elettore, il quale può fare sentire la propria voce nell'esercizio del potere legislativo. Ma ciò non significa che il popolo possa esercitare in via diretta il potere legislativo, anzi, a parte alcuni tipi di *referendum*, gli altri strumenti hanno solo una limitata funzione di impulso e di stimolo nei confronti degli organi rappresentativi, ai quali è rimessa la decisione politica finale<sup>217</sup>.

Si tratta ora di analizzare nel dettaglio questi strumenti, al fine di vagliare il grado di penetrazione della sussidiarietà orizzontale nell'esercizio della funzione legislativa.

La petizione è prevista dall'art. 50 della Costituzione e consiste nella facoltà riconosciuta a tutti i cittadini di rivolgersi direttamente alle Camere “*per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità*”<sup>218</sup>. Le Camere non sono mai obbligate a provvedere e a deliberare sulle petizioni presentate: questa discrezionalità del Parlamento mette in luce la natura della petizione quale strumento di stimolo incapace di tradursi davvero in esercizio diretto della sovranità<sup>219</sup>.

L'art. 71, comma 2, Cost., legittima il corpo elettore all'esercizio dell'iniziativa legislativa: progetti di legge redatti in articoli possono essere presentati alle Camere da parte di almeno cinquantamila elettori<sup>220</sup>. Si tratta di un esercizio diretto del potere sovrano, ma si risolve anch'esso in un impulso nei confronti del sistema rappresentativo: le Camere sono del tutto libere di ignorare le proposte popolari tutte le volte in cui è assente in Parlamento una sufficiente volontà politica volta a sostenerlo.

E' dunque il *referendum* a rappresentare l'istituto di democrazia diretta più importante, in quanto produce effetti innovativi nell'ordinamento giuridico.

La dottrina individua una gran varietà tipologica di *referendum*: esso può vertere su norme di rango costituzionale, su leggi, su atti amministrativi o essere finalizzato alla composizione di questioni politiche. In base agli effetti prodotti, esso può avere natura

---

<sup>217</sup> La riflessione è di MEZZETTI, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Milano, 2011, 191.

<sup>218</sup> I regolamenti delle Camere (art. 109 R.C. e art. 140-141 R.S.) statuiscono che le petizioni pervenute a ciascuna Camera vengono trasmesse alla commissione competente per materia.

<sup>219</sup> Cfr. MEZZETTI, *Manuale breve cit.*, 192.

<sup>220</sup> Osserva la dottrina (MEZZETTI, *Manuale breve cit.*, 192) che lo strumento dell'iniziativa legislativa pare più incisivo rispetto alla petizione. “*Depongono in questo senso la legittimazione, affidata ad un soggetto collettivo anziché individuale, e la estrema determinatezza del petitum, che non si risolve più, come nel caso precedente, in una generica richiesta di provvedere, ma si estrinseca nel contenuto stesso del provvedimento legislativo invocato*”. Inoltre i regolamenti parlamentari prevedono che i disegni di legge di iniziativa popolare abbiano una corsia privilegiata: essi non decadono alla fine della legislatura, rendendo quindi non necessaria la loro ripresentazione (art. 107 R.C. e art. 74 R.S.).

deliberativa, confermativa o abrogativa dell'atto sottoposto alla consultazione elettorale, o avere effetti meramente consultivi<sup>221</sup>.

Nel testo costituzionale sono previsti due *referendum* che operano a livello nazionale, il *referendum* costituzionale di cui all'art. 138 Cost. e il *referendum* abrogativo di leggi statali di cui all'art. 75 Cost. (attuato con la l. n. 352/70). Esistono poi altri *referendum* in ambito regionale (*ex art.* 123 Cost.) e *referendum* consultivi, anch'essi a base locale, relativi a modificazioni di enti territoriali (art. 132 e 133 Cost.).

Questi ultimi sono volti ad acquisire il parere delle popolazioni concretamente o in ipotesi interessate da una variazione territoriale di uno o più dei propri enti di appartenenza. Hanno natura consultiva e si inseriscono nel procedimento di adozione di una legge di ridefinizione territoriale. La legge sottoposta a *referendum* ha rango costituzionale se la variazione comporta la fusione tra regioni o la loro soppressione, natura di legge ordinaria statale se riguarda il distacco di province e comuni da una regione all'altra, natura di legge regionale se volta all'istituzione di nuovi comuni o alla modifica delle loro circoscrizioni o denominazioni.

I *referendum* regionali sono disciplinati dall'art. 123 Cost. In particolare, il primo comma dispone che gli statuti regionali regolino l'esercizio del *referendum* su leggi e provvedimenti amministrativi della regione. La Costituzione ha rimesso alle regioni un ampio potere di scelta, ma queste ultime si sono limitate a prevedere solo *referendum* abrogativi e consultivi, riproducendo quindi a livello regionale la disciplina del *referendum* nazionale prevista in Costituzione. Inoltre, con la legge di revisione costituzionale n. 1/1999, l'art. 123 Cost. è stato novellato ed è stato introdotto un *referendum* confermativo nel procedimento di adozione degli statuti delle regioni ad autonomia ordinaria<sup>222</sup>.

La Costituzione già prevedeva un *referendum* confermativo: si tratta di quello costituzionale che si colloca nel procedimento di formazione delle leggi di rango costituzionale. Ai sensi dell'art. 138 Cost., il referendum costituzionale è eventuale, in quanto vi si dà luogo solo se non è stata raggiunta la maggioranza dei due terzi delle assemblee nella seconda deliberazione e facoltativo, poiché si dà luogo a *referendum* se

---

<sup>221</sup> La classificazione è di MEZZETTI, *Manuale breve cit.*, 192.

<sup>222</sup> Ai sensi dell'art. 123, comma 3, Cost., oggi le regioni ordinarie approvano e modificano il loro statuto con una legge regionale adottata con due deliberazioni successive del Consiglio regionale, adottate a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di due mesi. Lo statuto è sottoposto a *referendum* popolare qualora entro tre mesi dalla sua pubblicazione ne faccia richiesta un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti del Consiglio regionale.

ne fanno richiesta nel termine di tre mesi cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali o un quinto dei membri di una Camera<sup>223</sup>. Ha carattere sospensivo-confermativo, poiché, se richiesto, sospende l'*iter* di approvazione della legge costituzionale ed è volto ad ottenere l'approvazione da parte del corpo elettorale del disegno di legge. Con questo strumento di democrazia, quindi, la sovranità popolare non viene esercitata stabilmente: è preclusa la richiesta di referendum da parte degli elettori tutte le volte in cui sul disegno di legge costituzionale esista un ampio consenso politico (i due terzi di ciascuna delle due Camere in seconda deliberazione), poiché qualora maggioranza e opposizione si accordano in Parlamento la funzione di garanzia dell'ordinamento costituzionale da parte del popolo è ritenuta superflua e quindi pretermessa.

Tra le varie tipologie di *referendum*, ha importanza centrale quanto all'analisi della sovranità popolare il *referendum* abrogativo, perché i *referendum* consultivo e confermativo s'inseriscono nei procedimenti di formazione di leggi ordinarie o costituzionali. Tali istituti sono cioè volti a introdurre autonome fasi di consultazione popolare nell'*iter* di approvazione di fonti prominenti dalle Camere, cosicché "*le vere fonti sono pur sempre formate dalle leggi e non dai referendum che esse presuppongono*"<sup>224</sup>.

Pertanto e in definitiva, solo il *referendum* di cui all'art. 75 Cost. è qualificabile come applicazione del principio di sussidiarietà nell'esercizio della funzione legislativa.

Il solo *referendum* legislativo previsto dalla Costituzione ha natura esclusivamente abrogativa. Ai sensi dell'art. 75 Cost., il *referendum* popolare può essere indetto per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge. È estranea all'architettura costituzionale la previsione di *referendum* costitutivi, per mezzo dei quali il corpo elettorale venga chiamato ad approvare progetti di legge in luogo del Parlamento, dando quindi vita ad una nuova fonte-atto. Un'ipotesi del genere è stata scartata dall'Assemblea costituente perché ritenuta incompatibile con la forma di governo parlamentare<sup>225</sup>.

Nondimeno, prevale in dottrina l'idea che il *referendum* abrogativo si risolva, in caso di esito positivo, in una fonte-atto.

---

<sup>223</sup> Se il *referendum* non viene richiesto il progetto di legge costituzionale si considera tacitamente approvato e si procede alla promulgazione e alla pubblicazione integrativa dell'efficacia.

<sup>224</sup> La considerazione è di PALADIN, *Diritto costituzionale* cit., 205.

<sup>225</sup> L'annotazione è di PALADIN, *ibidem*.

Essa si diversifica dalle altre fonti di produzione normativa per il suo carattere “unidirezionale” o “a senso unico”, tale da poter generare solo una sorta di “legislazione negativa”<sup>226</sup>.

Malgrado gli effetti solo abrogativi del *referendum*, il carattere innovativo che l’esito positivo della consultazione referendaria ha sull’ordinamento depone nel senso di equiparare questo strumento di democrazia diretta alle altre fonti di norme di pari rango, così da poter essere definito un atto avente forza di legge ordinaria dello Stato. Il fatto che il corpo elettorale non sia un organo dello Stato non è di ostacolo all’inclusione del *referendum* abrogativo fra gli atti aventi forza di legge, perché comunque spetta al Presidente della Repubblica - organo dello Stato - dichiarare l’avvenuta abrogazione con decreto pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*<sup>227</sup>.

La manifestazione di sovranità popolare è massima quando l’iniziativa referendaria proviene dal popolo: in tale caso, anche la formulazione del quesito proviene dal corpo elettorale, in particolare dal comitato dei promotori che ha tre mesi di tempo per raccogliere la firma di cinquecentomila elettori<sup>228</sup>.

Oltre al limite dell’aver carattere esclusivamente negativo, il *referendum* soffre peraltro di ulteriori limitazioni, che si traducono in limiti all’esplicazione del potere sovrano del corpo elettorale.

Innanzitutto, esso ha, per sua stessa essenza, carattere complementare rispetto agli istituti di democrazia rappresentativa, nel senso che l’indirizzo politico non potrebbe essere fondato sopra una serie di abrogazioni, di per sé insuscettibili di creare un diritto completamente nuovo<sup>229</sup>. Inoltre, la Costituzione all’art. 75, comma 2, fissa una serie di materie sulle quali non può vertere il *referendum*, alle quali se ne affiancano altre - in quella sede inesprese, ma da essa direttamente ricavabili per via ermeneutica - che la

---

<sup>226</sup> PALADIN, *ibidem*, riporta la varie aggettivazioni dei commentatori dell’epoca.

<sup>227</sup> Così PALADIN, *Diritto costituzionale* cit., 206-207. RESCIGNO, *Reviviscenza di disposizioni giuridiche e referendum abrogativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 3, 746, afferma che il *referendum* abrogativo è un atto normativo che ha forza di legge: “*infatti può abrogare atti aventi forza di legge e non può essere abrogato se non da atti con forza di legge*”. Si esprime in termini di fonte-atto anche la giurisprudenza costituzionale: cfr. la sentenza n. 468/1990 e da ultimo la sentenza n. 199/2012.

<sup>228</sup> L’art. 75, 1° comma, Cost. attribuisce la legittimazione a richiedere la consultazione popolare a cinquecentomila elettori oppure a cinque Consigli regionali. La minoranza parlamentare non è invece soggetto legittimato alla richiesta di *referendum* abrogativo, come accade per il *referendum* confermativo.

<sup>229</sup> PALADIN, *Diritto costituzionale* cit., 487, si rifà al pensiero di Chiappetti e Mazziotti.

Corte costituzionale ha ricavato dall'intero ordinamento costituzionale relativo al *referendum*<sup>230</sup>.

La Corte costituzionale, originariamente, era orientata nel senso di ritenere ammissibili le richieste referendarie concernenti le *leggi costituzionalmente obbligatorie*, ovvero essenziali per il funzionamento dell'ordinamento democratico, distinguendo queste dalle *leggi a contenuto costituzionalmente vincolato* da una disposizione di rango costituzionale rispetto alle quali il *referendum* è sempre inammissibile<sup>231</sup>. La *ratio* di tale distinguo sta nell'esigenza avvertita dalla Corte di precludere la manifestazione del potere sovrano del corpo elettorale solo quando sia suscettibile di determinare un *vulnus* dei principi costituzionali; quando non è paventabile tale rischio, la sovranità popolare collocata tra gli assi portanti dell'architettura costituzionale deve poter essere esercitata tramite lo strumento del *referendum*.

Ancora in tema di leggi costituzionalmente necessarie, si registra l'atteggiamento della Corte volto a preservare la sovranità del corpo elettorale negli spazi più ampi consentiti

---

<sup>230</sup> L'art. 75 Cost. prevede che “*non è ammesso referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali*”. La tesi della non tassatività delle cause di inammissibilità è stata affermata dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 16/78: “*vero è che questa Corte giudica dell'ammissibilità dei referendum «ai sensi del secondo comma dell'art. 75 della Costituzione». Ma non per questo si può sostenere che il comma 2 debba essere isolato, ignorando i nessi che lo ricollegano alle altre componenti la disciplina costituzionale del referendum abrogativo. Il processo interpretativo deve muoversi invece nella direzione opposta. Occorre cioè stabilire, in via preliminare, se non s'impongano altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si renda indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, ad integrazione delle ipotesi che la Costituzione ha previsto in maniera puntuale ed espressa*”. Come ha spiegato PALADIN, *Diritto costituzionale* cit., 207-208, allora giudice costituzionale relatore della sentenza n. 16/78, “*la Corte ha ritenuto che certe leggi o certe materie eccedenti le previsioni costituzionali sino implicitamente escluse - per ragioni di logica giuridica - dall'ambito delle consultazioni referendarie. Oltre alle leggi formate con il procedimento dell'art. 138 Cost., tali sono anzitutto gli atti legislativi dello Stato «dotati di una forza passiva peculiare» e sotto questo aspetto «assimilabili alle leggi costituzionali», come nel caso delle leggi di esecuzione dei Patti lateranensi; tali sono ancora le «disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato», l'abrogazione delle quali si ripercuoterebbe - per definizione - sulle corrispondenti norme costituzionali; e tali, infine, vanno considerate le leggi così strettamente connesse a quelle testualmente indicate dall'art. 75 secondo comma, che la loro sottrazione al referendum «debba ritenersi sottintesa», come nel caso delle norme legislative di esecuzione dei trattati internazionali, considerate nel loro stringente rapporto con le leggi autorizzanti la ratifica dei trattati stessi*”.

<sup>231</sup> La sentenza n. 16/1978 descrive in questi termini le leggi ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato: esse hanno ad “*oggetto disposizioni legislative ordinarie (...), il cui nucleo normativo non [può] venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o delle altre leggi costituzionali)*”. Ha puntualizzato la Corte nella successiva sent. n. 26/81, che “*occorre che la legge ordinaria da abrogare incorpori determinati principi o disposizioni costituzionali, riproducendone i contenuti o concretandoli nel solo modo costituzionalmente consentito (anche nel senso di apprestare quel minimo di tutela che determinate situazioni esigano secondo la Costituzione); sicché la richiesta di referendum, attraverso la proposta mirante a privare di efficacia quella legge, tenda in effetti ad investire la corrispondente parte della Costituzione*”. Per approfondimenti si rinvia a MAZZAROLLI, *Aggiornamenti vari in tema di decreti legislativi delegati; deleghe legislative anomale; decretazione legislativa di urgenza; referendum abrogativo di leggi dello Stato*, in *Schede di aggiornamento di diritto costituzionale (1998-2008)*, a cura di MAZZAROLLI-TOSI, Padova, 2008, 13 ss.

dalla Costituzione, arrivando ad ammettere anche la proposizione di *referendum* manipolativi, cioè quelli che, mediante la richiesta dell'abrogazione di una o più disposizioni o di parti (anche minime) di queste, finiscono con l'ottenere una normativa di risulta diversa da quella in vigore prima del *referendum*, ma efficace e suscettibile di applicazione anche all'indomani dell'eventuale esito favorevole della consultazione<sup>232</sup>.

I *referendum* manipolativi sono volti a far cadere singole parole del testo legislativo e si presentano formalmente come *referendum* parziali, ammissibili in base al tenore testuale dell'art. 75 Cost. Tuttavia essi non mirano ad ottenere un effetto abrogativo, con conseguente produzione di un vuoto normativo, ma sono finalizzati a conseguire un risultato emendativo del testo di legge: una normativa di risulta antitetica rispetto a quella precedentemente espressa. *“In questo modo il referendum, previsto nel sistema costituzionale come abrogativo, modifica a tal punto la propria natura da diventare propositivo, introducendo di fatto nell'ordinamento giuridico norme completamente nuove e generando un fenomeno che va ben al di là della naturale espansione della normativa di risulta”*<sup>233</sup>.

In ragione della loro natura sostanzialmente propositiva, i quesiti manipolativi non superano sempre il vaglio di ammissibilità della Corte costituzionale.

La motivazione dedotta a sostegno dell'inammissibilità è spesso la scarsa intelligibilità del quesito referendario, per *“l'esigenza di garantire al popolo, nell'esercizio del suo potere sovrano, la possibilità di una scelta chiara, che è insita nella logica del referendum”*<sup>234</sup>. Quando però il *referendum* ha ad oggetto una legge costituzionalmente necessaria, come la legge elettorale di un organo costituzionale, l'atteggiamento di chiusura della Corte muta, proprio per salvaguardare la facoltà del corpo elettorale di pronunciarsi su di un testo legislativo rispetto al quale un quesito totalmente abrogativo sarebbe inammissibile, posto che l'esito positivo esporrebbe l'ordinamento a una paralisi istituzionale<sup>235</sup>. Anzi, in casi come i predetti, il *referendum* manipolativo *“non solo è*

---

<sup>230</sup> Cfr. la definizione offerta da MAZZAROLLI, *Aggiornamenti vari cit.*, 19.

<sup>233</sup> MEZZETTI, *Manuale breve cit.*, 198.

<sup>234</sup> A giudizio della Corte, quando *“l'abrogazione parziale venga perseguita mediante la soppressione dal testo normativo di singole parole, si accentua l'esigenza di garantire al popolo, nell'esercizio del suo potere sovrano, la possibilità di una scelta chiara, che è insita nella logica dell'istituto del referendum e che presuppone una domanda di abrogazione i cui effetti (sul piano normativo) siano realmente individuabili e possano essere effettivamente ottenuti con la soppressione delle locuzioni delle quali si chiede l'abrogazione”* (così Corte cost., sent. n. 39/97).

<sup>235</sup> Ricorda PALADIN, *Diritto costituzionale cit.*, 209 che *“originariamente la giurisprudenza costituzionale era orientata nel senso di ritenere ammissibili le richieste referendarie concernenti le stesse leggi costituzionalmente obbligatorie, ovvero necessarie per il funzionamento dell'ordinamento*

*ammesso, ma è richiesto dalla Corte costituzionale, in particolare con riguardo proprio alle leggi elettorali, per le quali i referendum risultano essere intrinsecamente e inevitabilmente manipolativi*<sup>236</sup>. Attraverso il quesito manipolativo la sovranità popolare del corpo elettorale viene esercitata non solo in negativo, ma anche in positivo, poiché attraverso questo strumento viene introdotta di fatto nell'ordinamento una normativa nuova per effetto della volontà diretta del corpo elettorale.

Potrebbe esserci un altro caso in cui il *referendum* da abrogativo si trasforma in deliberativo (contro quanto prescrive la Costituzione): quando il *referendum* abrogativo determina la reviviscenza della legge o della disposizione abrogata dalla legge oggetto del *referendum*.

Un simile effetto del *referendum* è radicalmente negato dalla giurisprudenza costituzionale, da ultimo con la sent. n. 13 del 2012<sup>237</sup>. Parte autorevole della dottrina invece afferma che in rari casi la riviviscenza si verifichi: *“non c’entra la volontà del corpo elettorale che può solo volere l’abrogazione; per la medesima ragione non è ammissibile un referendum che si limita ad abrogare una precedente legge (o*

---

*democratico, purché si trattasse di scelte politiche del Parlamento, suscettibili di essere sostituite da scelte diverse, senza per questo violare la Costituzione; e ciò, malgrado l’avviso espresso in contrario da un’autorevolissima corrente dottrinale, che invece sosteneva l’esigenza di sottrarre anche queste discipline al referendum abrogativo, per evitare il prodursi di lacune tali da pregiudicare la piena operatività delle norme costituzionali (Chiappetti, Crisafulli, Lavagna, Modugno, Mortati, Pizzorusso)”. Più recentemente, viceversa, la Corte ha in parte abbandonato quell’indirizzo, per la considerazione che “gli organi costituzionali o di rilevanza costituzionale non possono essere esposti all’eventualità, anche solo teorica, di paralisi di funzionamento” (così Corte cost., sent. n. 29/1987). Prosegue l’Autore che “coerentemente, la Corte ha dichiarato inammissibili tutti i referendum concernenti leggi elettorali che producessero vuoti incolmabili, nell’attesa di una disciplina integrativa; per contro, la Corte stessa pretende che la parziale abrogazione di tali leggi lasci in vita una normativa immediatamente applicabile, in guisa da garantire, pur nell’eventualità di inerzia legislativa, la costante operatività dell’organo” (cfr. da ultimo - ma rispetto a quando l’A. scriveva- Corte cost., sent. n. 26/1997).*

<sup>236</sup> Sul punto, ancora MAZZAROLLI, *Aggiornamenti vari cit.*, 19 rinvia a Corte cost., sent. n. 15/2008, ove, in materia di leggi elettorali, si spiega che i *“requisiti fondamentali di ammissibilità dei referendum abrogativi implicano, come conseguenza logica e giuridica, che i quesiti referendari non possono avere ad oggetto una legge elettorale nella sua interezza, ma devono necessariamente riguardare parti di essa, la cui ablazione lasci in vigore una normativa complessivamente idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell’organo costituzionale elettivo. L’infettibilità delle leggi elettorali è di massima evidenza per le due Camere del Parlamento, anche allo scopo di non paralizzare il potere di scioglimento del Presidente della Repubblica previsto dall’art. 88 Cost. (...) Da quanto detto deriva che, ai fini dell’ammissibilità, un referendum in materia elettorale deve essere necessariamente parziale, deve cioè investire solo specifiche norme contenute negli atti legislativi che disciplinano le lezioni della Camera dei deputati o del Senato della Repubblica. L’abrogazione referendaria richiesta deve perciò mirare ad espungere dal corpo della legislazione elettorale solo alcune disposizioni, tra loro collegate e non indispensabili per le perdurante operatività dell’intero sistema”*.

<sup>237</sup> Oggetto dei *referendum* era l’abrogazione totale della legge elettorale del Parlamento. I promotori, per convincere la Corte che l’eventuale esito positivo della consultazione referendaria non avrebbe creato un vuoto normativo, hanno sostenuto la riviviscenza della precedente normativa: la riviviscenza costituiva quindi la condizione necessaria per ammettere i quesiti referendari. Vedi anche le sent. n. 31/2000 e n. 24/2011 (entrambe in un giudizio di ammissibilità) e le sent. n. 320/2011 e n. 62/2012 in giudizi di legittimità nei quali la decisione intorno alla riviviscenza era pregiudiziale ai fini della decisione finale.

*disposizione) meramente abrogatrice proprio perché l'unico significato da attribuire ad un tale atto è quello di far tornare in vigore l'atto o la disposizione abrogata: (...) c'entra la risposta sistemica del diritto*"<sup>238</sup>.

Nello specifico, *"si tratta di casi eccezionali, quindi rari, nei quali debbono coesistere diverse condizioni: la cessazione di vigenza di una legge o di una disposizione deve creare una lacuna nel senso tecnico giuridico del termine, gli operatori giuridici sono obbligati a decidere e non trovano nel sistema vigente altra legge o disposizione applicabile al caso, le norme che rivivono non sono incostituzionali"*<sup>239</sup>.

In nome del principio di sovranità popolare di cui al primo articolo della Costituzione, del *fil rouge* del principio di sussidiarietà nell'esercizio dei poteri sovrani e in assenza di divieti posti dalla Costituzione, la Corte dovrebbe rivedere la propria precedente giurisprudenza e ammettere la transitoria applicabilità della antecedente legge (nella fattispecie si trattava di una legge elettorale)<sup>240</sup>, o almeno motivare più approfonditamente l'apodittica negazione della reviviscenza<sup>241</sup>.

Sempre in nome del principio di sovranità popolare, sulla base della considerazione che il Parlamento, mandatario del popolo, non possa "contraddire" la volontà popolare espressa tramite l'esito favorevole del *referendum*, parte della dottrina sostiene una

---

<sup>238</sup> Così RESCIGNO, *Reviviscenza di disposizioni cit.*, 747.

<sup>239</sup> RESCIGNO, *Reviviscenza di disposizioni cit.*, 748 *sub nota* 35, ove per "lacuna in senso giuridico" intende "quella situazione nella quale il contesto giuridico vigente esige una risposta ad una domanda che è possibile porre e nello stesso tempo non esiste una specifica risposta scritta in testi normativi vigenti". L'esempio addotto dall'Autore è il seguente "è possibile che il Presidente della Repubblica impedito non sia in grado di dichiarare l'impedimento; qualcuno deve comunque dichiararlo (la domanda è necessaria, date le premesse, e la risposta obbligatoria): è una lacuna nel testo costituzionale e in qualunque altro testo scritto vigente".

<sup>240</sup> RESCIGNO, *Reviviscenza di disposizioni cit.*, 756 afferma che il bilanciamento tra il principio della sovranità popolare e il principio non scritto per cui le leggi a contenuto costituzionalmente necessario non possono essere abrogate imporrebbe il seguente approdo interpretativo: "ipotizzato un risultato favorevole alla abrogazione della legge elettorale, ipotizzata la incapacità del Parlamento di approvare in tempi utili una nuova legge elettorale, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'ammissibilità del referendum contemporaneamente nel dispositivo, in nome del principio di sovranità popolare, dispone che temporaneamente, in attesa della nuova legge elettorale, entra in vigore la legge elettorale precedente". La soluzione proposta dall'Autore pare contrastare con la giurisprudenza costituzionale. La Corte infatti, con la pronuncia n. 468/1990, ha escluso, con riferimento alla disciplina della responsabilità civile dei giudici abrogata mediante *referendum*, sia la possibilità, in via interpretativa, dell'applicazione di una delle norme abrogate quale "norma transitoria", sia che sia consentito al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta a titolo transitorio. Le argomentazioni della Corte hanno fatto leva su quella che è stata definita come la "peculiare natura del referendum" e sono state ripetute da ultimo con la sentenza n. 199/2012.

Ciò ricordato, però, è anche vero che la recente sentenza 4.12.2013 - 13.1.2014, n. 1, sulla legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270, può dare adito a qualche nuova considerazione in materia.

<sup>241</sup> La richiesta proviene, fra gli altri, da RESCIGNO, *Reviviscenza di disposizioni cit.*, 751-752, il quale evidenzia come la Corte si rifaccia ai suoi precedenti nei quali però ugualmente non si trova una sufficiente e persuasiva argomentazione del perché in nessun caso il *referendum* abrogativo possa determinare la reviviscenza delle disposizioni a suo tempo abrogate dalla legge abrogata dal *referendum*.

peculiare forza dell'abrogazione referendaria di una certa legge: “*sebbene la legge n. 352 [del 1972] non affronti affatto la questione, è difficilmente pensabile che l'abrogazione referendaria di una certa legge non produca alcuna conseguenza a carico dell'ordinaria potestà legislativa delle Camere: è poco verosimile, cioè, che sia legittimo reintrodurre nell'ordinamento, subito dopo il voto popolare, la stessa legge che gli elettori abbiano inteso togliere di mezzo*”<sup>242</sup>.

Sulla tematica si è recentemente pronunciata la Corte costituzionale che, adottando l'art. 75 come parametro di legittimità, ha censurato un articolo di legge (art. 4 del d. l. 138/2011, conv. con l. n. 148/2011 contenente la disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali), sostenendo che la reintroduzione da parte del legislatore statale della medesima disciplina oggetto dell'abrogazione referendaria avrebbe leso la volontà popolare espressa attraverso la consultazione referendaria<sup>243</sup>.

È la prima volta che il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che riproduceva una precedente disposizione abrogata in via referendaria<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> PALADIN, *Diritto costituzionale* cit., 210, aderisce al pensiero di Mortati, secondo il quale “*sembra preferibile pensare che un siffatto esercizio della legislazione sia precluso a propria volta, fino a quando le Camere del Parlamento non vengano ricostituite dal corpo elettorale, così da generare una situazione politicamente e giuridicamente diversa da quella già in atto*”. La tematica è tutt'altro che pacifica. Infatti in passato si è verificata la circostanza che discipline abrogate per via referendaria siano poi state nella sostanza reintrodotte da legislatore (ad esempio la disciplina sul finanziamento dei partiti, le norme istitutive dei Ministeri dell'agricoltura e del turismo e dello spettacolo). Di opinione opposta RESCIGNO, *Reviviscenza di disposizioni* cit., 746 *sub* nota 33, il quale sostiene che una legge o un atto avente forza di legge può disporre diversamente da quanto deciso col *referendum*. Problematico sul punto MEZZETTI, *Manuale breve* cit., 201, il quale afferma che da un lato “*gli strumenti di democrazia diretta non spendono una plusvalenza rispetto a quelli della democrazia rappresentativa, dall'altro che trattandosi di attribuzioni costituzionali fatte al corpo elettorale esse non possono essere frustrate*”.

<sup>243</sup> Si tratta della sent. n. 199/2012. Si sottolinea che la disciplina legislativa introdotta dopo il *referendum* non era la medesima, ma chiaramente contrastante la volontà popolare in quanto la normativa dettava delle soglie ancor più restrittive per poter affidare direttamente i servizi. Nel giudizio in via principale, la Corte affermava che “*le ricorrenti assumono che, con l'abrogazione dell'art. 23 bis del d. l. n. 112 del 2008, che riduceva le possibilità di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, con conseguente delimitazione degli ambiti di competenza legislativa residuale delle Regioni e regolamentare degli enti locali, le competenze regionali e degli enti locali nel settore dei servizi pubblici locali si sono «riespanse»*. Infatti, a seguito della predetta abrogazione, la disciplina applicabile era quella comunitaria, più favorevole per le Regioni e per gli enti locali. Pertanto, la reintroduzione da parte del legislatore statale della medesima disciplina oggetto dell'abrogazione referendaria (anzi, di una regolamentazione ancor più restrittiva, frutto di un'interpretazione ancor più estesa dell'ambito di operatività della materia della tutela della concorrenza di competenza statale esclusiva), ledendo la volontà popolare espressa attraverso la consultazione referendaria, avrebbe determinato anche una potenziale lesione delle richiamate sfere di competenza sia delle Regioni che degli enti locali”. In ragione della “possibile ridondanza” sul riparto di competenze della denunciata violazione dell'art. 75 Cost., la Corte ha giudicato ammissibile la questione di legittimità costituzionale con riferimento l'art. 75 Cost.

<sup>244</sup> Si rinvia ai commenti di CAPANTINI, *La sentenza n. 199* cit., 868 ss. e BALDAZZI, *La sentenza n. 199 del 2012: tra intentio del Comitato promotore e tutela della volontà referendaria*, in *Quad. cost.*, 2012, 4, 871.

La Corte sembrerebbe cioè avere accolto, per la prima volta, l'idea di una preminenza della consultazione referendaria rispetto alla legislazione ordinaria, dando accesso alle censure delle Regioni che avevano desunto dall'art. 75 Cost. un "*divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria*"<sup>245</sup>.

Ma, se è vero che la Corte ha riconosciuto l'esistenza del "*divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.*", va anche detto che tale divieto era peraltro già riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale<sup>246</sup>, avendo in proposito, la Corte già affermato che "*un simile vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tali da giustificare un simile effetto*"<sup>247</sup>.

Il che, a ben leggere queste ultime righe, lascia ampio margine di azione al Parlamento e, in particolare, a un Parlamento diverso da quello sotto la vigenza del quale il referendum sia stato effettuato.

---

<sup>245</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 199/2012.

<sup>246</sup> La Corte ricorda i precedenti: nel 1997, con la sentenza n. 9, "*pronunciandosi su un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato sollevato dai promotori di un referendum abrogativo, avverso Camera e Senato, in relazione all'approvazione di una legge riproduttiva della disciplina abrogata mediante consultazione popolare svoltasi pochi mesi prima, pur dichiarando l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione dei ricorrenti, ormai privati della titolarità della funzione costituzionalmente rilevante e garantita, corrispondente all'attivazione della procedura referendaria, e quindi della qualità di potere dello Stato, ha, tuttavia, affermato che «la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza - da parte del legislatore stesso - dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare»*". Inoltre, con la pronuncia n. 468/1990 la Corte aveva affermato che l'intervenuta abrogazione di una norma con referendum "*non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta a titolo transitorio, in ragione della peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell'ordinamento*".

<sup>247</sup> Così Corte cost., sent. n. 199/2012. La compressione della potestà legislativa è tuttavia delimitata, in ragione del carattere puramente negativo del referendum, posto che il legislatore ordinario, "*pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano connessi con quelli derivanti dal divieto di far rivivere la normativa abrogata*" (vedi sentenza n. 33 del 1993). Per evitare facili elusioni del divieto, la Corte ha precisato che la normativa costituisce ripristino della normativa abrogata allorché essa introduca una nuova disciplina della materia "*senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti*" (sentenza n. 68 del 1978), in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo.

### 3.3. *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'esercizio della funzione giudiziaria.*

Il termine “giurisdizione” può assumere un duplice significato: può riferirsi alla funzione o all'organo che la esercita<sup>248</sup>. Nel primo senso, si definisce “giurisdizione” quella funzione dello Stato che consiste nell'applicare la legge al caso concreto con forza cogente da parte di un giudice terzo. Nel secondo senso, “giurisdizione” è quel potere dello Stato impersonato da organi che hanno la caratteristica della indipendenza e della imparzialità. Il potere giurisdizionale inoltre è un potere “diffuso”, cioè frazionato in più organi, ciascuno dei quali ha una competenza limitata e nessuno dei quali è gerarchicamente soggetto a potere impositivo di un altro appartenente al «potere», sia che si tratti di un organo monocratico, sia che si tratti di un organo collegiale.

Ai sensi dell'art. 102 della Costituzione, la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario ed è fissato il divieto al legislatore di istituire giudici straordinari o speciali<sup>249</sup>. Come precisato con riferimento alla funzione legislativa, l'art. 118 Cost. non è norma applicabile al potere giudiziario che è dalla Costituzione riservato alla magistratura, quale ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

Tuttavia, la Carta costituzionale scolpisce a chiare lettere il legame esistente tra la funzione giudiziaria e la sovranità popolare: l'art. 101 Cost. afferma che la giustizia è amministrata nel nome del popolo; inoltre, al secondo comma dell'art. 101 Cost. viene stabilito che i giudici sono soggetti (soltanto) alla legge e quindi sono vincolati alla volontà popolare espressa dai rappresentanti del corpo elettorale in Parlamento. Inoltre all'art. 102, comma 2, è prevista la partecipazione di cittadini estranei alla magistratura in

---

<sup>248</sup> TONINI, *Manuale breve di diritto processuale penale*, Milano, 2011, 34.

<sup>249</sup> Il giudice straordinario è quello che viene istituito, in situazioni particolari e in un certo senso *ex post*, per occuparsi di un determinato contenzioso già attuale: si pensi ad esempio ai tribunali che furono istituiti, fin dal 1943, per l'epurazione dei cc.dd. *ex fascisti*. La differenza essenziale tra giudice ordinario e giudice speciale dovrebbe consistere, ai sensi dell'art. 102 Cost., nel fatto che il giudice speciale si occupa solo di specifiche materie, mentre il giudice ordinario ha una competenza illimitata e generica (cfr. sul punto BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Bari, 2012, 93-94). Si ricorda inoltre che ai sensi dell'art. 103 e 113 Cost. anche gli organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela di interessi legittimi e nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, per la tutela anche di diritti soggettivi.

seno agli organi giudiziari<sup>250</sup> e al comma 3 la Costituzione rinvia alla legge per la regolazione dei casi e delle forme di partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia<sup>251</sup>.

La legislazione ordinaria non ha attuato il terzo comma dell'art. 102 Cost. che avrebbe rappresentato una vera e propria devoluzione ai cittadini dell'esercizio della funzione giurisdizionale e quindi un'ipotesi di giustizia "sussidiaria"; tuttavia vi sono dei meccanismi alternativi alla giurisdizione, così come tradizionalmente intesa, che attribuiscono a soggetti non giudici la composizione di controversie con effetti assimilabili a quelli delle sentenze.

La *ratio* del coinvolgimento dei privati nella risoluzione della controversie è nient'affatto ideologica o culturale, ma necessaria a superare la crisi del sistema giudiziario italiano tramite la deflazione del contenzioso<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> La partecipazione dei cittadini alla giustizia avviene tramite l'inserimento di giudici popolari nella composizione della Corte d'assise. In materia di funzionamento delle Corti d'assise e di rinnovamento dei giudizi di assise, cfr. rispettivamente l. 287/1951 e d. l. 31/1978, conv. in l. 74/1978.

<sup>251</sup> Nel presente scritto, per funzione giudiziaria si fa riferimento alla sola funzione esplicata dalla magistratura giudicante, poiché solo essa esercita in senso proprio la funzione di *ius dicere*. Come è noto, l'art. 112 Cost. attribuisce il potere di esercitare l'azione penale in via esclusiva a un magistrato: il pubblico ministero. Ad un'attenta analisi si rileva che un'ipotesi di sussidiarietà orizzontale sussiste anche con riferimento alla magistratura requirente: nei giudizi davanti al giudice di pace, ai sensi dell'art. 21, d. lgs. 274/2000, la persona offesa può presentare ricorso direttamente al giudice, citando a giudizio la persona ritenuta responsabile del reato. A parere di parte della dottrina (p. es. TONINI, *Manuale breve cit.*, 590-591) il ricorso immediato "*integra i canoni definitivi dell'azione penale, sia pure «privata»; infatti siamo in presenza di una richiesta diretta al giudice di decidere sull'imputazione. Si tratta di un'azione penale non esclusiva, bensì sussidiaria in quanto dipende dalla inazione del pubblico ministero. L'iniziativa del privato non preclude l'azione della pubblica accusa, alla quale è anzi accordata preferenza. Naturalmente, resta ferma la presenza obbligatoria del pubblico ministero in dibattimento*". Riporta, poi, l'Autore che invece "*la giurisprudenza di legittimità, ancora legata al mito della titolarità esclusiva dell'azione penale in capo alla parte pubblica, risolve diversamente il caso dell'inerzia del pubblico ministero*" per l'ipotesi in cui questi non formuli né il parere contrario l'imputazione: a giudizio della giurisprudenza infatti "*il giudice di pace non può trascrivere l'addebito formulato dalla persona offesa nel ricorso, ma deve restituire gli atti alla pubblica accusa affinché proceda nelle forme ordinarie*". La giurisprudenza è approdata a questa conclusione nonostante la Corte di Cassazione in passato (cfr. sent. n. 61 del 1967 e n. 84 del 1979) avesse precisato che dall'art. 112 della Carta fondamentale non si possa ricavare il monopolio pubblico dell'azione penale.

<sup>252</sup> Il problema italiano dei tempi lunghi della giustizia ha assunto un rilievo europeo: l'art. 6 della CEDU sancisce il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, costituito per legge; l'art. 41 CEDU attribuisce al cittadino leso la possibilità di ottenere dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la condanna dello Stato membro responsabile ad un'equa riparazione. L'Italia conta ad oggi numerose condanne da parte della Corte di Strasburgo. È curioso osservare che nell'art. 7 del d. lgs. 28/2010, il legislatore si sia preoccupato di escludere espressamente ogni effetto della durata del procedimento di mediazione obbligatoria ai fini della durata (ragionevole) del processo. In proposito, il C.S.M., nel parere allo schema al decreto legislativo, ha affermato che la sottrazione dei quattro mesi ovvero dei quattro mesi più quindici giorni dal computo del termine oltre il quale il processo è da considerarsi irragionevole ai sensi della l. n. 89/2001 (c.d. legge Pinto), "*è in contraddizione con la previsione contenuta nel primo comma dell'art. 5. Se, infatti, la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, l'arco temporale necessario per il suo espletamento deve obbligatoriamente rientrare nel calcolo imposto dalla legge in*

La caratteristica propria della giurisdizione contenziosa è che essa ha come obiettivo la composizione in via autoritativa dei conflitti intersoggettivi. L'elemento dell'autoritatività è proprio della giurisdizione esercitata dalla magistratura e la distingue dalle *Alternative Dispute Resolutions* (ADR), in particolare dall'arbitrato e della mediazione, il cui fondamento risiede nella volontà delle parti.

L'arbitrato costituisce uno strumento privato di risoluzione delle controversie, facoltativo e alternativo rispetto alla giurisdizione ordinaria. Fonte dell'arbitrato è lo specifico mandato affidato dalle parti a un soggetto terzo (monocratico o collegiale), in forza di una clausola compromissoria o di un compromesso. Il principio cardine, sia per l'arbitrato rituale regolato dal codice di procedura civile, che per l'arbitrato libero disciplinato da accordi tra le parti, è il libero deferimento agli arbitri di una controversia, individuando come criterio unitario (art. 806 c.p.c.) la disponibilità del diritto oggetto della lite, fatti salvi gli espressi divieti di legge.

Il fondamento dell'arbitrato è la volontà delle parti, espressa in un mandato.

L'attività demandata agli arbitri con l'arbitrato rituale è, a giudizio della dottrina, *“qualitativamente identica a quella istituzionalmente affidata al giudice; con la differenza che l'efficacia vincolante della loro decisione (altrimenti detta lodo) si ricollega per l'appunto al mandato ricevuto dalle parti e risente, conseguentemente, degli eventuali vizi di quest'ultimo”*<sup>253</sup>.

Nell'ottica innovativa di avvicinamento dell'arbitrato rituale al giudizio ordinario, l'art. 824 *bis* c.p.p., introdotto dal d. lgs. n. 40 del 2006, attribuisce al lodo gli stessi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, con l'unica (ma incisiva) differenza rappresentata dall'efficacia esecutiva.

La pronuncia arbitrale infatti, pur producendo, in forza dell'art. 824 *bis* c.p.c., *“i medesimi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria ... è di per sé priva dell'imperatività caratteristica del provvedimento giurisdizionale, indispensabile per l'attuazione coattiva delle statuizioni in essa contenute, ma può acquisirla attraverso il c.d. procedimento di exequatur, ossia tramite un provvedimento del tribunale che, accertata la sua regolarità formale, la dichiara esecutiva”*<sup>254</sup>.

---

*tema di equa riparazione, costituendo il procedimento per la conciliazione un passaggio indispensabile per l'ottenimento della pronuncia giurisdizionale sulla domanda proposta”.*

<sup>253</sup> BALENA, *Istituzioni cit.*, vol. 1, 14.

<sup>254</sup> BALENA, *Istituzioni cit.*, vol. 1, 14-15.

Invece, nell'arbitrato irrituale le parti conferiscono mandato agli arbitri di definire la controversia mediante una determinazione contrattuale: la norma di cui all'art. 808 *ter* c.p.c., introdotta dal d. lgs. 40/2006, disciplina per la prima volta in modo esplicito l'arbitrato irrituale, la cui decisione non assume valore di provvedimento giurisdizionale, ma di mero atto negoziale<sup>255</sup>.

Dall' «arbitrato» si distingue l' «arbitraggio» che non è finalizzato alla risoluzione di controversie, bensì alla formazione e integrazione del negozio ai sensi dell'art. 1349 c.c.: all'arbitratore è demandata la determinazione del contenuto di un contratto già concluso ma non completo<sup>256</sup>.

Un altro mezzo idoneo a prevenire l'insorgenza di una lite giudiziaria è la «perizia arbitrale»: trattasi di uno strumento contrattuale di elaborazione pretoria che consiste in una clausola inserita in un contratto tramite la quale le parti si assoggettano alla valutazione tecnica di un esperto e si impegnano a farla propria<sup>257</sup>.

Ancora, strumento alternativo alla risoluzione giudiziale delle controversie è l'istituto della «mediazione», da intendere come attività svolta da un professionista dotato di requisiti di terzietà, finalizzata alla ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della lite<sup>258</sup>.

Si tratta di un istituto per certi versi contiguo rispetto all'arbitrato, sia sotto il profilo delle tipologie (mediazione facoltativa e obbligatoria)<sup>259</sup> che degli effetti<sup>260</sup>. Sia

---

<sup>255</sup> Ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c. al lodo contrattuale non si applica l'art. 825 c.p.c., ovvero non è suscettibile di acquisire efficacia esecutiva mediante il suo deposito presso la cancelleria del Tribunale.

<sup>256</sup> Ai sensi dell'art. 1349, 1 comma, c.c., rubricato “determinazione dell'oggetto”, “*se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice*”.

<sup>257</sup> La Cass. civ., sez. I, n. 6784/1981 ha definito la perizia arbitrale come un istituto contrattuale tramite il quale le parti di un contratto “*devolvono a un terzo o a terzi, scelti per la particolare competenza tecnica, non già la risoluzione di una controversia tecnica, ma constatazioni e/o accertamenti con l'eventuale formulazione di un accertamento tecnico, che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva*”.

<sup>258</sup> Cfr. la definizione di cui all'art. 1 del d. lgs. 28/2010. La mediazione è una procedura di matrice europea: la normativa italiana è attuativa della dir. 2008/52 CE.

<sup>259</sup> L'originaria formulazione del d. lgs. 28/2010 prevedeva due tipologie di mediazione: quella obbligatoria nelle materie elencate all'art. 5 (che costituiva condizione di procedibilità), quella facoltativa rimessa all'iniziativa di una delle parti o del giudice che formulava una proposta alla quale le parti erano libere di aderire o meno. La Corte costituzionale con la sent. 272/2013 ha censurato l'art. 5 del d. lgs. 28/2010 per eccesso di delega, in quanto la mediazione obbligatoria era stata introdotta nonostante il legislatore delegante all'art. 6 della l. 69/2009 non ne avesse fatto menzione. Successivamente, il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto “*del fare*”, conv. in legge 9 agosto 2013, n. 98) ha ripristinato il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle materie elencate dall'articolo 5, comma 1, del d. lgs. 28/2010.

mediazione che arbitrato si inseriscono nella prospettiva comune di offrire un rimedio alternativo a quello giurisdizionale per la risoluzione delle controversie.

Diverso è il ruolo del terzo: l'arbitro è chiamato a decidere sull'oggetto della controversia, mentre il mediatore è chiamato soltanto a coadiuvare le parti nella ricerca di un accordo.

Fino al d. l. 69/2013 i due strumenti condividevano anche gli effetti: la conciliazione raggiunta, al pari della pronuncia arbitrale, era di per sé priva di imperatività e necessitava dell'omologazione da parte del Tribunale per essere portata ad esecuzione.

Oggi invece, con una previsione assolutamente innovativa nel panorama giuridico italiano, quando tutte le parti sono assistite da un avvocato, *“il verbale di accordo, sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, oltre che per l'iscrizione di ipoteca giudiziale”*. In questa evenienza il giudice non è chiamato a svolgere neppure un controllo meramente formale tramite l'istituto dell'omologazione, essendo il verbale di per sé dotato di forza esecutiva.

La mediazione non va confusa con la «conciliazione» tra le parti in corso di giudizio *ex art. 185, 420, 708 c.p.c.*: il tentativo di conciliazione si svolge in udienza dinanzi al giudice e, qualora riesca, viene redatto processo verbale della convenzione conclusa avente valore di titolo esecutivo. Secondo la prevalente dottrina, le ipotesi di conciliazione giudiziale non sono qualificabili come esercizio di attività giurisdizionale, ma come espletamento di una funzione coadiuvatrice e certificatrice dell'attività delle parti<sup>261</sup>. Pertanto in questa fase la volontà delle parti ha assoluta preminenza e il giudice si limita a certificare l'accordo intervenuto.

Il codice civile ha previsto un contratto avente come causa tipica la risoluzione di controversie attuali o potenziali: la «transazione». L'art. 1965 c.c. la definisce come il

---

In tal modo sono state riportate in vigore le disposizioni dichiarate incostituzionali con la sentenza n. 272/2012 della Corte costituzionale e sono state introdotte altresì nuove norme, come ad esempio il carattere vincolante per le parti dell'ordine del giudice di procedere alla mediazione anche al di fuori delle materie tassativamente previste.

<sup>260</sup> L'originaria formulazione del d. lgs. 28/2010, all'art. 12 prevedeva che l'accordo allegato al verbale, su istanza di parte, fosse omologato dal Tribunale e che costituisse titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Oggi con il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 l'efficacia del verbale di conciliazione è stata notevolmente potenziata: quando tutte le parti sono assistite da un avvocato, il verbale di accordo, sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione per consegna e rilascio, per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, oltre che per l'iscrizione di ipoteca giudiziale senza che sia necessaria l'omologa del tribunale.

<sup>261</sup> Si rinvia a BOVE, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2011, 54.

contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite cominciata o prevengono una lite che può insorgere tra loro<sup>262</sup>. Questo strumento di risoluzione stragiudiziale si differenzia dagli altri sopra analizzati per l'assenza di un soggetto terzo e per la negoziazione diretta tra le parti.

La Corte costituzionale è stata investita delle questioni relative alla legittimità costituzionale di alcune disposizioni in materia di arbitrato e mediazione quando "obbligatori", cioè in quanto costituenti condizioni di procedibilità della domanda giudiziale, il che significa che l'eventuale mancato esperimento non preclude la riproposizione della domanda, ma preclude al processo di proseguire finché il procedimento di mediazione o l'arbitrato non sia stato instaurato o proseguito, o comunque fino a quando non sia decorso il termine di durata massima<sup>263</sup>.

I profili di censura erano sia di ordine sostanziale (in particolare si lamentava la violazione degli articoli 24 e 102 Cost.), che formale, essendo stato eccepito un eccesso di delega da parte del legislatore delegato *ex art. 76 e 77 Cost.*

La piena attuazione del principio di sovranità popolare tramite la devoluzione ai privati dell'amministrazione della giustizia (in materia civile), si scontra con il diritto di azione di cui all'art. 24 Cost., ovvero con il diritto del cittadino ad adire direttamente l'autorità giudiziaria per ottenere tutela, senza che tale diritto possa essere differito e subordinato al preventivo esperimento di un rimedio non giurisdizionale, come l'arbitrato o la mediazione obbligatori.

La legittimità di simili previsioni che comprimono valori di rango costituzionale è ragionevole se sono obiettivamente giustificati dalla salvaguardia di altri interessi generali o da finalità di giustizia (come evitare il sovraccarico degli uffici giudiziari), se la misura è congrua rispetto allo scopo e non pregiudica in via definitiva il diritto di azione<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> La giurisprudenza, nell'analizzare i requisiti della fattispecie, ha puntualizzato che la reciprocità delle concessioni, elemento essenziale del contratto, va valutata con riferimento alla situazione giuridica ritenuta dalle parti al momento della conclusione del contratto: le reciproche concessioni quindi non implicano una effettiva modificazione delle sfere giuridiche (Cass. civ., sez. II, n. 9348/2003). Inoltre, reciprocità non significa equivalenza delle prestazioni (Cass. civ., sez. III, n. 9114/1990).

<sup>263</sup> In materia di mediazione, cfr. l'art. 5, comma 5, del d. lgs. 28/2010 dichiarato incostituzionale dalla sent. n. 272/2012 della Corte costituzionale per eccesso di delega e sostanzialmente reintrodotta con il d. l. 69/2013.

<sup>264</sup> Queste linee guida sono state tracciate dalla giurisprudenza costituzionale. Vedi le sentt. n. 82/1992 e 276/2000, entrambe di rigetto e concernenti il previo esperimento del tentativo di conciliazione nelle cause di lavoro e le sentt. n. 15/1991 e 296/2008, dichiarative dell'incostituzionalità di disposizioni che subordinavano la proponibilità dell'azione giudiziaria al previo esperimento del reclamo in via amministrativa. Diffusamente, sul punto, BALENA, *Istituzioni cit.*, vol. 1, 7-8.

Con riferimento all'arbitrato, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per contrasto con gli art. 24 e 102 Cost. delle disposizioni con le quali il legislatore imponeva il ricorso all'arbitrato (rituale) per talune categorie di controversie (ad es. in materia di appalto di opere pubbliche), ribadendo il principio per cui *“solo a fronte della concorde e specifica volontà delle parti (liberamente formatesi) sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione”*<sup>265</sup>.

La Corte, poi, nel 2012, ha altresì censurato l'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento agli articoli 76 e 77 Cost., con particolare riguardo al carattere obbligatorio che detta norma, in asserita violazione della legge delega, attribuisce al preliminare esperimento della procedura<sup>266</sup>. La Corte non si è pronunciata sugli ulteriori vizi di legittimità indicati nelle ordinanze di rimessione, ritenendo assorbito il profilo relativo all'art. 24 Cost.

La dottrina ha criticato il *self restraint* della Corte: se è vero infatti che già l'esame delle cesure *ex art. 76 e 77 Cost.* è stato sufficiente per giungere alla declaratoria di illegittimità, tuttavia è rimasta impregiudicata, e quindi senza risposta, l'importante e determinante questione relativa al vizio sostanziale di violazione del diritto di azione di

---

<sup>265</sup> Cfr. Corte cost., sentt. n. 152/2006 e n. 221/2005.

<sup>266</sup> La Corte costituzionale, nella sent. n. 272 del 2012, ha affermato innanzitutto che l'art. 60 della legge delega n. 69 del 2009 non fa alcun riferimento espresso alla mediazione obbligatoria. Nel valutare se tale istituto fosse stato previsto implicitamente dal legislatore, la Corte ha esaminato la normativa e ha ritenuto dirimente il disposto dell'art. 60, comma 3, lettera n), della norma di delega, alla stregua del quale nell'esercizio della delega stessa il Governo doveva attenersi (tra gli altri) al principio di *“prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione”*. Orbene, la Corte ha affermato che «possibilità» di avvalersi significa, evidentemente, facoltà, e non obbligo, di avvalersi («è tenuto preliminarmente»), cui invece fa riferimento l'art. 5, comma 1, del decreto delegato. Il che si evince con chiarezza dall'art. 4, comma 3, di quest'ultimo. La disposizione così stabilisce: *«All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto ad informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20»*; poi, così prosegue: *«L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale»*. Com'è palese, si tratta di due disposizioni distinte, la prima riferibile alla mediazione facoltativa, la seconda alla mediazione obbligatoria e perciò costituente condizione di procedibilità della domanda. Tuttavia, soltanto il primo modello trova la necessaria copertura nella norma di delega. Il secondo compare nel decreto delegato, ma è privo di ancoraggio con la norma suddetta. Il denunciato eccesso di delega, dunque, sussiste, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010”. Inoltre, precisa la Corte, *“tale vizio non potrebbe essere superato considerando la norma introdotta dal legislatore delegato come un coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal delegante, perché - come sopra messo in rilievo - in realtà con il censurato art. 5, comma 1, si è posto in essere un istituto (la mediazione obbligatoria in relazione alle controversie nella norma stessa elencate) che non soltanto è privo di riferimenti ai principi e criteri della delega ma, almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata”*.

cui all'art. 24 Cost<sup>267</sup>: questione del tutto autonoma rispetto a quella accolta, per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità<sup>268</sup>. Così comportandosi, pertanto, la Corte avrebbe, a giudizio di parte della dottrina, violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, dando vita a quella che è stata definita come una pronuncia "monca", o più correttamente, motivata in modo carente, rinunciando alla sua funzione di garanzia e tutela della Costituzione<sup>269</sup>. E ciò perché, a differenza dell'illegittimità pronunciata per vizi sostanziali, la declaratoria di illegittimità per il solo vizio formale impedisce alla Corte di chiudere la questione in modo definitivo e di "*garantire quella stabilità e certezza del diritto che caratterizzano il giudicato costituzionale*"<sup>270</sup>.

Il legislatore, con il d. l. 69/2013, ha reintrodotto la mediazione obbligatoria, provocando con ogni probabilità, nell'ambito di un nuovo giudizio, un secondo ricorso alla Corte per quelle stesse censure di illegittimità dichiarate assorbite.

Il decreto ha altresì innovato l'istituto della mediazione sotto alcuni profili<sup>271</sup>, in particolare potenziando l'efficacia dell'accordo di conciliazione: quando tutte le parti sono assistite da un avvocato, il verbale di accordo, sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, oltre che per

---

<sup>267</sup> Cfr. il commento alla sentenza di PISTORIO, *Uso o abuso dell'assorbimento? Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, in *Giur. cost.*, 6, 4333 ss.

<sup>268</sup> PISTORIO, *Uso o abuso* cit., 4339, distingue l'assorbimento "proprio" tra questioni in rapporto di pregiudizialità-dipendenza e l'assorbimento "improprio" tra cesure che non presentano alcun vincolo di interdipendenza logica. Nel primo caso l'assorbimento implica accoglimento; nel secondo non implica alcuna pronuncia sulle altre questioni. Un profilo è dunque "assorbito" quando non è necessario per risolvere una questione.

<sup>269</sup> Ritiene PISTORIO, *Uso o abuso* cit., 4341, nota 41, che "*vero è che la Corte è arbitra delle proprie motivazioni. Tuttavia, anche in ragione della non impugnabilità delle decisioni costituzionali, ex art. 137, ult. comma, Cost., e dunque dell'esclusione di qualsiasi controllo nei confronti delle pronunce costituzionali, sarebbe, in ogni caso, opportuno – oltre che giuridicamente dovuto in forza del principio di cui all'art. 111, comma 6, Cost. – che la Corte motivasse le ragioni sottese alle proprie scelte*".

<sup>270</sup> PISTORIO, *Uso o abuso* cit., 4341.

<sup>271</sup> Le novità possono essere così riassunte: è stato inserito un criterio di competenza territoriale per la presentazione della domanda, la procedura di mediazione può avvenire solo a seguito del consenso delle parti raccolto in un incontro preliminare di programmazione e il solo svolgimento dell'incontro preliminare di programmazione, che deve svolgersi entro 30 giorni dal deposito dell'istanza a costi massimi molto contenuti, è condizione di procedibilità (per le materie indicate), la gratuità del primo incontro di programmazione in caso di mancato accordo, le controversie di Rc auto sono escluse dalle materie per cui è previsto l'incontro di programmazione, mentre sono state aggiunte le controversie in tema di risarcimento del danno derivante da responsabilità (non solo medica ma più ampiamente) sanitaria, il giudice può ordinare, e non solo invitare, alle parti di procedere alla mediazione, la durata massima dell'intera procedura è stata ridotta a 3 mesi, gli avvocati sono mediatori di diritto, hanno l'obbligo di aggiornamento professionale e assistono le parti durante l'intera procedura di mediazione, nonché vi è una nuova disciplina in tema di efficacia esecutiva dell'accordo di mediazione.

l'iscrizione di ipoteca giudiziale<sup>272</sup>. In questa evenienza il giudice non è chiamato a svolgere neppure un controllo meramente formale: pare davvero che grazie a questo strumento i privati possano «farsi giustizia da soli», in attuazione del principio di sovranità popolare applicato alla funzione giurisdizionale.

#### 3.4. *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'esercizio della funzione esecutiva.*

La dottrina suole affermare che solo in forza della la sussidiarietà verticale possa legittimarsi la devoluzione di poteri di imperio, mentre la sussidiarietà orizzontale non potrebbe mai riguardare la sfera dei “poteri di comando”<sup>273</sup>: la dimensione orizzontale del principio quindi non potrebbe mai comportare una interferenza nella titolarità di funzioni (nell’accezione propria di Benvenuti), ma solo, di riflesso, un’attenta ponderazione da parte delle pubbliche autorità sul se e sul come esercitare un pubblico potere, graduazione sindacabile in sede giurisdizionale mercé il principio di proporzionalità<sup>274</sup>. Poiché il concetto di funzione identifica, secondo la dottrina maggioritaria, la linea di confine di ciò che entra nello spettro applicativo della sussidiarietà orizzontale, pare opportuno identificarne compiutamente la nozione.

La dottrina è solita distinguere la nozione di *funzione* e la nozione di *servizio*: la prima corrisponderebbe a quel “*complesso di attività organizzate per l'esercizio di un potere giuridico pubblicistico dello Stato o di altro ente pubblico*”, nonché a qualsiasi attività “*istituzionalmente ordinata a collaborare all'esercizio di esso*”; la seconda a quell’insieme di attività “*ordinate direttamente alla prestazione di utilità, non già all'esercizio di un potere giuridico pubblicistico*”<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> Cfr. l’art. 12 del d. lgs. 28/2010 così come novellato.

<sup>273</sup> Per tutti, RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 14.

<sup>274</sup> Si ricorda il significato e la portata del principio di proporzionalità riportati da SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., 4643: nella sua accezione più ampia e generale, “*implica che ogni misura adottata debba essere proporzionata e cioè in grado di perseguire il fine prefissato, recando il minor sacrificio possibile a coloro che ne subiscono gli effetti*”. Il concetto giuridico di proporzionalità è scomponibile in tre elementi costitutivi: idoneità, necessità, adeguatezza. L’*idoneità* indica la relazione tra il mezzo impiegato e il fine che si intende perseguire; la *necessarietà* comporta l’obbligo di scegliere la soluzione che implica il minor sacrificio degli interessi configgenti; l’*adeguatezza* indica la misura del grado di soddisfazione (o di minor compressione) degli interessi meritevoli di tutela. Sul principio di proporzionalità cfr. inoltre ROSSI, *L’attualità di G.D. Romagnosi* cit., 31.

<sup>275</sup> Per approfondimenti si rinvia a MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1961, 686-687.

La funzione amministrativa, intesa quale attività di cura degli interessi generali mediante l'esercizio di poteri pubblicistici e quindi con provvedimenti, sarebbe indefettibilmente ad appannaggio dello Stato, mentre la devoluzione in forza dell'art. 118, 4 comma, Cost., potrebbe riguardare esclusivamente i servizi pubblici, ovvero l'attività avente natura amministrativa (in quanto teleologicamente orientata al perseguimento di finalità istituzionali) che si esprime però attraverso l'autonomia privata e assoggettata al diritto privato<sup>276</sup>.

Nell'espletamento dell'attività di diritto comune la p.a. è in ogni caso tenuta a osservare i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.; inoltre questo modulo di azione paritetico va preferito a quello autoritativo: ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. 241/1990 “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”. Inoltre, l'attività amministrativa di diritto comune (i servizi pubblici) va distinta dall'attività privata della p.a. non diretta al perseguimento di un interesse pubblico: si tratta dell'attività, che taluno definisce “egoistica”, regolata dal diritto privato, posta in essere quando si tratta di gestire semplicemente il patrimonio al di fuori di specifiche finalizzazioni istituzionali (es. vendita di un immobile, contratti diretti all'acquisto di beni e servizi per le strutture ecc...).

È interessante osservare che l'evoluzione del rapporto tra Stato e società è approdato, al momento attuale, a una sorta di perfetta simmetria tra attività dello Stato e attività dei privati quanto alla possibilità, per entrambi i protagonisti, di svolgere sia attività di gestione dei propri interessi che di cura di interessi generali, anche tramite poteri di supremazia.

---

<sup>276</sup> Va sottolineato che il potere dell'autonomia privata della pubblica amministrazione è intrinsecamente limitato, in quanto deve comunque esplicarsi nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e tutela del terzo: i fini dell'agire sono sempre e necessariamente predeterminati dalla legge, non sono disponibili e devono essere perseguiti secondo canoni di doverosità e continuità, senza discriminazioni e senza che il ricorso al negozio giuridico possa surrettiziamente limitare il diritto di azione dei terzi a tutela degli interessi legittimi. Come ha affermato BELLOMO, *Manuale cit.*, vol. 2, 413, “*l'agire secondo le norme di diritto privato implica pertanto una rinuncia alla funzione, nella nota accezione di Benvenuti, non all'agire funzionale inteso come necessario perseguimento dei fini istituzionali indicati dalla legge anche nelle forme proprie dell'autonomia negoziale e come necessaria conformità del negozio all'interesse pubblico normativamente predeterminato. Nell'attività amministrativa di diritto privato l'interesse pubblico è sempre rilevante ed in quanto tale condizionante la validità del negozio sicché correttamente si è parlato a tale proposito di attività privata di interesse pubblico, è in tale prospettiva pertanto che gli istituti di diritto privato, implicitamente richiamati dal comma 1 bis, devono intendersi prescritti dal legislatore come possibili strumenti dell'agire pubblico*”.

Ovviamente, è diversa la misura: tra le attività dello Stato vi è un'assoluta preminenza dell'attività di cura, mentre i privati hanno la prerogativa di poter perseguire i propri interessi *egoisticamente*.

Tuttavia, nel perseguimento dei propri fini individuali, sui privati cittadini incombono i doveri della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. e dell'utilità sociale di cui agli art. 41 e 42 Cost.

Inoltre, il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, 4 comma, Cost., dà slancio all'attività amministrativa svolta dai privati, esortando i vari enti in cui si articola la Repubblica a, anzi imponendo loro di, favorire queste iniziative virtuose. Tuttavia una differenza pare essere, allo stato, decisiva e dirimente: il conferimento di poteri *lato sensu* esecutivi ai privati è del tutto eccezionale ed episodica.

Scopo della presente riflessione è analizzare se tale eccezionalità sia, per così dire, "congenita" e se esistano strumenti che, nel rispetto del principio di legalità, permettono ai cittadini di esercitare poteri esecutivi sovrani, come suggerirebbe una lettura forte del principio di sussidiarietà orizzontale.

L'essenza stessa della pubblica amministrazione è la cura degli interessi che, a seconda dell'epoca storica, sono considerati essenziali per l'organizzazione, per la tutela e lo sviluppo della collettività. Vengono definiti come interessi primari gli interessi la cui cura è indefettibile per l'esistenza stessa dello Stato e che pertanto sono attribuiti allo Stato per ragioni di necessità economica: si tratta di compiti volti alla conservazione dell'apparato amministrativo e della comunità dei consociati (si pensi alla funzione di pubblica sicurezza). I compiti di benessere della comunità possono o meno spettare allo Stato a seconda di quanto è sviluppato il concetto di stato sociale e di quanto lo Stato ritenga di restituire la gestione di tali servizi ai cittadini in sussidiarietà.

Afferma la dottrina che la cura degli interessi primari non potrebbe mai essere devoluta ai cittadini, sia per ragioni economiche che ideologiche<sup>277</sup>. L'esercizio di funzioni pubbliche quindi non potrebbe essere delegato a soggetti diversi da quelli riconducibili all'organizzazione dello Stato: ciò non sarebbe ammissibile alla luce delle "disposizioni vigenti che definiscono le caratteristiche salienti dello Stato democratico-

---

<sup>277</sup> Sostiene questa impostazione ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 82. Riporta MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 15-16 che la dottrina più risalente, come il Ranalletti, pur se "per certi versi sembri considerare l'azione dell'amministrazione statale nel sociale latamente orientata alla sussidiarietà orizzontale", ammettendo che ad agire per il soddisfacimento dei bisogni collettivi possano essere anche enti che concorrono con lo Stato, a ben vedere "accoglie una visione statocentrica, che è il portato dell'influenza esercitata dalla cultura giuridica tedesca della seconda metà dell'800".

*sociale*”, disposizioni che non attribuiscono ai privati “*una autonoma legittimazione, alternativa a quella che si determina tramite il sistema di rappresentanza democratica, idonea ad attribuire loro automaticamente il ruolo di soggetti che svolgono funzioni pubbliche*”<sup>278</sup>.

Il tutto, anche senza considerare che pure dall’ottica dello Stato liberale, prospettiva dalla quale l’intervento statale è visto come minaccioso per l’autonomo dispiegarsi della libertà individuale, è comunque sempre ad appannaggio esclusivo dello Stato un insieme di competenze di cui questo non può spogliarsi, per quanto “*stato minimo*” lo si voglia considerare<sup>279</sup>.

Inquadrando la questione circa l’ammissibilità della devoluzione di poteri ai privati da un’ottica prettamente giuridica, scevra da implicazioni ideologiche e filosofiche, è doveroso richiamare il principio cardine del diritto amministrativo, il principio su cui si fonda il potere: quello di legalità<sup>280</sup>.

È ben vero quindi ciò che dice la dottrina circa l’inidoneità del principio di sussidiarietà orizzontale a determinare la devoluzione di poteri, e quindi di funzioni, a cittadini. Ma questa affermazione è corretta nella misura in cui si vaglia la portata

---

<sup>278</sup> Così ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 82.

<sup>279</sup> La visione liberale della sussidiarietà è “*di tipo essenzialmente bipolare, poiché mette a confronto diretto il singolo individuo e lo Stato, oppone la libertà e l’intervento pubblico; si fonda su una concezione antagonista del rapporto tra Stato e società, in cui la funzione del principio di sussidiarietà è una funzione prevalentemente di delimitazione dell’intervento statale e di difesa da questo*” (ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 59-60). La formulazione più radicale del principio di sussidiarietà nel pensiero liberale si fonda soprattutto sull’affermazione della riduzione dell’intervento statale al minimo necessario per garantire la libertà e la convivenza degli individui. Questa concezione è generalmente sintetizzata nel motto, coniato dal neo liberismo economico, di “*stato minimo*”. Per approfondimenti sul liberalismo, si rinvia a VALITUTTI, *Liberalismo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 206 ss.

<sup>280</sup> Il principio di legalità è il fondamento e il limite della azione amministrativa: il potere esecutivo deve orientare l’azione nel suo rispetto e conformarsi alla legge. Nella Costituzione italiana esso non è esplicitato, pertanto la dottrina ha a lungo dibattuto nell’individuazione del suo fondamento e della sua portata. La dottrina ha ravvisato il fondamento positivo del principio in diverse norme costituzionali che sembrerebbero supportarlo: nell’art. 97 Cost. che non esprimerebbe solo una riserva di legge sull’organizzazione amministrativa ma, imponendo che la legge assicuri il buon andamento e l’imparzialità della pubblica amministrazione, comporterebbe una disciplina legislativa dei procedimenti atti a perseguire obiettivi costituzionali; nell’art. 101 Cost. che starebbe a dimostrare l’impossibilità che il giudice sia soggetto ad atti amministrativi che non trovino nella legge il loro fondamento; nell’art. 23 Cost. il quale prescrive una riserva di legge nei confronti degli atti impositivi di obblighi o di divieti ai singoli. Secondo altri, invece, la legalità sarebbe un principio implicito nell’architettura costituzionale italiana, in quanto connotata da uno Stato di diritto teso a garantire al massimo i diritti dei cittadini. La giurisprudenza costituzionale (tra le tante, v. Corte cost., sentt. n. 34/1986; n. 338/1989; n. 359/1991; n. 384/1992) ha accolto la concezione forte del principio di legalità nella sua dimensione “*sostanziale*”: la legge non si deve limitare a conferire il potere ma deve disciplinarlo predeterminandone il contenuto in positivo. Diffusamente, sul principio di legalità: D’AMICO, *Legalità (dir. cost.)*, in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 3364 ss; FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 659 ss. Si ricordi inoltre che il difetto assoluto di attribuzione dà luogo a nullità del provvedimento oggi anche ai sensi dell’art. 21 *septies*, l. 241/1990 (e dell’art. 31 del d. lgs. 104/2010); l’incompetenza relativa (dell’organo) cagiona l’illegittimità dell’atto *ex art. 21 octies* della l. 241/1990 (e l’art. 29 del d. lgs. 104/2010).

precettiva dell'art. 118 Cost. e si conclude che non possa essere considerata come norma attribuiva del potere di imperio dei privati, potere che necessiterebbe di una mera attuazione con atto amministrativo della p.a. cui è allocata la funzione. Ma il discorso cambierebbe qualora il legislatore disciplinando con norme *ad hoc* singole materie, conferisse a privati cittadini funzioni amministrative: in tale caso, così come nelle ipotesi di *munera pubblici*, questi sarebbero ammessi all'esercizio delle funzioni esecutive<sup>281</sup>.

L'unica differenza con i poteri di imperio della p.a. sarebbe questa: mancando una norma costituzionale deputata al conferimento "in via stabile" di potestà (come avviene con l'art. 97 della Costituzione per la pubblica amministrazione), la titolarità di funzioni non potrebbe mai essere "ontologica" e "originaria", ma sempre "derivata" ed "eccezionale". In ogni caso prevista da norma di legge, al pari di quanto avviene per la pubblica amministrazione. Inoltre, già la dottrina più risalente che si era occupata della tematica in esame, parlando della fattispecie della concessione di lavori pubblici, sosteneva in particolare che queste non soltanto creano in capo al privato concessionario "diritti privati subiettivi", ma conferiscono altresì l'esercizio "di diritti di sovranità dello Stato" da reputarsi protetti anche nei confronti dello Stato<sup>282</sup>.

Aderendo a questa ipotesi ricostruttiva, che focalizza l'attenzione sul principio di legalità, il principio di sussidiarietà parrebbe essere messo in ombra, mentre, in realtà, esso gioca un ruolo importante sotto due profili.

Innanzitutto, perché l'art. 118 Cost. interpretato in chiave evolutiva costituirebbe la "porta" fondante la devoluzione con legge ordinaria di funzioni di interesse generale. In mancanza del predetto articolo sarebbe paventabile l'illegittimità costituzionale di tali devoluzioni: infatti, argomentando *a contrariis* dall'art. 97 Cost. si potrebbe sostenere la necessità di una copertura costituzionale dell'azione autoritativa. Considerando l'art. 97 Cost. come norma fondante una "riserva di amministrazione" in capo alla pubblica amministrazione<sup>283</sup>, si potrebbe sostenere che se il principio di legalità necessita di una

---

<sup>281</sup> Per una trattazione esaustiva della tematica dei *munera pubblici* si rinvia a MALTONI, *Il conferimento di potestà* cit., 1 ss.

<sup>282</sup> MALTONI, *Il conferimento di potestà* cit., 14, riporta il pensiero di Ranelletti. Più precisamente, l'Autore individua, tra i "diritti di sovranità", "la riscossione delle tasse di trasporto o di trasmissione del dispaccio, il diritto di espropriazione, il diritto di polizia per la conservazione dell'opera compiuta o per la sicurezza dell'esercizio". A giudizio dell'Autore, ai concessionari "viene attribuito un diritto subiettivo (da reputarsi protetto anche nei confronti dello Stato) all'esercizio di diritti di sovranità, in virtù di una delegazione prevista da atto legislativo, da un regolamento o anche da un atto amministrativo speciale, il quale deve trovare fondamento in una previa delegazione di poteri, salvi i casi di urgenza".

<sup>283</sup> Come è noto, parte della dottrina identifica nell'art. 97 Cost. una "riserva di amministrazione" a favore della p.a, cioè una riserva di tipo spartitorio quanto alla titolarità del potere di organizzazione (vedi

copertura costituzionale con riferimento all'azione della p.a., a maggior ragione tale copertura sarebbe doverosa con riferimento ai privati. Inoltre, una legge ordinaria che spogliasse di funzioni la pubblica amministrazione concretizzerebbe un'usurpazione di poteri assegnati dalla Costituzione all'esecutivo in via esclusiva in forza dell'art. 97 Cost.

In realtà a entrambe le predette censure sarebbe agevole muovere due obiezioni, una di ordine metodologico, l'altra di carattere normativo.

Da un lato infatti, affermare la competenza dell'amministrazione non equivale ad escludere la competenza dei privati: il passaggio dalla parte descrittiva della norma (attribuzione di funzioni alla p.a.) alla proposta ricostruttiva (spettanza in via esclusiva alla p.a.) non pare essere necessitato in base ai principi della logica formale, in quanto l'utilizzo dell'interpretazione *a contrario* in chiave produttiva non può fondarsi su di una sola disposizione ma necessita di essere inserito in una rete di norme in via sistematica. Se invece la conclusione non è necessitata, allora ci si trova nel regno dell'opinabile e affermare l'ontologica impossibilità per i privati di essere titolari di funzioni risentirebbe, giocoforza, di valutazioni metagiuridiche.

In secondo luogo, lo stesso concetto di "amministrazione" di cui all'art. 97, comma 2, Cost. può essere inteso in un senso diverso sia da "organizzazione amministrativa", che da "pubblica amministrazione".

La prima interpretazione fa riferimento all'amministrazione in senso "oggettivo" o "statico", ovvero all'«amministrazione - apparato»; la seconda è "soggettiva" o "dinamica" e considera il riferimento all'amministrazione di cui all'articolo come sinonimo di attività amministrativa<sup>284</sup> e può ben ritenersi comprensivo di tutti i soggetti che, a vario titolo, svolgono compiti di interesse generale, compresi quindi i privati<sup>285</sup>.

---

BELLOMO, *Manuale di diritto* cit., vol. 2, 9). Parte della dottrina argomenta l'esistenza di "una riserva di amministrazione" dal principio di buon andamento che finalizza il corrispondente potere dell'amministrazione: "*tale finalizzazione può garantire all'amministrazione una sfera, per quanto elastica, di competenza in rapporto all'organizzazione del cui risultato essa porta la responsabilità (art. 95, comma 2, Cost.), ove appunto si ritenga in sé corrispondente al buon andamento che parte dell'attività organizzativa sia lasciata agli organi amministrativi*": sul che, v. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. del Diritto*, Milano, 1981, 141.

<sup>284</sup> L'art. 97 Cost. riferisce i principi di imparzialità e di buon andamento "*all'attività amministrativa, quale che sia la forma giuridica di questa*" (così CARANTA, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI, Torino, 2006, 1892). Sottolinea CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 204, che "*la presenza di questi principi, rapportabili all'art. 97 della Costituzione (...), tende a configurare l'attività delle pubbliche amministrazioni come sempre finalizzata alla cura di interessi della collettività; sia che si svolga secondo moduli procedurali, che secondo moduli negoziali*".

<sup>285</sup> L'espressione "pubblica amministrazione" o "organizzazione amministrativa" assume tradizionalmente due significati: l'insieme dei soggetti, uffici e in generale delle figure organizzative o l'attività di organizzazione. Nel primo senso assumono rilevanza gli aspetti strutturali e statici:

Accedendo a questa lettura, l'art. 97 Cost. sarebbe norma fondante l'ammissibilità di poteri di imperio sia in capo allo Stato che dei privati che svolgono attività di interesse generale.

Per potere approdare alla scelta per l'una o l'altra opzione ermeneutica, il giurista deve avvalersi dei canoni di interpretazione delle norme di cui all'art. 12 prel. cod. civ.

L'interpretazione letterale non è in questo caso un canone dirimente, poiché la locuzione è plurisensa e quindi non può operare il brocardo *in claris non fit interpretatio*.

L'interpretazione sistematica suggerisce in prima battuta di prendere in esame il termine "amministrazione" in combinato disposto con la locuzione "pubblici uffici" con cui si apre il comma secondo dell'art. 97 Cost. Quest'ultima chiaramente fa riferimento alla pubblica amministrazione in senso statico, cioè come organizzazione, poiché l'organigramma amministrativo altro non è che un insieme di uffici pubblici<sup>286</sup>.

Se nella medesima proposizione il costituente per riferirsi alla pubblica amministrazione ha utilizzato due terminologie, è non solo ragionevole ma assolutamente preferibile ritenere che abbia inteso riferirsi a un aspetto diverso dell'amministrazione, pena l'incoerenza del legislatore costituente.

Dalla connessione tra "amministrazione" e "pubblici uffici" di cui al comma 2° dell'art. 97 Cost. si può dunque argomentare che l'amministrazione, dovendo essere qualcosa di diverso dagli uffici, li indichi soggetti.

---

l'organizzazione viene intesa come apparato, nelle sue singole articolazioni, in termini soggettivi. Nel secondo senso, invece, l'attenzione si focalizza sui profili funzionali e dinamici: centrale è l'attività organizzativa di predisposizione degli strumenti attraverso i quali si esercita la funzione di organizzazione da punto di vista oggettivo. Nell'operare la distinzione tra organizzazione come apparato e come attività, alcuni autori si rifanno alla dicotomia tra pubblica amministrazione in senso soggettivo o oggettivo (NAPOLITANO, *Pubblica Amministrazione*, cit., 4741; CHIEPPA - GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 161), altri all'aspetto statico o dinamico (BELLOMO, *Manuale di diritto* cit., vol. 1, 485); altri coniugano entrambi i momenti (CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 71; NIGRO, *Amministrazione Pubblica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1). Anche gli Autori di inizio secolo, nell'interrogarsi circa la nozione di "pubblico" nel diritto, adottano un concetto mobile di pubblica amministrazione. Sul punto si rinvia a MALTONI, *Il conferimento di potestà* cit., 17 ss. Il concetto di pubblica amministrazione è stato più volte definito dal Consiglio di Stato e la sua estensione è stata modulata anche in modo da ricomprendere i privati che esercitano funzioni amministrative (per una disamina delle pronunce sulla tematica si rinvia a MALTONI, *Il conferimento di potestà* cit., 62-63).

<sup>286</sup> L'ufficio viene definito come l'unità organizzativa elementare dell'ente. In esso vengono in rilievo un aspetto oggettivo dato dai mezzi tecnico-organizzativi (locali, arredi, strumenti) e dal patrimonio di dotazione e un aspetto soggettivo costituito dalle persone fisiche preposte o addette all'ufficio (GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1996, 143). Esso è identificato nella relazione organizzata fra risorse materiali ed umane e compiti definiti (così PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4019). Elemento indefettibile è l'attribuzione di una sfera di competenza senza la quale non può aversi ufficio (BELLOMO, *Manuale di diritto* cit., vol. 1, 512).

Da ultimo, l'evoluzione del sistema amministrativo e la trasformazione del modo di intendere l'amministrazione, da amministrazione di atti ad amministrazione di risultato<sup>287</sup>, indica che la visuale privilegiata dalla quale analizzare la titolarità dei compiti amministrativi è quella dell'utenza destinataria dell'erogazione, privilegiando, tra il soggetto pubblico e privato, quello in grado di assicurare elevati *standard* qualitativi ed economici, al di là di concettualismi aprioristici.

Con ciò si potrebbe sostenere un'interpretazione dirompente dell'art. 97 Cost. in combinato disposto con l'art. 98 Cost. e 118 Cost.: il cittadino diverrebbe, alla luce del principio di sussidiarietà, "*anche agente di sé stesso*" e l'amministrazione dovrebbe mettergli a disposizione le proprie risorse per consentirgli di svolgere attività amministrativa in via autoreferenziale<sup>288</sup>.

A conferma dell'astratta ammissibilità della devoluzione ai privati di poteri esecutivi sovrani si richiamano i casi di *munera pubblici* previsti dalla normativa. Essi trovano fondamento in norme aventi forza di legge espressamente attributive di potestà d'imperio<sup>289</sup>.

Il *munus*, ovvero l'esercizio privato di pubbliche funzioni, costituisce uno degli strumenti attraverso cui la pubblica amministrazione realizza i suoi fini pubblici e si concretizza nell'esercizio di talune potestà pubbliche da parte di soggetti privati estranei all'amministrazione statale. La dottrina più autorevole, e si può per tutti ricordare al riguardo Massimo Severo Giannini, considera la nozione di *munus* pubblico in connessione alla tematica dell'esercizio privato di potestà pubbliche<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> L'evoluzione passa attraverso varie leggi di settore, la riforma del pubblico impiego e l'esegesi dell'art. 98, comma 1, Cost. nella parte in cui dispone che "*i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*". Il d. lgs. 15/2009 ha dato ulteriore impulso al disegno riformatore che si fonda sulla concezione dell'amministrazione di risultato. L'art. 4 del d. lgs. 15/2009 muove dall'idea che l'attività della pubblica amministrazione, sia essa volta all'erogazione di atti come di servizi, assuma la configurazione di un "servizio" reso alla comunità nazionale (art. 98 Cost.). Tale disposizione prevede come finalità della delega l'introduzione nell'ordinamento di sistemi di valutazione delle strutture e dei dipendenti, "*al fine di assicurare elevati standard qualitativi ed economici dell'intero procedimento di produzione del servizio reso all'utenza tramite la valorizzazione del risultato ottenuto dalle singole strutture, a prevedere mezzi di tutela giurisdizionale degli interessati nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli standard qualitativi ed economici fissati*". Questa previsione è stata attuata con i d. lgs. 150 e 198 del 2009: in particolare quest'ultimo ha disciplinato il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, la "*class action pubblica*".

<sup>288</sup> Viene però sostenuto che la posizione servente dell'amministrazione rispetto al cittadino manterrebbe inalterata la separazione tra cittadini e amministrazione.

<sup>289</sup> Per un'elencazione esauriente e un'analisi delle fattispecie di diritto positivo in cui la legge conferisce potestà pubbliche ai privati si rinvia a MALTONI, *Il conferimento di potestà* cit., 159 ss.

<sup>290</sup> Massimo Severo Giannini considera il tema dell'esercizio privato di potestà pubbliche in relazione alla nozione di *munus* pubblico. Tale nozione farebbe riferimento alla posizione giuridica della persona fisica o giuridica cui viene affidata la cura di interessi collettivi, già assunti come propri dallo Stato. Più

Quest'ultimo discende da specifiche previsioni di legge al ricorrere di determinati presupposti di fatto o di diritto. Può, ad esempio, conseguire a un determinato inquadramento lavorativo (si pensi al comandante di nave mercantile), al superamento di prove d'esame o concorsuali (si pensi alle pubbliche funzioni attribuite ad avvocati e notai), a un atto concessorio della p.a. (si pensi alle concessioni di servizi ed alle concessioni di lavori pubblici)<sup>291</sup>, a una determinata situazione di fatto nella quale si trovi coinvolto il cittadino (si pensi all'arresto in flagranza di cui all'art. 383 c.p.p.). Poiché il privato non è incardinato nell'apparato amministrativo, gli atti compiuti nell'esercizio privato di pubbliche funzioni non sono riferibili all'amministrazione ma ai soggetti privati titolari del *munus*, ne consegue che tali atti non sono di norma soggetti all'impugnativa giudiziale amministrativa salvo che tali atti incidano su interessi legittimi<sup>292</sup> e, sul piano risarcitorio e reintegratorio, di tali atti rispondono i soggetti privati<sup>293</sup>.

Il tema dell'esercizio privato di pubbliche funzioni e servizi (c.d. «esternalizzazioni») è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina fin dal XIX secolo. Nelle opere di Santi Romano il tema dell'esercizio privato di funzioni pubbliche risulta strettamente connesso alla nozione di «amministrazione»: l'A., infatti, riferisce tale nozione tanto allo Stato-persona, quanto ad alcuni soggetti ausiliari del medesimo (enti dotati di autarchia, cittadini e privati concessionari)<sup>294</sup>.

Come anticipato, il titolare di *munera* non è incardinato nell'amministrazione e pertanto non è un «organo», inteso quale unità minima in cui si compone l'apparato

---

esattamente, si tratta dell'esercizio, da parte del soggetto preposto al *munus*, di un'attività di cui non sia titolare, per conto dello Stato o di altro ente pubblico nel perseguimento anche di un proprio fine. In proposito si rinvia a GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 686 ss.

<sup>291</sup> Tra i *munera* più importanti, sul notariato art. 1 l. 89/1913, art. 2699 c.c. e art. 2703 c.c.; per gli avvocati art. 83 c.p.c.; per i capitani di nave art. 296 c. nav.

<sup>292</sup> Si pensi ai concessionari di potestà pubbliche: la concessione per la riscossione dei tributi, in forza della quale il concessionario può emanare atti amministrativi devoluti di regola alla giurisdizione tributaria; alla concessione autostradale, nella quale la società concessionaria emana atti amministrativi e alla concessione ferroviaria. Come precisato dal Consiglio di Stato (p. es. sez. VI, n. 1478/1998), l'unica deroga alla regola generale secondo cui gli atti del concessionario hanno natura privata è contenuta nella disciplina pubblicistica delle gare d'appalto, limitatamente ai casi in cui il soggetto concessionario è «*qualificato come amministrazione aggiudicatrice, ossia soggetto destinato a seguire le procedure di evidenza pubblica e, per l'effetto, ad assumere, in virtù di legge e non certo di atipica determinazione dell'autorità, statuizioni amministrative*». Prosegue il Consiglio di Stato rilevando che «*la disciplina pubblicistica delle gare di appalto, sancendo l'attribuzione di poteri pubblici, conferisce quindi natura oggettivamente autoritativa agli atti della procedura di evidenza. Ne deriva che, proprio in virtù di limiti procedurali e vincoli funzionali che derivano dalla regolamentazione pubblicistica, l'attività di scelta del terzo contraente non è più espressione di autonomia negoziale ma espressione di attività amministrativa pubblica, a fronte della quale si stagliano posizioni soggettive di interesse legittimo*».

<sup>293</sup> L'opinione secondo cui degli atti del privato esercente pubbliche funzioni non risponde la p.a. è unanime in dottrina e in giurisprudenza: cfr., p. es., Cons. St., sez. VI, n. 1577/1996.

<sup>294</sup> Si rinvia a SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 51 ss.

amministrativo<sup>295</sup>, definito dalla migliore dottrina come il risultato di “*un complesso di elementi personali e materiali, concreti e astratti, debitamente fra loro ordinati e diretti al fine dell’attività che deve essere esercitata istituzionalmente*”<sup>296</sup>.

La pozione dei titolari di *munera* veniva identificata tramite l’espressione “*organi indiretti della pubblica amministrazione*”, nella quale l’aggettivo “indiretti” mette in evidenza che tali soggetti non sono organi in senso proprio e quindi agiscono in nome proprio, mentre il sostantivo “organi” mette in luce che essi svolgono attività amministrativa.

La distinzione tra organo diretto e quello indiretto - e quindi tra Stato e società civile - è però assai incerta in ragione delle ondivaghe definizioni di pubblica amministrazione<sup>297</sup>. L’incertezza dipende dai radicali mutamenti interni alla p.a. riconducibili al fenomeno della privatizzazione: l’organizzazione manageriale dell’attività (da ultimo con i decreti attuativi della l. 15/2009), l’utilizzo in via ordinaria delle norme di diritto privato (art. 1, comma 1 *bis*, della l. 241/90), il ricorso a moduli consensuali, la trasformazione degli enti in società, l’affidamento di compiti pubblici a privati e l’aumento del partenariato pubblico-privato.

---

<sup>295</sup> La nozione di organo nasce storicamente per spiegare la riferibilità di atti giuridici e l’imputazione dei relativi effetti alla persona giuridica, a un soggetto cioè che non essendo dotato di materialità ha bisogno, per agire, di persone fisiche investite della titolarità degli organi in cui si articola. Gli atti posti in essere dal titolare dell’organo e gli effetti che ne derivano sono imputati direttamente in capo all’ente cui l’organo appartiene. In proposito, è opportuno sottolineare che la relazione tra l’organo e il soggetto preposto (tramite il quale l’ente agisce) prende il nome di immedesimazione organica; inoltre, organo e ente non sono due «persone» distinte, ma un soggetto unico. Il rapporto organico che si instaura tra le persone fisiche preposte o addette e l’ente non è giuridico (mancano due soggetti), ma organizzativo e si instaura con un atto di investitura (di nomina o di elezione), o in via di mero fatto, da tenere comunque ben distinto dal rapporto di servizio che è un vero rapporto giuridico che lega l’ente alle persone fisiche che fanno parte della struttura: sul punto, v. CASSESE, *Amministrazione Statale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1.

<sup>296</sup> Questa è la concezione di BENVENUTI come esposta da CROSETTI, *Organi*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, a cura di ANGELETTI - BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI - PALICI DI SUNI, Torino, 1995, 462. L’Autore definisce questa concezione mista o composita in quanto coniuga il carattere personalistico (il funzionario) con il dato tecnico dell’attribuzione legale di una potestà e definisce l’organo come la persona (se individuale) o il gruppo (se collegiale) preposto a un centro di imputazione di competenze amministrative. La teoria soggettiva invece, facendo convergere la figura del “funzionario” con l’organo, identifica quest’ultimo nella persona fisica titolare del potere. La teoria oggettiva viceversa fa coincidere l’organo con il centro di competenze assegnate dalle norme di organizzazione all’ufficio dotato di competenza esterna o con l’ufficio inteso come sfera di attribuzioni. Mettendo in secondo piano la persona del funzionario, i fautori di questa concezione falliscono nei tentativi di spiegare perché il rispetto dalle norme sull’incardinamento del funzionario sono rilevanti per determinare la legittimazione all’emanazione di atti.

<sup>297</sup> L’art. 1, comma 2, del d. lgs. 165/2001 offre una definizione a vocazione generale cui si fa riferimento per individuare una nozione di p.a. valida universalmente. Vi sono poi numerose definizioni settoriali. L’art. 3, comma 25, del d. lgs. 163/2006 elenca, p. es., le amministrazioni aggiudicatrici tenute a seguire norme ad evidenza pubblica, tra le quali compaiono però soggetti privati (ad esempio gli organismi di diritto pubblico) di cui è quantomeno dubbia la collocazione in seno a un’organizzazione amministrativa propriamente intesa.

Parallelamente (dal che l'accrescere della confusione), si assiste al fenomeno inverso: la funzionalizzazione dell'attività privata, ovvero l'osservanza di norme pubblicistiche in capo ai privati, in particolare quelle sull'evidenza pubblica (d. lgs. 163/2006), sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 22 e 23 della l. 241/90) e in generale quelle della legge sul procedimento (art. 29 sempre della l. 241/90), o dei suoi principi (art. 1, comma 1 *ter*, della l. 241/1990).

L'approccio sostanziale nell'individuazione dei soggetti e degli enti facenti parte dell'organizzazione amministrativa ha portato la giurisprudenza, da un lato, a elaborare la teoria dell'organo indiretto per giustificare l'esercizio privato di funzioni e, dall'altro, il legislatore a privilegiare una soluzione pragmatica, tenendosi ai margini delle dispute ideologiche ed equiparando, nelle leggi di settore, i privati titolari di funzioni alla pubblica amministrazione<sup>298</sup>.

La teoria dell'organo indiretto è stata cristallizzata dalle Ss.uu. della Cassazione civile (sent. n. 1221 del 1990) e muoveva dal presupposto dell'inammissibilità dello svolgimento di pubbliche funzioni da parte di soggetti non facenti parte dell'organizzazione amministrativa; dal compimento di atti *amministrativi* veniva desunta la natura soggettivamente amministrativa degli stessi, ovvero l'essere stati posti in essere da una p.a.<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> Talvolta il legislatore, nel determinare il campo di applicazione soggettivo di una certa disciplina, individua tra i destinatari soggetti privati o di natura "anfibia" pubblico-privata. L'equiparazione può essere realizzata tramite due vie: l'equiparazione espressa nella disposizione, o l'elaborazione di nozioni estensive (in tale caso l'equiparazione è implicita). Esempio significativo di definizione estensiva che comprende soggetti privati è quella di "*amministrazioni aggiudicatrici*" di cui all'art. 3, comma 25, del d. lgs. 163/2006. Sono tenute all'osservanza delle procedure concorsuali di scelta dei contraenti "*le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi comunque denominati, costituiti da detti soggetti*". Mentre un'equiparazione esplicita è contenuta nell'art. 3, comma 29, del d. lgs. 163/2006, laddove il legislatore equipara le imprese pubbliche e i concessionari ai fini della disciplina applicabile, ferma restando l'estraneità di essi all'organizzazione. È infatti espressamente stabilito che i concessionari non sono amministrazioni aggiudicatrici; mentre per quanto riguarda le imprese pubbliche ciò si ricava dalla loro mancata inclusione nell'elenco di cui al comma 25 e dall'essere state indicate nel comma 29 a fianco alle amministrazioni aggiudicatrici in rapporto di alterità evidenziato dalla disgiuntiva "o". Altra equiparazione è contenuta nella disciplina del diritto di accesso (*ex art. 23 della l. 241/1990*).

<sup>299</sup> I privati esercenti pubbliche funzioni sono definiti dalla dottrina come amministrazioni "indirette" già dagli inizi del secolo scorso. Afferma PRESUTTI (*Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II ed., I, Roma, 1917, 141-194; 435-438) che i privati perseguono una duplice finalità: da una parte, il soddisfacimento dell'interesse pubblico, dall'altra, l'ottenimento di un profitto. Tale duplicità di scopi non consente di qualificare i concessionari come organi dello Stato, ma come amministrazioni statali indirette o "improprie". RAGGI (*Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, 1, 109 ss.) dedica una particolare attenzione all'individuazione degli elementi di differenza tra l'esercizio di potestà pubbliche da parte di organi statali e da parte di privati: la distinzione principale riguarderebbe la diversa natura "soggettiva" delle figure in esame. Gli organi statali, a differenza dei privati, esercitano il "diritto di imperio" in nome proprio. Inoltre, l'Autore sottolinea che la stessa nozione di "organo" riguarda il "*complesso di funzioni caratterizzate come unità*", che non può afferire ad un soggetto diverso dallo

Il Consiglio di Stato sez. VI, n. 1577/1996 e n. 1478/1998 ha confutato la teoria, negando che la concessione fosse di per sé, a prescindere dalla legge, uno strumento idoneo a trasferire funzioni, in quanto ciò violerebbe il principio di legalità (bilaterale) di cui all'art. 97 Cost.<sup>300</sup> e la dicotomia soggettiva tra la figura del concessionario e del funzionario, il primo legato alla p.a. da un rapporto concessorio non assimilabile né al rapporto organico né al rapporto di servizio<sup>301</sup>.

La figura dell'organo indiretto è stata superata<sup>302</sup>: non è infatti più necessaria per argomentare l'ammissibilità dell'attribuzione di compiti di interesse generale e funzioni autoritative ai privati<sup>303</sup>.

---

Stato. Tuttavia, i privati possono adottare atti amministrativi, se destinatari dell'esercizio di funzioni e servizi pubblici; negli altri casi, gli atti da questi adottati avranno carattere amministrativo soltanto per quanto concerne gli effetti. Nella prima ipotesi i privati possono considerarsi quali organi amministrativi "impropri". ZANOBINI (*L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Parte III, Milano, 1935, 235 ss.) ha dato un contributo molto rilevante allo studio dell'esercizio privato di potestà pubbliche, svolgendo un'analisi del tema particolarmente approfondita. L'A. muove, innanzitutto, da una ricostruzione storico-normativa della problematica, e distingue tra diverse categorie di soggetti: quella dei privati esercenti "una pubblica funzione o un servizio pubblico per un proprio interesse" e quella di coloro che "esercitano una simile funzione o un simile servizio esclusivamente per l'interesse che alla funzione o al servizio pubblico corrisponde, ossia all'interesse esclusivo dello Stato". Si sottolinea, comunque, che l'esercizio di tali potestà non muta la natura soggettiva degli esercenti, che non possono, infatti, mai considerarsi organi di diritto pubblico. L'Autore distingue, inoltre, tra "organi diretti" e "organi indiretti": questi ultimi sono quelle persone incaricate dallo Stato di esercitare "un'attività corrispondente ad uno dei propri fini", le quali, pur agendo con mezzi propri e in nome proprio, risultano collegate all'organizzazione amministrativa "per mezzo di altri organi diretti incaricati di esercitare su quelle poteri statali di vigilanza e di disciplina, che sono una continuazione e un completamento dei poteri organici statali".

<sup>300</sup> Così la sez. VI nella pronuncia n. 1478/1998: "*Questo Consiglio (sezione VI, 20 dicembre 1996, n. 1577) ha già osservato che la semplice qualifica di concessionario di opera pubblica non vale ex se a conferire agli atti da questo emanati la natura di provvedimenti amministrativi idonei a sortire l'effetto di affievolimento delle posizioni soggettive degli interlocutori. La vis cogente del principio di legalità cristallizzato dall'art. 97 della Carta fondamentale, nel pretendere, in armonia con i principi di imparzialità e buona amministrazione, che la fonte del potere pubblico sia sempre e solo nella legge, non tollera che un'amministrazione pubblica, nei casi non previsti dalla normativa di rango primario, si arroghi il potere di trasferire le proprie funzioni istituzionali ad un soggetto privato, così risolvendosi a non esercitare competenze e a non avere quelle responsabilità che l'ordinamento le attribuisce*".

<sup>301</sup> Prosegue il Consiglio di Stato (sezione VI, 20 dicembre 1996, n. 1577) che "ciò detto sul versante del difetto del presupposto oggettivo del trasferimento di funzioni pubbliche, ove questo non sia corroborato da puntuale disposizione normativa, ha suscitato perplessità, sul piano squisitamente dogmatico, anche l'affermazione secondo la quale la postulata traslazione di funzioni comporterebbe ex se la trasformazione della natura meramente privata del soggetto agente mercé la creazione di un organo indiretto della p.a. Da un simile circuito argomentativo si è replicato in dottrina, per un verso, che il riferimento all'organo indiretto è improprio in quanto il meccanismo del rapporto organico comporta l'imputazione ad un soggetto del comportamento di un altro soggetto e delle relative responsabilità, mentre nel caso del concessionario si è di norma al cospetto di un soggetto che agisce esclusivamente nel proprio interesse, al quale solo di riferiscono le fattispecie e responsabilità; per altro verso che la stessa elaborazione dottrinale alla quale è da riferire il varo della teoria dell'organo indiretto ha escluso con nettezza la qualificabilità dei relativi atti sub specie di atti amministrativi e la conseguente impugnabilità innanzi al giudice amministrativo".

<sup>302</sup> Un decisivo contributo al superamento della teoria dell'organo indiretto proviene da Miele attraverso l'elaborazione del concetto di *sostituzione*, che presuppone un rapporto d'identità tra l'attività che, in base al diritto positivo, è nella titolarità di un soggetto e l'attività esercitata dal soggetto che lo sostituisce. In tale nozione

Lo svolgimento di attività amministrativa da parte dei privati è stata pienamente legittimata dall'art. 1, comma 1-ter, l. 241/1990, il quale recita che “*i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1*”. Alcune ipotesi di attribuzione ai privati di poteri autoritativi sono elencate nell'art. 133 del d. lgs. 104/2010 tra le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a.<sup>304</sup>: la devoluzione è compatibile con l'art. 103, comma 1, Cost. se vengono in rilievo poteri d'imperio, da qui l'interpretazione secondo cui i privati sono investiti di poteri nelle materie elencate.

L'abbandono della teoria dell'organo indiretto segna un punto a favore della sussidiarietà orizzontale. Se infatti questa teoria affonda le radici in una certa concezione dello Stato come titolare originario e unico del potere esecutivo, al quale ontologicamente spettano i compiti pubblici tanto che i privati investiti di poteri di imperio finiscono per essere assorbiti nell'egida di questo, il superamento della teoria presuppone la fine dell'egemonia statale e una rinnovata concezione del rapporto tra Stato e società civile priva di preconcetti dogmatici e basata sulla centralità del diritto positivo, in particolare del principio di legalità: la legge è la fonte del potere d'imperio e titolare può esserne anche il privato.

Dal diritto positivo di massimo rango è paventabile un limite alla devoluzione ai privati dei poteri esecutivi: l'art. 103 Cost. Nel dettato costituzionale la giurisdizione amministrativa è la giurisdizione sugli atti (d'imperio) della p.a., che si radica non solo sull'elemento oggettivo (dato dall'esercizio di attività amministrativa autoritativa così come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004) ma anche

---

rientrerebbero, dunque, qualsiasi attività pubblica o privata di pertinenza dello Stato o di altro ente pubblico, che può essere esercitata anche da privati attraverso sia strumenti pubblicistici, come la concessione, che privatistici, come il contratto di appalto o la locazione d'opera: MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private*, in *L'organizzazione amministrativa*, Atti del IV Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione, Varenna, 1958, Milano, 1959.

<sup>303</sup> A ben vedere, la teoria dell'organo indiretto trae oggi nuova linfa dalla creazione di nuovi modelli organizzativi slegati dalla concezione formalistica di p.a. Ad esempio, le s.p.a. pubbliche e gli organismi di diritto comunitario hanno favorito un rinnovato interesse per questa teoria, poiché essa presuppone una concezione sostanziale di p.a., concezione verso la quale ordinamento si sta evolvendo anche sotto la spinta del fenomeno delle privatizzazioni e l'influsso del diritto comunitario. Inoltre, come detto poc'anzi, essa salvaguarderebbe la legittimità costituzionale delle devoluzioni al g.a. di controversie relative ad attività dei privati: l'art. 103 Cost. richiede la presenza del presupposto oggettivo congiuntamente a quello soggettivo (essere pubblica amministrazione).

<sup>304</sup> In particolare l'art. 133, comma 1, lett b), devolve al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva “*le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione della controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche*”.

sull'elemento soggettivo, ovvero essere una pubblica amministrazione<sup>305</sup>. Tuttavia le norme sulla giurisdizione esclusiva attribuiscono la cognizione al giudice amministrativo di atti autoritativi provenienti da privati: per salvare la legittimità costituzionale della devoluzione, la dottrina ha ripreso la teoria dell'organo indiretto, così da poter considerare il privato titolare di poteri alla stregua di un'amministrazione indiretta dello Stato. La giurisprudenza, per salvare la legittimità costituzionale senza dover far ricorso alla teoria dell'organo indiretto, ha elaborato la categoria dei "soggetti equiparati ex lege alla p.a.", distaccandosi da una visione formale di p.a. e approdando a una concezione sostanziale di pubblica amministrazione. L'equiparazione ha ricevuto l'avvallo del legislatore, che si è avvalso di questa tecnica per ampliare il novero dei soggetti destinatari delle normative.

Pare tuttavia possibile salvare la legittimità costituzionale delle norme in materia di giurisdizione esclusiva in via esegetica, senza riformulazioni normative. Accedendo ad una interpretazione oggettiva di pubblica amministrazione, essa andrebbe individuata con riferimento al contenuto dell'attività esercitata, al di là del soggetto investito, ogni qualvolta l'attività sia diretta al perseguimento di scopi d'interesse pubblico<sup>306</sup>. Tale interpretazione non contrasta col tenore letterale dell'art. 103 Cost. ed è in linea con l'evoluzione del sistema amministrativo nel solco della sussidiarietà orizzontale, in opposizione ad una visione "statocentrica" della sovranità. In altre parole, l'amministrazione è pubblica in un'ottica moderna perché è rivolta al pubblico non già perché proviene da un soggetto pubblico: questa pare l'esegesi più conforme al contesto attuale, caratterizzato dal ritiro dello Stato dal settore dei servizi pubblici, dalle privatizzazioni e dalla conseguente fluidità e incertezza dei confini tra soggetti pubblici e privati. Questa lettura è avallata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che, per effetto dell'influsso del diritto comunitario, ha rielaborato il concetto di soggetto

---

<sup>305</sup> Ai sensi dell'art. 103, comma 1, Cost. "il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi".

<sup>306</sup> Riecheggiano le elaborazioni di RANELLETTI, *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXXIII, 1941, 1, 26 ss. L'A., pur escludendo che i concessionari fossero soggetti di diritto pubblico, permanendo in loro, infatti, una natura privatistica, riteneva che anche a loro poteva comunque riferirsi la più ampia nozione di "amministrazione in senso materiale o oggettivo", da individuarsi con riferimento al contenuto dell'attività esercitata volta all'interesse pubblico. Sul punto, v. anche MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche* cit., 299 ss.

pubblico<sup>307</sup>, nella cui nozione rientra anche l'organismo di dritto pubblico che ai sensi della normativa nazionale ha soggettività privata<sup>308</sup>.

L'esercizio privato di pubbliche funzioni è dunque ammesso dall'ordinamento, ma ha natura eccezionale. In quest'ambito il principio di sussidiarietà vale a saldare i principi di necessità (dell'intervento autoritativo) e di legalità, che prescrivono il perseguimento imparziale dell'interesse generale, con quelli di semplificazione e buon andamento. Sotto tale profilo il principio di sussidiarietà rappresenta la giustificazione di un'operazione che trova il suo fondamento nella logica dell'efficienza, sul presupposto che il privato sia in grado di conseguire un risultato migliore dell'amministrazione.

L'affermazione della sussidiarietà, quindi, favorisce una stabile assegnazione ai privati di compiti amministrativi, salvo stabilire se ciò possa avvenire con l'uso di poteri autoritativi. Tra i poteri d'imperio devoluti ai privati vi è la funzione di certificazione. Varie sono le disposizioni che, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, hanno operato le attribuzioni.

Ai sensi dell'art. 8 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, spetta a organismi di diritto privato (denominati SOA), ovvero gli organismi di attestazione, il compito di accertare e attestare nei soggetti esecutori l'esistenza di requisiti di ordine generale, nonché tecnico organizzativi ed economico-finanziario conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione.

L'art. 30 d. l. 112/08, conv. in l. 133/08, nel dettare una disciplina di semplificazione dei controlli amministrativi a carico delle imprese soggette a certificazione, prevede che la certificazione ambientale o di qualità rilasciata da un soggetto certificatore accreditato

---

<sup>307</sup> Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 1478/1998, ha osservato che la disciplina comunitaria, in sede di enunciazione dei soggetti tenuti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, ha inteso "*snidare la pubblicità reale*" (l'espressione è di NAPOLITANO, *I servizi pubblici* cit.) che si cela dietro diverse forme, prescindendo dal criterio della pubblicità formale. Non è decisiva la qualifica formale dell'ente come pubblico o privato, mentre è centrale il profilo sostanziale dell'influenza dominante e la finalità della cura di interessi generali.

<sup>308</sup> In tema di appalti il legislatore, con il d. lgs. 163/2006, privilegia un approccio sostanziale ed elastico, in luogo dei dogmi di teoria generale del diritto, prendendo in considerazione il rapporto di influenza da parte dei pubblici poteri sull'ente. Tale approccio è motivato dal dover far riferimento, in sede di recepimento di direttive, a concetti propri del diritto comunitario, come "*impresa pubblica*" e "*organismo di diritto pubblico*". Tali figure sono qualificabili come persone giuridiche private. L' "*organismo di diritto pubblico*", ai sensi del comma 26, deve essere dotato di personalità giuridica, senza alcuna limitazione alla *species* pubblicistica. L' "*impresa pubblica*" per definizione non deve essere necessariamente posseduta interamente da enti pubblici; inoltre il comma 29 distingue la figura dalle amministrazioni aggiudicatrici, implicando quindi la natura non pubblicistica. Tra di loro si distinguono per l'assenza, tra i caratteri dell'impresa pubblica, dell'elemento teleologico che invece connota l'organismo di diritto pubblico; mentre è indifferente la struttura privatistica o pubblicistica attesa la compatibilità tra scopo pubblico e lucro societario (oggettivo) di cui all'art. 2247 c.c. Sul punto si rinvia a BELLOMO, *Manuale di diritto* cit., vol. 1, 679.

in conformità a norme tecniche europee ed internazionali, sostituisca i controlli amministrativi o le ulteriori attività amministrative di verifica. Tale misura è definita al comma 2, *“espressione di un principio generale di sussidiarietà orizzontale ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione”*. Inoltre, l’art. 37 del medesimo decreto legge, prevede un’altra significativa applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell’ambito della funzione di certificazione: *“l’attestazione della sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa per la realizzazione, la trasformazione, il trasferimento e la cessazione dell’esercizio dell’attività di impresa può essere affidata a soggetti privati accreditati (le «agenzie per le imprese»)”*.

La funzione di certificazione è espressione di un potere autoritativo, ma non si tratta di una di quelle funzioni di cui si è storicamente affermata la “spettanza necessaria” allo Stato. È tradizionalmente considerato un interesse primario dello Stato la sicurezza, bene da salvaguardare tramite l’utilizzo di poteri coercitivi. Il principio di sussidiarietà orizzontale però mette in crisi la riserva statale in materia di sicurezza. Ai sensi dell’art. 133 del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (r. d. 773/1931) ai privati sono vietate le attività volte alla cura principale di un interesse soggettivamente pubblico, in luogo di uno privato, che deve essere correlato alle proprietà mobiliari o immobiliari dei committenti, nonché le attività volte alla tutela di diritti diversi da quelli tesi ad assicurare la pacifica e libera disponibilità dei beni, le attività che implicano l’uso della forza per vincere una resistenza e quelle riguardanti la facoltà di arresto.

Storicamente è sempre stata sostenuta l’immanenza allo Stato della funzione di sicurezza e dell’uso della forza. Solo lo Stato, quale soggetto terzo rispetto ai cittadini e avente il ruolo di bilanciare gli interessi configgenti, è nella posizione di essere in grado di preservare la pace nella collettività; pace essenziale per la conservazione e lo sviluppo della popolazione.

Sul piano internazionale, l’esigenza di sicurezza è così pressante da aver portato gli Stati alla creazione di un sistema permanente di sicurezza collettiva: l’ONU, organizzazione sovranazionale che ha come fine fondamentale il mantenimento della pace tra le nazioni (sicurezza esterna) e si fonda su alcuni capisaldi essenziali tra i quali la previsione, a carico degli Stati, dell’obbligo di astenersi dalla minaccia e dall’uso della forza contro l’integrità territoriale o l’indipendenza politica di qualsiasi altro Stato. La

Carta istitutiva dell'ONU inoltre impone agli Stati la risoluzione pacifica delle loro controversie internazionali.

Se per un verso il bisogno di sicurezza è così forte da aver spinto gli Stati a stipulare appositi Trattati internazionali, dall'altro lato sul piano interno si assiste all'attribuzione ai privati di funzioni coercitive collegate alla commissione di reati e a compiti di sicurezza privata e complementare.

L'esercizio di speciali poteri autoritativi o coercitivi ha base legale negli istituti della legittima difesa di cui all'art. 52 c.p. e della facoltà di arresto in flagranza di cui all'art. 383 c.p.p.

Il diritto di autodifesa<sup>309</sup>, che si estrinseca nella scriminante della legittima difesa, ha una componente naturale, in quanto la scriminante in esame va ricondotta al diritto naturale di autodifesa individuale, ma l'intervento autorizzatorio dello Stato resta il presupposto del suo riconoscimento nel sistema penale, autorizzazione che rimuove un limite al libero esplicarsi di tale diritto. Il diritto di autodifesa ha anche una componente sociale: esso trova fondamento in una delega che lo Stato concede ai cittadini nella tutela di interessi fondamentali, di cui lo stesso transitoriamente non può farsi carico. In entrambe le impostazioni risulta decisivo, al fine di radicare il potere di reazione del soggetto aggredito, nonché di individuarne ambito di applicazione e limiti, accertare l'incidenza del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>310</sup>.

Con specifico riferimento alla legittima difesa, la sussidiarietà giustifica l'attribuzione di poteri coercitivi in capo ai soggetti aggrediti da condotte ingiuste e lesive. L'operatività del principio è particolarmente avvertita nell'ipotesi in cui l'aggressione riguardi la sfera di un terzo, dove cessa di rilevare un rigido concetto di autodifesa e al cittadino è attribuito un potere coercitivo in vista di funzioni difensive dell'altrui sfera giuridica, tipicamente di pertinenza dello Stato. È proprio nella attribuzione ai privati di competenze dell'apparato pubblico, nella specie la prevenzione dei reati, che va ravvisata l'essenza della scriminante. Un orientamento innovativo sostiene che l'acquisita dimensione costituzionale del principio di sussidiarietà imporrebbe una rilettura dell'art. 52 c.p. che, nel rispetto dei canoni di ermeneutica penale, favorisca l'interpretazione estensiva della disposizione<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> Diversa dall'autodifesa è l'autotutela che è generalmente vietata dall'ordinamento penale: essa infatti è penalmente sanzionata dai reati di cui agli art. 392 e 393 c.p.

<sup>310</sup> Diffusamente sul punto, BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. 2, Bari, 2011, 784.

<sup>311</sup> Cfr. BELLOMO, *Nuovo sistema cit.*, vol. 2, 785. Precisa l'Autore che "ciò comporta che, fermo

Il settore della pubblica sicurezza è considerato di pertinenza del Governo sin dalla formazione degli Stati unitari<sup>312</sup>. In tale settore ai privati è riconosciuta solo la possibilità di svolgere compiti di difesa reale e non personale, originariamente concepiti a tutela dell'interesse individuale, poi estesi alla tutela dell'interesse generale: il titolo IV del r. d. n. 773/1931 (Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza) disciplina l'attività di vigilanza e custodia di proprietà svolta da privati come esercizio della libertà di autotutela, finalizzata a prevenire reati e ad evitare danni o pregiudizi al godimento e alla conservazione dei beni, sempre che l'attività non sia riservata a soggetti investiti di pubbliche funzioni.

L'art. 134 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza stabilisce infatti che *“senza licenza del Prefetto è vietato ad enti o privati di prestare opere di vigilanza o custodia di proprietà mobiliari od immobiliari e di eseguire investigazioni o ricerche o di raccogliere informazioni per conto di privati”* e che *“la licenza non può essere concessa per operazioni che importano un esercizio di pubbliche funzioni o una menomazione della libertà individuale”*. L'art. 256 bis del r. d. n. 635 del 1940 (Regolamento di esecuzione), introdotto dal d.p.r. n. 153 del 2008, ha definito al comma 1 la vigilanza privata come comprensiva di *“tutte le attività di vigilanza e custodia di beni mobili o immobili per la legittima autotutela dei diritti patrimoniali ad essa inerenti che non implicino l'esercizio di pubbliche funzioni o lo svolgimento di attività che disposizioni di legge o di regolamento riservino agli organi di polizia”*. L'art. 256 bis al comma 2 individua alcune attività, definendole espressamente *“servizi di sicurezza complementare”* e li devolve ai privati muniti di licenza. Inoltre, sono state individuate dalla Cassazione civile ulteriori attività di vigilanza o di sicurezza ricondotte alla libertà di difesa privata, che possono essere svolte lecitamente senza autorizzazione prefettizia<sup>313</sup>.

---

*restando quanto considerato in ordine alla struttura della fattispecie, ed in particolare all'esigenza di perimetrare l'innovativa previsione di cui ai commi 2 e 3 onde evitare di legittimare la figura del «giustiziere privato», l'ambito di applicazione della stessa dovrà essere portato ai limiti massimi, con particolare riferimento ai requisiti della necessità e della lesione giuridica in fieri”*.

<sup>312</sup> Per una panoramica della sicurezza in ambito europeo si rinvia a CHITI - MATTARELLA, *La sicurezza europea* - Testo tradotto, riveduto e ampliato della relazione al convegno su *La sicurezza europea organizzato dal Gruppo europeo di diritto pubblico*, Legrain, Grecia, 14-16 settembre 2007, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 2, 305.

<sup>313</sup> La Cassazione ha ripetutamente affermato che il datore di lavoro può legittimamente attribuire o adibire una determinata categoria di prestatori di lavoro, privi della licenza prefettizia di guardia giurata, alle mansioni di vigilanza e tutela del proprio patrimonio mobiliare e immobiliare all'interno dell'azienda, senza che tale facoltà possa trovare deroga nella normativa delle leggi di pubblica sicurezza (Cass., sez. lav., n. 1031/1983).

La Cassazione inquadra l'attività di portierato tra le forme legittime di autotutela privata, ma ritiene che non costituisca in senso proprio sicurezza integrativa. Con le pronunce nn. 6387/1981 e 5251/1978 la prima

I servizi individuati dall'art. 256 bis, comma 2, riguardano attività che, per l'incidenza e la qualità delle prestazioni, nonché per l'alto grado di pericolo e di specializzazione operativa, erano originariamente riservati alla forza pubblica e sono state progressivamente affidate agli istituti di vigilanza e alle guardie giurate in virtù di una certa interpretazione della normativa vigente<sup>314</sup> o in forza di previsioni legali *ad hoc*<sup>315</sup>.

Dall'art. 134 del TULPS risulta che la c.d. sicurezza privata o sussidiaria concessa ai cittadini in forza di una licenza non può legittimare l'esercizio di pubbliche funzioni e restringere la libertà individuale: in altre parole, non sembrerebbe possibile esternalizzare ai privati poteri coercitivi. Questa conclusione è doverosa in ossequio alle disposizioni costituzionali di cui agli art. 13, 14, 15 Cost. che, in varia misura, ammettono restrizioni dei diritti fondamentali solo da parte delle autorità pubbliche.

Pronunciandosi sulla tematica, la giurisprudenza penale a sezioni unite ha qualificato l'attività del vigilante come un caso di esercizio privato di pubbliche funzioni, soggetta a licenza onde accertare la sua coerenza con gli interessi sottesi alla sicurezza pubblica e alla libertà dei cittadini<sup>316</sup>: sembrerebbe quindi essere messa in crisi la storica natura della pubblica sicurezza come materia di spettanza necessaria dello Stato. In senso conforme, la giurisprudenza più recente ha riconosciuto alla vigilanza privata natura integrativa dei compiti di pubblica sicurezza, ritenendola partecipe in senso lato dell'organizzazione per la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica<sup>317</sup>.

Incisivo, nell'ottica di trasferire compiti statali in materia di sicurezza, è l'art. 18 della l. n. 155/2005 (di conversione del d. l. 144/2005)<sup>318</sup>. La norma, dettata nel quadro di una

---

sezione della Cassazione ha escluso la riconducibilità dell'attività posta in essere dai portieri degli edifici urbani alla "vigilanza privata" di cui agli art. 133 ss. T.U. delle leggi di pubblica sicurezza.

<sup>314</sup> In virtù di un'interpretazione della disciplina vigente, reputata idonea a giustificare lo svolgimento di compiti di sicurezza da parte di soggetti non facenti parte degli organi di polizia, è stata riconosciuta la possibilità per i privati di svolgere attività di vigilanza e custodia presso gli istituti bancari o l'attività di trasporto valori.

<sup>315</sup> Tra le norme attributive: art. 5 del d. l. n. 9 del 1992, conv. in l. n. 217/1992 (aeroporti), art. 27 della l. 157/92 (guardie venatorie), art. 18 del d. l. n. 144/2005, conv. in l. n. 155/2005 (porti, stazioni ferroviarie e metropolitane e relative linee, trasporti urbani).

<sup>316</sup> Cass., ss.uu., n. 1959 del 1971.

<sup>317</sup> Cfr. Cass., sez. I, n. 191/2000 e Cass., sez. I, n. 1031/1983.

<sup>318</sup> La previsione di cui all'art. 18 del decreto legge n. 144/2005, convertito in legge n. 155/2005 stabilisce che:

*“1. Ferme restando le attribuzioni e i compiti dell'autorità di pubblica sicurezza, degli organi di polizia e delle altre autorità eventualmente competenti, è consentito l'affidamento a guardie giurate dipendenti o ad istituti di vigilanza privata dei servizi di sicurezza sussidiaria nell'ambito dei porti, delle stazioni ferroviarie e dei relativi mezzi di trasporto e depositi, delle stazioni delle ferrovie metropolitane e dei relativi mezzi di trasporto e depositi, nonché nell'ambito delle linee di trasporto urbano, per il cui espletamento non è richiesto l'esercizio di pubbliche potestà o l'impiego di appartenenti alle Forze di polizia.*

serie di misure di contrasto al terrorismo internazionale, conferma la tendenza ad esternalizzare una serie di servizi, definiti dalla disposizione, “di sicurezza sussidiaria” nell’ambito dei porti e nelle stazioni ferroviarie.

Successivamente, l’art. 3 della legge n. 94 del 2009 ha stabilito la possibilità per i cittadini di istituire associazioni (non armate), di cui i sindaci possono avvalersi al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale<sup>319</sup>. Tra le associazioni iscritte nell’elenco prefettizio è prescritto che i sindaci si avvalgono, in via prioritaria, di quelle costituite tra gli appartenenti, in congedo, alle Forze dell’ordine, alle Forze armate e agli altri Corpi dello Stato<sup>320</sup>.

Dall’implementazione del principio di sussidiarietà orizzontale nel settore della sicurezza deriva l’esigenza di perimetrare i confini dell’istituto della legittima difesa, perché al crescere dei compiti privati in detto settore diventa via via più pressante l’interrogativo se vi sia o meno l’esercizio di poteri. Infatti il privato, istituzionalmente investito di compiti di intervento preventivo di mera segnalazione nella difesa di beni e interessi egoistici, dinanzi ad un’aggressione in atto sarà legittimato ad avvalersi dell’istituto della legittima difesa e dell’arresto in flagranza, ponendo in essere azioni difensive. Attraverso il combinato disposto delle norme di legge in materia di sicurezza

---

*“2. Il Ministro dell'interno, ai fini di cui al comma 1, stabilisce con proprio decreto le condizioni e le modalità per l'affidamento dei servizi predetti, nonché i requisiti dei soggetti concessionari, con particolare riferimento all'addestramento del personale impiegato, alla disponibilità di idonei mezzi di protezione individuale per il personale stesso, al documentato e puntuale rispetto di ogni disposizione di legge o regolamento in materia, incluse le caratteristiche funzionali delle attrezzature tecniche di rilevazione eventualmente adoperate, così da assicurare la contemporanea realizzazione delle esigenze di sicurezza e di quelle del rispetto della dignità della persona”.*

<sup>319</sup> L’art. 3 della legge n. 94 del 2009 stabilisce che:

*“40. I sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale.*

*“41. Le associazioni sono iscritte in apposito elenco tenuto a cura del prefetto, previa verifica da parte dello stesso, sentito il comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, dei requisiti necessari previsti dal decreto di cui al comma 43. Il prefetto provvede, altresì, al loro periodico monitoraggio, informando dei risultati il comitato”.*

<sup>320</sup> L’art. 3 della legge n. 94 del 2009 prosegue stabilendo che:

*“42. Tra le associazioni iscritte nell’elenco di cui al comma 41 i sindaci si avvalgono, in via prioritaria, di quelle costituite tra gli appartenenti, in congedo, alle Forze dell’ordine, alle Forze armate e agli altri Corpi dello Stato. Le associazioni diverse da queste ultime sono iscritte negli elenchi solo se non siano destinate, a nessun titolo, di risorse economiche a carico della finanza pubblica.*

*“43. Con decreto del Ministro dell’interno, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono determinati gli ambiti operativi delle disposizioni di cui ai commi 40 e 41, i requisiti per l’iscrizione nell’elenco e sono disciplinate le modalità di tenuta dei relativi elenchi.*

*“44. All’istituzione e alla tenuta dell’elenco di cui al comma 41 si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato”.*

pubblica e gli istituti della legittima difesa e dell'arresto in flagranza, i privati quindi si trovano investiti di poteri di carattere sostanzialmente pubblico e rispondenti all'interesse generale.

Se dal tenore dell'art. 18 della l. 155/2005 risulta che ai privati spetta il solo compito di segnalare all'autorità eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana<sup>321</sup>, è chiaro che essi, trovandosi in situazioni di pericolo per l'incolumità, potranno avvalersi degli istituti della legittima difesa e dell'arresto spettanti a qualunque cittadino. Pertanto, ancorché la lettera della norma non conferisca in via stabile ad associazioni di cittadini poteri coercitivi (a ciò osterebbe il disposto costituzionale di cui agli art. 13 ss.), la norma agevola l'utilizzo della legittima difesa che ha fondamento nell'art. 2 Cost. e quindi in una norma di rango poziore<sup>322</sup>.

Questo esito interpretativo non era estraneo all'intento del legislatore: diversamente non si capirebbe il motivo per cui, ai sensi dell'art. 18, il sindaco dovrebbe preferire gli ex appartenenti alle Forze di polizia<sup>323</sup>. Inoltre, se l'art. 18 vieta l'associazione armata, tale divieto non implica che i cittadini che ne fanno parte non siano armati, anzi, il porto d'armi è connaturato agli ex appartenenti alle Forze armate<sup>324</sup>.

---

<sup>321</sup> Il concetto di "sicurezza urbana", al quale si riferisce il testo della legge, è sinonimo di sicurezza pubblica a livello locale. In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale (sent. n. 226/2010) che, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 40, nella parte in cui disciplina l'attività di associazioni di cittadini volta a segnalare eventi che possono arrecare "danno alla sicurezza urbana", ha stabilito che tale concetto rientra nella materia "ordine pubblico e sicurezza", attribuita dall'art. 117, secondo comma, lettera h) della Costituzione, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Mentre ha dichiarato costituzionalmente illegittimo lo stesso comma limitatamente alle parole "ovvero a situazioni di disagio sociale", poiché il legislatore statale non ha potestà legislativa in merito ad aspetti riconducibili alla materia "servizi sociali", affidata alla potestà legislativa residuale delle regioni.

<sup>322</sup> Investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 40 della l. 155/2008, la Corte costituzionale ha respinto i dubbi affiorati circa l'affidamento di funzioni di ordine pubblico a soggetti privati, rilevando che "le associazioni di volontari svolgono un'attività di mera osservazione e segnalazione e che qualsiasi privato cittadino può denunciare i reati, perseguibili d'ufficio, di cui venga a conoscenza (art. 333 c.p.p.) e addirittura procedere all'arresto in flagranza nei casi previsti dall'art. 380 c.p.p., sempre quando si tratti di reati perseguibili d'ufficio (art. 383 c.p.p.)". Si rinvia al commento di GIUPPONI, *La Corte "dimezza" le ronde, in attesa dell'attuazione dell'art. 118, comma 3, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2590 e di FORLENZA, *Invasione di campo del legislatore statale che ha legiferato sulla materia dei "servizi sociali"*, in *Guida al dir.*, 2010, 28, 94.

<sup>323</sup> Afferma in proposito BELLOMO, *Nuovo sistema cit.*, vol. 2, 812, che "la norma sarebbe difficilmente spiegabile qualora si limitasse l'attività delle «ronde» a quella di osservazione e segnalazione alla polizia di episodi illeciti, per la quale non occorre avvalersi di professionisti nella prevenzione e repressione del crimine, o addirittura nella difesa bellica. Contraddizione ancora più evidente ove si pensi che per siffatta limitata attività sarebbero privilegiati soggetti dotati di competenze maggiori delle guardie giurate. Vero è, invece, che la previsione dissimula la vera funzione delle operazioni degli associati, che è proprio quella di controllo sul territorio, pronti ad intervenire in sostituzione delle forze di polizia".

<sup>324</sup> Prosegue BELLOMO, *Nuovo sistema cit.*, vol. 2, 813, che "proprio perché la dimensione non è semplicemente quella dell'autodifesa, né della libertà di difesa privata, bensì quella della difesa pubblica da parte dei privati, il legislatore consente che essa si svolga in forma organizzata, dando vita ad organismi paralleli alla polizia, di identica - se non più estrema - composizione. (...) L'ultimo elemento

In seguito alle proteste che hanno accompagnato la legge 155/2008, nel 2009 è stato adottato un decreto attuativo del Ministro dell'interno che ha notevolmente ridotto il ruolo delle associazioni: *“durante lo svolgimento della predetta attività gli osservatori volontari devono essere in possesso di un valido documento di riconoscimento e, anche se titolari di porto d'armi, non devono portare al seguito armi o altri oggetti atti ad offendere”*.

Dall'interpretazione sistematica degli articoli costituzionali menzionati, dall'art. 18 della l. 155/2008 e dall'art. 52 e 53 c.p., si può concludere che allo stato attuale della legislazione non solo i cittadini sono titolari di compiti di sicurezza complementare, ma che, in settori strategici, essi possono esercitare poteri autoritativi coercitivi, ma solo nei casi espressamente previsti possono avvalersi dell'uso delle armi.

Il risultato esegetico sopra esposto, di indubbia esaltazione del principio di sussidiarietà orizzontale, è controbilanciato da una tendenza conservatrice del Consiglio di Stato, restia ad ammettere il trasferimento ai privati di compiti di sicurezza sussidiaria senza apposita legge, ancorché tali compiti non implicino la spendita di poteri coercitivi<sup>325</sup>. Il giudice amministrativo ha escluso che si possa procedere in via amministrativa ai conferimenti, dovendo ritenersi necessaria a tal fine una apposita legge che identifichi le attività da trasferire alla sicurezza privata o quantomeno specifichi in modo puntuale i criteri di identificazione. A sostegno il Consiglio di Stato ha rilevato che in passato l'affidamento di compiti e funzioni, prima svolti dalle forze di polizia è stato realizzato con legge; ciò è avvenuto per esempio con riferimento a servizi di controllo esistenti in ambito portuale<sup>326</sup>. Questo sarebbe il segno che è la norma primaria a dover autorizzare la devoluzione. La lettura offerta dal Consiglio di Stato del principio di

---

*che completa la costruzione è l'uso delle armi. Si potrebbe obiettare, al riguardo, che le associazioni sono «tra cittadini non armati», il che escluderebbe che la loro attività possa implicare l'uso delle armi. La conclusione, tuttavia, non è corretta. È ovvio che il requisito negativo non si riferisce all'individuo in quanto tale, poiché ciò implicherebbe che dell'associazione non possano far parte cittadini muniti del porto d'armi, il che non solo sarebbe irragionevole, ma si porrebbe in contraddizione con la priorità assegnata agli appartenenti alle Forze dell'ordine ed alle Forze armate. Neppure può riferirsi all'attività dell'associato, nel senso che gli associati non potrebbero effettuare il servizio armati, poiché tale interpretazione non è conforme alla lettera - l'assenza di armi è un attributo del soggetto non dell'attività - e comporta la limitazione di un diritto riconosciuto dalla legge, qual è il porto d'armi in luogo pubblico a chi ne sia autorizzato, proprio quando maggiore è la sua esigenza. Piuttosto il requisito va riferito all'associazione, precisamente alla sua organizzazione, e vale ad impedire che l'ente abbia una disponibilità autonoma di armi, inquadrandosi nel divieto di cui all'art. 18 Cost. (attuato, ma non esaurito, dal d. l. n. 43 del 1948). Dunque, nulla dovrebbe escludere che l'associato, avvalendosi della relativa autorizzazione, circoli armato durante lo svolgimento del servizio. La facoltà di uso dell'arma sarà sempre quella prevista dalle norme penali e processuali che ammettono l'uso della forza”*.

<sup>325</sup> Consiglio di Stato, sez. I, n. 7556/2004.

<sup>326</sup> Cfr. l'art. 5 del d. l. n. 9 del 1992, conv. in l. n. 217/1992.

legalità non è, a opinione dei commentatori, corretta<sup>327</sup> e si pone in conflitto con il principio di sussidiarietà orizzontale. L'art. 118, ult. co., Cost., giustifica il trasferimento ai privati di compiti pubblici e, se non richiede l'uso di poteri, deve ritenersi ammissibile il trasferimento tramite atto amministrativo del soggetto pubblico che ne è titolare<sup>328</sup>. Invece tra le righe del parere traspare un preconcetto ideologico: essendo la sicurezza un settore caratterizzato da un oggetto indisponibile, la devoluzione deve avvenire per via legislativa o tramite un'interpretazione estensiva della disciplina di settore.

La Corte di Giustizia CE, chiamata a pronunciarsi in ordine alle numerose condizioni alle quali la legislazione italiana subordina l'esercizio dell'attività di sorveglianza o di vigilanza privata delle imprese, ha dichiarato che tali attività non costituiscono di regola partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri e che non si applica la deroga prevista dall'art. 45, 1° comma, del Trattato CE<sup>329</sup>. Anche se le imprese di vigilanza privata possono, in determinate circostanze, prestare assistenza agli agenti di pubblica sicurezza, ad esempio nel settore dei trasporti di valori o partecipando alla sorveglianza di taluni luoghi pubblici, non risulta a costoro attribuito l'esercizio di pubblici poteri: il mero contributo al mantenimento della sicurezza pubblica, che chiunque può essere chiamato ad offrire, non costituisce un tale esercizio. Infatti agli operatori privati non è attribuito alcun potere coercitivo.

---

<sup>327</sup> Sostiene BELLOMO, *Manuale cit.*, vol. 1, 372, che “non può ravvisarsi nel principio di legalità un limite invalicabile all'assegnazione di funzioni non autoritative, atteso che detto principio costituisce fondamento della funzione amministrativa tecnicamente intesa: la legge deve prevedere la funzione perché la funzione si svolge tramite i poteri. Se la sicurezza privata, che esorbita dalla prevenzione dei reati e dalla tutela dell'ordine pubblico, non prevede l'uso di poteri coercitivi non vi è ragione cogente di vietarne l'estensione attraverso altri strumenti, che peraltro si inseriscono in un quadro che trova già una base legale”.

<sup>328</sup> Cfr. diffusamente BELLOMO, *ibidem*.

<sup>329</sup> Corte di Giustizia CE, 13 dicembre 2007, C-465/05. La Corte di Giustizia ha ritenuto che la vigilanza privata costituisca un'attività economica tutelata dal diritto di stabilimento e dalla libertà di prestazioni dei servizi. Anche se le imprese di vigilanza possono, in determinate circostanze e in via eccezionale, prestare assistenza agli agenti di pubblica sicurezza, ad esempio nel settore dei trasporti di valori o partecipando alla sorveglianza di taluni luoghi pubblici, non risulta che in tali circostanze si tratti di esercizio di pubblici poteri, pertanto non si applica la deroga prevista dall'art. 45, primo comma, del Trattato CE e non sono giustificate da esigenze imperative le restrizioni previste dall'ordinamento italiano: giurare fedeltà alla repubblica, ottenere un'autorizzazione valida solo in una parte del territorio, territorialità della licenza e numero chiuso del mercato, avere una sede operativa in ogni provincia, essere il personale individualmente autorizzato ad esercitare attività di vigilanza, utilizzare un numero minimo e/o massimo di personale, versare una cauzione presso la locale cassa depositi e prestiti, sottostare ai prezzi fissati con autorizzazione del prefetto.

In adempimento degli obblighi comunitari e dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Giustizia è stato introdotto un ultimo comma all'art. 138 nel TULPS, ai sensi del quale “salvo quanto diversamente previsto, le guardie giurate particolari nell'esercizio delle funzioni di custodia e vigilanza dei beni mobili ed immobili cui sono destinate rivestono la qualità di incaricati di un pubblico servizio”.

Nel panorama normativo delineato irrompe il principio di sussidiarietà orizzontale e la sua incidenza sul diritto di autodifesa: la legittima difesa, quale istituto in cui si esplica l'autodifesa, permette al privato l'esercizio di poteri coercitivi. Pertanto, l'art. 52 Cost. è la norma che, letta in combinato disposto con l'art. 118, 4 comma, Cost., giustifica l'avocazione in capo al privato di poteri tipicamente sovrani quando lo Stato non è in grado di intervenire. È stato chiarito in dottrina che l'autotutela privata non da luogo ad un'ingerenza dei privati nell'esercizio di funzioni pubbliche, poiché "ciò che è estraneo alla norma è un intervento dei privati nella difesa della legalità in sé considerata: la legittima difesa non costituisce supplenza allo Stato nella tutela di interessi intrinsecamente pubblici, bensì esercizio della libertà di difesa privata"<sup>330</sup>.

Questa ricostruzione è compatibile con il disposto costituzionale e in particolare con le tutele che gli art. 13 Cost. e seguenti apprestano ai diritti di libertà individuale, senza dimenticare che il diritto di autodifesa origina dall'art. 2 della Costituzione quale diritto inviolabile dell'uomo<sup>331</sup>.

Nel quadro normativo fissato, la problematica che residua è se sia possibile, mercé apposita legge, attribuire a soggetti privati operanti nel settore della sicurezza poteri coercitivi tipici delle forze dell'ordine, anche al di là dei casi di autotutela privata. L'ammissibilità di un riconoscimento in capo agli operatori di sicurezza privata di circoscritti compiti di controllo sulle persone, che sarebbero tendenzialmente esclusi dal tenore del TULPS, segnerebbe un notevole punto a favore della sussidiarietà orizzontale, poiché il mantenimento della sicurezza pubblica è un tipico potere sovrano.

Nell'esistenza di valori costituzionali, in particolare le libertà civili (personale, domiciliare, di comunicazione, di manifestazione del pensiero) che ammettono compressione solo ai sensi degli art. 13 ss. della Costituzione per mezzo di atto della pubblica autorità, si ravvisano dei limiti generali invalicabili all'utilizzo della sussidiarietà orizzontale. Se non viene in rilievo il diritto naturale di autodifesa non può essere richiamato l'art. 2 Cost. per fondare la legittimità costituzionale delle prerogative; pertanto non è possibile la devoluzione di compiti coercitivi ai privati lesivi delle libertà fondamentali al di fuori del campo di esplicazione della legittima difesa.

---

<sup>330</sup> BELLOMO, *Sistema cit.*, vol. 2, 789.

<sup>331</sup> I lavori preparatori della legge n. 59 del 2006, che hanno modificato l'art. 52 c.p., confermano l'idea che l'autodifesa vada ricondotta tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.: la volontà del legislatore è di "riconoscere ad ogni cittadino il diritto naturale di autodifesa, restituendogli la sovranità almeno nel proprio domicilio".

## CAPITOLO 4

### *4.1. Il principio di sussidiarietà orizzontale nel settore dei trasporti: premessa.*

Il settore dei trasporti costituisce un interessante campo di applicazione dei postulati del principio di sussidiarietà orizzontale. L'interesse origina dalla singolarità per cui ivi si intrecciano le esigenze di restituire ai privati l'esercizio di attività economiche in regime di libera concorrenza, restituzione che si realizza tramite la liberalizzazione dei servizi (con connessa creazione di autorità di controllo), la privatizzazione degli enti deputati alla gestione delle infrastrutture e la devoluzione ai privati di poteri autoritativi e di compiti di interesse generale, tra i quali quello della sicurezza.

Nel campo dei trasporti lo Stato si è trasformato, sotto l'impulso del diritto comunitario e per ineludibili esigenze di bilancio, da operatore del mercato in suo regolatore che, tramite varie autorità, garantisce il libero gioco della concorrenza e il controllo sul rispetto della sicurezza e degli altri interessi inviolabili.

Le recenti linee di tendenza del diritto dei trasporti sono di incentivare la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, garantendo condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali e aeroportuali e contemporaneamente tutelare la sicurezza tramite poteri coercitivi. Quest'ultimo punto rappresenta un obiettivo fondamentale da perseguire, lo dimostrano non solo i gravi episodi terroristici ma anche i fenomeni di micro-criminalità che si verificano nelle infrastrutture. L'intreccio tra gli interessi economici degli operatori e i diritti inviolabili degli utenti che caratterizza il settore dei trasporti fa sì che, in un'ottica di liberalizzazione, vi sia la creazione di autorità deputate non solo alla regolamentazione del mercato, ma anche alla salvaguardia degli interessi sensibili e che la devoluzione ai privati di attività finisca per lambire compiti di rilevanza costituzionale, anche tramite il riconoscimento di poteri particolarmente incisivi.

Scopo del presente studio è analizzare l'evoluzione che ha caratterizzato il diritto dei trasporti sotto il profilo dell'implementazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Occorre approfondire partitamente il percorso di autonomia che ha caratterizzato il

rapporto tra Stato e mercato, inteso come insieme di operatori economici e il rapporto tra Stato e comunità nell'esercizio di compiti di interesse generale, rapporto che è andato evolvendosi anche attraverso la creazione di *munera* pubblici. L'applicazione del principio di sussidiarietà in questo settore è approdato all'integrazione pubblico-privato nell'espletamento di compiti delicatissimi, tra i quali il mantenimento della sicurezza. Quest'ultima è una materia fondamentale in quanto che coinvolge i diritti fondamentali dei cittadini: da un lato il bisogno di protezione dell'incolumità personale, dall'altro le libertà costituzionali di cui all'art. 13 Cost. che sono potenzialmente incise dall'esercizio di poteri autoritativi.

#### *4.2. Profili applicativi del principio di sussidiarietà orizzontale nello svolgimento di attività economiche in ambito terrestre, portuale e aeroportuale.*

Nel definire il campo di applicazione del disposto costituzionale di cui all'art. 118, 4 comma, Cost., parte della dottrina e della giurisprudenza dubita che l'espressione "autonoma iniziativa dei cittadini" sia riferibile anche alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.<sup>332</sup>. Secondo l'impostazione alla quale si aderisce, invece, il principio di sussidiarietà orizzontale è applicabile anche all'attività economica<sup>333</sup>: l'iniziativa economica privata rappresenta uno dei principali risvolti dell'autonomia privata, quale principio generale di cui all'art. 118 Cost.

L'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale si traduce in un'ascesa del principio liberale: lo Stato muta il suo ruolo e da operatore del mercato ne diventa il regolatore, garantendo il libero gioco della concorrenza<sup>334</sup>. In presenza di *market*

---

<sup>332</sup> Il Consiglio di Stato nel parere n. 1440/2003 nega la riferibilità del principio di sussidiarietà orizzontale all'attività d'impresa. Problematico sul punto è CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* cit. 6: l'Autore non esclude che nell'art. 118, ult. co., Cost., possano farsi rientrare le attività di impresa, ma entro certi limiti. La questione è stata oggetto di analisi al cap. 2 par.3.

<sup>333</sup> CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* cit., 6 non esclude che nell'art. 118, ult. co., Cost., possano farsi rientrare, entro certi limiti, le attività di impresa. Favorevole è D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà* cit., 13 ss. Sostiene RIVOLTA, *Impresa, valori sociali* cit., 1161 ss., che è certamente riferibile anche al mondo delle imprese la previsione di "attività di interesse generale" di cui all'art. 118 Cost. Alla medesima conclusione approdano anche DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 318 ss. e RAZZANO, *Il Consiglio di Stato* cit., 718 ss. La problematica sottesa è delineata al cap. 2 par. 3.

<sup>334</sup> Depone nel senso della riferibilità del principio di sussidiarietà all'attività economica il Consiglio di Stato sez. V, n. 6395/2002, laddove ha considerato ricompreso nel principio di sussidiarietà orizzontale, e quindi protetto da esso, il rapporto a convenzione tra una ULSS e un'azienda sanitaria privata. Copiosa dottrina afferma la rilevanza della sussidiarietà in ambito economico: D'ATENA, *Costituzione e principio*

*failures*<sup>335</sup> il pubblico è chiamato in sussidiarietà se il privato non è in grado di perseguire adeguatamente il compito o se non è in grado di erogare un certo servizio in modo economico ed efficiente. Nel campo del diritto dei trasporti l'adeguatezza va verificata prendendo in considerazione tanto parametri economici, come il prezzo delle tariffe e la qualità dei servizi, quanto parametri non economici, come la garanzia della libera circolazione e la sicurezza degli utenti.

Il principio di sussidiarietà orizzontale in ambito economico si traduce nella devoluzione ai privati in ambito terrestre, portuale e aeroportuale, di attività di rilevanza costituzionale che non implicano l'esercizio di funzioni sovrane e ha comportato la privatizzazione di enti, la liberalizzazione dei servizi e la creazione di autorità di controllo indipendenti rispetto al potere politico e per questo più vicine ai cittadini. Questi fenomeni si sono verificati sotto la spinta della globalizzazione che ha interessato i traffici terrestri, marittimi e aeronautici, settori strutturalmente ed economicamente a vocazione internazionale, vocazione incentivata dalla spinta del diritto comunitario che ha determinato una profonda ristrutturazione della circolazione delle persone, delle merci e dei capitali<sup>336</sup>.

Le politiche di liberalizzazione del commercio internazionale presero l'avvio dagli anni quaranta, con la fine delle politiche economiche di tipo protezionistico che avevano ingessato i rapporti tra gli Stati. A *Bretton Woods* nel 1944 vennero fissate le basi del sistema economico e sulla scia del principio di libero mercato nacquero il Fondo Monetario Internazionale (FMI), l'Organizzazione Internazionale del Commercio (ITO), la Banca Mondiale (BIRS) e nel 1947 fu istituito il *Gatt (General Agreement on Tariffs and Trade)* al quale è succeduto nel 1995 l'Organizzazione Mondiale del Commercio

---

*di sussidiarietà* cit., 13 ss.; RIVOLTA, *Impresa, valori sociali* cit., 1161 ss.; DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 351 ss. Si rinvia al cap. 2 par. 3.

<sup>335</sup> Il concetto di fallimento del mercato è stato ampiamente analizzato ai capitoli 1 e 2. In proposito, DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 245, afferma che “*certamente, l’instaurazione o il mantenimento di una presenza pubblica in determinati campi devono essere messi in correlazione con la capacità del mercato di assicurare la fornitura di determinati beni o servizi*”.

<sup>336</sup> Il Trattato di Roma del 1957, all'art. 2, già prevedeva la realizzazione del mercato comune come “*lo strumento, insieme al graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, atto a promuovere lo sviluppo armonioso delle attività economiche nell’insieme della Comunità. (...) Alla realizzazione ed al consolidamento del mercato comune sono infatti preordinate, direttamente o indirettamente, non solo la libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali, nonché la libertà di stabilimento, ma anche ed ovviamente il regime di libera concorrenza e le politiche orizzontali, come ad esempio quella dei trasporti*”. Così TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 369. In tema di politica dei trasporti in ambito europeo si rinvia a NINO, *La politica dei trasporti dell’Unione Europea e le problematiche riguardanti la tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile*, in *Dir. comm. internaz.*, 2013, 1, 227 ss. Con specifico riferimento al trasporto aereo cfr. MANZINI, *I principi comunitari in materia di concorrenza nella nuova disciplina del trasporto aereo*, in *Dir. comun. sc. internaz.*, 1998, 93 ss.

(OMC) allo scopo di regolamentare i rapporti commerciali tra gli Stati nell'ottica di favorire gli scambi<sup>337</sup>. Le grandi imprese sopranazionali finirono con l'assumere un potere tale da influenzare fortemente le politiche commerciali dei Paesi di origine e delle organizzazioni internazionali.

Questo potere che le società si sono arrogate in via di fatto ha comportato e comporta tutt'ora l'erosione della sovranità statale nell'esercizio del potere di regolamentazione del commercio e parallelamente consente l'esercizio di prerogative sovrane in via indiretta da parte degli operatori del mercato che, da detentori del potere economico, diventano detentori del potere politico<sup>338</sup>. Come controaltare a questa spinta centrifuga del potere sono state istituite varie autorità deputate a vigilare sulla correttezza dei traffici, in conformità alla libertà di concorrenza<sup>339</sup>.

L'assetto dei servizi pubblici in Italia si va profilando, dagli inizi degli anni novanta, sul modello comunitario della privatizzazione, liberalizzazione e regolazione. I beni demaniali rimangono di proprietà dello Stato, le infrastrutture sono gestite da imprese private dotate di distinta soggettività rispetto agli operatori economici che agiscono sotto il controllo di Autorità di regolazione del mercato, indipendenti e separate da qualunque operatore<sup>340</sup>. Cruciale è l'attività svolta dall'Autorità *Antitrust* e da altri enti regolatori, si

---

<sup>337</sup> Gli scenari che hanno portato all'instaurazione dell'OMC sono ricordati da D'ALESSIO, *I traffici marittimi: dalla mondializzazione alla globalizzazione*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 58 ss.

<sup>338</sup> Il potere economico si traduce quindi in potere politico. Gli strumenti sono i più vari: ad esempio le *lobbies*, i movimenti di pressione all'interno dei parlamenti nazionali che si adoperano al fine di far adottare leggi a loro favore. Ultimo strumento, ma non certo per importanza, è l'utilizzo del finanziamento privato ai partiti politici che formano la compagine governativa allo scopo di coartare la volontà del governo su decisioni sensibili.

<sup>339</sup> Si pensi in proposito all'Autorità marittima, all'Autorità portuale, all'ENAC e alla neo autorità amministrativa indipendente nel settore dei trasporti. Per una trattazione esauriente delle varie autorità, si rinvia D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2004, 143 ss.; SICUREZZA, *L'Autorità marittima*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 81 ss.; VERMIGLIO - MARINO, *L'Autorità portuale*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 89 ss.; MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001; MARESCA, *La governance dei sistemi portuali*, Bologna, 2006; TROVÒ, *Organizzazione ed enti della navigazione aerea*, in *Compendio di diritto aeronautico*, a cura di LOBIANCO, Milano, 2009, 15 ss.; MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Dir. trasp.*, 2013, 1, 81 ss.

<sup>340</sup> Sulla separazione tra titolarità dell'infrastruttura, sua gestione e svolgimento di attività economiche cfr. MARESCA, *La governance dei sistemi portuali*, cit., 29; D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione* cit., 141 ss.; SABASTIANI, *Liberalizzazione e privatizzazione delle gestioni aeroportuali: assetti istituzionali e conflitti fra obiettivi*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo* - *L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 133 ss.

pensi all'ENAC, alle Autorità portuali e marittima, nonché alla nuova *Authority* deputata alla regolamentazione del settore dei trasporti<sup>341</sup>.

Il principio della libertà della navigazione marittima consente ai vettori marittimi l'esercizio dell'autonomia negoziale al fine di concludere accordi commerciali<sup>342</sup>. Gli Stati, pur se titolari della sovranità sui beni demaniali<sup>343</sup>, assumono un ruolo per certi versi di secondo piano nell'ambito dei traffici marittimi<sup>344</sup>. Infatti, lo strumento principe

---

<sup>341</sup> Per una completa trattazione degli organismi amministrativi dotati di autonomia e per un vaglio sulla loro natura alla luce delle recenti modifiche legislative, cfr. FERRARI, *Il proliferare del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti: verifica in ordine alla possibilità di riconoscere in via interpretativa tale qualificazione ad organismi pubblici di nuova istituzione*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 9, 2935 ss.

<sup>342</sup> Nel contributo di D'ALESSIO, *I traffici marittimi* cit., 55 ss., l'Autore mette in luce il carattere dirompente della mondializzazione e globalizzazione in rapporto ai traffici marittimi. Afferma l'Autore che "la globalizzazione rende evidente la fine della fase in cui, nelle relazioni internazionali, gli Stati dominano e monopolizzano lo scenario internazionale; gli accordi internazionali, con la internazionalizzazione dei processi politici, con il traffico delle merci e la divisione internazionale del lavoro, indeboliscono la politica degli Stati che perdono l'essenza costitutiva del proprio potere: la sovranità. Lo Stato e la sovranità sono legati, in maniera indissolubile, nella stessa vicenda storica". In questo contesto, "gli Stati, nel riconfermare, sia pure formalmente, il principio di libertà della navigazione, nella maggior parte dei casi, non concludono accordi di nuovo tipo, ma si limitano a rendere compatibili con le normative nazionali, internazionali e comunitarie, quelli esistenti". A p. 63-64 l'Autore descrive le dinamiche sottese ai traffici internazionali: "le relazioni commerciali trovano forme di legittimazione in un sistema di accordi restrittivi della concorrenza posti in essere dalle conferenze che, in nome dell'autoregolamentazione ed a sostegno delle esigenze e delle caratteristiche economiche di questo mercato, costituiscono un vero e proprio modello di rapporti giuridici in senso istituzionale. Supplendo all'inadeguatezza delle norme statali, gli accordi tra armatori diventano elementi strutturali di equilibri economici e, nel contempo, quote riservate di traffico, oggetto di accordi bilaterali e multilaterali, ne avallano la gestione consentendo agli Stati di operare la razionalizzazione e il controllo di conformità degli equilibri concordati a livello internazionale. Pools, accordi di fedeltà, sconti differiti, fighting ships, ritorsioni e discriminazioni nei confronti dei caricatori diventano ben presto pratiche restrittive della concorrenza, determinando una serie di abusi difficili da eliminare a livello internazionale".

<sup>343</sup> Fanno parte del demanio marittimo i beni elencati all'art. 28 del cod. nav. e all'art. 822 cod. civ. Sul punto D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione* cit., 99 ss., specifica in cosa consistono tali beni. Il lido del mare è quella zona di riva a contatto diretto con le acque, che si estende all'interno fino al limite massimo delle mareggiate ordinarie; la spiaggia è costituita dalla zona che dal margine interno del lido si estende verso terra; i porti sono i tratti di costa, comprese le apposite strutture artificiali, nonché le zone di mare che, per la loro particolare conformazione, offrono riparo alle navi e ne agevolano l'approdo; le rade sono estensioni di mare, al di là dei porti che, anche senza costituire necessariamente un seno naturale, servono all'ancoraggio delle navi; le lagune, ossia gli specchi d'acqua in immediata vicinanza del mare; le foci dei fiumi che sboccano in mare; i bacini di acqua salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; i canali utilizzabili a uso pubblico marittimo, le costruzioni e le altre opere di proprietà dello Stato. Sul demanio marittimo, cfr. anche CASANOVA, *Il demanio marittimo*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 201 ss.; DI GIANDOMENICO, *Porti e demanialità*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 217 ss.; RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo, Parte prima, Tomo primo*, Milano, 1987, 667 ss. Vi sono poi i beni del demanio idrico destinati alla navigazione interna: i fiumi, i laghi, i canali e le zone portuali (art. 56-60 cod. nav.).

<sup>344</sup> Per quanto riguarda la sovranità esercitata dagli Stati in materia di diritto della navigazione D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione* cit., 87 ss. ricorda che "le esigenze di controllare la navigazione marittima e le altre attività che si svolgono nel mare adiacente alle proprie coste, ha indotto gli Stati ad affermare la propria sovranità su un tratto di mare di una certa estensione a partire dal territorio, detto mare territoriale. La Convenzione di Montego Bay del 20 dicembre 1982 sul diritto del mare, stabilisce in dodici miglia marine l'estensione massima del mare territoriale e determina i criteri per la sua misurazione rispetto alla costa a partire dalle cosiddette linee di base (art. 3-

deputato alla regolamentazione degli scambi commerciali è il contratto tra le imprese: il contratto tra gli operatori marittimi “*permette di superare ogni vincolo giuridico legato a status particolari di appartenenza e di fondare il funzionamento della vita economica sull'apparente dialettica del volere, del consenso*”<sup>345</sup>. Gli accordi conclusi tra le compagnie di navigazione consolidano oligopoli su scala mondiale o danno vita ad operazioni di fusione e concentrazione<sup>346</sup>. In questo scenario, l'Autorità *Antitrust* vigila sulle situazioni di concentrazione del potere nei traffici marittimi; l'Autorità marittima e l'Autorità portuale esercitano le funzioni di amministrazione attiva e di vigilanza sulle attività che si svolgono nei porti, ai sensi degli art. 62-82 cod. nav e l. 84/1994<sup>347</sup>.

A seguito della liberalizzazione del lavoro portuale e dei servizi portuali, accresce di rilevanza la dimensione dinamica del porto “*come centro di attuazione di servizi pubblici e privati concernenti in generale la movimentazione delle navi e le attività complementari*”

---

16). *Queste linee possono corrispondere alla linea di bassa marea lungo la costa, ma possono anche tagliare zone di mare racchiuse in insenature; tali zone di mare sono dette acque interne. Per acque interne s'intendono dunque non soltanto quelle dei fiumi, laghi e canali, ma anche, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, gli spazi del mare situati in direzione del territorio rispetto alla linea interna (linea di base) di delimitazione del mare territoriale. La sovranità degli Stati sul mare territoriale si estende allo spazio aereo a esso sovrastante ed al suolo e sottosuolo marino a esso sottostanti, con il conseguente diritto di esplorazione e di sfruttamento delle risorse economiche naturali ivi esistenti (art. 2 Convenzione di Montego Bay). Per l'Italia l'art. 2 c. nav. Fissa in linea generale i limiti (linee di base) delle acque interne e l'estensione del mare territoriale, rispecchiando i criteri stabiliti dalla Convenzione di Montego Bay”.*

Per un'analisi delle prerogative statali a livello ministeriale e sui poteri atti ad incidere sulle *conferences*, si rinvia a BOCCHESI, *Conferenze marittime e poteri attribuiti dalla legge al Ministro dei trasporti e della navigazione*, in *Dir. trasp.*, 1995, 3, 828 ss.

<sup>345</sup> Così D'ALESSIO, *I traffici marittimi* cit., 58. Il contratto assume quindi assoluta preminenza sulla regolamentazione dello Stato. “*Il diritto statale, di fronte all'accelerazione dei processi di innovazione tecnologica, mostra maggiori difficoltà, diventa forma per qualsiasi contenuto e da questi fenomeni ne viene misurato e trasformato*”.

<sup>346</sup> D'ALESSIO, *I traffici marittimi* cit., 60, ripercorrendo le dinamiche economiche del ventesimo secolo, riconosce che la molteplicità di accordi bilaterali tra Stati ha determinato una situazione confusa e complessa: gli Stati hanno ridotto notevolmente i vincoli e hanno limitato il proprio potere a vantaggio delle imprese; “*in molti Paesi, l'interesse pubblico coincide con quello delle compagnie petrolifere. I flussi di merci sono abbinati ai flussi di investimenti internazionali con la conseguente riallocazione delle regioni con maggiore attrazione dei capitali esteri*”.

<sup>347</sup> Sulla problematica qualificazione dell'Autorità portuale si rinvia a SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'autorità portuale*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 9, 2965 ss. Il modello delineato dalla legge 84 del 1994 si fonda su due capisaldi: “*1) separazione dell'attività di indirizzo, programmazione, coordinamento e controllo delle operazioni portuali, da quella di gestione, affidata prevalentemente ad imprese al cui capitale l'Autorità portuale non è legittimata a partecipare, neanche in via indiretta; 2) adozione di un modello di libera concorrenza fra i soggetti erogatori di servizi in ambito portuale. Veniva pertanto istituita l'Autorità portuale, un soggetto istituzionale a struttura e competenza complessa, connotato da peculiarità tali - sia sotto il profilo organizzativo che funzionale - da rendere difficile persino l'individuazione della sua reale natura giuridica. In termini generali, sulla base del dato normativo, può affermarsi che l'Autorità portuale costituisce un modello di ente ad autonomia finalizzata, al quale è conferita personalità giuridica di diritto pubblico*”.

*al trasporto marittimo*<sup>348</sup>. L'Autorità marittima e l'Autorità portuale, entrambi enti di diritto pubblico<sup>349</sup>, operano in sinergia: alla seconda compete l'indirizzo, la programmazione, il coordinamento, la promozione, il controllo delle operazioni portuali (anche in riferimento alla sicurezza) e le è espressamente vietato all'art. 6, l. 84/1994 esercitare, direttamente o tramite la partecipazione in società, le operazioni portuali definite dall'art. 16 e le attività connesse<sup>350</sup>; alla prima è attribuita la funzione di polizia e sicurezza, l'organizzazione dei servizi tecnico-nautici di pilotaggio, rimorchio, ormeggio e battellaggio d'intesa con l'Autorità portuale e, ove questa non sia stata istituita, le competono altresì i compiti che la l. 84/1994 le attribuisce<sup>351</sup>.

Il principio di netta separazione tra l'esercizio delle funzioni amministrative e lo svolgimento di operazioni portuali era del tutto sconosciuto nel nostro ordinamento prima dell'entrata in vigore della l. 84/1994 e si realizza secondo il disposto dell'art. 20: cessione sia del capitale azionario delle società derivanti dalla trasformazione delle preesistenti organizzazioni portuali, che del capitale delle società costituite o comunque controllate da queste ultime, ai sensi del comma 2 lett. a) e b)<sup>352</sup>.

---

<sup>348</sup> È D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione* cit., 142 a valorizzare il porto, non solo nella sua dimensione statica di bene demaniale ma, anche, nella sua dimensione dinamica. La disciplina del lavoro portuale è stata profondamente modificata dalla l. 84 del 1994. Questa legge, adottata soprattutto in seguito ad una sentenza della Corte di Giustizia CE del dicembre del 1991 che aveva censurato il monopolio legale di imprese e compagnie portuali sull'esecuzione delle operazioni portuali (si rinvia alla nota di ROSSI, *Brevi riflessioni in merito alla sentenza della Corte di giustizia CEE in tema di monopolio legale di imprese e compagnie portuali*, in *Dir. trasp.*, 1992, 134), ha favorito la libera concorrenza nell'esecuzione di tali operazioni. Si rinvia anche a ZUNARELLI, *I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 28 gennaio 1994, n. 84*, in *Dir. trasp.*, 1995, 2, 441 ss.

<sup>349</sup> In merito alla natura dell'Autorità portuale quale ente di diritto pubblico cfr. SPASIANO, *Spunti di riflessione* cit., 2965 ss.

<sup>350</sup> La figura dell'Autorità portuale è stata creata nella prospettiva della separazione della regolazione dal mercato. All'Autorità portuale è vietato svolgere operazioni portuali, ma le è permesso svolgere attività commerciali che non consistono in operazioni portuali. Cfr. MARESCA, *La regolazione dei porti* cit., 60.

<sup>351</sup> Cfr. art. 14-16, l. 84/1996. D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione* cit., 146.

<sup>352</sup> Come precisato dal TAR Veneto, sez. I, n. 10/1999 (con commento di BOCCHESI, *Il procedimento di dismissione azionaria dell'autorità portuale nella forma della trattativa diretta*, in *Dir. trasp.*, 1999, 3, 956 ss.), la restituzione delle attività portuali al mercato deve avvenire (ai sensi dell'art. 20 della l. 84/1994) tramite la dismissione delle attività operative, la titolarità delle quali era in capo alle preesistenti organizzazioni portuali. Alla restituzione al mercato, tramite la cessione del capitale sociale alle imprese, è propedeutica la trasformazione di tali Enti in Società per azioni. La dismissione delle azioni non è soggetta alle procedure di evidenza pubblica: riconosce il Giudice amministrativo che "l'analisi testuale dell'art. 1 del d. l. 332/1994, convertito con modificazioni in l. 474/1994, consente invero di acclarare che il legislatore ha inteso sicuramente riservare alla discrezionalità amministrativa del soggetto pubblico che procede alla dismissione dei propri pacchetti azionari la scelta del metodo dell'offerta pubblica di vendita e il metodo della trattativa diretta, tenendo peraltro presente che entrambe tali procedure risulterebbero intrinsecamente rette da norme di «relazione», presupponenti la sussistenza inter partes di posizioni di diritto soggettivo".

L'esercizio delle operazioni portuali e dei servizi specialistici complementari e accessori è ora espletato da imprese portuali provviste di apposita licenza rilasciata dall'Autorità portuale, sulla base dei requisiti fissati da apposito decreto ministeriale<sup>353</sup>. All'espletamento di tali attività lucrative sono quindi estromessi i soggetti di diritto pubblico, così realizzando il dualismo tra titolarità della struttura e sua gestione. Tali imprese agiscono in regime concorrenziale e sono soggette alla vigilanza dell'Autorità portuale, al fine di salvaguardare le finalità pubbliche ai cui il porto è destinato<sup>354</sup>.

La licenza ha durata temporanea, così da incentivare la concorrenza e l'avvicendamento nello svolgimento delle attività portuali, favorendo i soggetti privati dotati di maggiore professionalità e di maggiori capacità tecnico-organizzative. Le imprese portuali possono ottenere la concessione di aree demaniali e banchine per l'espletamento delle operazioni portuali e assumere la qualità di imprese terminaliste<sup>355</sup>. Queste ultime costituiscono un portato della privatizzazione dei terminali portuali<sup>356</sup>: prima della l. 84/1994 la gestione dei terminali veniva operata direttamente dallo Stato prevalentemente attraverso enti portuali variamente denominati<sup>357</sup>. Una significativa novità intervenuta per

---

<sup>353</sup> Così art. 16, l. 84/1994. MARESCA, *La regolazione dei porti* cit., 70-71 osserva che ora "l'Autorità Portuale è chiamata, non più (come avveniva nel caso dei vecchi Enti Porto) alla gestione commerciale del porto, ma alla regolazione economica del sistema, da un lato provvedendo alla selezione delle imprese che si propongono di operare nell'ambito della giurisdizione portuale e, dall'altro, stabilendo le condizioni subordinatamente alle quali l'accesso è garantito".

<sup>354</sup> D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione* cit., 147, nel descrivere la sinergia tra imprese private e autorità pubbliche nella disciplina del lavoro portuale, osserva che, anche successivamente alla l. 84/1994 che ha posto la fine del monopolio in favore dell'ente porto, vi sia "un ampio intervento di elementi pubblicistici, connessi alla natura demaniale del bene in cui si svolge l'attività e all'esigenza di tutelare le finalità pubbliche cui l'uso del porto è destinato". TACCOGNA, *Organizzazione amministrativa e concorrenza nelle operazioni portuali*, in *Dir. maritt.*, 2000, 2, 584 ss.

<sup>355</sup> Si definiscono "portuali" le imprese che esercitano operazioni portuali e servizi portuali in virtù di una licenza rilasciata dall'Autorità portuale o, se non istituita, dall'Autorità marittima. Le operazioni portuali sono definite dall'art. 16, l. 84/1996 e consistono nella caricazione e scaricazione delle merci e relativa custodia, compresi l'imballaggio, la suddivisione di merci per partite, numeri e marche e la loro documentazione. Si definiscono "terminaliste" le imprese portuali titolari di concessione di aree demaniali e banchine, deputate all'espletamento delle operazioni portuali e operano in via esclusiva nelle aree avute in concessione. Sul punto D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione* cit., 149-151.

<sup>356</sup> In sede di commento della l. 84/1994, MARESCA, *La regolazione dei porti* cit., 72, afferma che "come è noto non esiste una nozione di terminale in senso proprio nella legge 84/94; in genere si intende per terminale quello spazio attrezzato, costituito da banchine, magazzini, pertinenze, ecc., che consenta di svolgere un ciclo integrato di operazioni portuali ad opera di una o più imprese (operatori portuali) coordinate dal terminalista. Il terminalista, così, ai sensi dell'art. 18, legge 84, è il soggetto chiamato a gestire, per conto dell'Autorità, e nell'interesse dell'utenza (armatori e agenti, spedizionieri ecc.), una infrastruttura complessa (tendenzialmente unica) nell'ambito del sistema portuale".

<sup>357</sup> Così MARESCA, *La regolazione dei porti* cit., 89: "la legge 84 disegna un sistema che, sotto il profilo degli assetti organizzativi, si presenta assai evoluto e per il quale le infrastrutture portuali, al pari di quelle ferroviarie, elettriche ecc., sono gestite da imprese private specializzate e prescelte da un'Autorità di regolazione e controllo chiamata a valutare che le stesse si conformino agli obiettivi di interesse pubblico e quindi «di sistema». Si è quindi in presenza, non già, come si è erroneamente ritenuto, della

effetto dell'influsso del diritto comunitario è la possibilità per le medesime imprese di navigazione di svolgere da sé le operazioni portuali e i servizi portuali (c.d. attività di autoproduzione) sulla base di apposita autorizzazione<sup>358</sup>. Tanto l'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni portuali per conto terzi, quanto l'autorizzazione all'autoproduzione, sono soggette al regime semplificato del silenzio-assenso: la richiesta si intende accolta ove non intervenga nel termine di 90 giorni un rifiuto espresso<sup>359</sup>. Inoltre, sempre per incentivare la concorrenza, l'affidamento dei servizi di interesse generale (non coincidenti con le operazioni portuali) segue la regola della gara pubblica<sup>360</sup>.

Per quanto riguarda i servizi tecnico-nautici di pilotaggio, rimorchio, ormeggio e battellaggio, essi sono svolti in regime di concessione (alla corporazione dei piloti per il servizio di pilotaggio, ad apposite imprese per i servizi di rimorchio, ormeggio e battellaggio); mentre lo svolgimento di altri servizi portuali, come il servizio di portabagagli, è espletato da imprese autorizzate dal capo del compartimento. L'art. 6, comma 1, lett. c), l. 84/1994 attribuisce all'Autorità portuale il potere di affidare in concessione mediante gara pubblica ulteriori servizi di interesse generale, come i servizi di illuminazione, pulizia e raccolta rifiuti, il servizio idrico, la manutenzione e la riparazione dei beni, i servizi informatici e telematici, nonché la gestione dei parcheggi e di accosti attrezzati.

Per quanto riguarda il trasporto terrestre, tappe dell'evoluzione del sistema del trasporti è la disciplina degli affidamenti del servizio di trasporto pubblico locale<sup>361</sup> e la recente

---

*privatizzazione dei porti, ma, semmai, dell'emergere per la prima volta, e del sovrastare, del pubblico interesse*".

<sup>358</sup> Ai sensi dell'art. 16, comma 3 e 4, lett. d), l. 84/1994, l'Autorità portuale può autorizzare l'esercizio delle operazioni portuali da parte degli stessi utenti, purché le loro navi siano provviste di propri mezzi meccanici e di personale adeguato alle operazioni da svolgere.

<sup>359</sup> Si ricorda che la c.d. direttiva servizi 2006/123/CE, recepita con il d. lgs. 94 del 2010, prevede, in ottemperanza al principio di concorrenza di cui al Trattato CE, la regola che solo in presenza di uno dei motivi imperativi di interesse generale espressamente previsti è ammissibile un controllo *ex ante* anziché *ex post* dello Stato.

<sup>360</sup> L'art. 6, comma 1, lett. c), attribuisce all'Autorità portuale l'affidamento e il controllo delle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale, non coincidenti né strettamente connessi alle operazioni portuali di cui all'art. 16, comma 1. Il successivo comma 5 dell'art. 6 specifica che l'esercizio della attività è affidato in concessione dall'Autorità portuale tramite gara pubblica.

<sup>361</sup> La disciplina dei servizi pubblici locali, più volte ritoccata dal legislatore, è stata oggetto recentemente di *referendum* e di una declaratoria di illegittimità costituzionale. Al *referendum* è seguita l'introduzione con il d. l. 138/11 (conv. in l. 148/11) di una nuova disciplina concernente l'organizzazione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'art. 4 del d. l. è stato però dichiarato incostituzionale con la sentenza della Corte costituzionale n. 199/12. Per una trattazione esauriente della disciplina vigente e della sua evoluzione normativa, cfr. DE BIASI, *I servizi pubblici locali tra riforma e riedizione di vecchi modelli - Rassegna n. 3/2011*, in *Corriere del merito*, 2011, 12, 3 ss.; RIZZO, *I servizi*

istituzione dell’Autorità di regolazione dei trasporti<sup>362</sup>. La creazione di questa autorità, da parte del d. l. 1/2012 e della legge di conversione, si iscrive in un disegno organico di regolazione indipendente di tutte le *public utilities* ed era ritenuta essenziale da parte degli esperti del settore dei trasporti, in ragione dell’intrinseca limitazione *ratione materiae* dei poteri dell’Autorità *Antitrust*<sup>363</sup>. Il d. l. 1/2012, il c.d. decreto “cresci Italia”, in uno con l’antecedente decreto “salva Italia” (d. l. 201/2011), segna il ritorno ad una visione della regolazione indipendente, estesa ai settori dei trasporti, dell’acqua e delle poste<sup>364</sup>. L’Autorità dei trasporti, la cui istituzione è stata realizzata con la legge di conversione n. 27/2012, è oggi chiamata a garantire l’efficienza e la qualità dei servizi e, soprattutto, la libera concorrenza: essa infatti si iscrive nel novero delle *authorities* deputate a favorire il procedimento di liberalizzazione del settore e la soddisfazione del pubblico servizio<sup>365</sup>.

---

*pubblici dopo il D. L. 138/2011, in Urbanistica e appalti, 2011, 12, 1398 ss.; CAPANTINI, I referendum sulla “privatizzazione dell’acqua” cit., 409 ss. e CAPANTINI, La sentenza n. 199 del 2012 cit., 868 ss.*

<sup>362</sup> Già la l. 474/1994, finalizzata ad accelerare le procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici a società per azioni, prevedeva che la cessione del controllo pubblico dovesse essere accompagnata dalla creazione di autorità indipendenti. L’istituzione dell’Autorità di regolazione dei trasporti si colloca nel solco della l. 481/1995 contenente norme per la regolazione dei servizi di pubblica utilità: a tale legge fa espresso riferimento l’art. 37, l. 27/2012. Il d. l. 201/2011 (decreto “salva Italia”) aveva previsto che le funzioni di regolazione del servizio aereo, ferroviario e portuale fossero assegnate ad autorità già esistenti; invece il successivo d. l. 1/2012 (decreto “cresci Italia”) ha assegnato le competenze all’Autorità per l’energia elettrica e il gas, investendo altresì il governo all’art. 36 del compito di presentare un disegno di legge per istituire una Autorità in materia di trasporti. Infine, la legge di conversione 24 marzo 2012 n. 27 ha istituito l’Autorità di regolazione dei trasporti nell’ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. 481/1995. L’*iter* che ha portato all’istituzione della nuova *Authority* è descritto da MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione* cit., 88-89 e da NAPOLITANO, *Il decreto “salva Italia” - La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 234.

<sup>363</sup> Cfr. il contributo di MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione* cit., 86, nonché NAPOLITANO, *Il decreto “salva Italia”* cit., 229 ss. In merito al processo di liberalizzazione disposto con i decreti “salva Italia” e “cresci Italia” e in particolare le misure relative al regime amministrativo dell’accesso al mercato, cfr. DE BENEDETTO, *La liberalizzazione e i poteri dell’Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 236 ss.

<sup>364</sup> Si rinvia al commento di NAPOLITANO, *Il decreto “salva Italia”* cit., 229 ss. Come illustrato nella nota di cui sopra, il decreto “salva Italia” aveva originariamente previsto che le funzioni di regolazione del settore dei trasporti fossero assegnate alle autorità già esistenti. A giudizio dell’Autore, “*la scelta di non istituire un’autorità ad hoc, ma di ampliare funzioni e poteri di un’autorità già esistente, si spiega con l’esigenza di evitare l’ulteriore proliferare delle autorità e di contenere la spesa pubblica*”. Ritiene l’Autore che “*si tratta, peraltro, di preoccupazioni che non dovrebbero risultare assorbenti. Da un lato, l’autorità, analogamente a quanto accade già per molti organismi similari, verrebbe ad essere autofinanziata attraverso il contributo versato dai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati, determinato annualmente con atto dell’autorità. Dall’altro, il settore dei trasporti è molto complesso ed eterogeneo, sia dal punto di vista tecnico, sia dal punto di vista della dimensione del mercato*”.

<sup>365</sup> In sede di commento, MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione* cit., 90 ss., sintetizza in via sistematica le attribuzioni dell’Autorità, raggruppandole in 3 macro aree: poteri e funzioni di normazione regolamentare, poteri e funzioni di controllo, di verifica e paragiurisdizionali, poteri e funzioni di indirizzo politico. Nel primo gruppo (prerogative di regolazione normativa) rientrano le competenze in materia di accesso alle infrastrutture, le procedure di affidamento dei servizi e i diritti degli utenti. Tra i poteri di controllo e di verifica si annoverano il potere di valutare i reclami, le istanze e le segnalazioni provenienti dai consumatori, il potere di determinare i criteri per la redazione della contabilità da parte delle imprese e la potestà di erogare sanzioni amministrative pecuniarie. Inoltre l’Autorità ha prerogative in senso lato para-

Anche con riferimento alla parte aeronautica, il codice della navigazione nella sua originaria formulazione del 1942 incentrava la disciplina sulla nozione statica dell'aerodromo e sul carattere della demanialità, in ragione della limitata rilevanza dei traffici aerei<sup>366</sup>. Inoltre sia la gestione dell'infrastruttura che l'espletamento dei servizi a terra era in mano pubblica.

Oggi invece in ambito aeronautico si riscontrano svariati profili applicativi della sussidiarietà orizzontale: privatizzazione del gestore aeroportuale, liberalizzazione del trasporto aereo, liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra (servizi di *handiling*). Allo Stato, ovvero all'ENAC quale ente pubblico non economico sottoposto al controllo del Ministero dei trasporti, residuano compiti di vigilanza e regolamentazione del sistema del trasporto aereo<sup>367</sup>.

---

giurisdizionali: è titolare del potere inibitorio e di reintegrazione specifica (possibilità di ordinare la cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti e di ordinare misure dirette al ripristino della situazione alterata dalla condotta illecita), del potere di emanare provvedimenti cautelari per salvaguardare la concorrenza e gli interessi degli utenti e di valutare le istanze, i reclami e le segnalazioni presentate dagli utenti e dai consumatori. Mentre l'obbligo di trasmettere una relazione annuale a Governo e Parlamento va inserito tra i compiti che coinvolgono l'esercizio della funzione di indirizzo politico. Sulle funzioni dell'Autorità dei trasporti si rinvia anche a NAPOLITANO, *Il decreto "salva Italia"* cit., 234. L'esigenza di costituire delle autorità indipendenti deputate a garantire che il monopolio pubblico non si traducesse in un monopolio provato era viva in dottrina, già SABASTIANI, *Liberalizzazione e privatizzazione delle gestioni aeroportuali: assetti istituzionali e conflitti fra obiettivi*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo* trasporto – *L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 139, evidenziava il capovolgimento della sequenza "regolazione - liberalizzazione - privatizzazione", in virtù della quale "il passaggio dal pubblico al privato precede la costituzione di un corpus di regole di funzionamento del mercato, quasi che le privatizzazioni costituiscano un surrogato o una scorciatoia alla liberalizzazione e quasi che il mercato di monopolio (perché di questo si tratta) - se privato - sia in grado di autoregolarsi in coerenza con gli interessi generali".

<sup>366</sup> Così COMENALE PINTO - MORANDI, *Le gestioni aeroportuali, problemi attuali e nuove prospettive*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo* trasporto – *L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 5 ss.

<sup>367</sup> Ai sensi dell'art. 687 cod. nav. il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è l'organo al vertice dell'amministrazione dei trasporti, al quale competono compiti di indirizzo e vigilanza sull'attività dell'ENAC (Ente Nazionale per l'Aviazione Civile), dell'ENAV s.p.a. (Ente Nazionale per l'Assistenza al Volo) e dell'ANSV (Agenzia Nazionale per Sicurezza del Volo). Il Ministero esercita queste funzioni tramite l'ENAC e gli organi interni al Dipartimento competente. I poteri dell'ENAC sono elencati all'art. 1, d. lgs. 250/1997 e sono così riassunte da TROVÒ, *Organizzazione ed enti* cit., 17, in compiti riguardanti: "1. la regolamentazione, il controllo e la definizione dei parametri di qualità, oltre alla normazione tecnica, alla certificazione e vigilanza su tutte le attività dell'aviazione civile; 2. l'indirizzo, la programmazione e lo sviluppo del sistema aeroportuale e del trasporto aereo; la tenuta del Registro aeronautico nazionale, dei registri e degli albi del personale navigante e degli operatori del sistema, oltre alla pubblicazione dei Registri degli aeromobili nazionali; 4. l'attività di controllo e coordinamento con ENAV S.p.A. e l'Aeronautica Militare, nell'ambito delle rispettive competenze, per l'attività di assistenza al volo; 5. i rapporti con gli enti, società ed organismi nazionali ed internazionali che operano nel settore dell'aviazione civile, oltre alla partecipazione ad attività nazionali ed internazionali; 6. lo svolgimento di un'attività di ricerca, studio e promozione dell'aviazione civile ed attività di consulenza; 7. l'irrogazione di sanzioni e l'effettuazione di ispezione nei confronti degli enti di gestione aeroportuale, come soggetto istituzionalmente preposto all'attuazione dei poteri di controllo, vigilanza ed amministrazione (ad es. inerenti le possibili limitazioni, deroghe o esclusioni all'accesso); 8. il ruolo di centralità e pregnanza

Il processo di liberalizzazione del servizio di trasporto aereo promosso dalle istituzioni europee ha fatto sì che ogni compagnia aerea privata munita di abilitazione potesse potenzialmente svolgere servizi aerei e acquisire così la qualifica di “vettore aereo comunitario”<sup>368</sup>. Sono per questa via emerse nuove realtà imprenditoriali che, personalizzando sempre più i servizi offerti, si sono ritagliate degli specifici mercati di riferimento: paradigmatico è il caso delle compagnie *low cost*<sup>369</sup>.

Il gestore aeroportuale è oggi un soggetto privato, individuato all’esito di una procedura selettiva, investito dei compiti relativi alla gestione dell’infrastruttura (ivi compresa la predisposizione di un adeguato sistema di sicurezza) e può altresì realizzare attività imprenditoriali, concorrendo a fornire i servizi aeroportuali in regime concorrenziale con altri imprenditori<sup>370</sup>.

---

*nell’attività conoscitiva che l’autorità giudiziaria intraprende per la ricostruzione di fatti processualmente rilevanti e l’individuazione di cause e responsabilità”*. Inoltre, l’attuale art. 718 del cod. nav., novellato dal d. lgs. 96/2005 di riforma della parte aeronautica del codice della navigazione, indica altri importanti poteri dell’ENAC: la funzione di polizia degli aeroporti, l’attività di vigilanza sulla fornitura dei servizi forniti dalla società ENAV (attività che prima dell’istituzione dell’ENAC spettavano al Direttore di aeroporto, figura soppressa).

<sup>368</sup> Sulla scorta della Convenzione di Chicago del 1944, che ha dettato la regolamentazione internazionale dei servizi di trasporto aereo, hanno preso l’avvio accordi bilaterali tra gli Stati volti ad affermare istanze liberistiche. Per quanto riguarda il processo di liberalizzazione del trasporto aereo in Europa, riconosciuta l’applicabilità dei principi di concorrenza e libero mercato al settore dei trasporti, sono stati emanati i c.d. tre pacchetti di direttive e regolamenti. Con il “primo pacchetto” è stato introdotto un regime più liberale in materia di tariffe per il trasporto aereo di linea di passeggeri (dir. 87/601/CEE e dir. 87/602/CEE); con il “secondo pacchetto” è stato ampliato il processo di liberalizzazione avviato con le precedenti direttive ed è stata eliminata la riserva di cabotaggio (reg. CEE 2342/90, reg. CEE 2343/90 e reg. CEE 2344/90); con il terzo pacchetto è stata data piena attuazione al libero accesso al mercato aereo per quanto riguarda il rilascio delle licenze operative (reg. CEE 2407/92), l’accesso dei vettori aerei comunitari alle rotte intracomunitarie per l’esercizio dei servizi aerei di linea e non di linea (reg. CEE 2408/92) e le tariffe aeree per il trasporto merci e passeggeri (reg. CEE 2409/92). Diffusamente, sulla liberalizzazione del trasporto aereo, v. TROVÒ, *I servizi aerei*, in *Compendio di diritto aeronautico*, cit., 297 ss. Per una elencazione analitica delle misure adottate in ambito europeo, si rinvia a BOCCHESI, *L’accesso dei vettori aerei low cost al mercato del trasporto aereo*, in *Dir. trasp.*, 2012, 2, 405, in nota 18 e p. 413, in nota 42.

<sup>369</sup> Una trattazione esaustiva del fenomeno nelle compagnie *low cost* è offerta da BOCCHESI, *L’accesso dei vettori aerei* cit., 399 ss.

<sup>370</sup> Anteriormente alle leggi di liberalizzazione del settore e alla riformulazione dell’art. 704 cod. nav. la gestione dell’aeroporto era rimessa a società aeroportuali in mano pubblica investite della c.d. gestione totale dell’aeroporto, tanto dell’infrastruttura quanto dei servizi di assistenza a terra, o della c.d. gestione parziale dei solo servizi aeroportuali. La normativa comunitaria di liberalizzazione del trasporto aereo e dei servizi a terra ha portato alla privatizzazione sostanziale delle società di gestione: in particolare l’art. 10, l. 537/1993 aveva disposto l’abrogazione delle norme che disponevano la partecipazione maggioritaria di capitale pubblico. Il d. m. 521/1997 fissa i requisiti delle società di capitali che possono ottenere l’affidamento della gestione aeroportuale. Ai sensi dell’art. 2, le società possono essere costituite esclusivamente nella forma giuridica della società di capitali. Esse sono ascrivibili “*alla categoria delle società di capitali di diritto speciale, essendo costituite a seguito di uno specifico intervento legislativo, con individuazione eteronoma (non rimessa cioè all’autonomia statutaria) dei criteri di scelta dei soci pubblici e privati e dei loro rapporti, delle modalità di collocazione dei titoli sul mercato, della nomina di amministratori e sindaci da parte dell’ente pubblico interessato, dell’entità del capitale sociale, delle forme di controllo dell’economicità e dell’efficienza dei servizi. Così, la scelta del socio privato di maggioranza avviene sulla base di procedure ad evidenza pubblica attivate mediante un confronto concorrenziale determinato in base alle previsioni di cui agli artt. 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 16*

La nuova fisionomia assunta dal gestore aeroportuale si inserisce nel solco della implementazione della concorrenza e della liberalizzazione per vari profili: oggi la gestione aeroportuale viene affidata a un privato, affidatario di una concessione all'esito di una selezione trasparente e non discriminatoria<sup>371</sup>. Inoltre, quando il gestore svolge servizi di assistenza a terra, nei limiti specificati dalla convenzione stipulata con l'ENAC, deve evidenziare separatamente i risultati dell'attività di assistenza a terra ai sensi dell'art. 9, comma 2, d. m. 521/1997, al fine di attuare in ambito aeronautico il principio della distinzione tra l'attività di gestione dell'infrastruttura e di erogazione dei servizi. Tale

---

settembre 1996, n. 533” (così CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali*, in *Compendio di diritto aeronautico*, cit., 69). Ai sensi dell'art. 704 cod. nav. il provvedimento concessorio viene rilasciato a seguito di una procedura competitiva secondo la normativa comunitaria e può avere durata al massimo di quarant'anni. COMENALE PINTO - MORANDI, *Le gestioni aeroportuali* cit., 17 sottolineano una differenza cruciale rispetto a quanto prevede le l. 84/1994 istitutiva della Autorità portuali: a queste ultime è vietato esercitare sia direttamente che tramite la partecipazione in società alle operazioni portuali e attività strettamente connesse. Nel contributo di DI PALMA, *Gestioni aeroportuali, requisiti di sistema e nuovo diritto aeronautico*, in *Dir. tur.*, 2006, 4, 321 ss., vengono analizzate l'evoluzione del sistema di affidamento e le problematiche che si sono palesate all'indomani della riforma del codice. In particolare, l'Autore mette sotto scrutinio il parere n. 1281/2005 della sez. seconda del Consiglio di Stato, con il quale era stata affermata la competenza ministeriale ad adottare i decreti di concessione della gestione totale ai sensi dell'art. 704 cod. nav., per l'ipotesi che l'affidamento non sia previsto da una legge speciale; mentre se la gestione totale è rilasciata per legge, residuano solo i poteri gestionali attribuiti all'ENAC, in quanto le leggi-provvedimento avrebbero esaurito i profili programmatori di competenza ministeriale. Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa della gestione aeroportuale si rinvia a RIGUZZI, *Il nuovo ruolo del gestore aeroportuale*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, a cura di ANTONINI A. - FRANCHI - MORANDI, Milano, 2000, 109 ss.; CASANOVA - BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti – Infrastrutture e accesso al mercato*, Milano, 2004; CAMARDA, *La responsabilità del gestore aeroportuale*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo trasporto – L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 65 ss.; COMENALE PINTO - MORANDI, *Le gestioni aeroportuali* cit., 5 ss.; RIGUZZI, *Le gestioni aeroportuali: il quadro dei principi giuridici*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo trasporto – L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 27 ss.

<sup>371</sup> Ai sensi dell'art. 704 cod. nav. il provvedimento concessorio viene rilasciato a seguito di una procedura competitiva secondo la normativa comunitaria e può avere durata al massimo di quarant'anni. Prima della riforma del 2006 le gestioni aeroportuali erano affidate senza procedure selettive fra soggetti concorrenti e si procedeva altresì all'automatico rinnovo delle concessioni a società, dapprima in totale mano pubblica, poi miste pubblico-private. Si veda diffusamente DI PALMA, *Gestioni aeroportuali* cit., 327 e CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali* cit., 61 ss.; SERRA, *La privatizzazione delle gestioni aeroportuali*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo trasporto – L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 41 ss.; FERRO, *La riforma delle gestioni aeroportuali*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo trasporto – L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 111 ss.; DI PALMA, *La regolazione delle gestioni aeroportuali. Nuove prospettive di sviluppo dei traffici*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo trasporto – L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 117 ss. Da ultimo, per una prospettiva comparata della gestione aeroportuale, cfr. ROMA, *Privatizzazioni e gestioni degli aeroporti in Europa*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo trasporto – L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 123 ss.

principio è stato ribadito dall'art. 7 del d. lgs. 18/1999, in attuazione della direttiva CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra<sup>372</sup>.

Un ulteriore profilo applicativo del principio di sussidiarietà orizzontale nel settore aeronautico è la possibilità per le imprese private e per gli stessi vettori di svolgere i servizi di assistenza a terra (servizi di *handling*) elencati nell'allegato A del d. lgs. 18/1999<sup>373</sup>. Tramite il decreto appena menzionato è stato consentito il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra ai prestatori di servizi dotati dei requisiti di idoneità fissati all'art. 13 ed è stata data la possibilità per i vettori di svolgere i servizi a terra in autoproduzione, senza che sia necessario alcun provvedimento autorizzatorio, ad eccezione del caso in cui sussistono vincoli specifici di spazio e di capacità o la presenza di monopoli naturali<sup>374</sup>. In passato, la gestione dei servizi di *handling* spettava in via esclusiva al gestore dell'aeroporto (quale società in mano pubblica), a discapito della

---

<sup>372</sup> La direttiva comunitaria n. 67 del 1996 ha imposto all'Italia la liberalizzazione dei servizi a terra, i c.d. servizi di *handling*. Il regime monopolistico della prestazione dei servizi da parte esclusivamente del gestore aeroportuale aveva formato oggetto di più decisioni dell'Autorità *antitrust* con le quali erano stati censurati, per violazione della l. 287/1990, i rifiuti da parte delle società di gestione alle richieste di autoproduzione dei servizi di assistenza a terra avanza dagli stessi utenti. Ai sensi della presedente normativa, infatti, non solo le compagnie aeree non potevano avvalersi dell'opera prestata da terzi, ma neppure potevano fornire direttamente a se stesse i servizi in autoproduzione. Per approfondimenti si rinvia a GAGGIA, *I servizi di handling*, in *Compendio di diritto aeronautico*, Milano, 2009, 87 ss.

<sup>373</sup> Il d. lgs. 18/1999, nell'attuare nel nostro ordinamento la direttiva comunitaria 96/67 CE, individua nell'allegato A undici categorie di servizi di *handling*, che si caratterizzano per il necessario collegamento con la prestazione di trasporto del vettore aereo. Pertanto, non rientrano in essi né le attività commerciali, come bar e negozi, all'interno dell'aeroporto, né i servizi di sicurezza aggiuntivi di cui alla l. 217/1992 (Consiglio di Stato, n. 2876/2000). I servizi di *handling* ai sensi dell'allegato «A» sono: assistenza amministrativa a terra e la supervisione, l'assistenza passeggeri, l'assistenza merci e posta, assistenza alle operazioni in pista, assistenza di pulizia e servizi di scalo, assistenza carburante e olio, assistenza manutenzione dell'aereo, assistenza operazioni aeree e gestioni degli equipaggi, assistenza trasporto a terra, assistenza ristorazione (*catering*). Per un commento sulla direttiva 96/67 CE e sulla l. 128/1998 che ne ha dato una prima attuazione, si rinvia a CHITI, *La liberalizzazione dei servizi a terra negli aeroporti e le sue molte deroghe*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 6, 521 ss. Sull'evoluzione della disciplina dei servizi a terra si rinvia a TULLIO, *Liberalizzazione dell'handling e servizio pubblico*, in *Dir. trasp.*, 2000, 2, 323 ss.; CARBONE - MUNARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 95 ss. e ANTONINI A., *Prefazione*, in AA. vv., *La liberalizzazione dell'attività dell'attività di assistenza aeroportuale a terra – Decreto legislativo n. 18/1999*, Milano, 2000, XI. Si veda inoltre COMENALE PINTO, *Dei servizi della navigazione aerea*, in *Il diritto aeronautico tra ricodificazione e disciplina comunitaria*, a cura di FRANCHI - VERNIZZI, Milano, 2007, 95 ss.

<sup>374</sup> La regola generale fissata dall'art. 4, comma 1, d. lgs. 18/1999 per gli aeroporti con traffico annuale pari o superiore a 3 milioni di passeggeri o a 75 mila tonnellate di merci, è il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra ai prestatori di servizi sulla base dei requisiti previsti dall'art. 13. L'art. 4, comma 2, prevede però una prima eccezione alla regola: l'ENAC, per motivate ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità e allo spazio disponibile nell'aeroporto, può limitare il numero di prestatori per una serie di servizi, come l'assistenza bagagli e merci. In tal caso il numero di prestatori non può essere inferiore a due per ogni categoria di servizio, al fine di salvaguardare la concorrenzialità. La seconda deroga alla *deregulation* è fissata all'art. 9: l'ENAC può riservare la gestione delle infrastrutture centralizzate (elencate in via esemplificativa all'allegato B, ad esempio i servizi di smistamento bagagli) all'ente di gestione che ne assicura la gestione in via esclusiva, qualora la loro complessità, costo o impatto ambientale non ne consentono la suddivisione o la duplicazione (i c.d. monopoli naturali).

libera concorrenza e menomando la possibilità per i privati di svolgere in sussidiarietà attività lucrative<sup>375</sup>. La *deregulation* del settore, liberalizzando i servizi di assistenza a terra negli aeroporti maggiori, permette oggi a tutte le imprese dotate di adeguati requisiti finanziari e organizzativi accertati dall'ENAC di prestare i servizi, eventualmente anche in concorrenza con la società di gestione dell'aeroporto che dovrà, ai sensi della direttiva 96 del 1997, mettere a disposizione agli interessati gli spazi necessari per lo svolgimento delle attività, garantendo l'accesso all'infrastruttura secondo condizioni pertinenti, obiettive, trasparenti e non discriminatorie.

Infine, il principio di sussidiarietà si traduce nella possibilità per i privati di svolgere, non solo servizi di assistenza a terra connessi all'attività di trasporto, ma anche veri e propri servizi di sicurezza. Come ha chiarito la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 8230/2002, i servizi di sicurezza aggiuntivi non rientrano né nella nozione di gestione aeroportuale né vanno annoverati tra le attività di *handling*; essi costituiscono un mercato concorrenziale a sé stante al quale va applicata la normativa *antitrust* (l. 287/1990)<sup>376</sup>. Ma il compito di assicurare la sicurezza sussidiaria impatta non solo sugli interessi privati che si realizzano nel mercato, ma anche su interessi pubblici di preminente rilievo: in ragione in tale convergenza le svariate mansioni attinenti alla *security* meritano una trattazione apposita al paragrafo 4.

#### 4.3. *Il principio di sussidiarietà orizzontale nello svolgimento di attività di interesse generale che implicano l'esercizio di funzioni sovrane in ambito terrestre, portuale e aeroportuale.*

Nel campo del diritto dei trasporti, l'evoluzione del rapporto tra Stato e comunità è andato evolvendosi nella direzione di un'ampia devoluzione ai cittadini di compiti di interesse generale, anche attraverso la creazione di *munera* pubblici. La peculiarità della

---

<sup>375</sup> In materia si rinvia a PIRAS, *Diritti esclusivi del gestore aeroportuale e concorrenza nei servizi di assistenza a terra*, in *Dir. trasp.*, 2003, 1, 173 ss.; ID., *Le regole della concorrenza nei servizi aeroportuali*, in *Dir. trasp.*, 2000, 1, 152 ss.; ID., *Ancora in materia di concorrenza nel settore dei servizi aeroportuali*, in *Dir. trasp.*, 2001, 1, 170 ss.

<sup>376</sup> Il Consiglio di Stato era stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'imposizione, da parte del gestore aeroportuale, del pagamento di *royalties* fondate su parametri non connessi all'uso effettivo delle attrezzature aeroportuali da parte delle imprese che esercitavano servizi di sicurezza. Il Giudice amministrativo ha ritenuto che l'atto impositivo del gestore fosse da qualificarsi come elusivo della libera concorrenza e quindi illegittimo. Sul punto cfr. BELLIS, *Servizi aeroportuali e applicazione della normativa antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1, 59 ss.

materia in analisi sta in ciò: in occasione dei traffici terrestri, marittimi e aeronautici si intrecciano vari interessi sia economici che pubblicistici<sup>377</sup>.

Nell'architettura originaria, il sistema del diritto dei trasporti vedeva la assoluta preminenza, tra le figure deputate all'assolvimento sia di compiti di regolazione del mercato che di tutela di interessi sensibili, di enti pubblici o di soggetti dalla natura anfibia pubblico-privata di incerta e sfuggente qualificazione<sup>378</sup>.

La sussidiarietà orizzontale è il motore del crescente fenomeno di privatizzazione formale e sostanziale degli enti titolari di compiti economici e non economici, con devoluzione alla società di compiti di rilevanza costituzionale. L'applicazione del principio si traduce altresì nell'attribuzione con legge a enti privati di compiti delicatissimi attinenti alla conservazione dello Stato e all'incolumità individuale e nell'istituzione di soggetti privati ai quali conferire *ab origine* alcuni *munera pubblici*. La compatibilità di tali attribuzioni con il dettato costituzionale di cui agli art. 103 e 113 Cost. è stata avallata dal Consiglio di Stato<sup>379</sup> e dalla dottrina<sup>380</sup>, i quali hanno

---

<sup>377</sup> Gli interessi che vengono in rilievo sono, ad esempio, quello di garantire la libera circolazione delle persone, la qualità dei servizi resi e la sicurezza. Alla tutela del diritto fondamentale alla libera circolazione delle persone è preposta l'apposita autorità garante dello sciopero nei servizi essenziali.

<sup>378</sup> Per una rassegna dei criteri di qualificazione degli enti pubblici e dei caratteri di distinzione rispetto agli enti privati si rinvia al cap. 2 par. 2. In proposito si ricorda che si sono succedute la concezione sostanzialistica, la concezione formale-organizzatoria e infine ha prevalso l'impostazione sostanziale che rappresenta un'evoluzione della concezione sostanzialistica. Gli indici rivelatori della pubblicità sono: "a) un sistema di controlli pubblici statali o regionali; b) l'ingerenza di un pubblico potere nella nomina e nella revoca dei dirigenti e nell'amministrazione dell'ente; c) la partecipazione dello Stato o di altra P.A. alle spese di gestione; d) il potere di direttiva dello Stato; e) il finanziamento pubblico istituzionale; f) la costituzione ad iniziativa pubblica; g) la presenza di poteri pubblici di vario genere (si pensi al potere disciplinare o a quello di certificazione)" (cfr. BELLOMO, *Manuale di diritto cit.*, vol. 1, 611). Analogamente, CHIEPPA - GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 162, individuano questi parametri, i quali devono sussistere congiuntamente: "a) esistenza di un sistema di controlli pubblici; b) partecipazione dello Stato o di altro ente pubblico alle spese di gestione; c) il fatto che l'ente sia stato costituito ad iniziativa pubblica; d) esistenza di un potere di direttiva in capo all'ente pubblico; e) l'ingerenza di un ente pubblico nella nomina degli organi di vertice".

<sup>379</sup> La problematica, analizzata nel cap. 3, sub 4, relativa all'ammissibilità di soggetti privati che agiscono con poteri d'imperio al pari della pubblica amministrazione, è stata risolta in senso positivo dal Consiglio di Stati che, nella pronuncia n. 295/1999 della V sezione, aveva affermato che "la dilazione del concetto di soggetto pubblico, derivante dalla penetrazione del diritto comunitario nel tessuto dell'ordinamento nazionale" aveva portato il legislatore, nel settore degli appalti pubblici, ad ampliare "il concetto di pubbliche amministrazioni, pienamente rispettando il dettato costituzionale degli artt. 103 e 113 Cost.", nonché degli art. 26, r. d. 1054/1924; art. 3 e 37, l. 1034/1971, in quanto "anche i soggetti privati, laddove operino come amministrazioni aggiudicatrici, e quindi limitatamente agli atti della serie procedimentale di evidenza pubblica, devono qualificarsi come pubbliche amministrazioni in senso soggettivo".

<sup>380</sup> MALTONI, *Il conferimento di potestà cit.*, 88 ss., afferma la compatibilità costituzionale del conferimento di funzioni pubbliche ai privati, interpretando la nozione di pubblica amministrazione di cui agli art. 103 e 113 Cost. come evocativo di due distinte categorie soggettive: quella della pubblica amministrazione-autorità e quella di soggetti privati-autorità. In altre parole a p. 93 l'Autore conclude così: "sembra di poter dire che, a livello di sistema, va forgiandosi una nozione di «autorità amministrativa» individuata non più in ragione della derivazione degli atti da un'amministrazione (pubblica, dal punto di

dimostrato di aderire ad una interpretazione estensiva del concetto di pubblica amministrazione in senso soggettivo<sup>381</sup>.

Nel passare in rassegna le fattispecie rappresentative della sussidiarietà orizzontale nel campo nei trasporti, vengono in considerazione due figure di *munera* pubblici<sup>382</sup>: il comandante della nave e dell'aeromobile. Si ricorda che a giudizio della dottrina dominante le attività di interesse generale di cui all'art. 118, ult. co., Cost. non comprendono le funzioni amministrative in senso tecnico che comportano l'esercizio di poteri autoritativi<sup>383</sup>. Ma negare che la portata precettiva dell'art. 118, 4 comma, Cost., comprenda le funzioni d'imperio, non implica che il principio di sussidiarietà orizzontale non possa favorire il conferimento a privati tramite leggi *ad hoc* di "diritti di sovranità"<sup>384</sup>. L'art. 118 Cost. interpretato in chiave evolutiva sarebbe la "porta" fondante la devoluzione con legge ordinaria di funzioni di interesse generale<sup>385</sup>.

Il comandante della nave o dell'aeromobile è un soggetto privato conferitario *ex lege* di funzioni pubbliche<sup>386</sup>. Al contratto di arruolamento o di lavoro subordinato<sup>387</sup> accede

---

*vista organizzativo) bensì in base alle caratteristiche delle attività (diverse da quelle tipiche dei privati) o per le particolari regole che vengono imposte alle attività dei soggetti privati"*.

<sup>381</sup> La disamina delle varie concezioni di "pubblica amministrazione" è declinata *supra*, nel Cap. 3.

<sup>382</sup> La nozione di *munus* fa riferimento alla posizione giuridica della persona fisica o giuridica a cui viene affidata la cura di interessi collettivi, già assunti come propri dallo Stato. Più esattamente, si tratta dell'esercizio, da parte del soggetto preposto al *munus*, di un'attività di cui non sia titolare, per conto dello Stato o di altro ente pubblico nel perseguimento anche di un proprio fine. In proposito si rinvia a GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, cit., 686 ss. Per una trattazione delle fattispecie di diritto positivo in cui la legge conferisce potestà pubbliche ai privati si rinvia a MALTONI, *Il conferimento di potestà* cit., 159 ss. Tra i *munera* pubblici: tra i più importanti, sul notariato art. 1 l. 89/1913, art. 2699 c.c. e art. 2703 c.c.; per gli avvocati art. 83 c.p.c.; per i capitani di nave art. 296 c. nav. Si rinvia al cap. 3 par. 4.

<sup>383</sup> Cfr. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* cit., 4 e D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà* cit., 19.

<sup>384</sup> MALTONI, *Il conferimento di potestà* cit., 14, riporta il pensiero di Ranelletti. Più precisamente, l'Autore individua, tra i "diritti di sovranità", "la riscossione delle tasse di trasporto o di trasmissione del dispaccio, il diritto di espropriazione, il diritto di polizia per la conservazione dell'opera compiuta o per la sicurezza dell'esercizio".

<sup>385</sup> Nel Cap. 3, *sub* 4, è stata delineata un'ipotesi ricostruttiva circa il ruolo rivestito dall'art. 118 Cost. nel conferimento di funzioni ai privati. L'art. 118, 4 comma, Cost., interpretato in chiave evolutiva, sarebbe la "porta" fondante la devoluzione con legge ordinaria di funzioni di interesse generale. In mancanza del predetto articolo sarebbe paventabile l'illegittimità costituzionale di tali devoluzioni: infatti argomentando *a contrariis* dall'art. 97 Cost. si potrebbe sostenere la necessità di una copertura costituzionale dell'azione autoritativa. Considerando l'art. 97 Cost. come norma fondante una "riserva di amministrazione" in capo alla pubblica amministrazione, si potrebbe sostenere che se il principio di legalità necessita di una copertura costituzionale con riferimento all'azione della p.a., a maggior ragione tale copertura sarebbe doverosa con riferimento ai privati. Inoltre, una legge ordinaria che spogliasse di funzioni la pubblica amministrazione concretizzerebbe un'usurpazione di poteri assegnati dalla Costituzione all'esecutivo in via esclusiva in forza dell'art. 97 Cost.

<sup>386</sup> Per una trattazione della figura del comandante della nave e dell'aeromobile si rinvia, rispettivamente, a RINALDI BACELLI, *Il comandante della nave*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 151 ss. e a GAGGIA, *L'esercente, i suoi ausiliari ed il comandante dell'aeromobile*, in *Compendio di diritto aeronautico*, cit., 113 ss.

l'atto di nomina o di designazione del comandante da parte dell'armatore (o dell'esercente l'aeromobile) ai sensi degli art. 273 e 884 cod. nav. In virtù di tale atto di preposizione, il comandante diviene il rappresentante legale dell'armatore (o dell'esercente) e acquisisce le potestà pubblicistiche che la legge gli riconosce (art. 295 e 887 cod. nav.) relative all'esigenza di tutelare la vita e l'incolumità delle persone, di mantenere l'ordine pubblico e, in generale, di compiere atti in qualità di pubblico ufficiale<sup>388</sup>. Il comandante è investito di poteri autoritativi che esercita in proprio nome in sostituzione delle autorità amministrative e gli atti che pone in essere in tale veste sono atti pubblici, i cui caratteri dipendono dalla funzione svolta, ad esempio quando agisce in qualità di ufficiale di polizia giudiziaria agli atti va riconosciuto altresì efficacia esecutiva ed esecutoria<sup>389</sup>.

Il gestore dell'aeroporto è un soggetto privato investito di specifiche competenze pubblicistiche<sup>390</sup>. Ai sensi degli art. 705 e 706 cod. nav. egli può disporre in caso di urgenza misure interdittive a tutela della sicurezza del trasporto aereo: la legge ha “*inteso individuare nella società di gestione dell'aeroporto il soggetto centrale di riferimento per la funzionalità, l'operatività e la sicurezza dell'aeroporto*”<sup>391</sup>. Anche se la tendenza attuale è nel senso di individuare nel gestore aeroportuale il soggetto preposto alla tutela della sicurezza nautica, l'ordinamento riconosce all'ENAC, tramite le sue articolazioni

---

<sup>387</sup> È discussa in dottrina la natura giuridica del rapporto che lega il comandante al preponente. Alcuni ritengono si tratti di un rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. (così INGIANNI, *Il comandante della nave o dell'aeromobile*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, 570); altri ravvisano un rapporto gestorio (cfr. SPASIANO, *Comandante della nave o dell'aeromobile*, in *Enc. dir.*, 1962, 690-691).

<sup>388</sup> MALTONI, *Il conferimento di potestà* cit., 285, ravvisa in via generale il fondamento delle funzioni nel c.d. potere di bordo (art. 196 e 809 cod. nav.), in forza del quale il comandante è il capo della comunità viaggiante e tutte le persone che sono a bordo sono soggette alla sua autorità. In particolare, il comandante è titolare del potere disciplinare sull'equipaggio (nella sola navigazione nautica) e sui passeggeri (art. 1094, 1251 n. 1, 1252, 1253, 1257 cod. nav.); del potere di polizia di sicurezza (art. 193, 194, 195, 816, 817, 818 cod. nav. e art. 384, 385 reg. nav. mar.) e del potere di impartire ordini ai passeggeri concernenti la sicurezza del nave o dell'aeromobile (art. 1094 cod. nav.); di polizia sanitaria (art. 192, 815 cod. nav.); assume il ruolo di ufficiale di stato civile nella redazione di atti, processi verbali, annotazioni sul giornale generale o sul giornale di bordo riguardanti le nascite, le morti e le sparizioni (art. 203-210, 835-838 cod. nav.), nella celebrazione di matrimoni (art. 204 e 834 cod. nav.), la ricezione di testamenti (art. 296, 772, 888 cod. nav.) e lo svolgimento di attività di polizia giudiziaria in relazione ai reati commessi a bordo (art. 1235-1237 cod. nav.). In merito ai poteri del comandante dell'aeromobile cfr. anche GAGGIA, *L'esercente, i suoi ausiliari* cit., 118-119.

<sup>389</sup> È ben vero che gli atti posti in essere dal comandante hanno efficacia equivalente a quelli realizzati dalla p.a., ma talvolta la loro efficacia è limitata nel tempo. Ad esempio, con riferimento agli atti di espressione dei poteri di polizia di sicurezza e sanitaria, cfr. MALTONI, *Il conferimento di potestà* cit., 288.

<sup>390</sup> L'omologa figura nell'ambito marittimo è il terminalista, quale soggetto privato che si sostituisce all'Autorità portuale (ente pubblico) per la gestione di una pubblica infrastruttura. Costui è investito del compito di promuovere il porto in vista della sua efficienza, ma non è investito né di compiti pubblicistici né la l. 84/94 gli attribuisce poteri autoritativi.

<sup>391</sup> RIGUZZI, *Le gestioni aeroportuali* cit., 31.

territoriali, l'esercizio di quei poteri autoritativi che *“il gestore, nella sua qualità di soggetto privato svolgente un'attività economica con fini di lucro, non potrebbe esercitare in maniera completamente obiettiva e rigorosa. È questo, d'altronde, il sistema adottato nel campo marittimo, ove le leggi di riforma portuale hanno separato le funzioni di regolazione e di controllo da quelle gestorie, assegnando alle autorità portuali solo le prime, ad esclusione tassativa delle seconde”*<sup>392</sup>.

#### 4.4. *La convergenza di interessi pubblici e privati: la sussidiarietà orizzontale e i compiti di sicurezza.*

L'essenza stessa della pubblica amministrazione e la ragione dell'esistenza dell'ente statale è la cura di interessi di conservazione e sviluppo della società. Dagli albori della creazione degli Stati, la sicurezza è un settore di appannaggio dello Stato espressione della sua sovranità, sia interna che esterna, di spettanza dell'autorità in quanto la tutela dell'interesse alla conservazione della sua territorialità è ontologicamente pubblico<sup>393</sup>.

Con riferimento al settore dei trasporti, nel gennaio del 2003 è stato istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un apposito comitato interministeriale per la

---

<sup>392</sup> Queste sono le conclusioni di ANTONINI A. *Relazione di sintesi*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo* – *L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 187. L'Autore a p. 190 ravvisa l'inopportunità di concentrare in capo ad un soggetto privato i poteri finalizzati alla sicurezza: *“il trasferimento ad esso di pubbliche funzioni incontrerebbe l'ostacolo evidente dell'interesse privato sotteso dal rapporto privatistico fra il gestore stesso e i propri clienti (i vettori anzitutto), la cui considerazione potrebbe indurre il primo a forme di indulgenza verso i secondi, di certo incompatibili con la tutela obiettiva e primaria del superiore bene della sicurezza aeronautica”*.

<sup>393</sup> Il concetto di bene ontologicamente pubblico è stato chiarito nei Capp. 1 e 2: sono i beni a oggetto indisponibile che non possono non spettare allo Stato in ragione del fatto che non ci sono privati dotati di una organizzazione in grado di svolgere tali compiti o perché trattasi di beni pubblici intrinsecamente non frazionabili i cui relativi servizi non sono erogabili esclusivamente a favore di chi li acquista. L'intervento dello Stato in questi settori è dettato da ragioni di “necessità economica”. Sul punto si rinvia a DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico* cit., 257 ss. Nel nostro ordinamento ci sono varie fonti che trattano della sicurezza pubblica: art. 1, comma 3, lett. l), l. 59 /1997 esclude la materia dal conferimento di funzioni amministrative dallo Stato alle regioni e enti locali (ai sensi degli art 5, 118 e 128 Cost.); il d. lgs. 118/1996, nell'attuare la l. 59/1997, definisce la pubblica sicurezza come l'insieme di misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come l'insieme dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché la sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni. Inoltre, ai sensi dell'art. 117, 2 comma, lett. h), Cost., la legislazione esclusiva in materia di sicurezza spetta allo Stato. La Corte costituzionale nelle pronunce n. 226 del 2010 e n. 96 del 2009 enuclea il concetto di sicurezza urbana, riferendola alla sola attività di prevenzione e repressione dei reati, definendola altresì come una funzione necessariamente pubblica non affidabile ai privati. Per un'analisi critica delle sentenze si rinvia alle annotazioni di TROPEA, *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte - Intervento alla Riunione del Gruppo San Martino, Libertà vs. sicurezza, Ferrara 12 novembre 2010*, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 55 ss.

Sicurezza dei trasporti marittimi (CISM): ciò sta a segnalare l'importanza nel settore del diritto dei trasporti della tematica della sicurezza<sup>394</sup>. Attraverso le leggi attributive dei servizi di sicurezza alla società civile è stata cristallizzata la legittimazione dei privati dotati di mezzi adeguati al perseguimento di interessi pubblici, mettendo fine alle dispute dogmatiche tra coloro che ne negavano l'ammissibilità e coloro che la riconoscevano<sup>395</sup>. I compiti in materia di sicurezza attribuiti ai privati sono stati definiti come servizi di sicurezza aggiuntivi, complementari o sussidiari, al fine di perimetrare l'ambito di intervento del privato da ciò che rimane di competenza esclusiva del pubblico: i privati possono svolgere attività di vigilanza per il cui espletamento non è richiesto l'esercizio di pubbliche potestà<sup>396</sup>.

In campo aeronautico e marittimo la sicurezza si declina nei due concetti di *safety* e *security*<sup>397</sup>.

*Safety* significa sicurezza operativa: prevenzione di incidenti aerei e aeroportuali mediante il controllo preventivo dell'efficienza e dell'adeguatezza degli aeromobili, delle infrastrutture e mediante la preparazione tecnica del personale manutentore, di pilotaggio e di terra in genere. Il suo rispetto esige la creazione di istituzioni deputate al controllo dell'affidabilità e della sicurezza dei mezzi e del personale. Con il termine *security* si intende l'insieme di norme giuridiche finalizzate alla prevenzione e repressione di condotte antiggiuridiche (illeciti) a bordo dell'aeromobile e nelle strutture aeroportuali. È a

---

<sup>394</sup> L'istituzione del CISM è stata preceduta da apposite risoluzioni sul piano internazionale e a conferenze diplomatiche (cfr. RINALDI BACELLI, *Il comandante della nave* cit., 155).

<sup>395</sup> Si rinvia al Cap. 3, sub. 1. Diffusamente ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., 82 ss.; ROSSI, *Interessi pubblici e diritto privato* cit., 7 ss.

<sup>396</sup> La sicurezza sussidiaria consiste nell'insieme di attività rivolte alla cura di interessi non primari e che non necessitando dell'esercizio di poteri autoritativi e coercitivi possono essere attribuite ai privati a certe condizioni (ad es. licenza prefettizia) ad integrazione del servizio di sicurezza assicurato dalle forze di polizia. Cfr. sul punto CARNABUCI, *L'impiego di guardie particolari giurate per attività di accertamento e contestazione di violazioni amministrative nell'ambito di porti, stazioni ferroviarie, stazioni di ferrovie metropolitane e relativi mezzi di trasporto e la sicurezza complementare*, in *Riv. circ. trasp.*, 2010, 2 ss. Il Consiglio di Stato, nel risolvere la questione attinente alla possibilità di far rientrare tra le funzioni delle guardie particolari giurate anche quelle di accertamento e di contestazione delle funzioni amministrative previste dalle vigenti disposizioni in materia di trasporto pubblico, ha delineato l'ambito della sicurezza sussidiaria come comprensivo del potere di accertamento e contestazione delle violazioni (Cons. St. sez. I, 3440/2008). Il d. m. 154/2009 (con regolamento recante disposizioni per l'affidamento dei servizi di sicurezza sussidiaria nell'ambito dei porti, delle stazioni ferroviarie e dei relativi mezzi di trasporto e depositi) specifica che restano esclusi i servizi per il cui espletamento è richiesto l'esercizio di pubbliche potestà. Anche la Corte costituzionale nelle pronunce n. 226 del 2010 e n. 96 del 2009 enuclea il concetto di sicurezza urbana, riferendola alla sola attività di prevenzione e repressione dei reati, definendola altresì come una funzione necessariamente pubblica non affidabile ai privati.

<sup>397</sup> Diffusamente, sulla distinzione tra *safety* e *security*, cfr. LOBIANCO, *La sicurezza: "safety" e "security"*, in *Compendio di diritto aeronautico*, cit., 297 ss. e VERMIGLIO, *Sicurezza: safety, security e sviluppo sostenibile*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO - TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 145 ss.

questa seconda accezione della sicurezza che ci si riferisce nell'affrontare la tematica del mantenimento della sicurezza e ordine pubblico.

In ambito aeroportuale, vari soggetti sono investiti di competenze specifiche in tema di sicurezza. Ai fini della presente trattazione si rileva che si annoverano tra questi, non solo enti pubblici come l'ENAC, l'ENAV e l'ANSV<sup>398</sup>, ma anche soggetti privati come il gestore aeroportuale e le imprese private che espletano i servizi di sicurezza sussidiaria<sup>399</sup>.

Anche in ambito portuale la legge attribuisce ai privati, *in primis* alle imprese di vigilanza, compiti di sicurezza e attribuisce i poteri di polizia all'Autorità portuale e all'Autorità marittima. Le disposizioni concernenti la tutela della *safety* in ambito marittimo sono state oggetto di più novellazioni legislative, da ultimo da parte del d. lgs. 165/2011<sup>400</sup>.

Il comandante della nave o dell'aeromobile è un privato investito di importanti funzioni autoritative nel campo della sicurezza: egli può persino rivestire la qualità di ufficiale di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 1235 cod. nav. in relazione ai reati commessi in corso di navigazione. Inoltre ha numerose funzioni di polizia di sicurezza, tra le quali quella di vietare l'imbarco di passeggeri affetti da malattie gravi e pericolose e

---

<sup>398</sup> Si ricorda che l'attuale art. 718 cod. nav., novellato dal d. lgs. 96/2005 di riforma della parte aeronautica del codice della navigazione, indica, tra i poteri dell'ENAC (Ente Nazionale per l'Aviazione Civile), la funzione di polizia degli aeroporti e i poteri autoritativi riguardanti la sicurezza. L'ENAV (Ente Nazionale per l'Assistenza al Volo) è l'ente che fornisce l'assistenza al traffico aereo ex art. 691 bis cod. nav. e al quale è attribuito il compito di garantire la *safety* sugli aeroporti e sul traffico aereo. L'ANSV (Agenzia Nazionale per la Sicurezza del Volo) è il soggetto istituito al fine di svolgere le investigazioni sugli incidenti e inconvenienti aeronautici ai sensi dell'art. 826 cod. nav. Cfr. FRANCHI, *Profili organizzatori* cit., 1949 ss.

<sup>399</sup> BOCCARDO, *Gestioni totali e sviluppo dei sistemi aeroportuali*, in *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo* – *L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 153, individua tre livelli di problemi legati alla sicurezza: “a) Il primo livello consiste nell'indirizzo politico, che si attua con l'approvazione delle leggi che regolano con chiarezza il nostro mercato sia per l'aspetto concessorio che normativo. b) Il secondo livello è quello della normativa tecnica e della regolamentazione che deve essere demandata ad un solo ed unico Ente regolatore per ciascuno Stato membro (che in Italia è l'ENAC), onde evitare che si creino commistioni tra regolatori e prestatori di servizi. c) Il terzo livello riguarda la fornitura di servizi; è importante, per il rispetto della massima sicurezza, che i servizi vengano prestati per quanto riguarda il controllo della navigazione aerea da una società che non deve più confondersi con il regolatore. Le società di gestione aeroportuale in particolare devono godere di maggior autonomia rispetto ad oggi e dunque di maggior potere se vogliamo che siano responsabili”. Per un'analitica disamina dell'argomento, cfr. EVANGELISTA, *Sicurezza e attività negli aeroporti: la responsabilità del gestore aeroportuale*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO - TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 337 ss; PAPI, *Sicurezza nella navigazione: profili normativi*, ivi, 387 ss. e FACCO, *Evoluzione della normativa in tema di port security*, ivi, 387 ss.

<sup>400</sup> Per una approfondita descrizione delle innovazioni apportate dal d. lgs. 165/2011 alle disposizioni sulle inchieste sui sinistri marittimi di cui al titolo I, libro IV, parte I, del codice della navigazione si rinvia a CARGNIEL, *Le inchieste marittime di sicurezza: le innovazioni apportate dal d. lgs. 165/2011*, in *Riv. dir. trasp.*, 2013, 1, 29 ss. e BRIGNARDELLO, *La normativa comunitaria in materia di safety nella navigazione marittima*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO - TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 175.

disporre lo scarico o la distruzione di merci pericolose (art. 193, 194, 195, 816, 817, 818 cod. nav. e art. 384, 385 reg. nav. mar.)<sup>401</sup>. Inoltre il comandante della nave ha l'obbligo di prestare assistenza alle navi in difficoltà, a condizione che essa possa essere prestata senza grave rischio per la propria nave, l'equipaggio e i passeggeri (art. 489-490 cod. nav. e Convenzione di Londra del 1989 sul salvataggio).

Il gestore dell'aeroporto è un'impresa privata che, oltre ad essere tenuta a incentivare la concorrenza è investita di specifici poteri di imperio, tra i quali si annoverano compiti cruciali in tema di sicurezza. Il gestore è chiamato a svolgere i servizi di vigilanza dei beni aeroportuali e ex art. 705, 2 comma, lett. h), cod. nav., assicura i controlli di sicurezza su passeggeri, bagli e merci e provvede alla gestione degli oggetti smarriti. Attualmente quindi il controllo sui varchi non spetta più alle forze dell'ordine, ma al gestore, che può rivolgersi a terzi per l'erogazione del servizio (gli istituti di vigilanza privata)<sup>402</sup>. Il gestore può esternalizzare a terzi i servizi di sicurezza, ma egli comunque rimane il titolare di “una precisa posizione di garanzia rispetto a quella fondamentale ed imprescindibile esigenza di sicurezza del trasporto aereo”<sup>403</sup>.

Ai sensi degli art. 705 e 706 cod. nav. e del d. m. 521/1997, il gestore aeroportuale esercita, se pur indirettamente, dei poteri coercitivi: egli propone all'ENAC l'applicazione di misure sanzionatorie per l'inosservanza delle condizioni d'uso degli aeroporti e delle disposizioni del regolamento di scalo da parte degli operatori privati. Inoltre, nei casi d'urgenza, il gestore può applicare direttamente le misure interdittive di carattere temporaneo previste dal regolamento di scalo dal manuale di aeroporto. Tali misure devono però essere ratificate dall'ENAC, titolare unico dei poteri coercitivi<sup>404</sup>. Il gestore deve adottare il *Safety Management System*, ovvero un sistema di gestione della sicurezza che garantisca che le operazioni aeroportuali si svolgano in sicurezza e

---

<sup>401</sup> Cfr. in particolare RINALDI BACELLI, *Il comandante della nave* cit., 154 e GAGGIA, *L' esercente, i suoi ausiliari* cit., 119.

<sup>402</sup> Per approfondimenti si rinvia a CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali* cit., 64-65 e FRANCHI, *Profili organizzatori dell'attività aeroportuale dopo la riforma del codice della navigazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 10, 1949 ss. Quest'ultimo Autore, nel ripercorrere la normativa vigente anteriormente alla riforma della parte aeronautica del codice della navigazione, afferma che “l'unico soggetto di riferimento, in ambito aeroportuale, era sostanzialmente individuabile nel direttore di aeroporto, organo periferico del Ministero dei trasporti e successivamente dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC). Il codice non enunciava le distinte competenze poste in capo ai principali soggetti operanti nel contesto aeroportuale, né, peraltro, fissava esplicite norme di coordinamento tra gli stessi”.

<sup>403</sup> Così RIGUZZI, *Le gestioni aeroportuali* cit., 27, il quale desume dall'insieme di regole concernenti l'affidamento delle gestioni totali l'esistenza in capo alla stessa società di gestione dell'aeroporto il preciso compito di controllare la correttezza di tutti gli adempimenti che si rendono necessari al fine di garantire la sicurezza dei voli.

<sup>404</sup> Si rinvia a CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali* cit., 64-65.

predisporre verifiche periodiche del sistema di gestione della sicurezza, in accordo con l'ENAC<sup>405</sup>.

Il d. l. 9/1992 (conv. in l. 217/1992) e il successivo decreto d. m. 29 gennaio 1999, n. 85, hanno realizzato la privatizzazione e la liberalizzazione dei servizi di sicurezza aeroportuali, prevedendo all'art. 5 del d. l. la possibilità di “*affidare in concessione i servizi di controllo esistenti in ambito aeroportuale, per il cui espletamento non è richiesto l'esercizio di pubbliche potestà o l'impiego di appartenenti alle Forze di Polizia*”. Il d. m. 85/1999, individuando i servizi che possono essere delegati e indicando i requisiti che devono essere posseduti dai privati (in particolare la licenza prefettizia) ha permesso la concreta realizzazione della devoluzione ai privati del controllo dei passeggeri in partenza e in transito, il controllo radioscopico del bagaglio, delle merci e dei plichi dei corrieri espresso. Tali compiti sono svolti sotto la vigilanza dell'ufficio di polizia e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La giurisprudenza, pronunciandosi sulla natura dei servizi di sicurezza, ha precisato che tali servizi non rientrano né fra quelli di *handling* aeroportuale, né tra i “servizi particolari” che la società di gestione è chiamata a svolgere in via esclusiva in forza della concessione. La sicurezza sussidiaria partecipa inoltre della natura di attività commerciale lucrativa, soggetta come tale alle regole del mercato di cui alla legge *antitrust* (l. 287/1990)<sup>406</sup>.

---

<sup>405</sup> Cfr. il Regolamento ENAC 21 ottobre 2003, II edizione e la circolare ENAC APT-22 del 17 marzo 2006. Come descrive CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali* cit., 65, “*il Safety Management System deve determinare le politiche di sicurezza del gestore, assegnare responsabilità e compiti ed impartire direttive al personale sufficienti per l'implementazione delle politiche aziendali e degli standard di sicurezza, prevedere la registrazione ed analisi delle deviazioni dagli standard applicabili e la definizione ed applicazione delle misure correttive, nonché la valutazione della adeguatezza ed efficacia delle procedure applicate all'organizzazione*”. Ricorda FRANCHI, *Profili organizzatori* cit., 1952, che l'adozione del *Safety Management System* è stata imposta all'Italia dalla Convenzione di Chicago del 1944. Il gestore deve altresì “*predisporre verifiche periodiche e sistematiche del sistema di gestione della sicurezza, tenuto anche conto dell'impatto delle attività svolte da altri soggetti in ambito aeroportuale. Deve inoltre assicurare che le verifiche siano svolte da personale esperto e adeguatamente qualificato, in accordo con un programma di verifica approvato dall'ENAC. In tale contesto, gli operatori aerei, i fornitori di servizi ed ogni altra organizzazione autonomamente operante in aeroporto debbono ottemperare ai requisiti relativi alla sicurezza dell'aeroporto e ed il gestore attiva idonee procedure per verificarne il rispetto. Peraltro, gli operatori aerei, i fornitori di servizi ed ogni altra organizzazione autonomamente operante in aeroporto sono tenuti a collaborare con i programmi di sicurezza dell'aeroporto, riportando immediatamente qualsiasi incidente o inconveniente che possa avere un impatto sulla sicurezza*”.

<sup>406</sup> Cfr. la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 8230/2002 e il commento di BELLIS, *Servizi aeroportuali* cit., 59 ss. L'Autore, ripercorrendo la vicenda, spiga che la società di gestione A. R. (Società Aeroporti di Roma) aveva inserito, nelle convenzioni di concessione aventi ad oggetto l'uso dei locali, clausole che prevedevano la facoltà della concessionaria di negare l'assenso allo svolgimento di servizi di sicurezza aggiuntivi. Così operando A. R. ha limitato indebitamente l'accesso al mercato dei servizi. “*Il caso in esame attiene ad un episodio di abuso di posizione dominante verificatosi in un periodo precedente l'avvio del processo di liberalizzazione e riguarda i servizi di sicurezza aggiuntivi, non interessato da specifici interventi normativi a livello comunitario, ma contiguo sia a quello della gestione aeroportuale che dei servizi di sicurezza a terra*”. Il Consiglio di Stato già nel 2000 aveva colto l'occasione di precisare

La normativa sui servizi di sicurezza sussidiaria in ambito aeroportuale verrà *testé* analizzata, unitamente ai servizi di sicurezza in ambito portuale.

La figura omologa al gestore aeroportuale creata dalla l. 84/94 in ambito portuale è il terminalista che, viceversa, non è investito di *munera* di sicurezza. La l. 84/94 attribuisce infatti all'Autorità marittima e all'Autorità portuale, entrambi enti di diritto pubblico, le funzioni di polizia e di sicurezza e la l. 172/2003 riconosce il ruolo preminente della capitaneria di porto<sup>407</sup>. Pertanto in ambito marittimo si assiste ad una diversa implementazione del principio della sussidiarietà orizzontale nel settore della sicurezza, applicazione in cui non viene in rilievo la figura del terminalista, ma che vede riconosciuta la possibilità per altri privati di svolgere servizi di sicurezza: le guardie giurate, le imprese addette ai servizi di vigilanza e, da ultimo, le associazioni di privati cittadini<sup>408</sup>.

La normativa relativa ai servizi di sicurezza sussidiaria e di polizia in ambito portuale (e di trasporto urbano) depone nel senso dell'ammissibilità dell'intervento dei privati cittadini non solo nello svolgimento di compiti tramite mere operazioni materiali, ma anche con la spendita di veri e propri poteri sovrani, la titolarità dei quali spetta originariamente al potere esecutivo.

Il principio di sussidiarietà orizzontale da slancio all'attività amministrativa svolta dai privati e, con specifico riferimento al settore del diritto dei trasporti, sono state elaborate delle figure e degli strumenti trasversali all'ordinamento volti a permettere l'esercizio di poteri esecutivi sovrani ai privati, nel rispetto del principio di legalità. Nel settore dei

---

l'estraneità dei servizi di sicurezza ai servizi di assistenza a terra, riconducendoli alle competenze del Direttore dell'aeroporto (gli art. 719 ss. che prevedevano la competenza in capo al Direttore dell'aeroporto delle funzioni di polizia sono stati abrogati dal d. lgs. 96/2005; oggi le corrispondenti funzioni spettano all'ENAC ai sensi dell'art. 718 cod. nav.). Si rinvia ad ANCIS, *Sulla natura dei servizi di sicurezza agiuntivi in ambito aeroportuale*, in *Dir. trasp.*, 2001, 1, 121 ss.

<sup>407</sup> Cfr. art. 14-16, l. 84/1996. Per un *escursus* normativo delle autorità investite di attribuzioni di pubblica sicurezza, con approfondimenti sulla tematica del soccorso marittimo, si rinvia a GRIGOLI, *La disciplina dell'intervento pubblico nell'attività operativa relativa alla navigazione per acqua*, in *Giust. civ.*, 2005, 10, 391 ss.

<sup>408</sup> La tematica è stata analizzata da CASANOVA, *Problematiche giuridiche relative alla sicurezza in ambito portuale*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO - TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 23 ss.; TACCOGNA, *La sicurezza della navigazione tra libertà dei servizi di trasporto marittimo e disciplina degli aiuti*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 7-8, 378 ss. L'impiego di guardie particolari giurate nello svolgimento dei servizi di sicurezza complementare in ambito portuale e aeroportuale è analizzato da CARNABUCCI, *L'impiego di guardie particolari giurate per l'attività di accertamento e contestazione di violazioni amministrative nell'ambito di porti, stazioni ferroviarie, stazioni di ferrovie metropolitane e relativi mezzi di trasporto e la sicurezza complementare*, in *Riv. circ. trasp.*, 2010, 2, [www.rivistagiuridica.aci.it](http://www.rivistagiuridica.aci.it). Mentre per approfondimenti in merito all'utilizzo di associazioni di privati cittadini nello svolgimento dei servizi di sicurezza complementare in ambito portuale e aeroportuale si rinvia a TROPEA, *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte - Intervento alla Riunione del Gruppo San Martino, Libertà vs. sicurezza*, Ferrara 12 novembre 2010, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 55 ss.

porti e degli aeroporti si assiste ad una frammentazione dei compiti di sicurezza: il potere di polizia da monolitico si è disgregato seguendo una trama piramidale alla cui base vi sono i privati e al cui vertice c'è lo Stato che vigila sul corretto espletamento delle mansioni e sull'esercizio dei poteri in conformità alla legge<sup>409</sup>. È proprio la legge che, investendo in maniera massiccia i privati di compiti di vigilanza e sicurezza, ha messo in crisi l'antico dogma in virtù del quale ai privati sono inibite le attività attinenti all'incolumità personale e alla custodia dei luoghi e in base al Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (r. d. 773/1931) si è data la possibilità a cittadini, muniti di autorizzazione prefettizia, di svolgere attività di vigilanza privata e di sicurezza complementare senza poteri coercitivi<sup>410</sup>.

Ostacolo insuperabile alla devoluzione ai privati dei poteri coercitivi è il dettato costituzionale: gli art. 13, 14 e 15 Cost. legittimano le restrizioni alle libertà fondamentali dei cittadini (libertà personale, domiciliare, di corrispondenza) solo da parte delle pubbliche autorità. Ma in ambito portuale il legislatore sembra essere andato oltre e, oltre a legittimare l'attività dei vigilanti quali privati esercenti pubbliche funzioni di sicurezza, ha assunto la tendenza di contrastare il terrorismo internazionale mediante l'esternalizzazione di una serie di servizi, definiti dall'art. 18, l. 155/2005 (di conversione del d. l. 144/2005), servizi "di sicurezza sussidiaria" nell'ambito dei porti<sup>411</sup>. Rispetto

---

<sup>409</sup> Tra le norme attributive: art. 5 d. l. n. 9 del 1992, conv. in l. n. 217/1992 (aeroporti), art. 27 l. 157792 (guardie venatorie), art. 18 d. l. n. 144/2005, conv. in l. n. 155/2005 (porti, stazioni ferroviarie e metropolitane e relative linee, trasporti urbani). In virtù di un'interpretazione della disciplina vigente, reputata idonea a giustificare lo svolgimento di compiti di sicurezza da parte di soggetti non facenti parte degli organi di polizia, è stata riconosciuta la possibilità per i privati di svolgere attività di vigilanza e custodia presso gli istituti bancari o l'attività di trasporto valori.

<sup>410</sup> Ai sensi dell'art. 134 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza "senza licenza del Prefetto è vietato ad enti o privati di prestare opere di vigilanza o custodia di proprietà mobiliari od immobiliari e di eseguire investigazioni o ricerche o di raccogliere informazioni per conto di privati" e che "la licenza non può essere concessa per operazioni che importano un esercizio di pubbliche funzioni o una menomazione della libertà individuale". L'art. 256 bis del r. d. n. 635 del 1940 (Regolamento di esecuzione), introdotto dal d.p.r. n. 153 del 2008, ha definito al comma 1 la vigilanza privata come comprensiva di "tutte le attività di vigilanza e custodia di beni mobili o immobili per la legittima autotutela dei diritti patrimoniali ad essa inerenti che non implicino l'esercizio di pubbliche funzioni o lo svolgimento di attività che disposizioni di legge o di regolamento riservino agli organi di polizia". L'art. 256 bis al comma 2 individua alcune attività, definendole espressamente "servizi di sicurezza complementare" e li devolve ai privati muniti di licenza. Inoltre, sono state individuate dalla Cassazione civile ulteriori attività di vigilanza o di sicurezza ricondotte alla libertà di difesa privata, che possono essere svolte lecitamente senza autorizzazione prefettizia (Cass. sez. lav., n. 1031/1983). Il d. l. 59 del 2008 inserisce un comma nell'art. 138 del TULPS specificando che le guardie giurate particolari sono incaricati di pubblico servizio, pertanto è indubbio che essi non rivestono la qualità di pubblici ufficiali e quindi non sono titolari di poteri autoritativi (salvo che ai sensi dell'art. 139 TULPS la loro opera non venga richiesta dall'autorità). Altre norme attributive sono: art. 5 d. l. n. 9 del 1992, conv. in l. n. 217/1992 (aeroporti), art. 27 l. 157/92 (guardie venatorie), art. 18 d. l. n. 144/2005, conv. in l. n. 155/2005 (porti, stazioni ferroviarie e metropolitane e relative linee, trasporti urbani).

<sup>411</sup> La previsione di cui all'art. 18 del decreto legge n. 144/2005, convertito in legge n. 155/2005 stabilisce che:

all'art. 5 del d. l. 9 del 1992 analizzato con riferimento al settore aeroportuale, l'ambito di devoluzione attuato con il d. l. 144 del 2005 è più ampio, riguardando non solo i semplici servizi di controllo ma l'intera sicurezza sussidiaria.

La più incisiva attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale è stata realizzata con il riconoscimento della possibilità di esercitare compiti di sicurezza sussidiaria, non solo da parte di guardie giurate organizzate in imprese lucrative di vigilanza, ma dando la possibilità al privato sociale *non profit* di associarsi liberamente per compiere attività di prevenzione dei reati: l'art. 3 della legge n. 94 del 2009 ha stabilito la possibilità per i cittadini di istituire associazioni (non armate), delle quali i sindaci possono avvalersi al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale<sup>412</sup>. Dall'interpretazione letterale delle norme appena citate non è desumibile l'attribuzione ai privati cittadini di poteri coercitivi. Una diversa interpretazione non sarebbe compatibile con la tutela che gli art. 13 e ss. Cost. garantiscono alle libertà fondamentali e in tal senso si è pronunciata anche la Corte costituzionale<sup>413</sup>. Tuttavia, come ha affermato la Corte, i privati istituzionalmente investiti dei compiti di prevenzione dei reati, trovandosi al contatto con il crimine, sono legittimati ad avvalersi degli ordinari strumenti della legittima difesa e dell'arresto in flagranza ai sensi degli art. 52 c.p. e 383 c.p.<sup>414</sup>. Quindi, il tenore testuale va interpretato

---

*“1. Ferme restando le attribuzioni e i compiti dell'autorità di pubblica sicurezza, degli organi di polizia e delle altre autorità eventualmente competenti, è consentito l'affidamento a guardie giurate dipendenti o ad istituti di vigilanza privata dei servizi di sicurezza sussidiaria nell'ambito dei porti, delle stazioni ferroviarie e dei relativi mezzi di trasporto e depositi, delle stazioni delle ferrovie metropolitane e dei relativi mezzi di trasporto e depositi, nonché nell'ambito delle linee di trasporto urbano, per il cui espletamento non è richiesto l'esercizio di pubbliche potestà o l'impiego di appartenenti alle Forze di polizia.*

*“2. Il Ministro dell'interno, ai fini di cui al comma 1, stabilisce con proprio decreto le condizioni e le modalità per l'affidamento dei servizi predetti, nonché i requisiti dei soggetti concessionari, con particolare riferimento all'addestramento del personale impiegato, alla disponibilità di idonei mezzi di protezione individuale per il personale stesso, al documentato e puntuale rispetto di ogni disposizione di legge o regolamento in materia, incluse le caratteristiche funzionali delle attrezzature tecniche di rilevazione eventualmente adoperate, così da assicurare la contemporanea realizzazione delle esigenze di sicurezza e di quelle del rispetto della dignità della persona”.*

<sup>412</sup> Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 94 del 2009 si stabilisce che:

*“40. I sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale.*

*“41. Le associazioni sono iscritte in apposito elenco tenuto a cura del prefetto, previa verifica da parte dello stesso, sentito il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, dei requisiti necessari previsti dal decreto di cui al comma 43. Il prefetto provvede, altresì, al loro periodico monitoraggio, informando dei risultati il comitato”.*

<sup>413</sup> Investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 40, l. 155/2008, la Corte costituzionale nella sent. 226 del 2010 ha negato che la legge attribuisca funzioni di ordine pubblico a soggetti privati.

<sup>414</sup> Nella sentenza n. 226/2010 la Corte ha affermato che *“le associazioni di volontari svolgono un'attività di mera osservazione e segnalazione e che qualsiasi privato cittadino può denunciare i reati,*

in via sistematica con gli art. 52 c.p. e 383 c.p.p. e consente di concludere che l'attribuzione ai privati di compiti di sicurezza in ambito portuale agevola l'utilizzo della legittima difesa e quindi l'esercizio di poteri coercitivi. Ma nel riconoscimento legislativo c'è forse qualcosa di più: come ha osservato attenta dottrina *“richiamare il dovere di ciascun cittadino di denunciare la notizia di reato perseguibile d'ufficio (art. 333 c.p.p.), e di procedere all'arresto in flagranza (art. 383 c.p.p.), oltre a determinare la trasformazione dell'attività di prevenzione in sistematica attività di controllo sociale e di indebita intromissione nella sfera privata, è argomento che sembra provare troppo, se si considera che in quel caso si tratta di facoltà attribuite a titolo eccezionale e provvisorio, che richiedono comunque l'immediato intervento della polizia e poi dell'autorità giudiziaria, a differenza della funzione delle ronde che dovrebbe rientrare nella quotidianità della sicurezza”*<sup>415</sup>.

Quale che sia il significato da attribuire alla nuova disciplina legislativa, è pacifico che al di fuori però del perimetro dell'autotutela, ai privati non è consentito limitare la libertà personale di terzi e una legge che espressamente attribuisse tali poteri sarebbe incostituzionale per contrasto con gli art. 13, 14 e 15 Cost.<sup>416</sup>. Traslando il discorso su di un piano più generale, è corretto affermare che l'art. 52 c.p. è la norma che, letta in combinato disposto con l'art. 118, comma 4, Cost., giustifica l'avocazione in capo al privato di poteri tipicamente sovrani quando lo Stato non è in grado di intervenire<sup>417</sup>.

Il cittadino, dunque, non solo si vede restituire i compiti di *welfare state* e quindi di sviluppo della società, ma anche i poteri e le funzioni attinenti alla conservazione dell'integrità personale e della sovranità statale. Il cittadino da soggetto amministrato diviene erogatore di servizi e prestazioni altamente qualificate, la cui titolarità condivide con lo Stato.

---

*perseguibili d'ufficio, di cui venga a conoscenza (art. 333 c.p.p.) e addirittura procedere all'arresto in flagranza nei casi previsti dall'art. 380 c.p.p., sempre quando si tratti di reati perseguibili d'ufficio (art. 383 c.p.p.)”*. Si rinvia alla nota di GIUPPONI, *La Corte “dimezza” le ronde* cit., 2590. La Corte ha altresì riconosciuto che il concetto di “sicurezza urbana”, al quale si riferisce il testo della legge, è sinonimo di sicurezza pubblica a livello locale e ha stabilito che tale concetto rientra nella materia *“ordine pubblico e sicurezza”*, attribuita dall'art. 117, secondo comma, lettera h) della Costituzione, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Mentre ha dichiarato costituzionalmente illegittimo lo stesso comma limitatamente alle parole *“ovvero a situazioni di disagio sociale”*, poiché il legislatore statale non ha potestà legislativa in merito ad aspetti riconducibili alla materia *“servizi sociali”*, affidata alla potestà legislativa residuale delle regioni.

<sup>415</sup> Così TROPEA, *La sicurezza urbana* cit., 65.

<sup>416</sup> Questa ricostruzione è conforme a quanto ha stabilito la Corte nella pronuncia n. 226/2010.

<sup>417</sup> Il diritto di autodifesa ha anche una componente sociale: esso trova fondamento in una delega che lo Stato concede ai cittadini nella tutela di interessi fondamentali, di cui lo stesso transitoriamente non può farsi carico. Lo Stato autorizza il cittadino a esercitare il diritto inviolabile all'autodifesa personale che ha fondamento nell'art. 2 Cost. Diffusamente sul punto, cfr. Cap. 3, *sub* 4.

Prescindendo dalle dispute ideologiche sull'adeguatezza dei privati ad essere investiti di compiti sovrani, dispute che risentono di valutazioni metagiuridiche, affermare la spettanza statale dei compiti sovrani non implica l'esclusione dei privati, anzi l'integrazione pubblico-privato è auspicabile al fine di dare piena attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale. La creazione di una nuova dimensione sociale aderente alla sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost. e la rivisitazione dei rapporti tra Stato e cittadino in un'ottica di strumentalità e ancillarità del primo rispetto al secondo si realizza attraverso *“la partecipazione personale in tutte quelle manifestazioni della sovranità che direttamente o indirettamente possono interessarlo e coinvolgerlo”*<sup>418</sup>, anche chiamando in prima persona il cittadino all'esercizio diretto delle prerogative sovrane.

Tuttavia la tendenza attuale della dottrina è la cautela nel riconoscimento di poteri sovrani, specialmente se impattano su un bene supremo qual è la sicurezza pubblica. Anche con specifico riferimento all'ambito trasportistico, non si può non ricordare l'obiettivo fondamentale (e anzi fondante l'essenza stessa dello Stato) nella gestione della cosa pubblica: evitare la pericolosa commistione tra gli interessi pubblici sottesi alla sicurezza e l'interesse privato alla massimizzazione del profitto.

Pare dunque quantomai opportuno, pur in un'ottica di valorizzazione della sussidiarietà orizzontale, accordare valenza generale e trasversale a quanto è stato autorevolmente affermato in campo aeronautico sul trasferimento al gestore aeroportuale di pubbliche funzioni: una simile devoluzione *“incontrerebbe l'ostacolo evidente dell'interesse privato sotteso dal rapporto privatistico fra il gestore stesso e i propri clienti (i vettori anzitutto), la cui considerazione potrebbe indurre il primo a forme di indulgenza verso i secondi, di certo incompatibili con la tutela obiettiva e primaria del superiore bene della sicurezza aeronautica”*<sup>419</sup>.

---

<sup>418</sup> BENVENUTI, *Il nuovo cittadino* cit., 62.

<sup>419</sup> Le parole sono di ANTONINI A. *Relazione di sintesi* cit., 190.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 51;
- ALBANESE, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 6, 1453;
- ANCIS, *Sulla natura dei servizi di sicurezza aggiuntivi in ambito aeroportuale*, in *Dir. trasp.*, 2001, 1, 121;
- ANGELONI, *L'analisi economica e le organizzazioni non profit: alcuni riferimenti concettuali*, in AA.VV., *Non-profit e sistemi di welfare. Il contributo dell'analisi economica*, a cura di BORZAGA - FIORENTINI - MATACENA, Roma, 1996, 163;
- ANGIULI, *L'impresa sociale come categoria trasversale di ente non profit*, in *Dir. famiglia*, 2008, 3, 1553;
- ANTONINI A., *Prefazione*, in AA. Vv., *La liberalizzazione dell'attività dell'attività di assistenza aeroportuale a terra - Decreto legislativo n. 18/1999*, Milano, 2000, XI;
- ANTONINI A., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di COMENALE PINTO - MORANDI - MARSALA, Milano, 2005, 183;
- ANTONINI L., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da welfare state a welfare society*, in *Riv. dir. fin. e scienza fin.*, 2000, 99;
- ANTONINI L., *La sussidiarietà e la cifra democratica del patto costituzionale*, in AA. Vv., *Che cosa è la sussidiarietà. Un altro nome della libertà*, a cura di VITTADINI, Milano, 2007, 213;
- ANTONINI L., *Sulla giustiziabilità della sussidiarietà costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2003, 3, 635;
- ANTONINI L., *Scuole paritarie e sussidiarietà orizzontale: un passo indietro*, in *Giur. cost.*, 2007, 3, 2038;
- AS 375 - *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia in tali servizi*, in *B.U.* n. 50 del 2 gennaio 2007, 74;

- BALDAZZI, *La sentenza n. 199 del 2012: tra intentio del Comitato promotore e tutela della volontà referendaria*, in *Quad. cost.*, 2012, 4, 871;
- BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Bari, 2012;
- BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 2, Bari, 2012;
- BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 3, Bari, 2012;
- BARBETTA, *Sul contracting-out nei servizi sociali*, in AA.VV., *Non-profit e sistemi di welfare*, cit., 105;
- BERTI, *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, in *Incontri di studio* n. 6, Milano, 2005, 31;
- BELLIS, *Servizi aeroportuali e applicazione della normativa antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1, 59;
- BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 1, Milano, 2008;
- BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 2, Milano, 2008;
- BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. 2, Bari, 2011;
- BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1955;
- BENVENUTI, *Funzione: I*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996, 1;
- BIGIAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948;
- BOCCARDO, *Gestioni totali e sviluppo dei sistemi aeroportuali*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, cit., 151;
- BOCCHESI, *Conferenze marittime e poteri attribuiti dalla legge al Ministro dei trasporti e della navigazione*, in *Dir. trasp.*, 1995, 3, 828;
- BOCCHESI, *Il procedimento di dismissione azionaria dell'autorità portuale nella forma della trattativa diretta*, in *Dir. trasp.*, 1999, 3, 956;
- BOCCHESI, *L'accesso dei vettori aerei low cost al mercato del trasporto aereo*, in *Dir. trasp.*, 2012, 2, 399;
- BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1, 33;
- BORZAGA, *Perché e come privatizzare i sistemi di welfare*, in AA.VV., *Non-profit e sistemi di welfare*, cit., 47;
- BORZAGA - FIORENTINI - MATACENA, *Introduzione*, in AA.VV., *Non-profit e sistemi di welfare*, cit., 17;
- BOVE, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2011;

- BRIGNARDELLO, *La normativa comunitaria in materia di safety nella navigazione marittima*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO - TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 175;
- CAMARDA, *La responsabilità del gestore aeroportuale*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, cit., 65;
- CAMERLENGO, *Art. 118*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI, Torino, 2006, 2350;
- CAPANTINI, *I referendum sulla "privatizzazione dell'acqua" e degli altri servizi pubblici!*, in *Quad. cost.*, 2011, 2, 409;
- CAPANTINI, *La sentenza n. 199 del 2012: i servizi pubblici locali dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2012, 4, 868;
- CARANTA, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI, Torino, 2006, 1889;
- CARBONE - MUNARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 95;
- CARGNIEL, *Le inchieste marittime di sicurezza: le innovazioni apportate dal d. lgs. 165/2011*, in *Riv. dir. trasp.*, 2013, 1, 29;
- CARNABUCCI, *L'impiego di guardie particolari giurate per l'attività di accertamento e contestazione di violazioni amministrative nell'ambito di porti, stazioni ferroviarie, stazioni di ferrovie metropolitane e relativi mezzi di trasporto e la sicurezza complementare*, in *Riv. circ. trasp.*, 2010, 2 [ [www.rivistagiuridica.aci.it](http://www.rivistagiuridica.aci.it) ];
- CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali*, in *Compendio di diritto aeronautico*, a cura di LOBIANCO, Milano, 2009, 61;
- CASANOVA, *Problematiche giuridiche relative alla sicurezza in ambito portuale*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO - TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 23;
- CASANOVA - BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti - Infrastrutture e accesso al mercato*, Milano, 2004;
- CASANOVA, *Il demanio marittimo*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 201;
- CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009;
- CASSESE, *Amministrazione Statale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1;

- CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali*, in *Compendio di diritto aeronautico*, Milano, 2009, 69;
- CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 204;
- CERULLI IRELLI, *Semplificazione amministrativa e assetto delle fonti*. Relazione al 46° convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, *Legge in sostituzione di atto amministrativo. Atti preparatori e attuativi di atto legislativo. Responsabilità del legislatore e responsabilità dell'amministrazione verso l'amministrazione*, Villa Monastero di Varenna, 21-22 settembre 2000, Milano, 2001;
- CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, 1;
- CHIEPPA - GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011;
- CHITI, *La liberalizzazione dei servizi a terra negli aeroporti e le sue molte deroghe*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 6, 521;
- CHITI - MATTARELLA, *La sicurezza europea* - Testo tradotto, riveduto e ampliato della relazione al convegno su *La sicurezza europea organizzato dal Gruppo europeo di diritto pubblico*, Legrainia, Grecia, 14-16 settembre 2007, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 2, 305;
- CLARICH, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, 135;
- CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'antitrust*, in *Quad. cost.*, 2012, 1, 115;
- COCCO, *Cronaca di molte scelte annunciate e di poche perseguite. Ovvero il principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 3, 697;
- COMENALE PINTO, *Dei servizi della navigazione aerea*, in *Il diritto aeronautico tra ricodificazione e disciplina comunitaria*, a cura di FRANCHI - VERNIZZI, Milano, 2007, 95;
- COMENALE PINTO - MORANDI, *Le gestioni aeroportuali, problemi attuali e nuove prospettive*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, cit., 5;
- CROSETTI, *Organi*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, a cura di ANGELETTI - BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI - PALICI DI SUNI, Torino, 1995, 461;
- D'ALESSIO, *I traffici marittimi: dalla mondializzazione alla globalizzazione*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 55;

- D'AMICO, *Legalità (dir. cost.)*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2006, 3364;
- D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 603;
- D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 1, 13;
- D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 5009;
- DE BENEDETTO, *La liberalizzazione e i poteri dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 236;
- DE BIASI, *I servizi pubblici locali tra riforma e riedizione di vecchi modelli - Rassegna n. 3/2011*, in *Corriere del merito*, 2011, 12, 3;
- DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002;
- DEL GATTO, *Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2, 579;
- DE MARCO, *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, in *Incontri di studio n. 6*, Milano, 2005, 13;
- DICKMAN, *Sussidiarietà, sovranità e regionalismo. Il ruolo delle assemblee parlamentari*, in *Dir. soc.*, 1994, 277;
- DI GIANDOMENICO, *Porti e demanialità*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 217;
- DI PALMA, *Gestioni aeroportuali, requisiti di sistema e nuovo diritto aeronautico*, in *Dir. tur.*, 2006, 4, 321;
- DI PALMA, *La regolazione delle gestioni aeroportuali. Nuove prospettive di sviluppo dei traffici*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, cit., 117;
- DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 2000;
- D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2004;
- EVANGELISTA, *Sicurezza e attività negli aeroporti: la responsabilità del gestore aeroportuale*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO – TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 337;

- FACCO, *Evoluzione della normativa in tema di port security*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO - TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 387;
- FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003;
- FERRARI, *Il proliferare del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti: verifica in ordine alla possibilità di riconoscere in via interpretativa tale qualificazione ad organismi pubblici di nuova istituzione*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 9, 2935;
- FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 99;
- FIorentINI, *Il contributo della teoria economica ai processi di privatizzazione nei servizi sociali*, in AA.VV., *Non-profit e sistemi di welfare*, cit., 71;
- FERRO, *La riforma delle gestioni aeroportuali*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, cit., 111;
- FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 659;
- FORLENZA, *Invasione di campo del legislatore statale che ha legiferato sulla materia dei "servizi sociali"*, in *Guida al dir.*, 2010, 28, 94;
- FRANCHI, *Profili organizzatori dell'attività aeroportuale dopo la riforma del codice della navigazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 10, 1949;
- GAGGIA, *I servizi di handling*, in *Compendio di diritto aeronautico*, cit., 87;
- GAGGIA, *L' esercente, i suoi ausiliari ed il comandante dell'aeromobile*, in *Compendio di diritto aeronautico*, cit., 113;
- GALGANO, *Art. 41*, in *Comm. cost.*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 1;
- GALGANO, *Art. 43*, in *Comm. cost.*, a cura di BRANCA, cit., 193;
- GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1996;
- GAMBARDELLA, *Le fondazioni bancarie e l'organismo di diritto pubblico dopo i recenti interventi della Corte costituzionale*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 6, 1912;
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006;
- GENTILE, *Oltre l'antitesi tra pubblico e privato: la via della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà, spunti e riflessioni*, Centro Culturale Il Villaggio, Udine, 2000, 19;
- GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 686;
- GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 12, 2909;

- GIUPPONI, *La Corte “dimezza” le ronde, in attesa dell’attuazione dell’art. 118, comma3, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2590 B;
- GRIGOLI, *La disciplina dell’intervento pubblico nell’attività operativa relativa alla navigazione per acqua*, in *Giust. civ.*, 2005, 10, 391;
- GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Bari, 2006;
- GUIZZI, *Sussidiarietà (dir. CE)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, 1;
- INGIANNI, *Il comandante della nave o dell’aeromobile*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, 570;
- LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985;
- LOBIANCO, *La sicurezza: “safety” e “security”*, in *Compendio di diritto aeronautico*, cit., 297;
- MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Dir. trasp.*, 2013, 1, 81;
- MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005;
- MANZINI, *I principi comunitari in materia di concorrenza nella nuova disciplina del trasporto aereo*, in *Dir. comun. sc. internaz.*, 1998, 93;
- MARESCA, *La governance dei sistemi portuali*, Bologna, 2006;
- MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001;
- MARZUOLI, *Istruzione e “Stato sussidiario”*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 117;
- MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà, profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003;
- MAZZAROLLI, *Aggiornamenti vari in tema di decreti legislativi delegati; deleghe legislative anomale; decretazione legislativa di urgenza; referendum abrogativo di leggi dello Stato*, in *Schede di aggiornamento di diritto costituzionale (1998-2008)*, a cura di MAZZAROLLI-TOSI, Padova, 2008, 7.
- MELICA, *Sussidiarietà*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5836;
- MEZZETTI, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Milano, 2011;
- MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private*, in *L’organizzazione amministrativa*, Atti del IV Convegno di Studi di scienza dell’Amministrazione, Varenna, 1958, Milano, 1959;

- MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1961, 686;
- MILLON DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003;
- MITTONE, *Quasi mercati, imprese non-profit e razionalità limitata*, in AA.VV., *Non-profit e sistemi di welfare*, cit., 131;
- MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Giust. amm.*, 2007, 11, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- NIGRO, *Amministrazione Pubblica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1;
- NINO, *La politica dei trasporti dell'Unione Europea e le problematiche riguardanti la tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile*, in *Dir. comm. internaz.*, 2013, 1, 227;
- NAPOLITANO, *Il decreto "salva Italia" - La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 229;
- NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Saggi di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, 2003;
- NAPOLITANO, *Pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4741;
- NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in *Giust. amm.*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2004, n. 5;
- PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998;
- PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1981, 141;
- PANIZON, *Il destino dell'uomo*, in *Medico e bambino*, 2013, 5, 332;
- PAPI, *Sicurezza nella navigazione: profili normativi*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO - TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 387;
- PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, 1082;
- PASTORI, *Istituzioni pubbliche e società civile nelle recenti riforme*, in *Vita e pensiero*, 1999, 228;
- PASTORI, *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, in *Incontri di studio* n. 6, Milano, 2005, 44
- PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 85;
- PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4019;

- PIRAS, *Ancora in materia di concorrenza nel settore dei servizi aeroportuali*, in *Dir. trasp.*, 2001, 1, 170;
- PIRAS, *Diritti esclusivi del gestore aeroportuale e concorrenza nei servizi di assistenza a terra*, in *Dir. trasp.*, 2003, 1, 173;
- PIRAS, *Le regole della concorrenza nei servizi aeroportuali*, in *Dir. trasp.*, 2000, 1, 152;
- PISTORIO, *Uso o abuso dell'assorbimento? Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, in *Giur. cost.*, 6, 4333;
- PIZZOLATO - BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, con la collaborazione di ANGELETTI - BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI - PALICI DI SUNI, Torino, 2000, 325;
- POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007;
- PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II ed., I, Roma, 1917;
- RAGGI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, I, 109;
- RANELLETTI, *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXXIII, 1941, I, 26;
- RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004, 718;
- RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, 5;
- RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 152;
- RESCIGNO, *Reviviscenza di disposizioni giuridiche e referendum abrogativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 3, 713;
- RESCIGNO, *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, Relazione al convegno su *Le Regioni tra riforma amministrativa e revisione costituzionale*, Genova, 25-26 gennaio 2002, Rimini, 2002, 139;
- RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, in CERVATI - PANUNZIO - RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale: itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2001, 193;
- RIGUZZI, *Il nuovo ruolo del gestore aeroportuale*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, a cura di ANTONINI A. - FRANCHI - MORANDI, Milano, 2000, 109;

- RIGUZZI, *Le gestioni aeroportuali: il quadro dei principi giuridici*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, cit., 27;
- RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo, Parte prima, Tomo primo*, Milano, 1987;
- RINALDI, *La natura di imprese delle fondazioni bancarie e la inapplicabilità dell'esonero della ritenuta d'acconto sui dividendi: luci ed ombre della sentenza a Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2007, 5, 972;
- RINALDI BACELLI, *Il comandante della nave*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 151;
- RICOSSA, *Liberismo*, in AA. VV., *Dizionario di politica*, Torino, 1992, 586;
- RIVOLTA, *Impresa, valori sociali e nuova sanità*, in *Giur. comm.*, 2004, 6, 1161;
- RIZZO, *I servizi pubblici dopo il D. L. 138/2011*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 12, 1398;
- ROMA, *Privatizzazioni e gestioni degli aeroporti in Europa*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, cit., 123;
- ROSSI, *Brevi riflessioni in merito alla sentenza della Corte di giustizia CEE in tema di monopolio legale di imprese e compagnie portuali*, in *Dir. trasp.*, 1992, 134;
- ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 3, 660;
- ROSSI, *Interessi pubblici e diritto privato. Problemi di metodo e di adeguatezza*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, 2, 7;
- ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1;
- SANDULLI, *Proporzionalità*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4643;
- SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912;
- SABASTIANI, *Liberalizzazione e privatizzazione delle gestioni aeroportuali: assetti istituzionali e conflitti fra obiettivi*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, cit., 133;
- SERRA, *La privatizzazione delle gestioni aeroportuali*, in AA.VV., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, cit., 41;
- SICO, *Sussidiarietà (principio di sussidiarietà) (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, 2001, 1063;

- SICUREZZA, *L'Autorità marittima*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 81;
- SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'autorità portuale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 9, 2965;
- SPASIANO, *Comandante della nave o dell'aeromobile*, in *Enc. dir.*, 1962, 690;
- SPINOZZI, *Previdenza obbligatoria e soggetti privati esercenti pubbliche funzioni*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 6, 1964;
- STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *www.federalismi.it*, 2006;
- TACCOGNA, *La sicurezza della navigazione tra libertà dei servizi di trasporto marittimo e disciplina degli aiuti*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 7-8, 378;
- TACCOGNA, *Organizzazione amministrativa e concorrenza nelle operazioni portuali*, in *Dir. maritt.*, 2000, 2, 584;
- TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003;
- TONINI, *Manuale breve di diritto processuale penale*, Milano, 2011;
- TROPEA, *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte - Intervento alla Riunione del Gruppo San Martino, Libertà vs. sicurezza*, Ferrara 12 novembre 2010, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 55;
- TROVÒ, *I servizi aerei*, in *Compendio di diritto aeronautico*, cit., 297;
- TROVÒ, *Organizzazione ed enti della navigazione aerea*, in *Compendio di diritto aeronautico*, cit., 15;
- TUFFARELLI, *L'autonomia delle imprese e l'attività di controllo da parte dei pubblici poteri: evoluzione comunitaria e riflessi nazionali*, in *Giur. merito*, 2009, 7-8, 2034;
- TULLIO, *Liberalizzazione dell'handling e servizio pubblico*, in *Dir. trasp.*, 2000, 2, 323;
- VALITUTTI, *Liberalismo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 206;
- VERMIGLIO, *Sicurezza: safety, security e sviluppo sostenibile*, in *Sicurezza, navigazione e trasporto - L'Osservatorio di diritto dei trasporti*, a cura di ROSAFIO - TRANQUILLI LEALI, Milano, 2008, 145;
- VERMIGLIO - MARINO, *L'Autorità portuale*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, Milano, 2007, 89 ;
- VITTADINI, *Prefazione a Sussidiarietà, spunti e riflessioni*, Centro Culturale Il Villaggio, Udine, 2000, 7;

- ZAGREBELSKY, *Le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei, Roma 2005;
- ZANGRANDI, *Uno schema di classificazione delle organizzazioni non-profit*, in AA.VV., *Non-profit e sistemi di welfare*, cit., 241;
- ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Parte III, Milano, 1935, 235;
- ZUNARELLI, *I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 28 gennaio 1994, n. 84*, in *Dir. trasp.*, 1995, 2, 441.

