

I SOGGETTI PRIVATI E L'ESERCIZIO DI FUNZIONI
PUBBLICHE

Tesi di dottorato di Mauro Di Pace

XXIV Ciclo

Coordinatore Prof. I.M.Marino

Tutor Prof. Sebastiano Licciardello

CAPITOLO I

L'evoluzione del problema nell'esperienza europea.

Il diritto amministrativo è in rapida trasformazione, soprattutto, ma non soltanto, per effetto dell'influenza del diritto comunitario nei diritti nazionali degli stati membri.

Le fonti comunitarie, imponendo da tempo l'armonizzazione delle norme di diritto amministrativo che toccano la sfera della concorrenza e della libera circolazione delle risorse, incidono nelle discipline nazionali al punto da aver imposto una riflessione in termini di teoria generale della materia nel suo complesso.

Il presente lavoro, in particolare, avrà ad oggetto, da un lato, l'esercizio delle funzioni pubbliche da parte dei soggetti privati; dall'altro, la nozione di soggetto privato di rilevanza pubblicistica (che diviene quindi "organismo di diritto pubblico").

L'attenzione sarà rivolta anche a profili di diritto comparato, nella consapevolezza che il diritto dell'Unione europea trova la sua linfa vitale nelle esperienze giuridiche dei singoli Stati membri.

Quanto si parla del rapporto tra potere pubblico e soggetti privati, si osserva che le trasformazioni del diritto amministrativo oggi in atto

sono interpretate o in termini di riduzione o in termini di riorganizzazione della sfera pubblica.

Le due distinte chiavi di lettura comportano conseguenze differenti sui modi di intendere il sistema stesso del diritto amministrativo.

La prospettiva di “riduzione” muove dall’osservazione del fenomeno della globalizzazione dei mercati ed in particolare dall’evoluzione della crisi politica e fiscale degli Stati. Essa si rivolge, in particolare, alle esperienze politico-economiche degli Stati Uniti e del Regno Unito, a partire dagli anni ’80 dello scorso secolo, e della Comunità europea, per impulso della quale si è imposta la riduzione della sfera pubblica, consistita, all’interno degli Stati membri, nelle liberalizzazioni, nelle privatizzazioni e nelle esternalizzazioni, che, per molti aspetti, hanno ridotto gli spazi di azione “classici” dell’amministrazione e del suo diritto.

Questa lettura, del “*retreat of the State*”, esalta la dicotomia pubblico-privato.

Essa convive con una di segno diverso, più attenta all’analisi delle contaminazioni tra l’una e l’altra sfera che derivano dai fenomeni di riorganizzazione delle forme di gestione delle funzioni e dei poteri pubblici, e pone l’accento sulla proliferazione delle fonti di

regolamentazione che deriva dal concorrere di discipline sovranazionali, atti generali di autorità indipendenti, codici di condotta dei privati.

Ne risulta una normazione amministrativa che utilizza una pluralità di moduli operativi ed organizzativi.

Ne deriva, ancora, la possibilità di intrecciare strumenti di origine pubblicistica e privatistica, che conducono alla creazione di strumenti affatto originali, che pongono problemi del tutto nuovi, per i quali si rende necessaria l'individuazione di criteri di scelta, di tecniche di scambio e di strumenti interpretativi per misurarne la compatibilità reciproca.

La dimensione sovranazionale non è estranea all'idea di un diritto amministrativo costruito attorno ai poteri delle autorità pubbliche.

La giurisprudenza comunitaria, ad esempio, recepisce una nozione sicuramente autoritativa del provvedimento comunitario¹.

Le decisioni sono atti esecutivi² ed anche imperativi, intendendo

¹ Corte giust. CE, 10 novembre 1992, in causa C-156/91, che parla di "effetto coercitivo" della decisione comunitaria.

² Una volta che si sia esaurita la fase di comunicazione. Infatti, un "principio fondamentale nell'ordine giuridico comunitario esige che un atto emanazione di poteri pubblici non sia opponibile ai destinatari prima che non esista per essi la

come tali, quelli la cui efficacia è assicurata, ancorché si tratti di provvedimenti illegittimi, e fintanto che non sopraggiunga la sospensione o l'annullamento. Tale connotato si evince chiaramente dall'art. 242 del Trattato, a norma del quale *“i ricorsi proposti alla Corte di giustizia non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la Corte può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato”*.

Quanto agli atti autoritativi nazionali, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non pone in dubbio la legittimità e persino la necessarietà dei poteri statali: il principio dell'equa procedura, sancito all'articolo 6³, non si applica ai rapporti di diritto pubblico tra amministrazione e privati nei quali entra in gioco il «nocciolo

possibilità di prenderne conoscenza" (Corte giust. CE, 25 febbraio 1979, in causa C-98/78).

³ In particolare rileva, ai fini della presente trattazione, il primo comma: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

duro delle prerogative del potere di imperio»⁴. La dimensione privilegiata è dunque quella autoritativa.

L'ordinamento comunitario, in sintesi, non soltanto rispetta le prerogative dell'amministrazione, limitandosi a colpire le distorsioni al funzionamento del mercato unico non strettamente necessarie alla cura di interessi generali, ma applica esso stesso fa uso della dinamica "di imperio" del potere pubblico – *latu sensu* statuale.

Ancora: è significativo che l'unica deroga alle libertà di circolazione costruita in termini soggettivi, quella concernente gli impieghi pubblici, sia riservata alle amministrazioni preposte all'esercizio delle funzioni sovrane⁵.

Adirittura, in alcuni casi si assiste ad una estensione delle potestà pubblicistiche degli organi statali, proprio quando ciò sia necessario ad assicurare l'osservanza del diritto comunitario.

Questi esempi dimostrano l'attualità della concezione tradizionale

⁴ In questi termini, tra le sentenze relative alla controversa portata dell'art. 6, CEDU, *Grande Chambre*, 12 luglio 2001, ricorso n. 44759/98, *Ferrazzini contro Italia*.

⁵ Come emerge, in particolare, da C. giust. Ce, 2 luglio 1996, C-473/93, C-173/94, C-290/94, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 915 ss., con commento di S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*

di un diritto amministrativo costruito attorno alla dimensione autoritativa, la quale anzi trova rinnovato sviluppo.

Essa, tuttavia, appare destinata a integrarsi in un quadro più complesso e articolato, governato da principi di eguaglianza e garanzia, che indirizzano, funzionalizzandola, la dimensione autoritativa del potere⁶.

In tal senso, il diritto amministrativo costituisce, ad un tempo, legittimazione e limiti dell'autorità pubblica.

La sua specialità, rispetto al diritto privato, consiste nel sottoporre l'amministrazione a vincoli sconosciuti al codice civile.

Le relazioni disciplinate da quest'ultimo, d'altronde, sono incise da regole speciali, che limitano la libertà negoziale dell'amministrazione – si pensi ad esempio alla libertà di scelta del contraente – in funzione di garanzia della sua imparzialità.

A ben vedere, peraltro, la commistione cui s'è fatto cenno, nei termini appena menzionati, non è una novità, ma affonda le radici teoriche già negli ultimi decenni del diciannovesimo secolo, quando il momento garantistico si sviluppa, nel quadro della

⁶ G.NAPOLITANO, *Pubblico e Privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pg. 36 ss.

dialettica autorità-libertà, quale contrappeso al riconoscimento in capo all'amministrazione di poteri e prerogative.

È il giudice amministrativo a esercitare il controllo di legittimità, attraverso le figure del *détournement de pouvoir*, in Francia, e dell'eccesso di potere, in Italia, attorno alle quali si formalizza il contenzioso d'annullamento.

Tale soluzione è resa possibile, si badi, dal fatto che si tratta di un giudice vicino all'apparato amministrativo, limitato nei poteri istruttori e decisionali⁷.

Alle soglie del ventesimo secolo, quando la progressiva espansione della sfera pubblica conduce all'assunzione di compiti sociali, si sviluppa invece una vocazione egualitaria.

Si arriva a teorizzare una diversa fonte di legittimazione del potere: nell'esperienza francese, lo Stato è raffigurato come una 'federazione' di servizi pubblici⁸: tale concezione serve a ordinare il diritto amministrativo intorno ad un centro distinto e opposto a quello di autorità, fondato su categorie oggettive e valori

⁷ M.D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992, p. 36 ss.

⁸ L.DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, I, 1911, p. 14 ss.

solidaristici.

In Germania e in Italia, invece, la dottrina muove dall'assunto che la 'pubblicità' deriva necessariamente dallo Stato⁹: la nozione di servizio pubblico è quindi generica e comprende ogni attività svolta dall'amministrazione.

L'idea di uno Stato che esercita la sua autorità sulla collettività, invece di servirla, rimane sostanzialmente intatta.

Tale visione è proiettata anche sull'amministrazione di prestazione e sulle relazioni che essa intrattiene con gli utenti¹⁰.

Le costituzioni del secondo dopoguerra fanno propri i valori garantistici ed egualitari.

Nella costituzione italiana, in particolare, si affermano i principi di imparzialità e buon andamento e il diritto alla tutela giurisdizionale.

Il principio di legalità impone ai poteri pubblici il preciso limite del rispetto dei diritti di libertà.

L'amministrazione, in sintesi, opera al servizio dei cittadini ai quali, in quanto popolo, è attribuita la sovranità¹¹.

⁹ S.CASSESE, *I servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, Roma, 1969, pp. 8-9

¹⁰ G.NAPOLITANO, *Pubblico e Privato nel diritto amministrativo*, cit., pg. 38.

¹¹ C.ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, 1952, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 245 ss.

Essa è responsabile dell'erogazione di prestazioni, oggetto non più di semplici diritti civili, ma di pretese costituzionalmente protette.

Il diritto amministrativo, di conseguenza, non si fonda più soltanto sulla struttura oppositiva dell'interesse del privato, e si fa strada una relazione diversa, espressa dal binomio "funzioni amministrative-interessi del cittadino", all'interno della quale trova spazio la pretesa del singolo all'intervento dell'amministrazione per fruire di determinati servizi.

Si tratta di una rivoluzione copernicana, che avviene gradualmente.

Infatti per larga parte del ventesimo secolo, in quasi tutti i paesi continentali, gli obblighi e gli oneri speciali dell'autorità pubblica non costituiscono infatti un insieme compiuto e organico.

Si attarda la codificazione delle regole del procedimento, che restano affidate a discipline di settore, in pochi casi effettivamente garantistiche, e a principi di formazione giurisprudenziale, spesso incerti e precari.

Ciò determina un vuoto di protezione proprio per quegli interessi pretensivi che rappresentano la nuova dimensione dei rapporti tra amministrazione e cittadini sancita nelle costituzioni contemporanee.

Il processo evolutivo si accelera, nel senso del rafforzamento della tutela degli interessi pretensivi, per effetto dei vincoli e delle influenze derivanti dagli ordinamenti sovranazionali, da un lato, e delle politiche di riforma amministrativa, dall'altro.

Sotto il primo profilo, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce specifiche garanzie nel caso di interventi lesivi delle autorità pubbliche¹².

Si dà inoltre applicazione ad alcuni principi generali, come il diritto ad un'equa procedura, che trovano patria in molti rapporti sostanziali tra amministrazione e privati.

La recente inserzione della CEDU fra le fonti comunitarie per effetto del Trattato di Lisbona rafforza questa prospettiva.

Proprio l'ordinamento comunitario, soprattutto in via giurisprudenziale, impone il rispetto di principi di conformità al diritto, eguaglianza, proporzionalità, previa audizione degli interessati, effettività della tutela giurisdizionale.

Si pongono così le premesse per una garanzia dell'individuo più ampia di quella tradizionalmente assicurata dagli ordinamenti

¹² C.E.GALLO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la pubblica amministrazione nella più recente giurisprudenza della Corte*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 318 ss.

nazionali.

Sotto il secondo profilo, vanno menzionate le politiche di riforma amministrativa intraprese a livello nazionale, le quali, oltre a modernizzare l'organizzazione pubblica, aumentano le protezioni dei cittadini¹³.

Nei paesi dell'Europa continentale, il punto di partenza può individuarsi nella codificazione tedesca delle regole del procedimento, dopo i lontani precedenti austriaci e statunitensi¹⁴.

Ad essa si lega il rafforzamento degli strumenti di tutela giurisdizionale, attraverso l'introduzione dell'azione di adempimento¹⁵.

L'ordinamento francese, invece, rifiuta l'idea di una disciplina generale del procedimento, ma interviene ripetutamente per affermare alcuni «*droits des citoyens dans leur relations avec*

¹³ S.CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 79 ss.

¹⁴ *Il Procedimento amministrativo: profili comparati, Atti del convegno di Roma, 21 aprile 1993*, a cura di L.TORCHIA, Padova, 1993; M.D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, p. 1 ss.

¹⁵ Legge del 25 maggio 1976.

*les administrations»*¹⁶.

Anche in Italia, a partire dagli anni Novanta del ventesimo secolo, si apre una fase di importanti riforme.

Il punto di partenza è costituito dall'approvazione, nel 1990, della legge generale sul procedimento.

Questa ne supera la connotazione meramente strumentale all'emanazione del provvedimento e pone, invece, l'amministrazione «al servizio del cittadino»¹⁷.

Si afferma, così, una concezione dell'attività come «"spazio aperto" alla partecipazione e alla conoscenza degli interessati» e come «"terreno comune" tra autorità e cittadino»¹⁸.

In questo contesto, da un lato, diventa possibile configurare nuovi diritti al procedimento e alla 'erogazione' dell'atto finale; dall'altro, il modello dell'amministrazione per accordi diviene uno strumento di amministrazione ordinario – oggi preferenziale.

Sotto il profilo processuale il percorso sfocia, oggi, nella previsione

¹⁶ Vd. ad es. la legge 12 aprile 2000, n. 321.

¹⁷ G.CORSO, *La legge sul procedimento amministrativo e il primato del cittadino*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, pp. 316-317

¹⁸ Così G.FALCON, *La pubblica amministrazione e i cittadini*, in *Riformare la pubblica amministrazione*. Italia, Gran Bretagna, Spagna, Stati Uniti, Torino, 1995, p. 109 ss., qui p. 113

di due distinte *class actions* amministrative¹⁹, di tipo organizzativo e di tipo pretensivo, che consentono ai singoli, anche in forma associativa, di azionare la pretesa (di tipo generale) all'adozione di un atto amministrativo dovuto ovvero alla conformità del servizio pubblico a standard qualitativi minimi²⁰.

Sempre sul piano processuale, con la riforma del codice del

¹⁹ D.lgs. 198/2009, il cui art. 1, al comma 1, dispone: “ Al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150”

²⁰ La riforma è in realtà “ibernata” nell'attesa dell'adozione del regolamento attuativo del d.lgs. 150/2009.

processo amministrativo, si completa il percorso di trasformazione del contenzioso amministrativo come giudizio sul rapporto, prima che sull'atto. Basta menzionare l'introduzione, nel processo amministrativo, dei medesimi strumenti di prova previsti dal codice di procedura civile, eccezion fatta per il giuramento e la confessione, e con la previsione, tuttavia, della prova testimoniale. D'altronde sembra porsi a "contrappeso" la reintroduzione, pur in forma attenuata, della pregiudiziale amministrativa e della previsione, in tal senso, di un termine di decadenza entro il quale azionare il diritto al risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.

**I rapporti tra privati e potere pubblico nel diritto comunitario:
il principio di sussidiarietà nell'esperienza comunitaria.**

Il rapporto tra il potere pubblico e il suo esercizio da parte dei soggetti privati è stato oggetto di indagine da parte di quanti si sono occupati del principio di sussidiarietà orizzontale.

Già a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso – ancora prima di ottenere copertura costituzionale – la sussidiarietà orizzontale era divenuta uno degli elementi chiave per la attuazione di riforme amministrative tese a ridefinire i rapporti tra istituzioni pubbliche e cittadini nel senso di una maggior vicinanza delle prime ai secondi nell'ambito degli interventi di rinnovamento e semplificazione degli apparati pubblici.

La sussidiarietà opera in stretta correlazione coi principi di proporzionalità²¹ e di ragionevolezza²².

²¹ La stretta connessione tra i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, al livello costituzionale, emerge espressamente dal Protocollo n. 2 al Trattato UE “Sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”. Il primo tuttavia qui inteso in senso precipuamente verticale.

²² F.GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 12, 2009, a commento della sentenza del Consiglio di Stato, V, n. 6094 del 6.10.2009: “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

Secondo il paradigma fondato sul principio di sussidiarietà orizzontale cittadini ed amministrazioni stabiliscono rapporti, anche duraturi nel tempo, fondati sulla collaborazione, il rispetto reciproco e l'integrazione, anziché sulla rigida separazione dei ruoli, la diffidenza e la separatezza. Si sviluppano in tal modo rapporti fondati sull'autonomia relazionale nell'ambito dei quali, per quanto s'è detto sopra, tutti i soggetti che formano i nodi della rete di rapporti sono da considerare come portatori di risorse, ognuno secondo le proprie capacità e possibilità²³.

Sotto l'ottica del diritto positivo, emerge la duplice rilevanza del principio di sussidiarietà: costituzionale, quale criterio di riparto

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.”

²³ G.ARENA, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, u.c. della Costituzione, in Studi in onore di Giorgio Berti*, Roma, 2003, pg. 18.

delle competenze; ed amministrativa, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa²⁴.

In estrema sintesi, il principio di sussidiarietà esprime il ruolo suppletivo e recessivo delle competenze delle autorità centrali rispetto a quelle decentrate²⁵ (sussidiarietà cosiddetta verticale), nonché il ruolo suppletivo delle competenze dei soggetti pubblici rispetto a quelli privati (sussidiarietà orizzontale).

In questo secondo significato, il principio di sussidiarietà orizzontale è stato definito “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”²⁶, ed esprime

²⁴ F.GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit.: “Il principio [di sussidiarietà orizzontale] può costituire motivo per il ricorso giurisdizionale di fronte al giudice amministrativo in ordine, dunque, alla verifica della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo. Ne consegue che tra i criteri che guidano l'esercizio del potere viene così annoverato anche il principio di sussidiarietà orizzontale, rispetto al quale il giudice può esperire il proprio sindacato”.

²⁵ Non ci si riferisce al riparto di competenze tra autorità distinte gerarchicamente: l'applicazione del principio di sussidiarietà verticale consente infatti di *spezzare* i tradizionali vincoli gerarchici conosciuti dal diritto amministrativo classico.

²⁶ F.GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit.

una preferenza per la gestione paritaria della cosa pubblica, e il ruolo recessivo dell'amministrazione autoritativa.

Il principio di sussidiarietà affonda le sue origini nel pensiero classico della filosofia e della scienza politica e, soprattutto, nella dottrina sociale della Chiesa cattolica, nonostante abbia poi avuto una serie di sviluppi talvolta parzialmente diversi fra loro²⁷.

Inoltre, il principio opera in una duplice dimensione: nei rapporti tra lo Stato e l'individuo, da un lato; in quelli tra le comunità sociali inferiori e superiori, dall'altro.

In ambedue i casi esso mira a valorizzare l'autonomia, la libertà e la responsabilità dei singoli e dei gruppi con cui il potere – inteso in generale come organizzazione di vertice dell'ordinamento – si deve confrontare.

La sussidiarietà è quindi, prima di ogni altra cosa, un principio di autonomia nei confronti del “potere”, rivolto tanto al singolo e quanto alle articolazioni sociali.

In sistema di sussidiarietà orizzontale i livelli di aggregazione superiori, in primo luogo, riconoscono e rispettano l'autonomia dell'individuo e dei livelli inferiori.

²⁷ Sulla evoluzione storica del principio, si rimanda al paragrafo successivo.

Ma ciò non basta: essi pongono le condizioni di stabilità e sicurezza necessarie alla realizzazione di tale autonomia, e garantiscono le forme e i mezzi attraverso cui alla società è consentito partecipare alla espressione della sovranità²⁸, ponendo infine le basi affinché le manifestazioni di autonomia si sviluppino e si rafforzino nel corso del tempo.

Di qui derivano le due opposte istanze del principio di sussidiarietà: una di segno negativo, che origina dal pensiero liberale, e che afferma il principio del *rolling back the State*, quale principio di non ingerenza oltre i limiti delle esigenze di convivenza strettamente necessarie; e una di segno positivo, secondo cui lo Stato ha la specifica funzione di promuovere le diverse articolazioni sociali private, garantendo loro di operare autonomamente.

Sulla base di queste impostazioni teoriche, il principio di sussidiarietà, dopo essere stato affermato in ambito comunitario, ha trovato riconoscimento nell'ordinamento italiano.

²⁸ P.DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, CEDAM, Padova, 2004, pag. 26, secondo cui nell'ottica solidaristica la dignità personale e l'autonomia individuale hanno come naturale corollario il diritto di partecipazione piena alla vita sociale, cosicché il principio di sussidiarietà si declina altresì come principio della "potestà partecipata"

Nel diritto comunitario, esso risponde agli scopi, alle funzioni e alle vicende evolutive dell'ordinamento.

Il punto 3 del *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità* definisce la sussidiarietà un principio “relazionale”, che regola i rapporti tra i diversi livelli territoriali di governo (aspetto verticale) nonché tra il “pubblico” e la “società civile” (aspetto orizzontale).

La sussidiarietà verticale essa descrive una preferenza in favore dell'ambito di governo più vicino agli interessati²⁹: coerentemente, è previsto che l'UE possa intervenire nelle materie di competenza concorrente “soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi della azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, esser meglio realizzati a livello comunitario” (art. 3B, oggi art. 5, 2° comma, del Trattato UE,

²⁹ Cfr. Art. 1, 2° comma del Trattato sull'Unione Europea (versione consolidata). Il Preambolo del Trattato precisa come la creazione di un'unione in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini sia “conforme al principio di sussidiarietà”.

versione consolidata pubblicata in GURE n. C. 83 del 30.3.2010)³⁰.

La citata disposizione pone le competenze del livello inferiore e del livello superiore in rapporto reciproco di regola ad eccezione.

In tal senso il ruolo di quest'ultimo è "sussidiario": il livello di governo superiore potrà infatti intervenire nei settori di competenza dei livelli di governo inferiori solo qualora siffatto intervento risulti basato su alcuni presupposti predeterminati³¹.

L'aspetto orizzontale della sussidiarietà ha, dunque, un significato "preliminare"³² rispetto a quello verticale, come limite all'intervento pubblico³³.

In tal modo il principio in esame si lega indissolubilmente a quello

³⁰ Sul punto vd. G.GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari 1999, p. 91-94; A.MANZELLA, *La ripartizione di competenze tra Unione Europea e Stati membri*, in *Quad. Cost. 2000*, p. 531-543.

³¹ P.CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. Cost. 1993*, p. 7-31, in part. p. 9.

³² G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali Esperienze a confronto*, Padova, 1999., p. 170-182.

³³ Secondo M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in AA.VV., *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni cit.*, p. 85-121, in part. p. 97-99, l'intervento pubblico è «ormai da considerare come eccezione alla regola».

di proporzionalità.

Creatura della giurisprudenza della CGCE, poi accolto espressamente dall'art. 5, del Trattato CE³⁴, il principio di proporzionalità implica l'accertamento dell'adeguatezza del mezzo allo scopo, col minor sacrificio possibile per i soggetti destinatari dell'azione comunitaria.

Tale accertamento richiede un'attenta valutazione dell'intensità della misura del potere, che si realizza attraverso la valutazione della sua conformità ai parametri di *idoneità* (coerenza del mezzo adottato rispetto allo scopo), *necessarietà* (regola del mezzo più mite), *adeguatezza* (giusto equilibrio da rispettare tra interessi

³⁴ Nella versione consolidata del 2010 la stretta correlazione reciproca fra sussidiarietà e proporzionalità emerge esplicitamente nell'articolo 5 citato: al comma 3, seconda parte: "Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità", e al comma 4, seconda parte: "Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Sul ruolo della Corte di Giustizia nella individuazione e precisazione della proporzionalità come principio generale del diritto comunitario cfr. A.SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, pagg. 108-134.

eterogenei)³⁵.

La proporzionalità dell'intervento comunitario implica l'obbligo di una adeguata motivazione e di un'istruttoria procedimentale fondata su "ampie consultazioni": solo valutando tutti i contributi istruttori acquisiti nonché evidenziando i risultati di tale comparazione in sede di motivazione, l'azione potrà risultare adeguata ed efficace, col minor sacrificio possibile degli interessi confliggenti.

Sotto questo profilo, il potere amministrativo comunitario è certamente funzionalizzato e largamente discrezionale³⁶: il sindacato sulla discrezionalità (a seconda dei casi, tecnica o amministrativa) costituisce uno degli aspetti più significativi per la costruzione della consistenza e dei limiti del potere amministrativo.

Al riguardo già da alcuni anni, la giurisprudenza è attestata su un sindacato che si dovrebbe definire pieno anche sulle decisioni della Commissione che presentano valutazioni dal punto di vista

³⁵ A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 359-376; D.U.GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 11-21.

³⁶ G.GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del Giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 05, pp. 819 ss.

economico³⁷.

La proporzionalità, infatti, oltre a costituire il criterio base dell'organizzazione amministrativa comunitaria³⁸, rappresenta insieme alla ragionevolezza uno standard (pur residuale,

³⁷ Cfr. A. TRAVI, *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008, 175 e ss. Tale impostazione è stata di recente ribadita come segue dalla Corte di giustizia: "Nel merito, occorre anzitutto ricordare che la Commissione dispone di un margine di discrezionalità in materia economica ai fini dell'applicazione delle norme sostanziali del regolamento, in particolare dell'art. 2 di quest'ultimo. Ne deriva che il sindacato del giudice comunitario su una decisione della Commissione in materia di operazioni di concentrazione si limita alla verifica dell'esattezza materiale dei fatti e alla mancanza di errori manifesti di valutazione ... Ciò premesso, sebbene non spetti al Tribunale sostituire la sua valutazione economica a quella della Commissione ai fini dell'applicazione delle norme sostanziali del regolamento, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare la qualificazione giuridica, effettuata dalla Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono" (Corte giust. CE, Grande Sez., 10 luglio 2008, in causa C413/06; cfr. anche Corte giust. CE, 23 aprile 2009, in causa C-425/07).

³⁸ C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2002, p. 651-682, in part. p. 672.

nell'esperienza giurisprudenziale³⁹) di valutazione in sede giurisdizionale dell'azione dei pubblici poteri.

La proporzionalità apre così nuovi spazi al sindacato sui vizi formali e sostanziali dell'azione comunitaria (invasiva delle competenze riservate agli Stati membri) da parte della Corte di Giustizia Europea, organo titolare della *Kompetenz-Kompetenz*⁴⁰.

Il sistema dei rapporti tra livelli di governo presuppone un sistema relazionale tra pubblico e privato in cui il primo sopravviene "solo

³⁹ G.GRECO, *Il potere amministrativo* cit.: In proposito "Si deve ricordare che il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, richiede che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti ... Per quanto riguarda il sindacato giurisdizionale delle condizioni di attuazione di un siffatto principio, solo il carattere manifestamente inidoneo del provvedimento adottato, in relazione allo scopo che la Commissione intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento" (Trib. I° grado, sez. V, 11 dicembre 2008, in causa T-339/06).

⁴⁰ Secondo E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione Europea*, in *Il Dir. Un. Eur.* 2000, p. 241-265, in part. p. 260, «sembra ragionevole pensare che la *Kompetenz-Kompetenz*, intesa come accertamento "quotidiano" dell'ampiezza di competenza dell'Unione spetti alla Corte di Giustizia e solo ad essa. Le Corti costituzionali non avrebbero alcun ruolo in proposito».

nel momento in cui i cittadini e la società non abbiano strumenti adeguati alla salvaguardia e al potenziamento delle originarie capacità umane”⁴¹.

⁴¹ vd. L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da welfare state a welfare society*, in *Riv. Dir. Fin. e Sc. Fin.* 2000, p. 99-115, in part. p. 99-102. Sul argomento vd. anche E. FERRARI, *Sussidiarietà e ruolo delle associazioni di volontariato*, in AA.VV., *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2003, p. 267-278.

Segue: i principi comunitari nell'ordinamento italiano.

I delineati principi comunitari sono stati recepiti ed operano anche nell'ordinamento italiano⁴².

L'art. 4 della prima legge Bassanini, n. 59/1997, dispone infatti che i conferimenti di funzioni agli enti locali più vicini ai cittadini devono avvenire “nell'osservanza del principio di sussidiarietà attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di compiti e di funzioni di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità”. A sua volta l'art. 3,

⁴² Secondo S.PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2001, pp. 593 ss., “sia il principio di sussidiarietà che quello di proporzionalità non sono ascrivibili nella loro genesi al diritto comunitario. Sebbene quest'ultimo abbia costituito lo strumento essenziale di introduzione dei suddetti principi nel nostro ordinamento, i percorsi di formazione dei criteri in esame appaiono alquanto diversificati. Con riferimento alla sussidiarietà cfr. V. PEPE, *La sussidiarietà nella comparazione giuridica*, Jovene, 2004, p. 43-105. Sulla proporzionalità sembra opportuno ricordare che già nella prima metà dell'800 il Romagnosi sosteneva che la regola direttrice dell'amministrazione consistesse “nel far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà”: G.D.ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato 1815, p. 15, citato in A.SANDULLI, *La proporzionalità cit.*, p. 10-11, nota 15. Sul valore del principio di proporzionalità nello Stato di diritto si rinvia a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002, p. 3-101.

comma 5, del d.lgs. 267/2000, T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, dispone 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".

Il quarto comma dell'articolo 118 della Costituzione, come modificato dall'art. 4 della l. cost. n. 3/2001, dispone 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".

Il principio di sussidiarietà è anche indirettamente richiamato dal primo comma dell'articolo 1 della legge sul procedimento amministrativo, la l. n. 241/1990, che richiama esplicitamente i "principi dell'ordinamento comunitario".

Peraltro, sia l'art. 4, comma 3, lett. a) della legge 15 marzo 1997, n. 59 che l'art. 3, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, finivano per assorbire l'idea della "sussidiarietà orizzontale" entro il processo di attuazione della c.d. "sussidiarietà verticale", come se l'apporto dei privati e delle loro formazioni fosse

“sussidiario” rispetto alle funzioni pubbliche e non viceversa⁴³.

Oggi il ruolo attivo dei privati nella gestione dell’attività amministrativa è già compiutamente confermato da una pluralità di fonti: si pensi all’articolo 11 della l. 241/1990, come modificato dalla l. 15/05, la quale, abrogando la locuzione “nei casi previsti dalla legge”, ha generalizzato il ricorso agli accordi c.d. sostitutivi dei provvedimenti, sancendo la preferenza normativa per la soluzione concordata.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione il principio di sussidiarietà orizzontale ha trovato esplicita copertura costituzionale con l’art. 118, comma 4, Cost.

La della disposizione è peraltro generica: “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”.

La dottrina ha generalmente riconosciuto al principio un valore non

⁴³ In questo senso, G.PASTORI, *La sussidiarietà “orizzontale” alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A.RINELLA, L.COEN, R.SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, cit., p. 171 ss.

meramente politico, ma giuridico⁴⁴.

Ciò ha sollevato peraltro dei problemi sulla portata precettiva e sull'ambito di applicazione della disposizione, da un lato e, dall'altro, sulla natura e sui caratteri del compito che la Costituzione assegna agli apparati pubblici che compongono la Repubblica a norma dell'art. 114 Cost., volto a favorire tali iniziative garantendone la piena realizzazione.

Quanto al primo aspetto, si è autorevolmente sostenuto, per un verso, che le attività di cui al quarto comma dell'art. 118 Cost. non possono comprendere “funzioni amministrative in senso tecnico” e quindi esercizio di poteri amministrativi di natura autoritativa⁴⁵.

Per altro verso, un orientamento analogo collega “l'interesse generale” cui le attività private tendono alle molteplici forme, più o meno organizzate, dirette a realizzare finalità non meramente egoistiche, ma di “inclusione sociale” attraverso una autonoma assunzione dell'onere di “contribuire al difficile compito di creare

⁴⁴ V.CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit.

⁴⁵ Sul punto V.CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2004, XII (aggiornamento).

le condizioni per la piena realizzazione di ciascuna persona”⁴⁶.

Sul punto va senz’altro ricordata la decisione del Consiglio di Stato in sede consultiva per gli atti normativi del 25 agosto 2003, n. 1440, secondo la quale i fenomeni ricompresi nell’ultimo comma dell’art. 118 Cost. sarebbero riconducibili al modulo formale della “cittadinanza societaria” quale “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 poteri pubblici”.

Di qui non solo il collegamento con altre disposizioni costituzionali – in primo luogo gli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. – ma anche il riconoscimento della sussidiarietà orizzontale quale principio ispiratore implicito di molta legislazione vigente in materia di cooperazione e impresa sociale, volontariato e associazionismo di promozione sociale a livello sia nazionale che comunitario.

Proprio al valore di inclusione sociale, infatti, è ormai assegnato un ruolo fondamentale in ambito europeo: basti pensare alle iniziative contenute nella recente strategia Europa 2020 e a quanto previsto

⁴⁶ G.ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 178 ss. spec. p. 185

nel testo definitivo dell'Atto per il mercato unico licenziato nell'aprile del 2011 in merito alla imprenditoria sociale⁴⁷.

Quanto al secondo profilo relativo all'obbligo posto in capo a Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni di favorire questi fenomeni di cura dell'interesse generale sorti spontaneamente nella società civile, sono emerse opzioni interpretative di segno variabile. Da un lato si sottolinea come, pur non impedendo l'intervento pubblico nei settori in cui questo è ritenuto necessario, il principio di sussidiarietà orizzontale escluda essenzialmente di pubblicizzare – sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo – quei settori in cui l'iniziativa autonoma dei soggetti privati sia presente nella gestione di attività di interesse generale. Queste ultime, che possono identificarsi sia come prestazioni a favore della collettività che come interventi di tutela su beni di rilevanza comune, devono però essere sottoposte a interventi di controllo che ne misurino l'efficienza e la capacità di

⁴⁷ Il testo definitivo del *Single Market Act* (aprile 2011) prevede (p. 14) che “il mercato interno si fonda su ‘un’economia sociale di mercato altamente competitiva’, che riflette l’evoluzione verso una crescita inclusiva, socialmente più giusta ed ecologica- mente sostenibile. Si affermano nuovi modelli economici, in cui tali considerazioni di responsabilità nei confronti della società prevalgono sulle logiche di puro profitto finanziario”.

soddisfare le esigenze della collettività⁴⁸.

Dall'altro lato è stato, invece, acutamente messo in evidenza come la comunanza tra interessi generali perseguiti dai soggetti privati e interessi pubblici imporrebbe un radicale cambiamento di prospettiva nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e amministrati⁴⁹. Al tradizionale modello bipolare si contrappone un modello multipolare in cui l'amministrazione dovrebbe, ove opportuno e sulla base di un principio di flessibilità della forma nel perseguimento degli interessi pubblici, ricorrere a strumenti regolatori e consensuali consentiti dalla disciplina generale e di settore e non di rado spesso già utilizzati per gestire vicende amministrative in cui insistono interessi di natura economica e imprenditoriale⁵⁰.

Non mancano, infine, posizioni che vedono nel principio di sussidiarietà orizzontale un'ulteriore conferma di istituti entrati a

⁴⁸ Così V.CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit. il quale ritiene possibile applicare alla attività privata svolta per il perseguimento di un interesse generale il principio della legge 7 agosto 1990, n. 241 così come previsto dall'art. 1, comma 1-ter.

⁴⁹ Cfr. G.ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, cit.

⁵⁰ Si veda sul punto il saggio di S.CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2001, p. 601 ss.

far parte del nostro ordinamento a seguito delle riforme che nei decenni più recenti hanno interessato la pubblica amministrazione: stretto sarebbe in questo senso il collegamento tra sussidiarietà e autonomie funzionali oltre che il legame con gli interventi di privatizzazione, liberalizzazione e semplificazione procedimentale⁵¹.

L'ingresso e l'evoluzione del principio di sussidiarietà nella Costituzione materiale italiana ne hanno determinato una profonda evoluzione.

Ne emerge una nuova "filosofia" dell'organizzazione, che comporta la "disorganizzazione" della plurisoggettività pubblica tradizionale a favore di un modello capace di produrre, ai vari livelli, norme "autonome" a vantaggio di una efficace azione per i

⁵¹ In questo senso R.BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 365 ss., spec. p. 374, riconduce il principio di sussidiarietà orizzontale al settore delle autonomie funzionali. Nello stesso senso in parte anche G.PASTORI, PASTORI, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, cit., *passim*, il quale richiama tuttavia anche alcuni istituti di semplificazione procedimentale come esempio di attuazione del principio. Su questo ultimo profilo si veda, inoltre, L.MARTINEZ, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino, 2008. Con riferimento all'autoamministrazione, P.DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, cit., *passim*.

cittadini e le loro libere formazioni sociali⁵².

Il nuovo Titolo V della Carta fondamentale, peraltro, non contiene alcun esplicito riferimento al principio di proporzionalità, che pur, rispetto ai principi di sussidiarietà orizzontale e verticale, ha trovato oggi maggior fortuna quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, dopo essere penetrato nell'ordinamento nazionale attraverso i processi di *cross fertilisation* indotti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea⁵³.

La dottrina⁵⁴ ha infatti evidenziato l'esistenza di non poche

⁵² La tesi della disorganizzazione della plurisoggettività dell'ordinamento a favore di un'organizzazione "aperta" è di I.M.MARINO, *Revisioni del rapporto fra lo Stato e gli altri enti politici: grandezze e miserie della costruzione di una nuova 'forma di Stato'*, in *Nuove autonomie*, 1999, 8, 5/6, p. 733-738.

Alcuni Autori hanno sostenuto che il principio di sussidiarietà fosse già presente nella nostra Costituzione antecedentemente alla legge costituzionale 18/10/2001, n. 3: cfr. A.D'ATENA, *Il Principio di Sussidiarietà cit.*, p. 616-627; secondo A. PUBUSA, Relazione al Convegno *Il Testo unico delle autonomie locali*, Catania, 2 aprile 2001, la sussidiarietà è indicata in Costituzione, ma solo «come poteva essere indicata negli anni '40». In senso contrario a questa interpretazione S. BARTOLE, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV. , *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali cit.*, p. 236-237.

⁵³ L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in Riv. It. dir. Pubbl. comunitario, 1997, p. 858. Sul punto si veda anche l'interessante ordinanza Corte Cost. 11/6/1999 n. 255 in Giur. Cost. 5/6 1999, p. 2203-2205.

⁵⁴ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità cit.*, p. 173-203.

pronunce dei giudici amministrativi italiani nelle quali sono rinvenibili forme più o meno evidenti di sindacato di proporzionalità sull'azione amministrativa. Tale tendenza si è manifestata in modo evidente soprattutto nell'ultimo ventennio, parallelamente a quella democratizzazione dell'azione dei pubblici poteri che trova nella legge 7 agosto 1990, n. 241, una delle prime consacrazioni⁵⁵.

Analizzando i tratti peculiari della proporzionalità si è notato come il principio non risulti estraneo al sistema dei valori del nostro ordinamento; in particolare esso troverebbe un aggancio diretto nel criterio di efficacia dell'azione amministrativa espressamente sancito dall'art. 1 della legge 241 e nel binomio giusto procedimento-obbligo di motivazione che la stessa legge per la prima volta disciplina in modo rigoroso. Peraltro, come rilevato dal Consiglio di Stato in una recente pronuncia, “il perseguimento

⁵⁵ Sulla disciplina del procedimento amministrativo e della partecipazione dopo la riforma del titolo V della parte II della Costituzione, cfr. M. OCCHIENA, *Il procedimento*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano 2002, p. 167-222; S. CRESTA, S. GRASSI, P. LOMBARDI, I. PAOLA, *La partecipazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione cit.*, p. 223-243.

dell'interesse generale col minor sacrificio possibile dei privati” (principio di proporzionalità) si realizza anche attraverso la conclusione di accordi tra amministrazioni e cittadini⁵⁶.

Come l'efficacia, l'adeguatezza, il giusto procedimento, l'obbligo di motivazione, anche la proporzionalità risulta un principio “estraibile” dall'art. 97, 1° comma Cost⁵⁷ come scaturigine del principio di buon andamento.

Si è detto, nel precedente paragrafo, della portata del principio di proporzionalità nel diritto comunitario: è interessante notare che nelle riforme della legge sul procedimento amministrativo che si sono succedute negli anni esso non ha trovato esplicito riconoscimento.⁵⁸

⁵⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, in Cons. Stato 2001, I, p. 12.

⁵⁷ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV. *Diritto Amministrativo*, II, Bologna 1998, p. 1212-1228.

Con specifico riferimento ai fondamenti costituzionali del giusto procedimento cfr. G. ROHERSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in Dir. Proc. Amm. 1987, p. 47-96.

⁵⁸ Il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri il 21 dicembre 2001, poi confluito nella legge 15/2005, prevedeva originariamente che l'art. 1, 1° comma della legge 241/1990 fosse riformulato nel seguente modo: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficacia, efficienza,

Cionondimeno, la proporzionalità costituisce, insieme alla ragionevolezza⁵⁹, un canone di legittimità dell'azione amministrativa⁶⁰, e ha stimolato una rivisitazione della teoria della

economicità e pubblicità, e dai principi dell'ordinamento comunitario". Nella formulazione attuale scompaiono i principi di proporzionalità e legittimo affidamento, compare il principio di trasparenza mentre il riferimento all'imparzialità verrà reintrodotta solo con la l. 69/2009.

⁵⁹ Secondo R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, p. 186-187, «Volendo evidenziare le relazioni di affinità/diversità fra il principio di ragionevolezza e quello di proporzionalità, sembra possibile affermare che la ragionevolezza attiene – e si riferisce – al procedimento, all'iter procedimentale, e dunque soprattutto all'istruttoria del procedimento, mentre la proporzionalità in senso stretto riguarda il provvedimento, in quanto misura concreta e positiva della comparazione/ponderazione e del bilanciamento del fascio di interessi coinvolti dall'attività amministrativa prodedimentalizzata». Sul principio di ragionevolezza cfr. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993.

⁶⁰ Per fare alcuni esempi: Consiglio di Stato, sez. IV, 20 settembre 2012, n. 5037: “La violazione da parte del militare della Guardia di finanza del giuramento prestato, quale che ne sia la gravità, non giustifica l'irrogazione nei suoi confronti della sanzione espulsiva in modo del tutto uguale per tutte le possibili ipotesi di violazione dei doveri di fedeltà e lealtà assunti dal militare stesso, restando comunque necessario, in virtù dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, una differenziazione tra le stesse ipotesi, se ontologicamente diverse.”; più in generale, anche con riferimento all'origine comunitaria del principio e alla sua vincolatività per tale ragione, Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2012, n. 4733: “Il sacrificio delle libertà economiche, di fronte a ragioni di interesse pubblico, costituisce anche in ambito europeo un principio di carattere generale ormai incontrastato, essendo sancito dai trattati comunitari

discrezionalità amministrativa, sia in dottrina⁶¹, che in giurisprudenza⁶².

e, pertanto, s'impone anche sul piano interno nei confronti di attività private esercitabili previa autorizzazione; peraltro, è altrettanto incontroverso che le contrapposte ragioni della libertà privata e dell'autorità pubblica devono essere bilanciate in modo da non sacrificare ingiustificatamente le prime e che detto contemperamento deve avvenire secondo i consolidati canoni, enucleati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, della necessità e proporzionalità, nel senso cioè che le restrizioni trovino giustificazione nei limiti strettamente necessari a perseguire l'obiettivo di carattere generale, e non vadano oltre questo limite.”

⁶¹ Per una ricostruzione esaustiva delle più importanti elaborazioni dottrinali sulla discrezionalità amministrativa cfr. V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, ora in *Scritti Giuridici cit.*, Vol. I, p. 267-292.

⁶² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873: “Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza del provvedimento e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla p.a. quanto a correttezza dei criteri utilizzati e applicati, al contempo precisando che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al g.a. è consentito di censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile. Il g.a. nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra l'esigenza di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità può, dunque, sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la

La legge 7 agosto 1990, n. 241 esclude dal suo ambito di operatività i procedimenti *generali* (volti all’emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione), per i quali non si applicano, in particolare, le disposizioni concernenti l'obbligo di motivazione, la partecipazione al procedimento amministrativo, la conclusione di accordi tra amministrazione e privati nonché il diritto di accesso agli atti endoprocedimentali⁶³.

Tuttavia, la centralità attribuita dal “diritto europeo” al rispetto dei diritti fondamentali, tra i quali rientra il diritto di proprietà, una recente giurisprudenza costituzionale nonché le innovazioni

regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi.”

⁶³ Secondo le limitazioni rispettivamente poste dagli articoli 3, 2° comma; 13 e 24, 6° comma della legge 241/90. La diffusione della nuova democraticità dell’azione dei pubblici poteri ha così trovato il suo sbocco principale nei procedimenti *singolari*; non a caso è proprio in queste ipotesi che il principio di proporzionalità ha trovato terreno fertile di espansione. Si pensi oggi al preavviso di diniego previsto come onere generale dall’articolo 10bis della LPA, introdotto dalla l. 15/05: la sua omissione è causa di illegittimità del provvedimento finale; peraltro, trattandosi di “norma sul procedimento”, la relativa illegittimità potrebbe non essere invalidante nel caso di procedimento vincolato, laddove l’amministrazione dimostri che il contenuto del provvedimento non sarebbe stato diverso, ai sensi dell’articolo 21^{octies} della LPA.

introdotte da talune leggi urbanistiche regionali inducono a rileggere le limitazioni poste dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, in relazione agli atti generali e di pianificazione alla luce del principio di proporzionalità.

Tale rilettura ha stimolato una riflessione sul carattere essenzialmente “cartaceo” della partecipazione dei cittadini alle procedure di pianificazione, che è stata talvolta brillantemente colta dal legislatore⁶⁴.

Siffatto modello “cartolare”, infatti, è sembrato inadeguato a consentire la rappresentazione, prima e la ponderazione, poi degli interessi coinvolti nei procedimenti di pianificazione.

Si è lamentata, a tale proposito, la mancanza di una delle peculiarità tipiche di una moderna amministrazione di risultato: l’oralità⁶⁵.

Proprio l’oralità e l’informalità, si è detto, incentivano la cooperazione pubblico-privato e, quindi, favoriscono l’attuazione

⁶⁴ Si veda ad esempio la legge regionale della Lombardia n. 1 del 1.2.2012, in BURL n. 5, suppl. del 3 febbraio 2012, il cui articolo 11, comma 5, stabilisce che “la partecipazione dei cittadini singoli o associati e degli enti pubblici e privati, come disciplinata dalle leggi vigenti, comporta l’obbligo dell’amministrazione di valutare e decidere istanze od osservazioni anche se dirette a tutelare interessi privati”.

⁶⁵ Su questi aspetti cfr. A.BARONE, *La governance del territorio*, Bonanno, 2003, pg. 51 ss. .

del principio di sussidiarietà orizzontale⁶⁶.

Sussidiarietà e proporzionalità sono espressione della combinazione normativa tra l'art. 118, 4° comma Cost. e l'art. 3, 2° comma, Cost.: l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, infatti, è ormai intimamente legata alla capacità dell'amministrazione (soprattutto locale) di favorire la piena realizzazione dei cittadini, considerandoli come "alleati" e "protagonisti"⁶⁷.

Si è detto che, secondo la dottrina maggioritaria, l'ambito operativo proprio della sussidiarietà orizzontale si svolge attraverso la

⁶⁶ Secondo P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl.* 1999, p. 31-47, in part. p. 46: «la "discussione" delle obiezioni sollevate deve servire ad una "visione cooperativa" della risoluzione conflittuale che suscita ogni pianificazione su grandi aree e ogni progetto dagli effetti complessi». Nello stesso senso G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1992, p. 3-30, in part. p. 25, secondo cui «parrebbe auspicabile che la sostanza prenda il sopravvento su arcaiche e degenerate forme e che nuove forme semplificate conferiscano razionalità ad un'attività amministrativa, esposta ad una parossistica pluralità di impulsi, talora in direzioni opposte. Occorrono grandi procedure e larghe legittimazioni a sperimentare accordi tra amministrazioni, nonché tra amministrazioni e privati, per la soluzioni di grandi e piccoli problemi».

⁶⁷ E' questa l'opinione di G. ARENA, esposta nel corso del Seminario *Evoluzione dei rapporti tra cittadino e amministrazione*, svoltosi a Catania il 14/1/2002, nell'ambito delle attività del Dottorato di Ricerca in Diritto Amministrativo.

valorizzazione delle strutture del c.d. “privato sociale”: tale orientamento fa riferimento, a tale proposito, anche all’art. 2 della Costituzione⁶⁸.

Questa lettura, che parte dall’assunto della persistente attualità dei fondamenti dello stato sociale⁶⁹, sostiene l’operatività della sussidiarietà orizzontale nei limiti in cui “non siano messi a repentaglio particolari interessi pubblici o i doveri di solidarietà sociale”⁷⁰, nel timore della recrudescenza di letture eccessivamente neoliberiste del principio⁷¹.

⁶⁸ Secondo G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» cit.*, p. 229, l’art. 2 Cost. riconosce «il diritto-dovere dei singoli e delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità individuale di concorrere al perseguimento dei fini pubblici».

⁶⁹ Cfr. sul punto A. D’ANDREA, *La prospettiva della costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus 2000*, p. 227-242.

⁷⁰ M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Enc. Giur.* (ad vocem), p.1. Secondo l’Autore questa «E’ la visione della sussidiarietà come occasione fondamentale per l’autoamministrazione sociale, ma anche come limite all’azione pubblica e come garanzia di sfere di libertà, a meno che non si evidenzi la necessità di una disciplina finalizzata alla garanzia dei principi di eguaglianza sostanziale, di solidarietà e dei diritti sociali in genere».

⁷¹ R.H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, trad. it. di *The firm, the Market and the Law*, Chicago 1988, Bologna 1995, p. 65, afferma che «La natura onnipresente delle esternalità mi suggerisce piuttosto una presunzione contro l’intervento (dell’autorità pubblica) e gli studi sugli effetti della regolamentazione che sono stati realizzati negli ultimi anni negli Stati Uniti, dalla agricoltura alla pianificazione del territorio, indicando che la

Peraltro, tale orientamento, fatto scevro dalle pregiudiziali ideologiche⁷², se inteso in senso “restrittivo”, e cioè escludente rispetto al ruolo attivo del privato nella adozione degli atti amministrativi, sembra oggi entrare in crisi alla luce delle recenti disposizioni normative in tema di SUAP, che prevedono un ruolo attivo di un soggetto privato nell’adozione di provvedimenti ampliativi di tipo autorizzatorio.

Infatti, se da un lato esso manifesta un’apertura nei confronti del ruolo del cosiddetto “terzo settore” nell’amministrazione di promozione sociale, al contempo sembra negare in radice la stessa costituzionalità della “competenza decisoria” del privato nell’attività procedimentale, pur se limitata ai procedimenti di natura vincolata.

Ci si riferisce al regolamento sullo sportello unico per le attività produttive (d.P.R. 160/2010), applicativo della disposizione di cui all’articolo 38 del d.l. 112/2008.

Quest’ultimo prevede, al comma 4, che “Con uno o più regolamenti, adottati ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge

regolamentazione ha generalmente peggiorato le cose, rafforzano questo punto di vista».

⁷² Che non vanno rinnegate, ma certamente sospese in sede d’analisi.

23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro per la semplificazione normativa, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, e previo parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, sono stabiliti i requisiti e le modalità di accreditamento dei *soggetti privati* di cui al comma 3, lettera c), e le forme di vigilanza sui soggetti stessi, eventualmente anche demandando tali funzioni al sistema camerale, nonché le modalità per la divulgazione, anche informatica, delle tipologie di autorizzazione per le quali è sufficiente l'attestazione dei soggetti privati accreditati, secondo criteri omogenei sul territorio nazionale e tenendo conto delle diverse discipline regionali”.

Il precedente comma 3, nel sancire i principi cui il regolamento SUAP deve attenersi, elenca, alla lettera c), “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 ("Agenzie per le imprese"). In caso di istruttoria con esito positivo, tali soggetti privati rilasciano una dichiarazione

di conformità che costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività. Qualora si tratti di procedimenti che comportino attività discrezionale da parte dell'Amministrazione, i soggetti privati accreditati svolgono unicamente attività istruttorie in luogo e a supporto dello sportello unico”

La norma consente che un soggetto privato, in virtù dell'accREDITAMENTO, possa rilasciare un atto certificativo che costituisce un titolo autorizzatorio.

La competenza del soggetto privato è piena, nel caso di procedimento vincolato; è limitata all'istruttoria, nel caso di attività discrezionale.

Non è chiaro, in quest'ultimo caso, se il riferimento all'attività discrezionale debba estendersi anche alla discrezionalità tecnica.

Cionondimeno, raccordando questa disposizione con quella di cui all'articolo 6, lettera e), della l. 241/90, la competenza dell'Agenzia per le imprese all'istruttoria comporta che il provvedimento finale del soggetto pubblico debba essere adeguatamente motivato nel caso in cui si discosti dalle risultanze dell'istruttoria.

L'intervento del privato in funzione certificativa non è nuova all'ordinamento italiano: basti pensare alle attestazioni SOA

previste oggi dal d.P.R. 207/2010 (regolamento applicativo del codice degli contratti pubblici) per le certificazioni della sussistenza dei requisiti tecnici e finanziari necessari per i lavori pubblici.

Le SOA, ancorché organismi privati, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia in una attestazione con valore di atto pubblico, verificandosi in tal modo un'ipotesi di esercizio privato di funzione pubblica⁷³.

mentre la disciplina delle SOA prevede una attività certificativa separata dal momento procedimentale successivo, a cui la certificazione accede, per così dire, dall'esterno, la disciplina del SUAP, al contrario, prevede la sostituzione di un soggetto privato all'attività certificativa propria del pubblico da avvenire volta per volta, per ogni singolo procedimento.

Il ruolo del privato nel diritto amministrativo è sempre più un ruolo di amministrazione attiva, come si vedrà nelle ipotesi applicative di cui al capitolo successivo.

È peraltro opportuna una disamina delle radici storiche della commistione fra i ruoli del privato e del potere pubblico in senso

⁷³ Questa è la definizione che ne dà il Consiglio di Stato, con la nota sentenza della IV sezione, n. 991 del 2 marzo 2004.

lato.

Tale analisi è stata svolta, specialmente nel decennio passato, con speciale riguardo al principio di sussidiarietà orizzontale, cui è stata riconosciuta una valenza “trasversale, che prescinde da quella ricerca del miglior regime politico che, nell’alternativa tra democrazia, monarchia e aristocrazia, ha visto schierarsi i filosofi da Plotino a Bodin”⁷⁴.

⁷⁴ L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, *Riv. dir. fin. e scienza delle finanze*, 2000, 01, pgg. 99 ss..

Il rapporto tra il potere pubblico e i privati nell'analisi storica del principio di sussidiarietà orizzontale.

Il principio di sussidiarietà orizzontale è stato tradizionalmente inteso in senso “negativo”, come limite – etico prima che giuridico – all’ingerenza dello Stato nella sfera della libertà economica dei singoli.

La riflessione sui limiti dell’imperio pubblico, così intesa, è assai risalente, e affonda le radici nel pensiero classico. Si tratta, ovviamente, di germi d’idea, eppure di un “*humus antico nel quale ritrova le proprie premesse essenziali, di più, le proprie componenti di base, atte a gettare luce più piena sulle più recenti formulazioni*”⁷⁵.

Il discorso sul principio di sussidiarietà si fa normalmente risalire ad Aristotele, secondo il quale il potere politico che si preoccupi di dirigere gli individui fin nei dettagli trasmoda nel dispotismo⁷⁶.

⁷⁵ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, CEDAM, Padova, 2004, pg. 4.

⁷⁶ L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., ib.: “Il problema aristotelico di come “governare uomini liberi”, nello scontro tra le due contrapposte necessità (governo e libertà), nella sussidiarietà è quindi chiamato in causa con immediatezza e viene a coincidere con la storia della libertà di autonomia, che ha radici antiche nella genealogia della nostra tradizione di

Il problema aristotelico di come “governare uomini liberi”, nello scontro tra le due contrapposte necessità (governo e libertà), anticipa le questioni che saranno affrontate nella riflessione sulla sussidiarietà⁷⁷.

Nell’ambito della *polis*, la società descritta da Aristotele è una

pensiero”. Prosegue peraltro l’A.: “Solo con l’approfondimento compiuto dalla scolastica si può però far ritenere che la sussidiarietà abbia connesso la libertà di autonomia e la giustizia sociale, realizzando così un singolare ma non assurdo paradosso”.

⁷⁷ A.GENTILINI, *La sussidiarietà appartiene al diritto mite? Alla ricerca di un fondamento giuridico per l'«attrazione in sussidiarietà»*, in *Giur. cost.* 2008, 02, 1640, par. 1, che individua i fondamenti storici della teoria del diritto mite e del principio di sussidiarietà in Aristotele: “La vera questione posta da tale teoria, tuttavia, è nota da tempi molto remoti, ed è, stringendo all'essenziale, quella dei limiti strutturali dell'idea della generalità della legge. Secondo un pensiero già rintracciabile nell'opera di Aristotele, l'ordine politico si identifica con la legge in quanto regola generale: ed è preferibile l'impero della legge a quello di qualsiasi cittadino, perché il primo significa sovranità della ragione obiettiva mentre il secondo significa arbitrio soggettivo. Tuttavia, una volta poste le leggi, «chi detiene il potere, sia uno sia più, è sovrano in tutti quei casi in cui le leggi non possono pronunciarsi con esattezza, perché non è facile emanare norme generali per tutti i casi»; anzi, detto più esplicitamente, «è tra le cose impossibili stabilire una legge per tutto ciò su cui si delibera». Svelato dunque il cuore della questione: in sostanza, e il pensiero di Aristotele ne è riprova, nasce insieme al concetto di legge quale regola generale quella consapevolezza dei limiti dovuti proprio alla sua generalità; la generalità è un'arma a doppio taglio: da un lato ha il pregio di significare razionalità e dunque ordine politico ma, dall'altro, il difetto di non poter coprire tutti i casi concreti particolari.”

società complessa, costituita da gruppi sociali che si sovrappongono e che si governano nella ricerca di una complessiva armonia di sistema, ma anche nella consapevolezza – ben chiara ad Aristotele – che, “è tra le cose impossibili stabilire una legge per tutto ciò su cui si delibera”⁷⁸: ed è in questo ultimo senso che la legge, intesa come potere costituito e razionalmente organizzato, ha un ruolo “suppletivo” rispetto alle ulteriori comunità di cui il cittadino è parte.

Infatti l'uomo, singolarmente considerato, non è autosufficiente, ed ha necessità della famiglia per soddisfare i propri bisogni, così come la famiglia cerca il sostegno del villaggio per rispondere alle proprie insufficienze⁷⁹.

Alla *polis* sono riservate le questioni più complesse, come la difesa, la sicurezza interna, la giustizia, la finanza locale, i rapporti con i confinanti ed il culto. Il pubblico potere, in questa logica, interviene negli interstizi della società, ove questa non sia autosufficiente⁸⁰.

⁷⁸ ARISTOTELE, *Politica*, 1287b.

⁷⁹ Si aggiunga, per puro inciso, che in epoca classica non era sconosciuto il fenomeno dell'associazionismo: si pensi alle eterie (ἑταιρεία).

⁸⁰ C.BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Dir. Amm.*, 2007, 04, 895, par. 1.

Secondo Aristotele, compito del potere è di permettere la felicità nella diversità, rimanendo però suppletivo e non creatore della società⁸¹.

L'approccio aristotelico – ma si potrebbe dire ellenico – al potere si coglie bene se si tiene presente l'allora attualissimo “scontro di civiltà”⁸² con la cultura orientale, burocratizzata ed accentratrice. Il potere dei sovrani orientali era illimitato e poteva disporre delle sfere più intime della vita dei sudditi.

Le differenze tra la costituzione materiale persiana e quella ateniese erano ben conosciute da Aristotele, che fu maestro di Alessandro Magno.

Proprio tale consapevolezza consente di apprezzare la lucidità della riflessione aristotelica.

Nel diritto romano⁸³ si può ricordare che il sistema di governo delle

⁸¹ Cfr. *Politica*, III, 16, 1287, a 20-25; III, 14, 1285, I, 2, 1252 b 10 ss.

⁸² Termine scelto con cognizione di causa: a differenza delle popolazioni “barbare”, con le quali i Greci si scontravano spesso, la civiltà persiana era ben organizzata, molto antica e straordinariamente ricca. Le differenze di approccio al potere sono lucidamente riportate da Senofonte nell'Anabasi.

⁸³ P.MADDALENA, *La costituzione della Repubblica italiana sessant'anni dopo la sua entrata in vigore*, in *Dir. amm.* 2008, 04, 717, par. 3: “E non si deve dimenticare che Tacito aveva posto in evidenza il valore della libertà di cui godevano i popoli germanici al di là del Reno e dell'Oder, mentre proprio gli

province era, di norma, rispettoso dell'autonomia dei popoli assoggettati, che conservavano le proprie norme e un certo potere di autogoverno.

Ancora una volta, peraltro, è interessante notare come la frontiera orientale dell'Impero non riuscì mai ad addentrarsi nel regno dei Parti (egemoni in Persia tra il secondo secolo a.C. e il terzo secolo d.C.), che rimase l'avversario mai sconfitto dai Romani il primo vero scontro tra questi ultimi e i Parti culminò con la sconfitta di Carre, ove scomparve il triumviro Crasso: sarebbe stato interessante assistere alla sintesi tra le due culture che sarebbe sorta nella provincia partica.

La lezione aristotelica fu ripresa da Tommaso d'Aquino, ritenuto il punto di raccordo fra la cristianità e la filosofia classica.

Nell'ambiente culturale nel quale Tommaso viveva, i legami sociali in cui l'individuo nasceva e si sviluppava erano parte della sua stessa identità. Coerentemente, nel suo pensiero si conciliavano,

ordinamenti barbarici creavano il «*Regnum*», sinonimo di Stato, sulla base dell'idea di una collettività organizzata spontaneamente in un vincolo giuridico. Ed altrettanto deve dirsi dell'«*Imperium*» sorto con Carlo Magno, il quale, come è risaputo, si protrasse fino alla pace di Westfalia (1648), che, ponendo fine alla guerra dei trent'anni per le investiture, datò l'inizio degli Stati moderni

senza alcun paradosso, il principio della totalità e quello dell'autonomia.

L'epoca di Tommaso è quella di Federico II di Hohenstaufen, *stupor mundi*, imperatore, Re delle due Sicilie e di Gerusalemme. Sovrano illuminato, uomo colto e poliglotta⁸⁴ che lascerà un'impronta forte nella cultura del suo tempo, Federico visse dei contrasti forti col papato, ma senza mai metterne in discussione l'autorità, sentendosi egli strumento di un potere più grande di lui, del quale sentiva di dover perseguire i fini.

Il giusto governo che Tommaso teorizza è influenzato dal mito federiciano: esso è preordinato non già all'interesse del tiranno, bensì al bene comune.

L'originalità del suo pensiero sta nell'idea per cui il potere non pone esso stesso i suoi fini, ma al contrario li riconosce come preesistenti. In altre parole, il potere “non costituisce un'istanza esterna alla quale la persona e le società sono subordinate”, ma

⁸⁴ D.ABULAFIA, *Federico II*, Einaudi, 2006, menziona le fonti secondo cui Federico, all'età di sette anni, si aggirasse di nascosto dalla madre Costanza tra le bancarelle del mercato di Palermo, dove si racconta abbia imparato l'arabo. Ed in arabo Federico intratterrà corrispondenza con eminenti personalità della politica e della cultura del mondo islamico, che pure lo trattavano con il rispetto e la condiscendenza dovuti al più illustre e il più colto fra gli “infedeli”.

piuttosto “assicura le condizioni alle quali ciascuno dei membri della società può sviluppare appieno il proprio essere ed è funzionale a fini che non elabora, ma assume, comprende e riduce ad unità”⁸⁵.

Il bene comune è dunque frutto di una pluralità di apporti, nella cui visione gli sforzi sociali sono unificati e valorizzati⁸⁶.

Tommaso pone dunque l’enfasi sull’azione autonoma, intesa come bene superiore, descrivendo un efficace paragone tra il governo delle cose umane e la provvidenza divina: “L’ottimo per ogni governo consiste nel provvedere ai suoi governati nel rispetto della loro natura: questa è la nozione stessa di giustizia nel governare. Come per un governatore opporsi a che i governati adempiano i propri compiti – salvo che momentaneamente in ragione di qualche necessità – sarebbe contrario al senso di un governo umano, così non lasciare alle creature la facoltà di agire secondo il modo della loro natura sarebbe contrario al senso del governo divino. Ma è quando le creature agiscono in questo modo che seguono la

⁸⁵ C.MILLON-DELSOL, *L’État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l’État: le principe de subsidiarité aux fondements de l’histoire européenne*, Paris, PUF, 1992, pgg. 43-44.

⁸⁶ L.ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., ib.

corruzione ed il male nel mondo.”⁸⁷

Il rispetto della natura dei governati implica (pur con un certo slancio logico) il rispetto della loro sfera di autonomia. In tal senso, il governo secolare è giusto perché è plasmato ad immagine del governo delle cose divine, che giudica giusto lasciare alle creature la libertà di essere se stesse, e di agire in quanto tali.

D'altronde, il giudizio di Dio non avrebbe ragion d'essere se non avesse ad oggetto delle azioni libere.

La lezione tomistica influenza fortemente la cultura prerinascimentale⁸⁸, la quale si trova a dover conciliare anche

⁸⁷ T. D'AQUINO, *Summa contra gentiles*, liber III, cap. 73: “Optimum in gubernatione qualibet est ut rebus gubernatis secundum modum suum provideatur: in hoc enim regiminis iustitia consistit. Sicut igitur esset contra rationem humani regiminis si impedirentur a governatore civitatis homines agere secundum sua officia - nisi forte quandoque ad horam, propter aliquam necessitatem,- ita esset contra rationem divini regiminis si non sineret res creatas agere secundum modum propriae naturae. Ex hoc autem quod creaturae sic agunt, sequitur corruptio et malum in rebus”. Tutta l'opera di Tommaso è pubblicata qui: <http://www.corpusthomisticum.org/ott101.html>

⁸⁸ G.FALSITTA, *Giustizia distributiva, principio di proporzionalità e federalismo nell'opera di Dante Alighieri*, in *Riv. dir. trib.* 2011, 04, 369, par. 11: “Dovunque possa nascere un conflitto, là deve esercitarsi il diritto di giudicare. Ma tra due principi non assoggettati l'uno all'altro può nascere un conflitto; occorre pertanto che in tale evenienza vi sia un terzo dotato di un più ampio

formalmente l'*utriusque ius* con gli ordinamenti particolari delle città e dei principati.

In epoca moderna, la dottrina aristotelica ha costituito la base fondamentale anche per gli studi sullo stato sussidiario di Althusius.

Il giurista tedesco del XVII secolo è considerato il padre del federalismo moderno e il fondatore della teoria generale del diritto pubblico.

Il sistema altusiano distingue cinque sfere di estrinsecazione del potere: due private (la famiglia e la corporazione) e tre pubbliche

potere di giurisdizione, il quale sia in grado di imporsi ad entrambi. Dunque l'impero universale è necessario al mondo.

Non si potrebbe esprimere in forma più limpida e concisa il principio del potere federale a livello planetario concepito come il rimedio strutturale per evitare le guerre tra gli Stati. Va soggiunto che Dante ha ben chiara l'idea della piena legittimazione dei diversi regni, delle diverse nazioni e delle stesse città e signorie a legiferare in modo conforme ai propri interessi e alle proprie tradizioni. Egli riconosce ad ogni nazione e ad ogni città lo sviluppo di un proprio governo o di una propria legislazione, conformi allo spirito nazionale. In tal modo Dante enuncia un principio che, in connessione con quanto si è detto riguardo alle competenze imperiali, limitate ma essenziali, è corretto qualificare come la formulazione di quello che oggi è chiamato *principio di sussidiarietà*".

(la comunità locale, la provincia e lo stato)⁸⁹.

L'assetto della società è ricostruito dal basso verso l'alto, dalla comunità più piccola, la famiglia, alle comunità progressivamente più allargate, le corporazioni, la città, la provincia, fino ad arrivare allo stato. Althusius descrive una società organizzata gerarchicamente, in cui le diverse comunità, capaci di funzionare efficacemente per il soddisfacimento dei propri obiettivi, devono rivolgersi alla comunità sovraordinata per sopperire alle necessità cui non riesce autonomamente a rispondere.

Althusius aveva analizzato una società dalle molteplici supplenze,

⁸⁹ A. FRASCHINI, *Subsidiarity*, *Riv. dir. fin.* 2001, 01, 55, par. 1: “As it is known, subsidiarity is not a new concept but a very old one. The name of Johannes Althusius, a German political theorist of the 16th century (1557-1638) who is considered the intellectual father of modern federalism, is generally associated with early discussion of subsidiarity, although Althusius does not appear to have made use of the word itself. Althusius conceived five main types of association: two private (the family and the voluntary corporation) and three public (the local community, the province and the state). The society conceived by Althusius is like the Chinese boxes, or like a "matrioska" (the Russian dolls that stay one inside the other): the family is the smallest community, followed by the corporation, the town, the province and the State. Althusius assigned responsibilities to each grouping on the basis of what he believed were the one's own aims of each body and its capacity to fulfil them, and for this reason he is considered an early contributor to an understanding of the concept of subsidiarity”.

ove lo stato altro non era se non l'ente collettivo che coronava gli altri, essendo il solo ente collettivo cui nessuno poteva supplire⁹⁰.

Il pensiero di Althusius, ove la società è ancora quella organica medioevale, descrive una tensione dialettica: sovrano è il popolo, perché vive all'interno di sfere che sono sovrane nella loro autonomia e, come tali, quasi autosufficienti. D'altronde l'istanza pubblica, limitata nelle sue prerogative, risulta però onnipotente (e dunque anch'essa sovrana) nell'ambito del ruolo che le è affidato.

Il potere supremo della politica, in altre parole, è necessario non tanto perché la società non potrebbe fare nulla senza di esso, ma piuttosto perché essa non potrebbe fare tutto⁹¹. In questo senso, forzando impropriamente l'uso della terminologia moderna, esso è *sussidiario*.

La dialettica tra sovranità e autonomia è pure al centro della speculazione dei liberali classici, anche se viene qui riferita all'individuo considerato come singolo, più che come elemento di una comunità organica, così come la intendevano gli antichi. L'uomo, in tale visione, è capace di assumere tutto ciò che il suo

⁹⁰ C.BERTOLINI, La sussidiarietà amministrativa, cit., ibidem.

⁹¹ L.ANTONINI, Il principio di sussidiarietà orizzontale, cit., par. 2.

benessere richiede, anche se non la condizione di stabilità di questo benessere, ossia la sicurezza, che invece legittima l'intervento – in questo senso *sussidiario* – dell'autorità pubblica.

Da questa riflessione scaturisce, per Locke, la rinuncia a farsi giustizia da sé a favore dello Stato⁹². Locke distingue, nel Secondo trattato sul governo, il potere paterno (che “conduce a considerare i sudditi come eterni minorenni, che non giungono mai, in quanto cittadini, all'età della ragione”⁹³) e il potere dispotico (quello irrispettoso della proprietà e dell'autonomia dei privati) dal potere politico (che dunque non è tanto quello orientato al fine del bene pubblico, quanto quello che non fa ingerenza nella sfera giuridica dei singoli).

Allo Stato spetta quindi il ruolo di controllore, non di sollecitatore, delle attività dei sudditi, “le quali restano, anche dopo la costituzione del potere civile, principalmente regolate, salvo che nella sfera delle cose indifferenti, dalle leggi naturali”⁹⁴.

Il pensiero liberale è pregno di ottimismo nei confronti delle capacità umane di autogoverno: ciò rende l'azione statale non

⁹² P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., pg. 9.

⁹³ N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Torino, Giappichelli, 1963, pag. 243

⁹⁴ N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, cit., pag. 258

soltanto sussidiaria, ma anche *provvisoria*, in attesa di uno sviluppo via via maggiore delle capacità medesime, e la supplenza dello Stato, nei limiti in cui è necessaria, è semmai volta ad “arricchire gli esseri tramite la pedagogia dell’autonomia”⁹⁵.

Si affaccia l’idea humboldtiana dello Stato come di *ein notwendiges Übel* (un male necessario), da ridurre, sotto il profilo delle funzioni, nei termini di uno Stato minimo⁹⁶, e fa la sua comparsa il concetto di autodeterminazione⁹⁷, che si porrà a fondamento del federalismo moderno.

Anche per Montesquieu il despota è un “confiscatore di autonomie, animato da una sorta di gelosia delle azioni che lo porta a divenire l’agente economico supremo e monopolista: produzione di Stato e commercio di Stato”⁹⁸.

⁹⁵ C.MILLON-DELSOL, *L’État subsidiaire*, cit., pg. 91.

⁹⁶ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., pg. 9.

⁹⁷ C.CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.* 2010, 04, 1037, par. 1: “Autodeterminazione è parola che nasce a metà dell’ottocento a indicare il diritto degli individui e delle nazioni di scegliere da sé medesime il proprio destino ... Il maggiore cantore moderno della libertà, John Stuart Mill, non ha infatti difficoltà ad ammettere che «le necessità della vita esigono continuamente non che noi rinunciamo alla nostra libertà, ma che consentiamo a lasciarcela limitare in un modo o nell’altro»”

⁹⁸ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., pg. 16.

Tocqueville muove la sua critica all'Ancien Régime additando come una sproporzione ed un'incongruenza il contrasto fra un'amministrazione gigantesca e lontana ed il carattere particolare, minuzioso dei compiti che essa fagocita, dispotica proprio nella sfera amministrativa.

Sin qui, e cioè sino agli albori della nascita dello Stato liberale, la sussidiarietà è teorizzata nella sua accezione "negativa", come non-ingerenza dello Stato nella sfera di autonomia dei privati⁹⁹.

Ma gli stessi autori, nelle cui opere sono comunemente individuati i germi della teoria della sussidiarietà, accennano, pur per implicito, ad una funzione in chiave "positiva" delle comunità e degli individui nel governo delle cose, ciò che è di massimo interesse nell'ottica del presente lavoro.

L'idea di una funzione dello Stato limitata al mantenimento della sicurezza individuale è criticata e superata dal liberalismo costituzionale tedesco, ed in particolare da Robert Von Mohl e Georg Jellinek.

Von Mohl, che per primo distinse un autonomo diritto

⁹⁹ Ciò che porta DURET ad incentrare il discorso introduttivo della sua *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati* nella diarchia "capacità-autonomia".

amministrativo (*Verwaltungsrecht*) dal diritto costituzionale (*Verfassungsrecht*)¹⁰⁰, individua il ruolo dello Stato nella sintesi di *Rechts-Staat* e *Polizei-Staat*¹⁰¹: lo Stato ha il compito di sopprimere gli ostacoli che si frappongono sulla strada del pieno sviluppo della vita dell'uomo, ma solo nella misura in cui i singoli o piccole comunità vitali non riescono da se stessi ad adempiere a questo compito¹⁰².

Jellinek ritiene che lo Stato abbia ad intervenire laddove l'azione individuale o associativa sia insufficiente al raggiungimento dei fini prefissati, e nella misura in cui esso, coi suoi mezzi, possa promuovere i corrispondenti interessi in modo migliore¹⁰³.

La prima enunciazione esplicita del principio di sussidiarietà si trova nell'enciclica "Quadragesimo Anno" di Pio IX del 15.5.1931, laddove esso viene riconosciuto come un gravissimum principium appartenente alla filosofia sociale.

Qui esso viene fatto proprio dalla dottrina sociale della Chiesa,

¹⁰⁰ G.MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2012, 02, 397.

¹⁰¹ Quest'ultimo termine è utilizzato con un significato ben diverso da quello dei filosofi liberali, che lo intendevano in accezione affatto negativa.

¹⁰² P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., pg. 31

¹⁰³ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., pg. 31.

nell'intenzione di ribadire il ruolo centrale della persona e delle aggregazioni sociali minori di fronte ai difetti e agli eccessi provocati, su scala europea e mondiale, dalle varie applicazioni dei modelli del liberalismo individualistico o, all'opposto, del centralismo totalitario e collettivista.

L'Enciclica nasce come una reazione ad un contesto politico piuttosto ostile in Italia e in Europa, con la funzione qui di proteggere dalle pretese di assorbimento nello statalismo socialista e fascista tutta una tradizione di privato sociale che aveva garantito all'Italia benessere sociale e una certa protezione alle classi più deboli¹⁰⁴; e lì, come risposta agli afflati socialisti e filofascisti.

In generale, il contesto storico di riferimento è quello delle dittature e dalla teoria dello Stato-providenza, sicché, s'è detto, “la preoccupazione della Chiesa era che gli Stati, sopraffatti dalla logica interventista giustificata dal periodo di grande depressione internazionale, rischiavano di distruggere la dimensione sociale della vita del cittadino, lasciandolo conseguentemente senza difesa

¹⁰⁴ Il contesto storico è non solo l'Italia fascista e corporativa, con le sue pretese egemoniche in campo sociale ed economico; ma anche l'Italia liberale di Crispi e della legge che, portando il suo nome, pubblicizzò e sottopose ad un penetrante controllo statale circa 22.000 Opere Pie, minandone l'autonomia.

nei confronti del potere statale e quindi incapace di difendere la propria essenza di uomo libero”¹⁰⁵.

La *Quadragesimo Anno* si pone in realtà in rapporto di continuità col solco tracciato dalla precedente *Rerum Novarum*, la quale fu però elaborata in un contesto storico ben diverso, di assenza di protezione sociale, e pertanto enfatizzava maggiormente l’obbligo di intervento pubblico dello Stato, pur marcandone i limiti.

Pertanto, ispirandosi ai principî del solidarismo elaborati da alcuni settori della dottrina cattolica tedesca, il magistero sociale della Chiesa indicava una propria via di equilibrio: da un lato sosteneva l’esigenza che si desse piena esplicazione all’autonomia della persona e delle aggregazioni minori, dall’altro rivendicava allo Stato e alle comunità maggiori la funzione di intervenire nei campi in cui essi soli potessero agire con efficacia, supplendo negli ambiti in cui gli individui e le comunità minori fossero o si dimostrassero incapaci di agire, e comunque intervenendo mediante una attività di direzione, vigilanza, promozione, se necessario di coercizione,

¹⁰⁵ M.RIBAUDO, *La sussidiarietà: una divinità dai troppi volti*, in *Quelle istituzioni*, 108/1996, pp. 30.

secondo quanto dettassero le circostanze.¹⁰⁶

La formulazione proposta è quindi la seguente: “È vero certamente e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche delle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva (*subsidium afferre*) le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle”¹⁰⁷.

La violazione di tali regole di azione è ritenuta “*iniuria ... simulque*

¹⁰⁶ O.CONDORELLI, *Sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento canonico: alcune considerazioni storiche*, in *Dir. eccl.* 2003, 03, 942, par. 1.

¹⁰⁷ La traduzione ufficiale dal latino, in italiano e in inglese, si trova nel sito internet dello Stato Vaticano: shortened URL: <http://bit.ly/PHMkX0> (http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_it.html)

grave damnum ac recti ordinis perturbatio”.

L’esplicita proclamazione del ruolo sussidiario dello Stato, legittimato ad intervenire solo in quei casi in cui, per la natura e la dimensione dei problemi, il singolo o la comunità a lui immediatamente più vicina non sono in grado di auto regolarsi ed autogestirsi, è stata definita una “rivoluzione copernicana rispetto al codice genetico dello Stato moderno”¹⁰⁸.

In realtà, l’elemento di maggiore novità è dato dall’espressione *subsidium afferre*, che postula non soltanto un ruolo sussidiario/recessivo dello Stato¹⁰⁹, ma anche e soprattutto un ruolo propulsivo della società (che oggi chiameremmo) civile, chiamata ad un ruolo attivo nella gestione delle umane cose¹¹⁰.

¹⁰⁸ L.ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., par. 2.

¹⁰⁹ Come pure è stato ritenuto: cfr. A.RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d’analisi*, in A.RINELLA-L.COEN-R.SCARCIGLIA, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova 1999, 18: “Mentre nel 1891, nell’Enciclica *Rerum novarum*, Leone XIII aveva affermato la necessità dell’intervento dello Stato al fine di combattere gli eccessi prodotti dal liberalismo, nel 1931, il suo successore Pio XII, nell’Enciclica *Quadragesimo anno*, preferì porre l’accento sul principio di non-ingerenza da parte dello Stato”

¹¹⁰ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., pg. 25. L’autore peraltro rileva: “Singolarmente, nelle citazioni di questo passo, o nell’uso strumentale che talora si fa di esse e del principio in generale, l’accento

In altre parole, per la prima volta alle comunità *private* viene espressamente riconosciuta una funzione *pubblica* di intervento nella cura degli affari di *welfare*.

La sussidiarietà intesa dalla Quadragesimo Anno ha infatti una duplice valenza: si salda e si integra col principio di solidarietà promosso soprattutto dalla Chiesa postconciliare¹¹¹: “l'intero progetto di ‘ordine sociale’ in senso ontologico ed etico, dal quale avrebbero dovuto derivare le successive strutturazioni della società in senso legislativo e istituzionale, comprendeva anche il principio di sussidiarietà, ritenuto speculare e complementare alla solidarietà”¹¹².

Il principio di sussidiarietà viene espressamente richiamato da Pio

sembra spesso cadere solo sulla parte negativa (il richiamo dei limiti dell'azione statale nei confronti degli individui e delle società minori) con più o meno completa (e più o meno consapevole) obliterazione della parte positiva (l'affermazione che qualsiasi attività sociale deve di sua natura *subsidium afferre* ai membri del corpo sociale); singolarmente perché, com'è evidente, il termine *subsidium*, che denomina il principio, si trova proprio nella sua componente positiva”.

¹¹¹ L.ROSA, *Il “principio di sussidiarietà” nell'insegnamento sociale della Chiesa, I, La formulazione del principio e la sua interpretazione*, in *Agg. Soc.*, 1962 pag. 590.

¹¹² E.MONTI, *Solidarietà*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa: scienze sociali e magistero*, in *Vita e Pensiero*, Milano, 2004, pg. 80.

XII, nell'allocuzione ai cardinali del 20 febbraio 1946; da Giovanni XXIII, nell'enciclica *Mater et magistra* del 15 maggio 1961 (in cui vengono proposte nuove implicazioni della sua concreta applicazione in particolare nel campo dell'economia) e nell'enciclica *Pacem in terris* dell'11 aprile 1963 (ove si evidenziano le conseguente relativamente ai "rapporti fra i poteri pubblici delle singole comunità politiche e i poteri pubblici della comunità mondiale"; da Giovanni Paolo II, per il quale "il principio di sussidiarietà diventa, per così dire, un motivo ricorrente sia nel suo personale magistero sia nei documenti della Santa Sede, con enunciazioni che ... non sono prive di una certa novità di accenti"¹¹³.

¹¹³ G.FELICIANI, *Sussidiarietà*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Vita e Pensiero, 2004., pg. 89. Ivi è riportato un passo indicativo della portata "positiva" del principio nell'accezione ecclesiale: "A tale proposito va pure osservato come sia decisamente da rifiutare una interpretazione riduttiva del principio, quasi che esso comporti, per chi esercita a qualunque livello il potere, solo il divieto di impedire o ostacolare la libera iniziativa delle singole persone e delle formazioni sociali, e non anche, invece, quello di incoraggiarla, favorirla e valorizzarla. ... Il primato della persona umana unitamente alla natura sociale della stessa esigono che le comunità abbiano come unico scopo il dare aiuto (*subsidium*) ai singoli individui nell'assunzione di personali responsabilità per la propria autorealizzazione, assicurandone le condizioni necessarie", *ibidem*, pg. 91.

Con i giuristi-economisti della scuola di Friburgo, detti “ordoliberalisti” dal nome della testata della propria rivista “Ordo”, la riflessione sulla sussidiarietà si giuridicizza e si sviluppa con riguardo al rapporto tra Stato e mercato e alla plausibilità di una “costituzione economica”.

Il principio di sussidiarietà è inteso quale principio di diritto costituzionale e di politica economica.

L'impostazione ordoliberales teorizza la sostituzione al *Welfare State* obbligatorio con una *Welfare Society*. Quest'ultima viene descritta come una società vitale, nella quale gruppi avulsi dal potere costituito si fanno responsabili portatori di iniziative.

La differenza sostanziale col liberalismo del XIX secolo sta nel fatto che quest'ultimo propugnava la teoria del *rolling back the State*, secondo la quale il mercato è capace di autoregolamentarsi e l'intervento dello Stato produce un effetto fisiologicamente distorsivo.

Secondo la scuola di Friburgo, il mercato è un sistema *in sé etico*, ma solo nella misura in cui resti un sistema competitivo, non

discriminatorio e libero da privilegi¹¹⁴.

Gli ordoliberalisti dunque ritengono necessario un intervento dello stato in funzione di controllo e monitoraggio per il rispetto delle regole, e considerano possibile ed anzi opportuni un sistema che garantisca una seppur minima capacità di acquisto di generi e servizi di prima necessità per coloro che si trovino in situazione di disagio economico, temporaneo o permanente. Tuttavia essi insistono sul fatto che tali misure siano assicurate su una base non discriminatoria, libera da privilegi e soprattutto in modo da non corrompere i fondamentali principi etici alla base di un mercato non discriminatorio¹¹⁵.

¹¹⁴ V.J.VANBERG, *The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism*, in *Freiburg discussion papers on constitutional economics*, 4/11, <http://hdl.handle.net/10419/4343>: “For the Freiburg School the market order, as a non-discriminating, *privilege-free* order of competition, is in and by itself an *ethical order*”.

¹¹⁵ V.J.VANBERG, *The Freiburg School*, cit., *ibid*: “The Freiburg ordo-liberals recognized that the competitive market order can be, and should be, combined with a system of minimal income guarantees for those who are, temporarily or permanently, unable to earn a living by providing saleable services in the market. They insisted, though, that social insurance provisions must be of a non-discriminating, *privilege-free* nature, and must not be provided in ways – e.g. in the form of subsidies or other privileges granted to particular industries –

Dette misure vengono esplicitamente definite “sussidiarie”¹¹⁶.

L'intervento statale nel mercato viene in sostanza giustificato soltanto quando le misure proposte siano tali da non alterare il meccanismo di formazione dei prezzi e l'autoregolazione del mercato, trovando pertanto un limite invalicabile nella cosiddetta *Marktkonformität*¹¹⁷.

La scuola ordoliberalista propugna dunque la concezione di un liberalismo attivamente e consapevolmente impegnato nella costruzione di “un ordinamento della società, economico e sociale fondamentalmente liberale ma al tempo stesso impegnato sul piano

that corrupt the fundamental ethical principle of the market order, namely its privilege-free nature”.

¹¹⁶ “Supplementary” nella traduzione inglese. Secondo W.BONEFELD, *Freedom, Crisis and the Strong State: On German Ordoliberalism*, pag. 15, (<http://bit.ly/SJM3QF> –shortened URL): “In sum, the ordoliberals argue that free markets are incapable at integrating society as a whole. Markets needs to be supplemented by a social policy that facilitates freedom and responsibility, provides the social and ethical frameworks that secure social cohesion and integration, and maintain the vitality of the entrepreneur.”

¹¹⁷ D.SICLARI, *Tutela del risparmio, educazione finanziaria e principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, CEDAM, 2010, pg. 79 ss.

sociale”¹¹⁸, con l’obiettivo di “dare libero sfogo alle forze economiche ma anche assicurare da parte loro il rispetto delle regole del gioco, mediante un costante intervento dello Stato soprattutto come legislatore per la tutela della concorrenza contro i tentativi di gruppi economici di turbare un siffatto ordinamento”¹¹⁹.

A differenza del liberalismo classico, il liberalismo di Friburgo è consapevole che l’individuo è libero non già *in sé*, ma solo all’interno di un sistema giuridico: “Per l’ordoliberalismo l’individuo libero non esiste *prima* dell’ordinamento, ma solo *in esso*”.¹²⁰

Tali idee si posero a presupposto della "parola d'ordine della *formierte Gesellschaft* (società integrata), secondo il piano politico e la concezione ideologica enunciati dall’allora cancelliere della Repubblica Federale di Germania Ludwig Erhard, per il quale “il risultato di questa *Formierung* è un rapporto vitale tra stabilità sociale e dinamica economica, in breve, una società dall’equilibrio

¹¹⁸ E.COLLOTTI, *Storia delle due Germanie 1945-1989*, Torino, Einaudi, 1968, 671.

¹¹⁹ E.COLLOTTI, *Storia delle due Germanie*, cit., ibidem.

¹²⁰ R.MICCÙ, “*Economia e Costituzione*”: *una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quaderni del pluralismo. Pubblico-privato nell’evoluzione del rapporto*, Torino, 1996, pg. 261, n. 70.

dinamico”¹²¹.

In questo quadro, lo Stato “deve influenzare le forme, il quadro istituzionale, l’ordine nel quale si agisce economicamente e deve porre le condizioni dello sviluppo di un ordinamento economico funzionale e rispettoso dei diritti umani. Non deve però guidare esso stesso il processo economico”¹²².

Gli ordoliberalisti propongono la privatizzazione delle imprese pubbliche e la sburocratizzazione dell’azione amministrativa in campo economico, e teorizzano la rilevanza della cornice giuridico istituzionale (la c.d. “costituzione economica”) che disciplini un ordine sociale di mercato: il ruolo dello Stato è ritenuto, allo scopo, imprescindibile.

La funzione dello Stato, così intesa, è funzione fondamentale, non soggetta alle mutevoli contingenze delle maggioranze politiche o dei rapporti di forza economici¹²³.

¹²¹ E.COLLOTTI, *Storia delle due Germanie*, cit., pgg. 715 e 719.

¹²² W.EUCKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwicklichung*, in *Ordo*, 1949, pg. 93, nella traduzione proposta da P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., pg. 33

¹²³ W.BONEFELD, *Freedom, Crisis and the Strong State*, cit., pag. 8: “Liberal state purpose, they argue, is not subject to shifting democratic majorities or the power of private interests. Its purpose is to facilitate (economic) competition but

Emerge allora una delle conseguenze più originali, e rilevanti alla luce del presente lavoro, e cioè la constatazione che “il problema classico del costituzionalismo – la limitazione del potere – non si pone soltanto nei confronti dei titolari del potere statale, ma anche nei confronti dei poteri privati, grandi imprese e associazioni”¹²⁴.

Ne consegue, come postulato, la valorizzazione della *responsabilità* degli operatori economici¹²⁵ e del ruolo dello Stato il quale, nel rispetto dei limiti posti dalla *Marktkonformität* (l'intervento non deve essere così invasivo da distorcere il meccanismo della formazione dei prezzi e l'autoregolamentazione del mercato), svolge un ruolo di controllo e di monitoraggio del “corretto

is not itself subject to (political) competition. According to Röpke (2009, 181), “we do not demand more from competition than it can give. It is a means of establishing order and exercising control in the narrow sphere of a market economy based on the division of labour, but not a principle on which the whole society can be built. From the sociological and moral point of view, it is even dangerous because it tends more to dissolve than to unite. If competition is not to have the effect of a social explosive and is at the same time not to degenerate, its premise will be a correspondingly sound political and moral framework. There should be strong state...a high standard of business ethics, an undegenerated community of people ready to co-operate with each other, who have a natural attachment to, and a firm place in society”

¹²⁴ R.MICCÙ, “*Economia e Costituzione*”, cit., pg. 262.

¹²⁵ W.BONEFELD, *Freedom, Crisis and the Strong State*, cit., pag. 15: “Social policy is meant to “enable” individuals as self-responsible entrepreneurs”.

funzionamento del processo concorrenziale che, se lasciato solo, degenera in tendenze monopolistiche, accrescendo la sproporzione fra poteri privati”¹²⁶.

In America, il rapporto tra il potere pubblico e il mercato è indagato dagli economisti che, nella Scuola di Chicago, fanno capo a Milton Friedman. La loro rinnovata fiducia nel liberismo in campo economico si traduce, sul piano giuridico, ad una rielaborazione degli schemi del liberalismo classico.

Essi postulano una forte diminuzione dell'intervento sia normativo che amministrativo nei settori che possono essere autoregolamentati dal mercato stesso.

Cionondimeno riconoscono un ruolo importante a determinati strumenti pubblici di controllo.

Non mancano voci entusiastiche, secondo cui “una nuova costituzione economica e una nuova cultura politico-economica autorizzano a pensare che la deregulation negli anni a venire occuperà la scena”¹²⁷; tuttavia, la contrazione del ruolo dei pubblici poteri, l'alleggerimento delle prescrizioni da essi dettate e la

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ G.CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1998, p. 629 ss., in part. p. 642

sostituzione con forme di autoregolazione, anche in seguito alle liberalizzazioni, sono riconosciuti quali fenomeni parziali e limitati dai più autorevoli teorici della *deregulation*¹²⁸. La tesi secondo cui “Administrative law will go the way of the dinosaur: eradicated by the chilly climate of economic rationalism or the meteorities of the New Public Management”¹²⁹, quindi, è respinta nello stesso ambiente culturale anglosassone.

¹²⁸ In un intervento dedicato a *The Rise and Fall of Administrative Law*, R.A.Posner sostiene che anche negli Stati Uniti, nonostante il processo avviato a partire dagli anni Ottanta, “there is plenty of administrative regulation, probably more than ever, though possibly with less aggregate impact (but who knows?)”.

¹²⁹ M.TAGGART, *Reinvented Government, Traffic Lights and the Convergence of Public and Private Law. Review of Harlow and Rawlings: Law and Administration*, in *Publ. Law*, 1999, p. 137.

CAPITOLO II

La cura di interessi pubblici da parte di soggetti privati nell'esperienza concreta: la natura giuridica del soggetto.

Le trasformazioni avvenute negli ultimi dieci anni, in particolare sotto gli influssi del diritto comunitario, hanno contribuito a disegnare un sistema del diritto amministrativo italiano in cui la cura dell'interesse comune viene svolta in misura sempre più rilevante da enti che non appartengono alle amministrazioni pubbliche tradizionalmente concepite.

Accanto ad esse, infatti, e sempre più spesso, l'esercizio della pubblica funzione viene affidato a soggetti con personalità giuridica di diritto privato, società di capitali, fondazioni o associazioni che, in alcuni casi, derivano dalla privatizzazione di enti pubblici e, in altri, sono invece costituiti *ad hoc* per la cura di interessi generali o, anche, a persone fisiche.

Anche sul piano istituzionale si attenua il bipolarismo pubblico-privato; specularmente, in sede processuale si è assistito ad una rapida evoluzione delle basi stesse del riparto di giurisdizione e dei suoi fondamenti concettuali (non senza traumi: si pensi all'arresto storico della Corte Costituzionale con la sentenza 204/2004, che ha

preso una definitiva posizione contro il criterio di riparto “per blocchi di materie”).

Nell'ordinamento comunitario, significativamente, non si rintracciano definizioni di pubblica amministrazione in senso soggettivo o di servizio pubblico con i caratteri profilati propri degli schemi tradizionali, apparendo tale ordinamento, piuttosto portatore di un diverso assetto concettuale che è stato definito “a geometria variabile”¹³⁰, ma che sarebbe più corretto definire “funzionalizzato”.

La profonda crisi che investe il concetto di natura giuridica riferito agli aspetti soggettivi o connotante in senso oggettivo interi settori corrisponde, in qualche modo, alla nuova effettività dei principi generali del dovere d'agire nell'interesse generale e dell'autonomia (eventualmente) garantita nelle singole scelte attinenti alla gestione. Accanto al dovere di agire per l'interesse generale, vengono in rilievo, da una parte (secondo un modulo finalistico), i concetti di efficacia, di economicità e di risultato dell'azione amministrativa e, dall'altra (secondo un criterio relativo all'esercizio del potere e del

¹³⁰ A.MASSERA, *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Escola d'Administració pública de Catalunya, Barcelona, 1993, pagg. 55 e ss

suo controllo), i criteri di proporzionalità, autonomia e sussidiarietà. La dottrina ha quindi manifestato l'esigenza che l'approccio metodologico torni a privilegiare la teoria generale, evidenziando il collegamento più stretto con il piano dei beni, dei diritti e delle libertà fondamentali della persona¹³¹.

Una parte della scienza giuridica e della giurisprudenza, non condividendo tale carattere funzionale, affronta anche la questione in termini strutturali¹³²: si chiede, cioè, se un dato soggetto è o non è un organismo di diritto pubblico e traccia su questa nuova frontiera una diversa linea di confine tra ente pubblico e privato.

Così, mentre il giudice comunitario tende a optare per un'interpretazione funzionale della nozione, alla luce degli obiettivi perseguiti dalla disciplina degli appalti, quello nazionale ha finito a volte per utilizzarla al di fuori di tale ambito, per dimostrare la pubblicità "sostanziale" di un dato soggetto e la natura amministrativa degli atti da esso adottati¹³³, ovvero per

¹³¹ Così DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, CEDAM, Verona, 2000, pag. 14-15.

¹³² "Essenzialisti" secondo G.NAPOLITANO, *Pubblico e Privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pg. 173.

¹³³ Cfr. ad es. Consiglio di Stato, VI, n. 1303/2002.

escluderla¹³⁴.

Oggi, i sempre più numerosi casi di soggetti privati che assumono compiti di controllo, vigilanza, prevenzione, incentivazione, hanno messo in crisi la concezione tradizionale per cui la “*délégation de services publics administratifs à des organismes de droit privé*” era generalmente ritenuta “*comme gravement et fâcheusement*

¹³⁴ Vedi ad esempio Cass. SS.UU. 29 maggio 2012, n. 8511, sul riparto di giurisdizione nella procedura di aggiudicazione da parte di Poste Italiane s.p.a. per appalti di fornitura dei distributori automatici di banconote “Postamat”: “Le controversie, aventi ad oggetto le procedure di aggiudicazione degli appalti di fornitura di distributori automatici di banconote («postamat») da parte della società Poste italiane, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, atteso che l'art. 211, comma 1, del d.lg. n. 163 del 2006 sottopone all'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica (con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo) gli «altri servizi diversi dai servizi postali» (cioè diversi da quelli in senso stretto, includenti «la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione degli invii postali», ai sensi del comma 2, lett. b, del medesimo articolo), sempreché almeno uno di essi non sia stato liberalizzato, come avvenuto per i servizi di pagamento e trasferimento di denaro (per effetto del d.P.C.M. 25 gennaio 2010, in attuazione della decisione della Commissione europea del 5 gennaio 2010), non rilevando né che Poste italiane abbia volontariamente fatto ricorso alle regole di evidenza pubblica, pur non essendovi tenuta, né che la medesima società possa essere un organismo di diritto pubblico, circostanza comunque esclusa, mancando il requisito del soddisfacimento di esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale (art. 3, comma 26, d.lg. n. 163 del 2006) e trattandosi di un'impresa che, seppure per un settore definito, opera in regime di concorrenza ed è quindi esposta al funzionamento naturale del mercato”

perturbatrice de l'état du droit".

D'altra parte anche nel settore dei servizi pubblici, per la progressiva integrazione del diritto nazionale con il diritto comunitario e in ossequio ai principi di concorrenza, acquista nuova importanza il concetto di "servizio universale"¹³⁵, relativo alle posizioni di vantaggio che devono essere comunque assicurate ai destinatari delle prestazioni e che impone la rilettura della concezione tradizionale di servizio pubblico.

La questione riguarda gli utenti finali, ma tange anche i gestori privati dei servizi universali: una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha stabilito, da un lato, la sussistenza di un ampio potere discrezionale in capo alle amministrazioni nello stabilire i tetti di spesa sanitaria; dall'altro, ha affermato che tale potere discrezionale, per quanto ampio, incontra comunque il limite

¹³⁵ La definizione di servizio universale è contenuta nella direttiva 97/33/CE del Parlamento europeo e in quella del Consiglio del 30 giugno 1997 sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta.

Nel nostro paese il concetto di servizio universale è stato recepito per la prima volta dalla legge 14 novembre 1995, n. 481 recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità".

di non poter “scalfire il nucleo essenziale irriducibile” della tutela sanitaria¹³⁶.

L’insieme di tali evoluzioni sembra richiedere una riconsiderazione globale del tema dell'esercizio di attività amministrativa da parte dei soggetti privati.

A tale proposito, la giurisprudenza interna e quella comunitaria hanno elaborato diversi “indici di pubblicità”, che sono ancora oggi oggetto di evoluzione e che, a ben vedere, cambiano di volta in volta a seconda dell’ambito a cui sono applicati¹³⁷.

¹³⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 12 aprile 2012, n. 3, che afferma la sussistenza di un ampio potere discrezionale della PA nella fissazione dei tetti di spesa sanitaria sulle strutture sanitarie convenzionate: “In materia di imposizione di tetti di spesa a strutture private accreditate a titolo provvisorio, i tetti di spesa sono in via di principio legittimi date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica e che il diritto alla salute, di cui all'art. 32 cost., possa essere sottoposto a condizioni che ne armonizzino la protezione con i vincoli finanziari a patto di non scalfire in nucleo essenziale irriducibile. Quindi le regioni, nell'esercitare detta potestà programmatica, godono di un ampio potere discrezionale, chiamato a bilanciare interessi diversi, ossia l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate, le legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale e l'assicurazione dell'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario universalistico.”

¹³⁷ Un ulteriore esempio è dato dalla sentenza n. 7484 del 9 dicembre 2010 del Tar Lombardia, Milano, sezione III, che ha escluso che i finanziamenti alle

Lo spunto per affrontare il discorso dell'individuazione dei soggetti privati di rilevanza pubblica, che rientrano nella nozione di “organismo di diritto pubblico” come intesa dal diritto comunitario, è offerta da alcuni casi concreti: uno recentissimo, del Consiglio di

aziende sanitarie pubbliche costituissero aiuti di stato discorsivi della concorrenza: “Il sistema misto pubblico-privato, introdotto dalla l. n. 502 del 1992 ed accentuato nella regione Lombardia a seguito dell'entrata in vigore della l. reg. Lombardia n. 31 del 1997, non ha instaurato un regime di piena concorrenza fra strutture private e pubbliche, limitandosi a prevedere meccanismi correttivi del previgente sistema, improntato ad una nozione rigorosamente soggettiva del S.s.n., orientati al raggiungimento di una maggiore efficienza nell'erogazione delle prestazioni e di un contenimento della spesa. Anche nel nuovo sistema, infatti, le strutture pubbliche del S.s.n. non costituiscono imprese o associazioni di imprese dal momento che svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale, basata sul principio della solidarietà, sprovvista di ogni scopo di lucro, dove le prestazioni sono previste dalla legge ed erogate gratuitamente indipendentemente dalla loro remuneratività, assicurando la copertura universale dei cittadini il cui benessere è in linea con gli obiettivi posti dagli art. 2 e 3 cost. Pertanto, la finalità di assicurare la tutela del diritto alla salute non viene lasciata al gioco della domanda e dell'offerta, sia pure regolata attraverso particolari meccanismi correttivi, ma è perseguita attraverso la programmazione delle risorse disponibili e della loro distribuzione fra i vari soggetti accreditati nell'ambito della quale gli enti pubblici, stanti le loro richiamate peculiarità, ben possono beneficiare di finanziamenti diretti o indiretti maggiori di quelli devoluti ai privati”.

Stato¹³⁸, ed uno più risalente, della CGCE¹³⁹.

Si farà inoltre riferimento ad una pronuncia di un giudice di merito sulla gestione delle società a partecipazione mista pubblica-privata, in applicazione della nuova formulazione dell'articolo 2449 c.c., che ha abolito il vecchio sistema della “*golden share*”.

Prima di addentrarsi nei casi concreti, è opportuno ribadire che non è facile definire i confini tra enti privati ed enti pubblici.

La giurisprudenza ritiene che le definizioni legislative non vincolino l'interprete, il quale dovrà determinare la natura dell'ente indipendentemente dalla sua denominazione: ne consegue che la stessa qualificazione esplicita è irrilevante se in contrasto con l'effettiva natura.

Va anche rilevato che gli indici di pubblicità, di volta in volta elaborati, sono indici “funzionalizzati”, sicché un ente può essere considerato pubblico o privato a seconda dell'ottica giuridica di riferimento: un ente può essere così assoggettato alla giurisdizione

¹³⁸ Si tratta della sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato, n. 6014 del 28.11.2012.

¹³⁹ Corte Giust., 15 gennaio 1998 in causa C-44/96 in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1998, 733.

della Corte dei conti per i profili di responsabilità dirigenziale, ed esserne sottratto per i profili di responsabilità contabile¹⁴⁰.

Parte della dottrina¹⁴¹ ha ritenuto che possa considerarsi pubblico l'ente che persegue una funzione pubblica e cioè che ha l'obbligo verso lo stato o verso altra persona giuridica pubblica di adempiere il proprio scopo pubblico: in altri termini, ciò che rileva è la soggezione dell'ente al principio di necessaria funzionalità all'attività amministrativa svolta rispetto ai fini pubblici che la legge gli impone di perseguire.

Il minimo comune denominatore delle varie figure pubbliche sarebbe, quindi, rappresentato dalla valutazione che l'ente

¹⁴⁰ Cass. SS.UU., ord. 22.12.2003, n. 19667, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 685, secondo cui “sono attribuiti alla Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa, .. anche nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici (restando invece per tali enti esclusa la responsabilità contabile), essendo irrilevante il fatto che detti enti – soggetti pubblici per definizione, istituiti per il raggiungimento di fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura – perseguano le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato”

¹⁴¹ D.F.G.TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in www.giustizia-amministrativa.it, shortened link: <http://bit.ly/jEQ1iy>

territoriale di riferimento (Stato o Regione) opera in ordine alla necessità dell'esistenza dell'ente stesso¹⁴².

In realtà, il legislatore adotta oggi una nozione di ente pubblico (ovvero di rilevanza pubblicistica) di tipo teleologico, e non ontologico, anche in ossequio al diritto comunitario¹⁴³.

Vi sono tuttavia degli indici di pubblicità che ricorrono: su tutti, l'ente è considerato "pubblico", a vari fini, se sottoposto a controlli di natura amministrativa¹⁴⁴.

Un secondo indice ricorrente è quello della limitazione alla libertà negoziale, che si spiega in ragione della sua funzionalizzazione all'interesse pubblico¹⁴⁵.

¹⁴² F.CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 796.

¹⁴³ F.CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 803.

¹⁴⁴ Cioè a dire: a controlli da parte di un'amministrazione ovvero da parte di una giurisdizione deputata all'attività di controllo giudiziale sulle amministrazioni. F.CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 797, parla di "controlli di varia natura (controlli sugli atti, sugli organi, gestionali, interni o esterni) finalizzati a valutare la legittimità dell'attività svolta e la sua rispondenza all'interesse pubblico. Quindi, in primo luogo gli enti pubblici sono assoggettati al controllo della Corte dei conti ai sensi delle leggi nn. 19 e 20/1994".

¹⁴⁵ In quest'ultimo caso si può notare che la qualità pubblica dell'ente opera nei settori della sua vita giuridica che sono soggetti alle limitazioni funzionali, ma

Nel settore dei contratti pubblici, il diritto comunitario ha elaborato la nozione di “organismo di diritto pubblico”, individuata alla stregua di tre parametri, tutti necessari¹⁴⁶, quali:

- a) Il possesso della personalità giuridica;
- b) La sottoposizione ad una “influenza pubblica”, che si ha, alternativamente, quando l’attività dell’organismo sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure quando la sua gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure quando gli organi di amministrazione sono costituiti da membri più della metà dei quali sia designata dallo stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico;
- c) L’istituzione in vista del soddisfacimento di “bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale”.

non ricorre nei settori “liberi”, che sono quindi soggetti, tra l’altro, alle regole sostanziali e processuali di diritto privato.

¹⁴⁶ CGCE, 15.1.1998, causa C-44/1996, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133, con nota di R.GAROFOLI.

La nozione di “amministrazione pubblica” ai fini dell’inserzione nel conto consolidato dello Stato.

Un primo indice di pubblicità¹⁴⁷, si è detto, è rintracciabile nella soggezione dell’ente al controllo “di natura amministrativa”¹⁴⁸ dello Stato.

La questione è stata trattata recentissimamente dalla VI sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6014 del 28.11.2012, la quale si è occupata della questione della individuazione delle amministrazioni pubbliche da inserire nel conto consolidato dello Stato ai sensi dell’art. 1 comma 5 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 e dell’art. 1 comma 3 della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

La nozione di soggezione al controllo amministrativo si presta ad interpretazioni diverse che possono condurre a risultati apparentemente paradossali.

Nel caso in esame, ad esempio, si è discusso della assoggettabilità delle Autorità indipendenti al controllo contabile dello Stato, pur non contestandosene la natura pubblica.

La decisione mette quindi alla prova proprio l’universalità

¹⁴⁷ Cfr. D.CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; B.MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003.

¹⁴⁸ Cfr. nota 144.

dell'indice di pubblicità del controllo come elemento sintomatico della natura (*rectius*: della funzione) pubblica dell'ente.

Riprendendo lo schema argomentativo della sentenza, è opportuno iniziare con la descrizione del quadro normativo di riferimento.

L'art. 1, comma 5, legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005), rubricato "limite all'incremento delle spese delle pubbliche amministrazioni", ha disposto che "al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti in sede di Unione europea, indicati nel Documento di programmazione economico-finanziaria e nelle relative note di aggiornamento, per il triennio 2005-2007 la spesa complessiva delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, individuate per l'anno 2005 nell'elenco 1 allegato alla presente legge e per gli anni successivi dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) con proprio provvedimento pubblicato nella Gazzetta Ufficiale non oltre il 31 luglio di ogni anno, non può superare il limite del 2 per cento rispetto alle corrispondenti previsioni aggiornate del precedente anno, come risultanti dalla Relazione previsionale e programmatica".

Tra le amministrazioni pubbliche inserite nell'elenco allegato alla

legge il Legislatore ha compreso gli "Enti nazionali di previdenza e assistenza" e le "Autorità amministrative indipendenti", senza ulteriori specificazioni.

In attuazione della norma, a decorrere dall'anno 2006 e in sostituzione dell'elenco direttamente previsto dalla legge, l'Istat, nell'individuare le amministrazioni inserite nel conto economico consolidato, ha inserito tutte le Casse previdenziali privatizzate con d.lgs. n. 509 del 1994¹⁴⁹, il Comitato olimpico nazionale e, alla voce "Autorità amministrative indipendenti", tra altre, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Ora, l'art. 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (legge di contabilità e di finanza pubblica), ha specificamente previsto che per amministrazioni pubbliche tenute al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica "si intendono gli enti e gli altri soggetti che costituiscono il settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche individuati dall'Istituto nazionale di statistica sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti comunitari"¹⁵⁰.

Sulla base di tale norma, l'Istat ha inserito nell'elenco le Casse

¹⁴⁹ Sotto la rubrica "Enti nazionali di previdenza e assistenza".

¹⁵⁰ Cfr. il Regolamento UE n. 2223/96-SEC 95

previdenziali private, il Coni, e l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

La questione riguardava, in particolare, gli enti di previdenza ed assistenza (fra i quali quelli degli ordini professionali), il Coni (o meglio: la Coni Servizi s.p.a., partecipata del Coni), alcune Autorità indipendenti, alcuni sindacati (in particolare un sindacato dei lavoratori della Banca d’Italia).

La sentenza ha deciso distinti ricorsi in appello, riuniti in un'unica causa, proposti contro decisioni tra di loro simili del TAR del Lazio che accoglievano le tesi secondo la quale detti enti, per diverse ragioni, non potevano essere considerati “pubbliche amministrazioni” e quindi inseriti nel conto economico consolidato al fine del conseguimento degli obiettivi comunitari di finanza pubblica.

In sintesi, dunque, gli Enti previdenziali (privatizzati con d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509) hanno evidenziato la propria natura di soggetti privati¹⁵¹, svolgenti attività in regime privatisti: di conseguenza, ne

¹⁵¹ A prova della settorialità della nozione di organismo di diritto pubblico, o di pubblica amministrazione, si riporta una sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, 29 maggio 2008, n. 2546, che ha escluso l’esperibilità di una azione impugnatoria, fatta rientrare nello schema dell’azione surrogatoria, esercitata

sarebbe illegittimo l'inserimento nell'elenco delle amministrazioni pubbliche tenute al rispetto del limite di spesa previsto dall'art. 1, comma 5, della suddetta legge.

Il Tar aveva accolto tale tesi, rilevando che l'attrazione nell'ambito della 'pubblica amministrazione' di soggetti qualificati come privati e organizzati come tali dal legislatore del 1994 non è giustificata, dato che la finalità perseguita dalla suddetta norma, quello cioè di contenere la spesa pubblica, non potrebbe essere incisa da enti

dai componenti del CdA dell'Inpdap contro un provvedimento di dismissione di alcuni beni strumentali: "L'azione impugnatoria dei provvedimenti di dismissione di alcuni immobili ad uso strumentale di proprietà degli enti pubblici previdenziali posta in essere dai componenti del Consiglio di Amministrazione, Consiglio di Indirizzo e Vigilanza dell'Ente previdenziale stesso - sotto un profilo civilistico - potrebbe rientrare nel paradigma di cui all'art. 2900 c.c., della quale possiede la caratteristica fondamentale sotto il profilo causale: quella del lamentato impoverimento dell'ente, idoneo ad arrecare un pregiudizio in danno della funzione cui l'ente stesso è preposto. Ma tale forma di « azione surrogatoria » non è ammissibile già nel processo civile, non tanto e non solo perché la condizione dell'esercizio di tale azione è che « non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura e per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare » (e nel caso di specie, il soggetto titolare della posizione giuridica attiva è un ente, le cui competenze e prerogative sono espressamente fissate *ex lege*), ma anche perché non si è in presenza di alcuna « inerzia » (ma semmai di una condivisione di scopi, finalità e concreta attuazione del d.l. n. 351 del 2001) in capo agli organi dotati del potere rappresentativo dell'ente medesimo."

privati che non usufruiscono di finanziamenti pubblici, né gravano in alcun modo sul bilancio pubblico¹⁵².

Né, ad avviso del Tar, l'inclusione nell'elenco potrebbe essere legittimata dal richiamo, operato dall'Istat, al regolamento comunitario n. 2223 del 1996, che "non obbliga alcuno Stato membro ad elaborare per le proprie esigenze i conti in base al SEC (Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità Ue) 95".

Le Autorità di garanzia, sotto il diverso profilo richiamato all'inizio del paragrafo, hanno evidenziato che, alla luce delle classificazioni e delle metodologie rilevanti in sede comunitaria, espressamente assunte a parametro dall'Istat (Regolamento CE n. 223 del 2009 e SEC95, di cui sopra), esse non possono essere considerate tra gli "Enti soggetti a controllo pubblico", la cui nozione, a livello comunitario, non coincide con quella recepita nell'ordinamento italiano.

Anche questa tesi è stata accolta dal Tar.

La società Coni servizi s.p.a., articolazione funzionale del CONI,

¹⁵² Sul punto, il Consiglio di Stato, sezione VI, con sentenza n. 1119 del 9 marzo 2007 aveva stabilito che "L'Istituto mutualistico artisti e interpreti esecutori ha la natura di persona giuridica privata."

ha proposto appello per contestare la sentenza che ha respinto il ricorso di primo grado per la ritenuta assimilabilità del Comitato agli "Enti produttori di servizi assistenziale e culturali", elencati nei provvedimenti pubblicati il 29 luglio 2005 e il 28 luglio 2006.

Ai fini della soluzione della questione circa l'individuazione della natura pubblica o privata di Enti la cui azione interseca, in vario modo, quella dell'amministrazione pubblica, il Consiglio di Stato ha ricordato la valenza generale di alcuni indici, richiamandone, nella fattispecie, in particolare due:

- 1) la valorizzazione del controllo da parte di soggetti pubblici;
- 2) l'erogazione di risorse pubbliche, provenienti da leggi e da provvedimenti applicativi emanati in coerenza con l'art. 23 della Costituzione, in tema di prestazioni patrimoniali imposte, aventi una causa di attribuzione di natura pubblicistica.

A maggior prova dell'assunto evidenziato nel paragrafo precedente, quindi, si vede la giurisprudenza, anche in questo caso, pur attingendo dal novero degli indici di pubblicità elaborati nel corso degli anni, ne seleziona alcuni che appaiono più conformi alla soluzione del caso concreto, secondo una concezione

“teleologica”¹⁵³.

In base al sistema statistico comunitario, sono state quindi ricomprese nell'elenco contestato le «unità istituzionali» di origine comunitaria in possesso dei requisiti richiesti dal Regolamento UE n. 2223/96-SEC95.

Quest'ultimo (prg. 2.69) ha riconosciuto tale qualifica alle «istituzioni senza scopo di lucro» dotate di personalità giuridica, che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita, alla duplice condizione che «siano controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche», sì da incidere in modo significativo sul disavanzo e sul debito pubblico; l'art. 1.2 del manuale del SEC 95 ribadisce che una istituzione senza fine di lucro deve essere considerata pubblica se "sia controllata, sia prevalentemente finanziata dalle amministrazioni pubbliche".

Secondo il Consiglio di Stato, controllo e finanziamento pubblico assumono quindi, alla luce della normativa comunitaria della quale

¹⁵³ Che tale metodo si presti a differenze interpretative anche macroscopiche è evidenziato dal fatto che la sentenza in esame ha completamente ribaltato la tesi fatta propria dal TAR del Lazio con le sentenze appellate, che aveva invece escluso la pubblicità degli enti ai fini dell'inserzione nel conto consolidato dello Stato.

l'elenco Istat è applicazione, la funzione di indicatori della natura pubblica del soggetto esaminato, ai fini della determinazione dei soggetti sottoposti alle regole della riduzione del disavanzo pubblico¹⁵⁴.

Sugli enti previdenziali, il Consiglio di Stato nota, in primo luogo, che la loro attrazione nella sfera privatistica operata dal d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, riguarda il regime della loro personalità giuridica, ma lascia ferma l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione (art. 1 d.lgs. cit.); la natura di pubblico servizio, in coerenza con l'art. 38 Cost., dell'attività da essi svolte (art. 2); il potere di ingerenza e di vigilanza ministeriale (art. 3, per il cui comma 2 tutte le deliberazioni in materia di contributi e di prestazioni, per essere efficaci, devono ottenere l'approvazione dei Ministeri vigilanti), e fa permanere il controllo della Corte dei conti sulla gestione per assicurarne la legalità e l'efficacia (art. 3)¹⁵⁵.

Per quanto specificamente riguarda gli enti previdenziali, la

¹⁵⁴ È proprio la sentenza ad esplicitare la finalità del richiamo degli indici ai fini specifici assoggettabilità degli enti alla normativa di riferimento.

¹⁵⁵ In base a tale disposizione la Corte dei Conti ha definito gli enti previdenziali privatizzati come enti privati di interesse pubblico (Corte Conti, Sez. Controllo Enti, 23 ottobre 1995, n. 49, in Foro amm., 1996, 1714).

giurisprudenza e la dottrina danno rilevanza anche all'ulteriore indice di pubblicità del “dovere di agire per il conseguimento di fini generali”¹⁵⁶

Il dovere d'agire per il conseguimento di determinati risultati comporta che gli enti previdenziali privatizzati debbano ritenersi sottoposti alle regole sulla funzione per la parte di attività funzionale, ossia finalizzata al conseguimento di un bene di interesse generale, essendo le regole corrispondenti strettamente connesse con l'obiettivo di conseguire i beni nel modo più efficace possibile.

Tali enti dovranno quindi esercitare il servizio previdenziale in osservanza del principio di eguaglianza e di parità di trattamento, ispirare la propria azione a criteri di obiettività, giustizia e imparzialità nei confronti degli utenti, fornire le prestazioni in modo continuo, regolare, senza interruzioni e nel rispetto delle modalità stabili dalla normativa regolatrice di settore; garantire la partecipazione del cittadino alla gestione del servizio e l'accesso

¹⁵⁶ A.ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 127

alle informazioni¹⁵⁷, ed agevolarli nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento degli obblighi, in ossequio al principio di leale collaborazione.

Allo stesso tempo dovranno giustificare i provvedimenti strettamente dipendenti dall'obbligatorietà di iscrizione e contribuzione in quanto direttamente incidenti sulla sfera giuridica dei destinatari, anche se tale dovere non fosse espressamente sancito (si pensi all'atto con il quale, ad esempio, si negano determinate prestazioni previdenziali ed assistenziali)¹⁵⁸.

La funzionalizzazione dell'attività di tali enti costituisce la giustificazione del regime di privilegio fiscale di cui essi godono, che era quello previsto originariamente per gli enti pubblici da cui derivano.

Da questo punto di vista, il finanziamento connesso con gli sgravi e la fiscalizzazione degli oneri sociali, insieme alla obbligatorietà

¹⁵⁷ Sicché è garantito il diritto d'accesso e di partecipazione procedimentalizzata, ed il cittadino può produrre memorie e documenti che devono essere fatti oggetto di istruttoria e tenuti in giusto conto in sede di motivazione del provvedimento finale.

¹⁵⁸ Sul punto cfr. specificamente D.DONELLA, *La difficile strada degli enti privatizzati*, in *Prev. Forense*, 1997, pag. 54. Cfr. anche F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., pgg. 108 ss.

della iscrizione e della contribuzione, garantiti agli Enti previdenziali privatizzati dall'art. 1 comma 3 del d.lgs. 509/94, configurano un sistema di finanziamento pubblico, sia pure, secondo il Consiglio di Stato, indiretto e mediato attraverso risorse comunque distolte dal cumulo di quelle destinate a fini generali.

Tale conclusione è confermata dalla attrazione del settore della previdenza privata nella normativa dettata in tema di controllo del disavanzo del settore¹⁵⁹.

Ne consegue che la trasformazione operata dal d.lgs. 509/1994 ha lasciato immutato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza svolta dagli Enti in esame, che conservano una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico, costituendo la privatizzazione una innovazione di carattere essenzialmente organizzativo.

Quanto al CONI, il Consiglio di Stato ha rilevato che nelle unità istituzionali che fanno parte del Settore Amministrazioni Pubbliche

¹⁵⁹ Ad es. la legge 23 dicembre 1996, n. 662, relativa a misure di razionalizzazione della finanza pubblica, e la legge 8 agosto 1995, n. 335. che, nel riformare il sistema pensionistico obbligatorio e complementare per l'esigenza di stabilizzazione della spesa nel settore, ha specifica attinenza anche alle forme garantite dagli Enti privatizzati

(Settore S13), i cui conti concorrono alla costruzione del conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche il sistema comunitario comprende: a) gli organismi pubblici, che forniscono alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita; b) le istituzioni senza scopo di lucro produttrici di beni e servizi; c) gli enti di previdenza.

In primo grado, il Tar aveva ritenuto che la società Coni servizi dovesse essere compresa nella prima di tali categorie; la Coni servizi riteneva, tuttavia, di non rientrare nel novero dei soggetti "che gestiscono e finanziano un insieme di attività, principalmente consistenti nel fornire alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita", ma l'assunto non è stato condiviso dal Consiglio di Stato.

Infatti, l'inclusione nel novero delle istituzioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato non presuppone necessariamente che ricorra l'elemento della diretta contribuzione a carico del bilancio dello Stato: il ricevere o meno trasferimenti diretti da parte dello Stato, non rappresenta, di per sé, un autonomo criterio di classificazione delle unità istituzionali rientranti nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico

consolidato.

Vengono, allora, in evidenza i “consueti parametri”, in particolare per ciò che concerne l’esistenza del controllo da parte di organi dello Stato.

Ebbene, la Coni Servizi s.p.a. venne istituita nell'ambito del riassetto del Coni: in particolare, con d.l. 8 luglio 2002, n. 138, recante «interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate" è stato previsto (art. 8) che il Coni «si articola negli organi, anche periferici, previsti dal d.lg. 23 luglio 1999 n. 242" e che per l'espletamento dei propri compiti si avvale della società per azioni appositamente costituita con la denominazione "Coni Servizi s.p.a.", il cui capitale sociale può godere di apporti da parte del Ministro dell'economia e delle finanze, di intesa con il Ministro per i beni e le attività culturali. Le azioni della società sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze; il presidente della società e gli altri componenti del consiglio di amministrazione sono designati dal Coni, mentre il presidente del collegio sindacale è designato dal Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri componenti del medesimo

collegio dal Ministro per i beni e le attività culturali. Sulla società si svolge il controllo della Corte dei conti con le modalità previste dall'art. 12, l. 21 marzo 1958, n. 259; la stessa può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni.

Dalla concorrenza delle circostanze richiamate, emerge che, per la valenza pubblicistica dell'attività svolta, per la natura pubblica dei finanziamenti del CONI, per la somma dei poteri di ingerenza della parte pubblica, talmente intensi da arrivare alla misura estrema del commissariamento, e che si esplicano normalmente attraverso atti di riconoscimento, di indirizzo, di controllo dei bilanci, della gestione, dell'attività sportiva, l'attività del Coni si inserisce a pieno titolo nell'ambito dell'azione pubblica¹⁶⁰.

Ancora più interessante è il caso delle Autorità di garanzia, per la peculiarità delle questioni che solleva.

¹⁶⁰ Come ha sottolineato la Corte dei Conti, sez. giurisd. reg. Lazio, 23 gennaio 2008, n. 120.

Qui infatti non si discute la loro natura di soggetti pubblici; quanto piuttosto la loro sottrazione alle norme sui vincoli di bilancio in ragione della loro natura indipendente dall'apparato di governo: e quindi, in ultima analisi, alla possibilità di ricorrere all'indice di pubblicità del "controllo" nell'identificazione, in via generale, della pubblicità di un ente.

Il controllo sui conti, infatti, consentirebbe una pur indiretta ingerenza nella gestione delle *authorities*, in grado di minarne gli scopi funzionali.

Ecco allora che la loro vicenda si presenta, in un certo modo, speculare e parallela a quella degli enti privati che svolgono pubbliche funzioni: in comune con questi ultimi, le Autorità hanno lo scioglimento del vincolo di organicità con lo Stato-apparato, per ragioni (anche qui) di rilevanza organizzativa.

La questione si sposta dunque sui limiti di questa autonomia organizzativa e sui riflessi sulla funzione svolta.

In primo grado, il Tar aveva ritenuto che nei confronti delle stesse non potessero essere rinvenuti i parametri sopra puntualizzati come propri della natura pubblica dell'ente.

In particolare, nella ricostruzione dei primi giudici, dalla legge 14

novembre 1995, n. 481, istitutiva dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e dell'Autorità per le comunicazioni, non si può fare derivare una posizione di 'dipendenza' di tali organismi rispetto al soggetto al quale devono la propria investitura¹⁶¹.

Inoltre, le Autorità godono di autonomia finanziaria, date le fonti dalle quali traggono le entrate (*id est*: i contributi obbligatoriamente versati dagli operatori dei settori regolati) e la possibilità di intervenire per garantirne nel tempo la corrispondenza alle uscite.

In altre parole, secondo i giudici del primo grado, non ricorrono, in capo alle Autorità di garanzia, né l'indice del controllo né quello della dipendenza finanziaria.

Secondo il Consiglio di Stato, l'errore in cui incorrono le sentenze di primo grado sta nel fatto che esse si basano sulla definizione di "unità istituzionale pubblica", di derivazione comunitaria, che, come si è detto, fa leva sul concetto di "controllo" e di "finanziamento" da parte di pubbliche amministrazioni.

¹⁶¹ L'art. 2, comma 7, della medesima legge prevede, quali passaggi della nomina degli organi di vertice la proposta del Ministro dello sviluppo economico, la deliberazione del Consiglio dei Ministri, il parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia e infine il decreto del Presidente della Repubblica

Tale definizione, peraltro, soccorre proprio qualora non sia evidente che l'organismo esaminato è esso stesso una pubblica amministrazione: diversamente opinando gli stessi organi istituzionali dello Stato ordinamento sfuggirebbero dalla definizione, dal momento che, per essi, sarebbe difficile configurare un controllo in senso amministrativo, ovvero un sistema di finanziamento eterologo.

Secondo Palazzo Spada, quindi, le Autorità indipendenti non sono "istituzioni senza fini di lucro" di cui al punto 1.2 del Manuale del Sec 95, che sfuggirebbero alla definizione di organismo pubblico in quanto non sottoposte al controllo dello Stato, ovvero al finanziamento pubblico, come aveva ritenuto il Tar: esse, invece, sono amministrazioni pubbliche in senso stretto, poiché, composte da soggetti ai quali è attribuito lo status di pubblici ufficiali¹⁶², svolgono, in virtù del trasferimento di funzioni operato dall'art. 2, comma 14 della legge 481/95, compiti propri dello Stato, e così di potere normativo secondario (o, altrimenti, il potere di emanazione di atti amministrativi precettivi collettivi)¹⁶³ di poteri sanzionatori,

¹⁶² Art. 2 comma 10 legge n. 481 del 1995

¹⁶³ Art. 2, comma 12, lett. h), l. n. 481 del 1995

di ispezione e di controllo.

In altre parole, le Autorità hanno poteri direttamente incidenti sulla vita dei consociati che si giustificano solo in forza della natura (prima ancora che della funzione) pubblica che deve essere loro necessariamente riconosciuta.

D'altra parte, le "Autorità amministrative indipendenti" sono definite tali dal legislatore¹⁶⁴ in ragione della loro "piena indipendenza di giudizio e di valutazione", la quale non va intesa come ragione di esonero dalla applicazione della disciplina di carattere generale riguardanti le pubbliche amministrazioni.

Più limitatamente, tale indipendenza comporta che, tranne i casi espressamente previsti dalla legge, il Governo non può esercitare la tipica funzione di indirizzo e di coordinamento, nel senso che non può influire sull'esercizio dei poteri tecnico-discrezionali, spettanti alle Autorità.

Ciò non comporta, tuttavia, la sottrazione agli obblighi di osservanza dei vincoli di bilancio.

L'assunto contrario, per il quale cioè le Autorità di garanzia

¹⁶⁴ Anche per l'applicazione delle disposizioni processuali sui riti speciali: v. art. 119, comma 1, lett. b)

sarebbero organismi che sfuggono alle definizioni rilevanti in sede comunitaria ai fini dell'inclusione nell'elenco delle amministrazioni pubbliche da inserire nel conto consolidato dello Stato, e degli oneri che ad esso si connettono, risulta dunque infondato.

Per le stesse ragioni è irrilevante, in questo caso, l'elemento del "controllo pubblico", che riguarda i soggetti privati da qualificare, ma di certo non le pubbliche amministrazioni in senso tecnico.

Segue: la natura giuridica dell'atto; gli atti certificativi dei soggetti privati, con specifico riferimento alle SOA.

L'elemento del controllo pubblico è stato interpretato quale autonomo indice di pubblicità – non già dell'organismo in sé, quanto degli atti da questo adottati – nell'esame della natura giuridica delle attestazioni SOA.

La funzionalizzazione dell'attività, anche contrattuale, posta in essere dalla pubblica amministrazione verso il perseguimento dell'interesse pubblico ha sempre comportato l'esigenza di verificare, in capo al soggetto che contratta con essa, l'esistenza di determinate qualità tali da giustificare un ragionevole grado di affidamento circa il buon esito del contratto, onde evitare inutili dispendi di risorse pubbliche, in ottemperanza al disposto di cui all'art. 97, cost. che, come noto, impronta l'azione amministrativa al canone del buon andamento.

Originariamente, tale esigenza è stata assolta con l'istituzione, operata con la l. 10 febbraio 1962 n. 57, dell'Albo nazionale dei costruttori, cui erano tenuti ad iscriversi i soggetti appaltatori di opere pubbliche, il quale si inseriva in un sistema basato su di un potere di verifica diretta da parte dello Stato, attraverso il Comitato

centrale, circa la sussistenza dei requisiti, oltre che di carattere generale, inerenti alla capacità tecnica e finanziaria dei soggetti contraenti con la pubblica amministrazione, che si poteva tradurre nella sospensione o cancellazione dall'Albo nei casi previsti dalla legge (rispettivamente agli art. 20 e 21)¹⁶⁵.

Tale sistema era caratterizzato da un unico livello di verifica della capacità imprenditoriale dei soggetti aspiranti all'aggiudicazione di pubblici appalti in quanto, una volta conseguita l'iscrizione all'Albo, l'impresa era abilitata a partecipare ad ogni singola gara senza l'obbligo di esibire ulteriori prove della propria idoneità, se non quelle connesse a requisiti di ordine generale¹⁶⁶.

Nell'ambito della complessiva riforma del sistema dei lavori e delle opere pubbliche, avviata con la l. 11 febbraio 1994 n. 109, s.m.i., il legislatore, in coerenza con una generale tendenza volta alla

¹⁶⁵ In tema si v., per approfondimenti, A.FORTEI, *Principi relativi all'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori validi ai fini della qualificazione*, in *App. urb. edilizia*, 2001, 361 ss.; S.MOLLICA, *Brevi considerazioni intorno alla natura della iscrizione all'albo dei costruttori*, in *Amm. it.*, 1999, 1688 ss.; S.VINTI, *Albo nazionale dei costruttori*, in *Giust. civ.*, 1988, 215 ss.; P.GONELLI, M.PALLOTTINO, *Il controllo sulla regolarità dei procedimenti di aggiudicazione dei lavori pubblici in Italia*, in *Arbitrati e appalti*, 1973, 141 ss.

¹⁶⁶ A.CANCRINI, *La privatizzazione del sistema della qualificazione e le Soa*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 460

semplificazione ed accelerazione delle procedure, ha innovato il sistema di verifica della qualificazione delle imprese appaltatrici di opere pubbliche, abbandonando il criterio della diretta e totale gestione della materia da parte pubblica attraverso una totale ingerenza statale nel procedimento di qualificazione delle imprese, a favore dell'affidamento di tale funzione ad organismi di diritto privato di attestazione, le c.d. Società organismi di attestazione (SOA), preventivamente autorizzati dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con conseguente trasferimento dei poteri di concessione e revoca delle attestazioni di qualificazione in capo a tali organismi.

Si è così giunti all'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici, in cui l'attestazione di qualificazione rilasciata, oggi, a norma del regolamento di cui al d.P.R. 207/2010, è venuta a costituire condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di commesse pubbliche

In effetti, la preordinazione delle Soa all'esercizio di una funzione pubblica risulta, in difetto di una previsione normativa specifica ed

inequivocabile sul punto¹⁶⁷, sia dalla natura “legale”¹⁶⁸ delle predette società, in quanto sottoposte ad un oggetto predeterminato dal legislatore e a regole organizzative e di funzionamento peculiari rispetto a quelle generali, sia dalla natura della funzione esercitata, sia dal regolamento contrattuale che lega le SOA alle imprese, anch'esso caratterizzato da elementi legali predeterminati.

In particolare, in base all'articolo 40, comma 3, d.lgs. 163/06, “Il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità. L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. In caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli articoli 476 e 479 del codice penale. Prima del rilascio delle attestazioni, le SOA verificano tutti i

¹⁶⁷ L.GIAMPAOLINO, *Le SOA e le loro responsabilità*, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2001, 12 ss.

¹⁶⁸ C.IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992

requisiti dell'impresa richiedente.”

Le SOA svolgono quindi una attività, tipica, di certificazione, che è definita “funzione di natura pubblicistica”, garantendo l'imparzialità e l'indipendenza di giudizio, nonché l'assenza di qualsivoglia conflitto di interesse¹⁶⁹.

¹⁶⁹ In base all'articolo 64 del d.P.R. 207/2010, “Le Società Organismi di Attestazione sono costituite nella forma delle società per azioni, la cui denominazione sociale deve espressamente comprendere la locuzione "organismi di attestazione"; la sede legale deve essere nel territorio della Repubblica.

2. Il capitale sociale deve essere almeno pari a 1.000.000 di euro interamente versato. Il patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A del passivo dello stato patrimoniale di cui all'articolo 2424 del codice civile dell'ultimo bilancio depositato, deve essere almeno pari al capitale sociale. Il bilancio delle SOA deve essere certificato dalle società di revisione, iscritte nell'apposito albo, secondo i criteri stabiliti dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

3. Lo statuto deve prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione secondo le norme del presente titolo e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria. E' fatto divieto alle SOA, pena la decadenza dell'autorizzazione, di erogare servizi di qualsiasi natura ad operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali.

4. La composizione e la struttura organizzativa delle SOA deve assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento, individuate secondo quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile, il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque

interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

5. Le SOA devono dichiarare e adeguatamente documentare, entro quindici giorni dal loro verificarsi, le eventuali circostanze che possano implicare la presenza di interessi idonei ad influire sul requisito dell'indipendenza.

6. Non possono svolgere attività di attestazione le SOA:

a) che si trovano in stato di fallimento, liquidazione, concordato preventivo, o qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione vigente;

b) che sono soggette a procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;

c) che non sono in regola con gli obblighi fiscali, contributivi ed assistenziali previsti dalla vigente legislazione o abbiano commesso gravi violazioni debitamente accertate delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro;

d) qualora nei confronti dei propri amministratori, legali rappresentanti, soci diretti o indiretti, direttori tecnici e del personale di cui all'articolo 67, comma 2, sia pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione prevista dall'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423, o sussista una delle cause ostative previste dell'articolo 10 della legge 31 maggio 1965 n. 575 (*ora art. 6 e art. 67 del decreto legislativo n. 159 del 2011*), ovvero nei cui confronti sia stato emanato un provvedimento da cui derivi il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione;

e) qualora nei confronti dei propri amministratori, legali rappresentanti, i soci diretti o indiretti, o i direttori tecnici e del personale di cui all'articolo 67, comma 2, sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per qualsiasi reato che incida sulla affidabilità morale o professionale, o per delitti finanziari;

f) qualora gli amministratori, i legali rappresentanti, i soci diretti o indiretti, i direttori tecnici e il personale di cui all'articolo 67, comma 2, si siano resi responsabili di errore professionale grave formalmente accertato;

Si è posto il problema del regime giuridico degli atti di certificazione delle SOA; in particolare, ci si è chiesti se tali atti fossero o meno soggetti ad un potere di annullamento in autotutela da parte dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

È interessante richiamare, a questo proposito, la sentenza del Consiglio di Stato n. 991 del 2004, che ha riguardato un caso di annullamento, da parte dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, di una attestazione rilasciata da una SOA, e che ha operato una ricostruzione piuttosto esauriente della materia.

Una prima tesi, argomentando dalla natura privatistica del rapporto tra le SOA e le imprese di lavori pubblici, escludeva il potere di annullamento in autotutela.

Una seconda tesi, più attenta al dato funzionale, lo riconosceva.

La tesi negativa, sostenuta dal TAR del Lazio, è stata efficacemente confutata dal Consiglio di Stato, con una decisione più attenta al profilo dinamico-funzionale degli interessi in gioco.

g) qualora gli amministratori, i legali rappresentanti, i soci diretti o indiretti, i direttori tecnici e il personale di cui all'articolo 67, comma 2, abbiano reso false dichiarazioni o fornito falsa documentazione in merito alle informazioni loro richieste o all'assenza di situazioni idonee a pregiudicare il requisito dell'indipendenza o abbiano utilizzato con dolo o colpa grave documentazione dell'impresa, di cui agli articoli 78 e 79, non veritiera.”

Secondo il TAR, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici non ha il potere di annullare le attestazioni di qualità rilasciate dalle SOA, anche considerato che il rapporto SOA - impresa trova fonte in un contratto di diritto privato su cui l'Autorità non ha il potere di incidere.

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha invece sostenuto che dal complessivo quadro normativo si desumerebbe l'esistenza di un "potere di controllo" dell'Autorità sulle attestazioni rilasciate dalle SOA, che potrebbe estrinsecarsi anche nell'annullamento delle attestazioni medesime, e che non sarebbe corretto ricostruire in termini privatistici il rapporto SOA - imprese, in quanto l'attestazione di qualità è una certificazione a rilevanza pubblica.

È bene ricordare che il regime previgente all'entrata in vigore della legge quadro sul riordino dei lavori pubblici, la 109/94, prevedeva la partecipazione alle procedure di affidamento dei lavori pubblici solo per le imprese iscritte in un apposito albo, ed il relativo potere di verifica diretta da parte dello Stato circa la sussistenza, in capo a tali soggetti, dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, oltre che di quelli generali, ed attribuiva all'organo principale dell'albo (comitato centrale) i poteri di "sospensione dell'efficacia

dell'iscrizione", quante volte ricorressero le ipotesi di cui all'art. 20, l. 10 febbraio 1962, n. 57 e di "cancellazione dall'albo", se fossero accertate le ipotesi di cui all'art. 21 della stessa legge. Era, infatti, connaturale al sistema (centralizzato e diretto) che l'albo potesse verificare ed accertare ogni dato che concernesse le imprese iscritte - anche utilizzando dati e notizie ricevute per il casellario dei costruttori e per la pubblicazione dell'albo - nonché potesse adottare provvedimenti di sospensione o cancellazione dall'albo, esercitando, quindi, uno *jus poenitendi* attribuitogli, oltre che espressamente, in via di sistema dalla legge.

Nell'ambito della complessiva riforma del sistema dei lavori e delle opere pubbliche, avviata con la l. n. 109/1994 e conclusa oggi con il d.lgs. 163/2006, il legislatore ha innovato il sistema di verifica della qualificazione delle imprese a progettare e realizzare opere pubbliche, abbandonando il criterio della diretta e totale amministrazione della materia da parte della mano pubblica (espressione di una concezione statutale della qualificazione delle imprese) ed affidandola ad organismi di diritto privato,

preventivamente autorizzati¹⁷⁰ da apposito organismo pubblico (l'Autorità), con il conseguente trasferimento dei relativi poteri di concessione e revoca delle attestazioni di qualificazione in capo a detti organismi privati.

Tutto ciò in coerenza con una generale tendenza alla semplificazione e accelerazione delle procedure.

La vigilanza su tale nuovo sistema è attribuita all'Autorità che la esercita sulla base delle norme regolamentari allo scopo emanate, i

¹⁷⁰ Secondo R.BARBERIO, *La natura giuridica degli atti delle SOA*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 999, si tratterebbe di una autorizzazione costitutiva. Fa riferimento alla autorizzazione costitutiva anche G.P.CIRILLO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 769, secondo cui, però, con tale atto si produrrebbe il duplice effetto di conferire al soggetto privato poteri pubblicistici e di abilitare la SOA ad avere rapporti contrattuali con l'utenza. Secondo A.MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 352, invece, con l'autorizzazione l'autorità di vigilanza non conferisce alcunché, posto che è la legge ad attribuire, in via originaria, la titolarità di pubbliche funzioni, ancorché ne condizioni l'esercizio alla previa verifica, volta alla rimozione del limite apposto dalla legge, di una serie di requisiti richiesti per l'ammissione all'elenco delle SOA. *Contra* L.IEVA, *Non esiste il potere dell'Authority di annullare (o modificare) le attestazioni SOA*, in *Urb. app.*, 2003, 830, a parere del quale l'autorità di vigilanza è chiamata ad autorizzare, mediante il rilascio di una concessione amministrativa, lo svolgimento dell'attività di attestazione.

cui contenuti dispositivi devono essere interpretati sulla base dei principi e criteri dettati dalla legge.

L'articolo 68, comma 1, del regolamento applicativo del codice, d.P.R. 207/2010, stabilisce che “Lo svolgimento da parte delle SOA dell'attività di attestazione della qualificazione ai sensi del presente titolo è subordinato alla autorizzazione dell'Autorità”.

Il potere di controllo dell'Autorità è altresì confermato dalla disposizione dell'articolo 65, comma 1, del d.P.R. 207/2010, a mente de quale “Ai fini del controllo e della vigilanza sulla composizione azionaria delle SOA, sulla persistenza del requisito dell'indipendenza e l'assenza delle condizioni di cui all'articolo 64, comma 6, l'Autorità può richiedere, indicando il termine per la risposta non superiore a dieci giorni, alle stesse SOA e alle società ed enti che partecipano al relativo capitale azionario ogni informazione riguardante i nominativi dei rispettivi soci e le eventuali situazioni di controllo o di collegamento, secondo quanto risulta dal libro dei soci, dalle comunicazioni ricevute e da ogni altro dato a loro disposizione.”

L'art. 73 del d.P.R. 207/2010 attribuisce all'Autorità il potere di revocare l'autorizzazione alle SOA, in presenza di determinate

condizioni.

Viene dunque riconosciuto un generale potere di vigilanza dell'Autorità sul sistema di qualificazione, anche a fini informativi e un potere dell'Autorità di autorizzare e revocare l'attività delle SOA, e di vigilare sulla compagine societaria delle SOA.

A norma dell'art. 70, co. 5, “Le SOA trasmettono all'autorità, entro quindici giorni dal loro rilascio, copia degli attestati”.

L'art. 71 del d.P.R. 207/2010 disciplina puntualmente i poteri, qualificati come “vigilanza” e come “controllo” sul sistema di qualificazione.

I poteri di vigilanza e di controllo dell'autorità sono esercitati anche su motivata e documentata istanza di altra impresa, che in ogni momento può chiedere la verifica della sussistenza dei requisiti che hanno dato luogo al rilascio dell'attestazione, sempre che vanti un interesse concreto ed attuale (comma 2).

L'autorità provvede periodicamente alla verifica a campione di un numero di attestazioni rilasciate dalle SOA, di anno in anno fissato dalla stessa autorità (comma 4).

Inoltre viene attribuito all'Autorità il potere di controllare la sussistenza dei requisiti per il rilascio delle attestazioni, con un

procedimento che richiede il necessario contraddittorio con l'impresa sottoposta a verifica.

Il procedimento sfocia in un provvedimento con cui l'Autorità incide in maniera penetrante sul potere delle SOA in ordine alle attestazioni, in quanto l'Autorità “indica” in maniera vincolante le “condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contatto stipulato”.

Dunque, l'Autorità detta alle SOA il contenuto dell'atto che la SOA deve adottare (sia che tale atto sia il rilascio dell'attestazione, sia che tale atto sia la modifica o la revoca di una attestazione già rilasciata).

Secondo il Consiglio di Stato, la *ratio* della disciplina è coerente con la natura giuridica del potere esercitato dalle SOA.

Queste ultime sono configurate come organismi privati, e il rapporto tra SOA e impresa è configurato come contratto privatistico.

Ma tale contratto da un lato ha elementi legali predeterminati (il rispetto delle tariffe, il rispetto delle condizioni stabilite dall'Autorità; dall'altro lato sfocia nella “attestazione”, che è atto

unilaterale della SOA, avente valenza pubblicistica¹⁷¹.

Poiché le SOA, ancorché organismi privati, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia in una attestazione con valore di atto pubblico, si verifica una ipotesi di esercizio privato di funzione pubblica, nella quale emerge l'interesse pubblico all'attività di certificazione, e tale attività è circondata di garanzie e controlli pubblici.

Va tenuto conto, a tale proposito, che le attestazioni sono atti destinati ad avere una particolare efficacia probatoria, in quanto “l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici. Le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonché dai titoli III e IV” (art. 60, commi 3 e 4, d.P.R. n. 207/2010).

Pertanto, la diversa natura giuridica (pubblica o privata) del

¹⁷¹ R.MORZENTI PELLEGRINI, *La Società organismo di attestazione come pubblica amministrazione che rilascia e conserva atti o documenti ai fini della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2, 626..

soggetto che esercita l'attività di certificazione, non incide sulla natura giuridica dell'attività esercitata, che era in passato, e rimane oggi, una funzione pubblica di certificazione, volta a ingenerare pubblica fiducia nel contenuto dell'atto.

Le attestazioni rilasciate dalle Soa, al pari dei previgenti certificati di iscrizione all'albo nazionale dei costruttori, hanno una natura sostanzialmente pubblica, e sono atti vincolati.

Da ciò (in mancanza di norma espressa) si ricava la sussistenza del potere di annullamento in autotutela dell'autorità preposta per legge ai provvedimenti delle SOA.

A ben vedere l'intervento diretto dell'Autorità, mediante annullamento dell'attestazione viziata, è un rimedio indispensabile nelle ipotesi di inerzia della SOA: in mancanza, infatti, si consentirebbe ad imprese che hanno ottenuto l'attestazione sulla base di presupposti erronei (o falsi), di continuare a partecipare alle gare di appalto *sine die*, così frustrando la *ratio* posta a base dell'istituzione del controllo pubblico sugli organismi di qualificazione, data dalla necessità di assicurare il virtuoso andamento del mercato, mediante la limitazione del perimetro delle imprese ammesse a partecipare alle procedure in virtù delle relative

referenze oggetto di certificazione.

Il solo ritiro dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività nei confronti della SOA inadempiente potrebbe non essere un rimedio efficace, perché quando una SOA cessa la sua attività, le attestazioni da essa rilasciate devono essere trasferite ad altra SOA.

Sicché, si potrebbe verificare il paradosso che:

- una SOA ha rilasciato una attestazione sulla base di falsi presupposti;
- la SOA omette, contravvenendo alle indicazioni vincolanti dell'Autorità, di revocare l'attestazione viziata;
- l'Autorità revoca alla SOA l'autorizzazione all'esercizio dell'attività;
- l'attestazione viziata viene trasferita ad altra SOA, e continua ad essere efficace.

Peraltro, diversamente da quanto accade per i requisiti di partecipazione alle gare, il controllo sostanziale sulla qualificazione non è di pertinenza della stazione appaltante, di talché la preclusione di una vigilanza con poteri realmente operativi in testa all'Autorità delineerebbe un quadro dato dall'assenza di meccanismi sanzionatori di stampo pubblicistico, consentendo ad imprese non

correttamente certificate di partecipare senza limiti alle gare pubbliche.

Gli indici di pubblicità nella giurisprudenza comunitaria.

Come la giurisprudenza italiana, anche quella comunitaria ha elaborato degli indici di pubblicità sulla base di una analisi che è stata definita “fattuale/funzionale”¹⁷²: fattuale, perché ancorata al caso concreto; funzionale, perché incentrata sullo scopo perseguito in termini di servizio pubblico svolto.

In un caso, la Tipografia di Stato austriaca e una società da essa costituita, la SRG, sostenendo di non essere organismi di diritto pubblico in quanto perseguiti fondamentalmente finalità commerciali, avevano ritenuto di non essere tenute in un appalto di lavori all'applicazione di norme comunitarie.

Un'impresa interessata all'aggiudicazione, la Mannesmann, si era rivolta al giudice tedesco, e questi poi alla Corte di Giustizia, chiedendo che venisse accertato se la Tipografia e l'impresa da essa istituita potessero essere considerati organismi di diritto pubblico e se la disciplina vincolata in materia di scelta del contraente dovesse essere da queste applicata all'insieme dei lavori appaltati.

La questione veniva, quindi, impostata senza sollevare il problema

¹⁷² F.DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., pagg. 218 e ss.

se, nella fattispecie concreta, l'appalto dei lavori si riferisse alla cura dell'interesse generale o meno, ossia, in termini comunitari, se esso fosse in concreta relazione con la missione d'interesse generale.

Seguendo la prospettiva “categoriale” la Corte di Lussemburgo ha chiarito che, perché vi sia organismo di diritto pubblico, devono sussistere per il soggetto interessato cumulativamente le tre condizioni riportate in apertura di capitolo, e cioè:

- 1) deve essere stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale;
- 2) deve essere dotato di autonoma personalità giuridica;
- 3) deve essere dipendente strettamente dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Soffermandosi sul primo requisito la Corte si è occupata del problema della compatibilità tra servizio d'interesse generale e svolgimento di attività commerciali, mettendo in evidenza che la società è stata istituita e svolge una serie di attività nell'adempimento di un dovere posto nell'interesse generale in quanto deve provvedere alla produzione di passaporti, patenti, carte d'identità e documenti amministrativi ufficiali.

La Società era stata infatti creata per provvedere in esclusiva alla produzione di documenti amministrativi ufficiali, taluni dei quali soggetti al segreto e all'osservanza di norme di sicurezza, mentre altri destinati alla diffusione di testi legislativi, regolamentari ed amministrativi dello Stato.

Tali attività, in quanto strettamente collegate all'ordine pubblico e al funzionamento istituzionale dello Stato, esigono garanzie di approvvigionamento e condizioni di produzione che garantiscano il rispetto delle norme di riservatezza e di sicurezza.

Accanto ad esse la Tipografia svolge, però, anche attività commerciali nella quali essa agisce nel proprio interesse come qualsiasi altro soggetto commerciale.

Per la Corte di Giustizia, non essendo possibile applicare ai due tipi di attività regole differenziate, poiché “vi sarebbe un contrasto col principio della certezza del diritto, il quale esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati”, si dovrebbe applicare la disciplina dell'attività svolta nell'adempimento di un dovere generale anche alle attività commerciali. A tale conclusione la Corte di Giustizia perviene pur ritenendo che “la soddisfazione dei bisogni di

interesse generale costituisca una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte dalla Tipografia”.

Secondo la Corte di Giustizia, dunque, vi sarebbe una sorta di *vis attractiva* della disciplina dell'interesse generale su quella commerciale pur se, ovviamente, nel caso in cui alle attività differenziate corrispondano soggetti diversi, al soggetto che svolge esclusivamente attività commerciale dovrebbero essere applicate le regole del diritto privato anche nel caso in cui le quote di capitale siano detenute per la maggior parte dall'amministrazione.

La sentenza non indaga in concreto sull'oggetto dell'appalto in questione: l'iter logico argomentativo fa perno sui due criteri, assolutamente generici, dell'inquadramento nella categoria e della prevalenza.

L'analisi dell'oggetto dell'appalto avrebbe, invece, potuto stabilire la connessione o meno con le attività che costituiscono cura dell'interesse generale (ad es. sicurezza dei documenti) con le conseguenze in ordine alle regole applicabili.

In questo modo la decisione sarebbe stata coerente con la prospettiva comunitaria che non sottopone un soggetto unitariamente a determinate regole ma, distinguendo tra le concrete

attività da esso svolte, segmenta o anatomizza l'attività e l'organizzazione in relazione all'elemento della cura dell'interesse generale.

Le società a partecipazione mista pubblica-privata: l'articolo 2449 del codice civile e i poteri della parte pubblica di nomina del consiglio di amministrazione (*ex golden share*).

L'articolo 2449 del codice civile, come modificato dall'articolo 13 della legge 34/08, dispone al primo comma che “Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale”¹⁷³.

La novella si è resa necessaria a seguito della decisione della CGCE n. 463-464/07¹⁷⁴, la quale ha censurato l'originaria formulazione

¹⁷³ Con riferimento al comma 1, il testo precedentemente in vigore era il seguente: “Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza.”

¹⁷⁴ “L'art. 56 Ce deve essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile italiano, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o a un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o in combinato con una disposizione, quale l'art. 4 d.l. 31 maggio 1994 n. 332, conv., in seguito a modifiche, nella l. 30 luglio 1994 n. 474, come modificata dalla l. 24 dicembre 2003 n. 350, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di

dell'articolo 2449 c.c nella misura in cui esso consentiva “a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società”.

L'unico precedente giurisprudenziale edito a seguito della novella riguarda una ordinanza cautelare del Tribunale di Ragusa¹⁷⁵ che si è espressa sulla legittimità di una delibera assembleare della società per azioni che gestisce l'aeroporto di Comiso, la Soaco s.p.a., partecipata, al momento del giudizio, al 35% dal Comune di Comiso e al 65% da una *holding* privata, la Intersac s.r.l.¹⁷⁶.

In base allo statuto sociale, al comune di Comiso spettava la nomina di due consiglieri su cinque¹⁷⁷, compreso il presidente.

partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società.”

¹⁷⁵ Si tratta dell'ordinanza del 21 dicembre 2010, in *Vita not.* 2011, 1, 381.

¹⁷⁶ Per l'esattezza, la stessa holding risulta di composizione mista: socio di maggioranza della Intersac s.p.a. è la Società Aeroporti di Catania, a partecipazione mista pubblica-privata. Lo statuto di Intersac s.p.a. è tuttavia privatistico, per i fini che qui rilevano.

¹⁷⁷ L'articolo dell'art. 6, co. 5, d.l. 78 del 31.5.2010, intervenuto successivamente alla costituzione di Soaco s.p.a., prevede un massimo di 5 consiglieri di amministrazione per gli enti pubblici di diritto privato.

Ebbene, l'azionista privato, di maggioranza, sulla base di una interpretazione restrittiva della nuova formulazione dell'articolo 2449 c.c., aveva ritenuto che al comune spettasse la nomina non già di due, bensì di un solo componente del c.d.a., ed aveva ottenuto l'approvazione della delibera di nomina di 4 consiglieri in sua quota, riservando al Comune la nomina del solo presidente.

Secondo il socio privato, infatti, l'articolo 10 dello statuto sarebbe stato violativo del principio di proporzionalità, introdotto dall'articolo 13 della l. 34/08.

L'indagine del Tribunale di Ragusa è stata dunque finalizzata a verificare se due amministratori su cinque consentano al Comune di Comiso di godere di “un potere di controllo sproporzionato” rispetto alla partecipazione del Comune medesimo in Soaco, in ossequio alla *ratio* della novella.

Secondo la difesa della parte privata, l'assemblea della Soaco s.p.a. aveva dato in realtà piena attuazione all'art. 2449 c.c., per mezzo di una rilettura della norma statutaria contestata e di una sua interpretazione alla luce dell'intervenuta modifica legislativa.

Essa in particolare contestava che il principio di proporzionalità dovesse soggiacere a regole “meramente aritmetiche”.

La difesa pubblica argomentava invece che la nozione stessa di proporzionalità – intesa come equilibrio fra grandezze in relazione ad un contesto ovvero ad un parametro esterno – è nozione matematica.

La tesi della parte privata muoveva dalla constatazione che i vincoli di partecipazione del Comune al *board* amministrativo, sanciti in Statuto, non fossero più attuali, in forza dell'intervenuto aumento della quota di Intersac dal 51% originario al 65% al momento della delibera.

Cionondimeno, in base all'articolo 6 dello statuto (riproduttivo di una norma del bando di gara per la selezione del socio privato) la partecipazione del socio pubblico non poteva mai scendere al di sotto del 35%, e doveva essere comunque inferiore al 50%.

Sicché, secondo la difesa pubblica, l'articolo 10 dello Statuto Sociale¹⁷⁸ teneva esattamente conto dell'eventualità dell'aumento del peso del socio privato della compagine sociale, ancorando proporzionalmente il numero degli amministratori al criterio del “più di un terzo/meno della metà” (1/3; 2/5; 3/7; 4/9).

¹⁷⁸ Come risulta dalla modifica all'atto dell'ingresso di Intersac nella compagine sociale: Assemblea Straordinaria dei Soci del 16.4.2007.

Tale criterio corrisponderebbe esattamente all'oscillazione possibile della partecipazione del socio pubblico (in matematica: "delta") fra il 49% e il 35%: più di un terzo, meno della metà.

Tale criterio sarebbe l'unico possibile per consentire una rappresentanza nel *board* d'amministrazione al socio pubblico sempre proporzionale: ciò perché sarebbe ben possibile al socio privato, altrimenti, con un colpo di mano, appropriarsi del Consiglio di Amministrazione, eleggendo (come nel caso concreto) l'80% degli amministratori in Consiglio, detenendo mai più del 65% delle quote.

Il Tribunale ha accolto la tesi del Comune, optando per una interpretazione sostanziale e non restrittiva del disposto dell'articolo 2449 c.c., ed esprimendosi come segue: "La delibera impugnata ha palesemente violato la disposizione statutaria (art. 10 dello Statuto) e non regge la tesi che la stessa debba essere interpretata diversamente da come la interpreta il Comune di Comiso per poterla ritenere conforme al nuovo dettato dell'art. 2449 C.C., che ha introdotto, dopo la citata pronuncia della Corte Europea, il c.d. principio di proporzionalità.

Invero, posto che la partecipazione societaria del Comune di

Comiso è stata pari ad una quota oscillante tra un massimo del 49% ed un minimo del 35%, che scende al 31% ove si tenga conto delle azioni costituite in pegno, la percentuale di consiglieri di nomina pubblica prevista nello Statuto (2 su 5; 3 su 7; 4 su 9) rispetta in ogni caso il suddetto principio, essendo proporzionale, avuto riguardo al numero totale di consiglieri, alla partecipazione societaria.

In altri termini, in termini percentuali, la quota di rappresentanza nell'organo amministrativo deve essere approssimativamente uguale a quella della partecipazione della società, con i dovuti limiti degli arrotondamenti per eccesso o per difetto per la comparabilità dei dati.

Ora, non v'è dubbio che, essendo 5 i componenti del consiglio di amministrazione, la percentuale del 40% per il Comune di Comiso e quella del 60% per la società privata nel caso di 2 consiglieri per il primo e di 3 per il secondo) si avvicinano di più alle rispettive quote societarie (rispettivamente del 35% e del 65%) di quanta non si avvicinano le percentuali del 20% e dell'ottanta per cento che deriverebbero dall'assegnazione al Comune di Comiso di un solo consigliere (il Presidente) e alla società privata di 4 consiglieri.

I margini di differenza, in tale ultimo caso, sia in eccesso che in difetto, sarebbero più ampi per entrambi i soci (un 20% anziché un 40% rispetto ad una partecipazione societaria del 35% e un ottanta per cento anziché un 60% rispetto ad una partecipazione societaria del 65%).

È vero che si tratta di valutazioni matematiche, ma, come osservato dall'opponente, non si può prescindere da esse quando si parla di proporzioni.

Di ciò appare consapevole la stessa difesa di parte resistente, se asserisce che *il criterio della "proporzionalità" non può certamente essere compromesso e sacrificato in una logica meramente aritmetica.*

Infatti, deve intendersi che il numero dei consiglieri di nomina pubblica nel consiglio di amministrazione deve essere il più possibile rappresentativo, rispetto al totale dei componenti di esso, della percentuale di capitale sociale detenuto, con gli ovvi arrotondamenti necessari, nell'ottica di scegliere quelli che in misura minore sacrificano l'una e l'altra parte.

Per essere proporzionale alla quota della partecipazione societaria, la percentuale dei consiglieri nominati dal Comune di Comiso

dovrebbe essere pari al 35%, con la conseguenza che tale ente dovrebbe nominare 3,5 componenti ove gli stessi fossero 10 e 1,75 componenti ove gli stessi fossero, come sono, 5, mentre il socio di maggioranza dovrebbe nominarne 3,25.

Essendo ovvio che tali cifre vanno arrotondate per difetto o per eccesso, va da sé che la proporzionalità è rispettata quando il Comune nomina 2 consiglieri su 5 fin quando la sua partecipazione societaria rimanga superiore al 30%, posto che, in tal caso, ha diritto a nominare più di un consigliere su un totale di 5, onde evitare che vi sia, al contrario, una sproporzione tra la quota di partecipazione societaria dell'altro socio e la quota di componenti del consiglio di amministrazione nominati dello stesso (che, detenendo meno del 70%, arriverebbe a nominare l'ottanta per cento dei consiglieri).

Sulla base di tali osservazioni, che attengono al dato matematico, il quale però refluisce sulla corretta interpretazione della norma in questione, può ritenersi che sussista il *fumus boni iuris*.

Senza volere qui approfondire la portata della novità normativa, che non pochi problemi suscita anche in riferimento alla modalità con cui l'ente pubblico deve esprimere i nominativi dei consiglieri di

sua spettanza, anche perché non si fa questione su questo nel presente procedimento, pare al decidente che non possano esservi dubbi sulla illegittimità di una deliberazione societaria che, a fronte della previsione statutaria di cui all'art. 10, da interpretarsi nel senso suddetto, riducendo a 5 i componenti del consiglio di amministrazione, abbia riconosciuto al Comune di Comiso, detentore del capitale sociale in misura del 35%, la facoltà di indicarne e nominarne uno solo, che ha assunto le funzioni di presidente.”

BIBLIOGRAFIA

S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione* in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 915 ss., commento a CGCE, 2 luglio 1996, C-473/93, C-173/94, C-290/94,

G.NAPOLITANO, *Pubblico e Privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003

M.D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992

L.DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, I, 1911

S.CASSESE, *I servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, Roma, 1969, pp. 8-9

C.ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, 1952, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954

C.E.GALLO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la pubblica amministrazione nella più recente giurisprudenza della Corte*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 318 ss.

S.CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 79 ss.

L.TORCHIA (a cura di), *Il Procedimento amministrativo: profili comparati, Atti del convegno di Roma, 21 aprile 1993*, Padova, 1993

M.D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, p. 1 ss.

G.CORSO, *La legge sul procedimento amministrativo e il primato del cittadino*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, pp. 316-317

G.FALCON, *La pubblica amministrazione e i cittadini*, in *Riformare la pubblica amministrazione. Italia, Gran Bretagna, Spagna, Stati Uniti*, Torino, 1995, p. 109 ss., qui p. 113

F.GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 12, 2909

G.ARENA, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Roma, 2003, pg. 18.

F.GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 12, 2909

P.DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, CEDAM, Padova, 2004

G.GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari 1999

A.MANZELLA, *La ripartizione di competenze tra Unione Europea e Stati membri*, in *Quad. Cost.* 2000, p. 531-543.

P.CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. Cost.* 1993, p. 7-31

G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali Esperienze a confronto*, Padova, 1999., p. 170-182.

M.P.CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in AA.VV., *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni.*, p. 85-121

A.SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998

D.U.GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008

G.GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del Giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 05, pp. 819 ss.

A.TRAVI, *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008,

C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2002, p. 651-682, in part. p. 672.

E.CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione Europea*, in *Il Dir. Un. Eur.* 2000, p. 241-265,

L.ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da welfare state a welfare society*, in *Riv. Dir. Fin. e Sc. Fin.* 2000, p. 99-115

E. FERRARI, *Sussidiarietà e ruolo delle associazioni di volontariato*, in AA.VV., *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2003.

S.PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2001, pp. 593 ss.

V.PEPE, *La sussidiarietà nella comparazione giuridica* Jovene,

2004, p. 43-105.

G.D.ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato 1815, p. 15, citato in A.SANDULLI, *La proporzionalità cit.*, p. 10-11, nota 15.

R.FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002, p. 3-101.

V.CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2004, XII (aggiornamento)

G.ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005

S.CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2001, p. 601 ss.

R.BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002

L.MARTINEZ, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino, 2008

I.M.MARINO, *Revisioni del rapporto fra lo Stato e gli altri enti politici: grandezze e miserie della costruzione di una nuova 'forma di Stato'*, in *Nuove autonomie*, 1999, 8, 5/6, p. 725-738.

A.PUBUSA, *Relazione al Convegno Il Testo unico delle autonomie locali*, Catania, 2 aprile 2001

S.BARTOLE, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali cit.*, p. 236-237.

L.TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. It. dir. Pubbl. comunitario*, 1997, p. 858. Sul punto si veda anche l'interessante ordinanza.

M. OCCHIENA, *Il procedimento*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano 2002, p. 167-222

S.CRESTA, S.GRASSI, P.LOMBARDI, I.PAOLA, *La partecipazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione cit.*, p. 223-243.

G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV. *Diritto Amministrativo*, II, Bologna 1998, p. 1212-1228.

G.ROHERSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. Proc. Amm.* 1987, p. 47-96.

P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993.

V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, ora in *Scritti Giuridici cit.*, Vol. I, p. 267-292.

A. BARONE, *La governance del territorio*, Bonanno, 2003, pg. 51 ss.

P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl.* 1999, p. 31-47

G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1992, p. 3-30

G. ARENA, Seminario *Evoluzione dei rapporti tra cittadino e amministrazione*, svoltosi a Catania il 14/1/2002, nell'ambito delle attività del Dottorato di Ricerca in Diritto Amministrativo

A. D'ANDREA, *La prospettiva della costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus* 2000, p. 227-242.

M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Enc. Giur.*, p.1.

R.H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, trad. it. di *The firm, the Market and the Law*, Chicago 1988, Bologna 1995, p. 65

L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, *Riv. dir. fin. e scienza delle finanze*, 2000, 01, pgg. 99 ss..

A.GENTILINI, *La sussidiarietà appartiene al diritto mite? Alla ricerca di un fondamento giuridico per l'«attrazione in sussidiarietà»*, in *Giur. cost.* 2008, 02, 1640,

ARISTOTELE, *Politica*, 1287b, III, 16, 1287, a 20-25; III, 14, 1285, I, 2, 1252 b 10 ss.

C.BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Dir. Amm.*, 2007, 04, 895, par. 1.

P.MADDALENA, *La costituzione della Repubblica italiana sessant'anni dopo la sua entrata in vigore*, in *Dir. amm.* 2008, 04, 717, par. 3

D.ABULAFIA, *FEDERICO II*, EINAUDI, 2006

C.MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, PUF, 1992, pgg. 43-44.

T. D'AQUINO, *Summa contra gentiles*, su <http://www.corpusthomicum.org/ott101.html>

G.FALSITTA, *Giustizia distributiva, principio di proporzionalità e federalismo nell'opera di Dante Alighieri*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 04, 369

A. FRASCHINI, *Subsidiarity*, *Riv. dir. fin.* 2001, 01, 55, par. 1

N.BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Torino, Giappichelli, 1963,
pag. 243

C.CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e
dir. priv.* 2010, 04, 1037

G.MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in *Riv.
trim. dir. pubbl.* 2012, 02, 397.

M.RIBAUDO, *La sussidiarietà: una divinità dai troppi volti*, in
Quelle istituzioni, 108/1996, pp. 30.

O.CONDORELLI, *Sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento
canonico: alcune considerazioni storiche*, in *Dir. eccl.* 2003, 03,
942, par. 1.

Quadragesimo Anno [http://www.vatican.va
/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-
xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_it.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_it.html), shortened url:
<http://bit.ly/PHMkX0>

A.RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni
e modello d'analisi*, in A.RINELLA-L.COEN-R.SCARCIGLIA,
Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto,
Padova 1999,

L.ROSA, *Il “principio di sussidiarietà” nell’insegnamento sociale della Chiesa, I, La formulazione del principio e la sua interpretazione*, in *Agg. Soc.*, 1962 pag. 590.

E.MONTI, *Solidarietà*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa: scienze sociali e magistero*, in *Vita e Pensiero*, Milano, 2004, pg. 80.

G.FELICIANI, *Sussidiarietà*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Vita e Pensiero, 2004

V.J.VANBERG, *The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism*, in *Freiburg discussion papers on constitutional economics*, 4/11, <http://hdl.handle.net/10419/4343>

W.BONEFELD, *Freedom, Crisis and the Strong State: On German Ordoliberalism*, pag. 15, shortened URL: <http://bit.ly/SJM3QF>

D.SICLARI, *Tutela del risparmio, educazione finanziaria e principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, CEDAM, 2010,

E.COLLOTTI, *Storia delle due Germanie 1945-1989*, Torino, Einaudi, 1968, 671.

R.MICCÙ, *“Economia e Costituzione”*: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del pluralismo. Pubblico-privato nell’evoluzione del rapporto*, Torino, 1996, pg. 261, n. 70.

E.COLLOTTI, *Storia delle due Germanie*, cit., pgg. 715 e 719.

W.EUCKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwicklichung*, in *Ordo*, 1949

G.CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 629 ss.

M.TAGGART, *Reinvented Government, Traffic Lights and the Convergence of Public and Private Law. Review of Harlow and Rawlings: Law and Administration*, in *Publ. Law*, 1999, p. 137.

A.MASSERA, *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Escola d'Administració pública de Catalunya, Barcelona, 1993, pagg. 55 e ss

Così DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, CEDAM, Verona, 2000, pag. 14-15.

G.NAPOLITANO, *Pubblico e Privato nel diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2003

D.F.G.TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in www.giustizia-amministrativa.it, shortened URL: <http://bit.ly/jEQ1iy>

F.CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011.

D.CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003

B.MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003.

A.ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 127

D.DONELLA, *La difficile strada degli enti privatizzati*, in *Prev. Forense*, 1997, pag. 54.

A.FORTEI, *Principi relativi all'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori validi ai fini della qualificazione*, in *App. urb. edilizia*, 2001

S.MOLLICA, *Brevi considerazioni intorno alla natura della iscrizione all'albo dei costruttori*, in *Amm. it.*, 1999, 1688 ss

S.VINTI, *Albo nazionale dei costruttori*, in *Giust. civ.*, 1988, 215 ss.

P.GONELLI, M.PALLOTTINO, *Il controllo sulla regolarità dei procedimenti di aggiudicazione dei lavori pubblici in Italia*, in *Arbitrati e appalti*, 1973, 141 ss.

A.CANCRINI, *La privatizzazione del sistema della qualificazione e le Soa*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 460

L.GIAMPAOLINO, *Le SOA e le loro responsabilità*, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2001, 12 ss.

C.IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992

R.BARBERIO, *La natura giuridica degli atti delle SOA*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 999

G.P.CIRILLO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 769

A.MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 352

L.IEVA, *Non esiste il potere dell'Authority di annullare (o modificare) le attestazioni SOA*, in *Urb. app.*, 2003, 830

R.MORZENTI PELLEGRINI, *La Società organismo di attestazione come pubblica amministrazione che rilascia e conserva atti o*

documenti ai fini della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, in Foro Amm. C.d.S., 2, 626

GIURISPRUDENZA

(N.B.: Ove non indicato diversamente, la giurisprudenza è pubblicata su www.dejure.it.)

CGCE, 10 novembre 1992, in causa C-156/91

CGCE, 25 febbraio 1979, in causa C-98/78

CEDU, Grande Chambre, 12 luglio 2001, ricorso n. 44759/98,
Ferrazzini contro Italia.

CGCE, 2 luglio 1996, C-473/93, C-173/94, C-290/94

CGCE, Grande Sez., 10 luglio 2008, in causa C413/06

CGCE, 23 aprile 2009, in causa C-425/07

Trib. I° grado, sez. V, 11 dicembre 2008, in causa T-339/06

Corte Cost. 11/6/1999 n. 255 in Giur. Cost. 5/6 1999, p. 2203-2205

Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, in Cons. Stato
2001, I, p. 12.

Consiglio di Stato, sez. IV, 20 settembre 2012, n. 5037

Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2012, n. 4733

Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873

Consiglio di Stato, sez. IV 2 marzo 2004, n. 991

Consiglio di Stato, VI, n. 1303/2002.

Cass. SS.UU. 29 maggio 2012, n. 8511

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 12 aprile 2012, n. 3

TAR Lombardia, Milano, 9 dicembre 2010, n. 7484

Consiglio di Stato, 28 novembre 2012, n. 6014

CGCE 15 gennaio 1998 in causa C-44/96 in Riv. it. dir. pubbl. com.
1998, 733

CGCE, 15.1.1998, causa C-44/1996, Mannesmann Anlagenbau
Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GesmbH, in Foro it., 1998,
IV, 133, con nota di R.Garofoli.

Consiglio di Stato, sezione VI, 29 maggio 2008, n. 2546

Consiglio di Stato, sezione VI, 9 marzo 2007, n. 1119

Corte Conti, Sez. Controllo Enti, 23 ottobre 1995, n. 49, in Foro
amm., 1996, 1714

Corte dei Conti, sez. giurisd. reg. Lazio, 23 gennaio 2008, n. 120

Tribunale di Ragusa, ordinanza 21 dicembre 2010, in Vita not.
2011, 1, 381

SOMMARIO

Capitolo I.....	3
L'evoluzione del problema nell'esperienza europea.....	3
I rapporti tra privati e potere pubblico nel diritto comunitario: il principio di sussidiarietà nell'esperienza comunitaria.	17
Segue: i principi comunitari nell'ordinamento italiano.....	29
Il rapporto tra il potere pubblico e i privati nell'analisi storica del principio di sussidiarietà orizzontale.....	51
Capitolo II.....	81
La cura di interessi pubblici da parte di soggetti privati nell'esperienza concreta: la natura giuridica del soggetto.....	81
La nozione di “amministrazione pubblica” ai fini dell'inserzione nel conto consolidato dello Stato.....	93
Segue: la natura giuridica dell'atto; gli atti certificativi dei soggetti privati, con specifico riferimento alle SOA.....	113
Gli indici di pubblicità nella giurisprudenza comunitaria.....	131
Le società a partecipazione mista pubblica-privata: l'articolo 2449 del codice civile e i poteri della parte pubblica di nomina del consiglio di amministrazione (<i>ex golden share</i>).	137

Bibliografia.....	146
Giurisprudenza	161