

Università degli Studi di Napoli Federico II



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTI UMANI. TEORIA, STORIA E PRASSI
XXXIII CICLO**

**TESI DI DOTTORATO
IN
DIRITTO COSTITUZIONALE**

**La categoria giuridica della sussidiarietà
nei processi evolutivi della forma di Stato**

Coodinatore:

Ch.Mo Prof. Cosimo Cascione

Tutor:

Ch.mo Prof. Alberto
Lucarelli

Candidato:

Dott. Guido Saltelli

AA. 2019/2020

Capitolo I

L'evoluzione della sussidiarietà

Introduzione..... p.5

Sezione Prima

Le origini della sussidiarietà

1. La nascita della sussidiarietà: la dimensione extra-giuridicap.9

2. La sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa..... p.10

3. Sussidiarietà e forme di Stato..... p. 17

3.1 Sussidiarietà e Stato Socialep. 19

3.2 Sussidiarietà e Stato Liberalep. 23

3.3 Sussidiarietà e Stato Federalep. 30

Sezione Seconda

Il principio di sussidiarietà nella Costituzione

1. Il principio di sussidiarietà nella Costituzione: le prime apparizioni..... p. 35

2.1 La riforma del titolo V segna una trasformazione della forma di Stato?.. p. 38

2.2. La forma di Stato nella Costituzione del 1948..... p. 41

3. Il valore giuridico della sussidiarietà: conclusioni parziali..... p. 46

Sezione Terza

Il principio di sussidiarietà nel pensiero di Sergio Stammati

1. Premessap. 48

2. La struttura del principio di sussidiarietà..... p. 49

3. La natura del principio: la chiave di volta per indagare la forma di Stato... p. 53

4. La dimensione solidale del principio: il rapporto con la forma di Stato sociale..... p. 56

5. Il rapporto tra sussidiarietà e l'istituto della famiglia nella Costituzione ...p.	57
6. Conclusioni	p. 63

Capitolo II

Sussidiarietà e tutela della salute

Premessa	p. 65
-----------------------	--------------

Sezione Prima

Principio di sussidiarietà e tutela del diritto alla salute: cenni storici e prospettive

1.1. La tutela del diritto alla salute nell'Italia pre-repubblicana.....	p. 67
1.2. Il diritto alla salute nella Costituzione nella prospettiva del principio di sussidiarietà.....	p. 69
1.3. La prospettiva europea della tutela del diritto alla salute.....	p. 76

Sezione seconda

L'organizzazione della tutela della salute

1. L'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale: i prodromi, la legge 12 febbraio 1968, n. 132; il decreto legge 8 luglio 1974, n. 264 convertito con modificazioni dalla legge 17 agosto 1974, n. 386; la legge 29 giugno 1977, n. 349.....	p. 79
2. segue: La legge 22 dicembre 1978, n. 833. I principi informatori e gli obiettivi.....	p. 83
3. segue: Il Piano Sanitario Nazionale. Il ruolo delle regioni.....	p. 89
4. La crisi (finanziaria) del Servizio Sanitario Nazionale ed il suo riordino: il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e le successive modifiche ed integrazioni.....	p. 96

Sezione terza – I “limiti” del Servizio sanitario pubblico

1. Il problema della sostenibilità della spesa pubblica sanitaria.....	p. 102
2. Le problematiche delle strutture private accreditate a supporto del sistema pubblico.....	p. 104

Sezione quarta – Nuove prospettive del Servizio Sanitario pubblico

- 1. La crisi COVID e la capacità di reazione del sistema Sanitario pubblico.... p.107
- 2. Possibili soluzioni alternativep. 108
- 3. Considerazioni parziali..... p. 115

Capitolo III

La sussidiarietà: una nuova prospettiva alternativa liberal-democratico o una conferma della forma di Stato sociale?

Premessa..... p. 118

Sezione prima

La partecipazione dei cittadini nella gestione della “*res publica*”

- 1.1 Il ruolo dei privati nella dimensione pubblicistica: l’istituto della partecipazione..... p. 120
- 1.2 La sussidiarietà orizzontale nel codice dei contratti pubblici: compromissione dello Stato Sociale?p. 125
- 1.3 La partecipazione dei “privati” nella gestione della cosa pubblica analizzata attraverso il baratto amministrativop. 129
- 1.4 Cessione di immobili in cambio di operep. 133
- 1.5. Osservazioni parzialip. 137

Sezione seconda

Lo Stato nell’economia

- 2. Il ruolo dei poteri pubblici nell’economia: una prospettiva privilegiata data dall’art 43 della Costituzione e lettura costituzionalmente orientata..... p. 139
- 2.1. Lo Stato nell’economia, da interventore a regolatore: l’impatto sulla forma di Stato.....p. 141

Sezione terza

Servizi pubblici e forma di Stato

- 3. I servizi pubblici come “chiave di lettura” della forma di Statop. 144

3.1. L'evoluzione della disciplina in tema di servizi pubblici.....	p. 147
3.2 I servizi pubblici locali: forme di gestione	p. 153
3.3 Un ulteriore profilo di indagine: la possibile ripubblicizzazione di un servizio pubblico locale.....	p. 156
3.4 La gestione dei servizi pubblici nella giurisprudenza: una rilettura della regola della concorrenza.....	p. 167
4. Conclusioni parziali.....	p. 180
Conclusioni.....	p. 182
Bibliografia.....	p. 186

Introduzione

Il presente lavoro analizza la categoria giuridica della sussidiarietà, soffermandosi non solo alla mera descrizione del principio ma provando a descrivere l'incidenza dello stesso sul modo di esercizio del potere statale e sulle modalità di tutela dei diritti.

In particolare si cerca di indagare come l'introduzione del principio di sussidiarietà all'interno della Carta Costituzionale abbia potuto incidere sulla forma di Stato.

Lo studio si concentra inizialmente sulla dimensione meta-giuridica del principio di sussidiarietà.

In particolare, partendo da una prospettiva storica si analizzano le prime forme di sussidiarietà rinvenibili, in particolare, nella dottrina sociale della Chiesa.

In tale prospettiva la sussidiarietà si caratterizza per la dimensione eminentemente sociale della sussidiarietà, quale strumento di "aiuto" dei soggetti in difficoltà.

Lo studio del principio di sussidiarietà viene poi approfondito nella sua dimensione giuridica, valutando il rapporto con i modelli di Stato e cercando di individuare alcuni elementi del principio idonei a qualificare un determinato tipo di Stato.

L'approfondimento della dimensione sociale del principio lo rende naturalmente incompatibile con una forma di Stato liberale, dove l'aspetto individualista è il carattere predominante di tale tipo di Stato e dove l'intervento pubblico è ridotto ad interventi essenziali.

È sicuramente più compatibile, invece, con un'idea di Stato sociale dove è forte l'intervento pubblico come strumento di riconoscimento e di tutela dei diritti individuali.

L'analisi si completa con lo studio del rapporto con il modello di Stato Federale in cui sussiste una rigida suddivisione delle competenze tra Stato centrale e articolazioni decentrate, ragion per cui la sussidiarietà più che essere uno strumento di qualificazione della forma di Stato finisce per essere un criterio di ripartizione delle competenze legislative ed amministrative tra il potere centrale e quello decentrato.

L'approfondimento del rapporto tra sussidiarietà e forma di Stato si snoda all'interno della Costituzione italiana.

In particolare, dopo aver inquadrato il modello di Stato in esso accolta, si analizzando gli artt 2, 3 e 5 della Costituzione, al fine di individuare forme di sussidiarietà implicite.

Infatti, partendo dai lavori dell'assemblea costituente si giunge ad individuare l'esistenza della sussidiarietà nella sua accezione sociale, a conferma della compatibilità con il tipo di Stato social democratico accolto nella Costituzione del 1948.

Si evidenzia che seppur mancando un espresso riconoscimento dello stesso sino al 2001 vi erano già all'interno della Carta costituzionale elementi da cui si desumeva l'implicito accoglimento della sussidiarietà all'interno dell'ordinamento.

In tal senso si pongono gli artt. 2, 29, 53 della Costituzione come indici sintomatici di un necessario intervento "sussidiario" del potere pubblico al fine di rendere effettiva la tutela dei diritti, indagati anche ricordando gli studi del Professore Sergio Stammati.

Non manca l'analisi della disciplina dell'art 118 della Costituzione, che per la prima volta nel 2001, detta una disciplina espressa del principio.

La norma, infatti, prevede la sussidiarietà in senso verticale come strumento di ripartizione della competenze tra soggetti pubblici ed individuano l'ente territoriale più vicino come quello più idoneo al perseguimento dell'interesse pubblico.

La stesso art 118, comma 4 Cost., introduce una forma di sussidiarietà orizzontale attraverso cui si attribuisce un importante ruolo al cittadino nello svolgimento di attività di interesse generale.

Lo studio sul principio di sussidiarietà si sviluppa, poi, indagando il rapporto dello studio con il diritto alla salute.

Attraverso l'evoluzione del Sistema Sanitario nazionale, ed in particolare la sua trasformazione da servizio gestito completamente da soggetti pubblici a servizio prima "regionalizzato" e poi aperto al settore privato, si è osservato come si è analizzato il lento e progressivo vuoto di tutela che si è venuto a creare intorno al diritto alla salute.

In particolare, è stato osservato come l'attribuzione della sanità alla competenza delle Regioni ha progressivamente determinato una forte diseguaglianza nella tutela del diritto alla salute.

Inoltre, l'ampio spazio lasciato all'iniziativa dei privati anche nella gestione dei servizi riguardanti un diritto fondamentale ha finito quasi per rendere inefficace la previsione di cui all'art 32 della Costituzione.

In questo contesto si è cercato di evidenziare come la sussidiarietà in una materia così delicata come la salute deve essere uno strumento di ampliamento della tutela di diritto e non strumento che permette al potere pubblico centrale di defilarsi dalle proprie responsabilità istituzionali.

La tutela del diritto alla salute non può, quindi, prescindere da un ruolo di primo piano riservato allo Stato, quale soggetto responsabile di dare attuazione alle disposizioni costituzionali.

La sussidiarietà può essere al più intesa come strumento in grado di supportare il potere pubblico, aiutando nella tutela dei diritti fondamentali, ma non costituire una forma di deresponsabilizzazione dello stesso.

Lo studio sulla sussidiarietà si completa soffermandosi sulla forma orizzontale del principio ed in particolare analizzando forme di collaborazione tra soggetti pubblici e soggetti privati nella realizzazione dell'interesse pubblico.

Nello specifico, prima analizzando gli "interventi di sussidiarietà orizzontale" previsti dal codice dei contratti pubblici e, poi, l'evoluzione dei servizi pubblici, si è indagato sul ruolo dei soggetti privati quali protagonisti della "cosa pubblica".

Tale impostazione è stata in un certo senso letta in maniera differente attraverso il principio di sussidiarietà verticale: grazie ad esso, si è data una grande libertà di azione ai singoli nella cura e nella determinazione dell'interesse pubblico.

Ciò ha sostanzialmente sortito l'effetto di deresponsabilizzare lo Stato, che si è limitato ad essere Stato Regolatore.

Tale ridimensionamento del ruolo non ha comportato soltanto una modifica di fatto della forma di Stato, tendente ad un sostanziale liberismo economico ma è sfociata in un pericoloso *vulnus* alla tutela per i diritti fondamentali.

Attraverso una lettura di questi ultimi, si giunge ad una rilettura del principio di sussidiarietà che sia in grado di assicurare una tutela effettiva per i diritti, e allo stesso tempo individuare meccanismi di intervento statali che siano idonei a colmare vuoti di tutela.

Questa lettura rende compatibile il principio di sussidiarietà con la forma di Stato delineata dalla nostra Carta costituzionale quale mezzo idoneo ad assicurare una tutela sostanziale dei diritti senza, realizzare alcuna trasformazione del modello di Stato, ma realizzando una diversa articolazione del ruolo del potere pubblico.

1. La nascita della sussidiarietà: la dimensione extra-giuridica

Un'indagine specifica e approfondita del principio di sussidiarietà non può che partire dalla dimensione meta-giuridica del principio.

Il punto di partenza di tale studio prende le mosse dai molteplici significati che la sussidiarietà ha assunto nel corso del tempo.

La dottrina, infatti, lo considera «principio ambiguo, con almeno trenta diversi significati, programma, formula magica, alibi, mito, epitome della confusione, foglia di fico».¹

Da un punto di vista etico-politico essa si presenta come un principio² ricchissimo, paragonabile, per la sua forza dirompente, al principio della separazione dei poteri, al momento della sua prima apparizione storica³.

Dal punto di vista sociale, invece, il termine sussidiarietà deriva dal latino *subsidium*, inteso come forma di aiuto, tenuta in riserva, offerta solo in caso di necessità, quando coloro che hanno l'obbligo di adempiere ad un dovere non sono in grado di farvi fronte⁴.

Da tale concezione emergono con immediatezza due principali implicazioni svolte dalla sussidiarietà nella sua funzione originaria.

¹ Così si esprime S. Cassese, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro italiano*, n. 5, 1995, pp. 373 e ss.

² Sulla nozione di principi generali dell'ordinamento si legga S. Bartole, *Principi generali del diritto (dir. cost.)* in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Torino, 1986, che si esprime così: "... i principi rivelano la loro ambigua o bifronte natura. In taluni contesti essi possono rappresentare il sintomo della decisione del legislatore di rilasciare ad altre autorità le decisioni di dettaglio altrimenti di sua competenza; in altre situazioni essi operano come «guidelines» di decisioni di autorità non legislative, altrimenti rilasciate all'arbitrio dei loro autori. E, però, come nella prima fattispecie (quella che in un'accezione generica del termine è stata definita come una delega) le valenze programmatiche dei principi valgono a circoscrivere i poteri del «delegato», così nella seconda ipotesi l'elasticità dei principi (che è in funzione della generalità delle loro indicazioni) consente a chi è tenuto a farne uso di articolare nel loro ambito soluzioni adeguate ai casi di specie in ordine ai quali è tenuto a provvedere".

³ Così si esprime A. D'Atena, *Prospettive della sussidiarietà, in Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, da <http://www.consiglio.regione.lombardia.it/>.

⁴ In tal senso si veda T.E. Frosini, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Torino, 2008, p. 134 che afferma "L'origine del vocabolo è antica, giacché risale al latino *subsidium*, che designava l'ordine militare dei triari, cioè delle truppe di rinforzo (le *subsidiariae cohortes*); dal vocabolo originario è derivato il termine italiano di « sussidio », inteso correntemente nel senso di aiuto economico fornito ai bisognosi..

La prima è da intendere in senso di intervento di tipo suppletivo, secondario, al posto di chi aveva il dovere principale di agire; la seconda, invece, riguarda l'idea di intervento nel senso che non si tratta di stabilire se l'autorità ha il diritto di intervenire, ma se ne ha il dovere⁵.

Il principio di sussidiarietà mostra già dalle sue primordiali apparizioni il suo volto poliedrico e cangiante in grado di essere analizzato ed interpretato sotto diversi punti di vista⁶.

Tale affermazione è suffragata dagli sforzi fatti dalla dottrina che hanno individuato diverse matrici culturali del principio in questione particolarmente eterogenee tra loro: la dottrina sociale della Chiesa, la dottrina del pensiero liberale, la dottrina dello Stato Sociale ed infine la riflessione sul federalismo.

2.La sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa

La sussidiarietà trova fondamento nella dottrina sociale della Chiesa cattolica da molti considerata una delle principali matrici della stessa.

A tal fine si deve immediatamente segnalare che l'indagine dei rapporti tra i pubblici poteri e cittadini era stata affrontata già da Tommaso D'Aquino⁷: quest'ultimo analizzando tale rapporto in chiave cattolica, sosteneva la necessaria preminenza dell'individuo e della dignità umana rispetto al potere secolare.

Partendo dalla concezione Aristotelica⁸ ed affiancandovi il concetto cattolico di persona quale sostanza autonoma, padrona dei propri atti in sostituzione di cittadino libero, Tommaso D'Aquino ritiene necessario il ricorso all'autorità superiore

⁵ Così si esprime, M. Palma, *Sussidiarietà e competenze. Riparto funzionale e materiale*, Bari, 2007, p. 1.

⁶ In particolare, si ricorda C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova 1954, p. 69 e p. 83 che vede nella sussidiarietà lo strumento per “trasformare il pluralismo giuridico istituzionale in separazione o contrapposizione politica, di tal che lo stesso decentramento vuole che lo Stato da meccanismo mosso dal centro si muti in organismo vivente, composto da parti viventi, nel quale alla molteplicità degli organi corrisponde una molteplicità di vita e di centri di azione”.

⁷ Possono rintracciarsi i primi sintomi della sussidiarietà nell'espressione “*correggere, se trova qualcosa in disordine; supplire se ci sono mancanze; perfezionare se qualcosa di meglio può essere fatto*”. T. D'Aquino, *De Regno*, Editori di San Tommaso, Roma, 1979.

⁸ Aristotele sosteneva infatti che la *polis* svolgeva una funzione sussidiaria e strumentale al raggiungimento di una piena felicità dell'uomo: infatti, gli uomini per raggiungere il fine supremo della felicità necessitavano dei livelli più alti di convivenza (famiglie, villaggi, città).

soltanto nei casi di inerzia delle istanze inferiori. Quindi il pubblico potere, a cui è affidato il compito di gestire il bene comune, interviene in maniera sostitutiva laddove il singolo non è in grado di agire da solo⁹.

Muovendo proprio da queste considerazioni si sviluppò verso la fine dell'Ottocento la teoria sociale Cattolica ispirata nelle sue prime riflessioni dall'enciclica di Leone XIII "Rerum Novarum" (1891).

Il pensiero sociale cattolico trova il suo motivo scatenante in una violenta crisi sociale che determinò violenti sussulti condannati dal Pontefice.

Quest'ultimo, in particolare, criticò fortemente gli eccessi liberali e la pretesa di neutralità dello Stato, sostenendo la necessità dell'intervento dei pubblici poteri al fine di intervenire sul substrato sociale, e nello specifico porre rimedio alla dilagante povertà in cui versava larga parte della popolazione.¹⁰

Per sorreggere tale obiettivo, il Pontefice individuò una serie di rimedi per contrastare lo stato di agitazione: tutti si basavano su una collaborazione tra tutte le forze sociali.

In particolare, Leone XIII rigettò le tesi liberiste più estreme, legate ad un'idea di neutralità dello Stato e di massimizzazione dell'utilità individuale, sia gli assunti sviluppati dai nascenti movimenti socialisti quale, ad esempio, la lotta di classe¹¹.

Questa visione sociale della sussidiarietà lo collega intimamente al ruolo della solidarietà: emerge, infatti, che lo Stato non solo sia legittimato, in base alla

⁹T. D'Aquino, *Summa teologica*, II, qu. 58, art 5 : " *Tutti coloro che vivono in una società hanno con la stessa lo stesso rapporto delle parti col tutto. Ora la parte, in quanto, tale, è qualcosa del tutto: dal che risulta che qualsiasi bene della parte deve essere subordinata al bene del tutto*" :

¹⁰ Enciclica Rerum Novarum (Estratto): "È dunque un errore grande e dannoso volere che lo Stato possa intervenire a suo talento nel santuario della famiglia. Certo, se qualche famiglia si trova per avventura in sì gravi strettezze che da sé stessa non le è affatto possibile uscirne, è giusto in tali frangenti l'intervento dei pubblici poteri, giacché ciascuna famiglia è parte del corpo sociale. Similmente in caso di gravi discordie nelle relazioni scambievoli tra i membri di una famiglia intervenga lo Stato e renda a ciascuno il suo, poiché questo non è usurpare i diritti dei cittadini, ma assicurarli e tutelarli secondo la retta giustizia. Qui però deve arrestarsi lo Stato; la natura non gli consente di andare oltre"

¹¹Secondo A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, I, 2002, p. 63 quest'opera risente del pensiero di Wilhelm Emmanuel von Ketteler, il "Vescovo Sociale" molto impegnato nella lotta cosiddetta "Questione Sociale"

sussidiarietà, ad intervenire in favore dei soggetti più deboli, ma ne abbia il dovere laddove l'intervento sia necessario per assicurare diritti che altrimenti non ricevessero tutela¹².

Analizzando l'Enciclica si può notare come venga data grande attenzione alla dignità umana: quest'ultima, caratterizzata dalla libertà di scelta e di autodeterminazione, può sfociare nel mero egoismo.

Grazia alla sussidiarietà, invece, le istanze individuali sono temperate a favore dell'esigenze "comuni". In tal modo la dignità umana si caratterizza per la dimensione, non solo individuale ma anche collettiva e solidale.

La sussidiarietà diventa lo strumento per realizzare un'intensa cooperazione in un sistema pluralistico improntato sia sul mutuo riconoscimento tra corpi intermedi e pubblici poteri, sia per essere un fattore legittimante l'azione statale: si realizza, in tal modo, una vera e propria rotta impressa alle condotte umane, necessariamente guidate verso l'assistenza consapevole nei confronti del proprio vicino e garantite, in caso di insuccesso, dall'intervento dei pubblici poteri.

L'Enciclica "Rerum Novarum" costituisce il primo importante documento che dà luce alla sussidiarietà; quest'ultima ha trovato però definitiva affermazione soltanto con l'enciclica "Quadragesimo Anno" di Pio XI del 1931 in cui era affermato che «Come è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le assemblee del corpo sociale, non già distruggerle ed assorbirle». Per poi concludere: «Quanto più perfettamente sarà mantenuto l'ordine gerarchico tra le diverse associazioni, conforme al principio della funzione suppletiva (sussidiaria) dell'attività sociale], tanto più forte riuscirà l'autorità e la

¹² Sul punto si veda A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013, p. 7: l'autore nel tracciare l'evoluzione del diritto pubblico sottolinea come dal pensiero di Jellinek emerge l'esigenza di un diritto pubblico che sia in grado di fornire risposte adeguate all'esigenza delle comunità, "un diritto pubblico che non si limiti a garantire le posizioni dominanti, ma che piuttosto sia espressione di una pluralità di soggetti pubblici che sia in grado di scardinare il rapporto Stato-Individuo, con l'attribuzione dei diritti pubblici soggettivi ai singoli cittadini e alle comunità locali".

potenza sociale e perciò anche più felice e più prospera la condizione dello Stato stesso»¹³.

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

Se con Leone XIII il pensiero cattolico sembra esortare un intervento pubblico fondato sul principio di sussidiarietà, con Pio XI si rinnova una netta critica nei confronti dei movimenti sociali e il nuovo Pontefice assume un atteggiamento di chiusura nei confronti dei pubblici poteri, percepiti sempre più come invadenti all'interno della sfera privata dell'individuo¹⁴: la sussidiarietà si avvicina, sotto molti aspetti, a quella liberale di matrice tedesca¹⁵, con un'attenzione posta sui presupposti e sui limiti della sovranità che, quasi fosse una piovra, allungava i suoi tentacoli anche in ambiti fino ad allora prettamente privati come l'educazione familiare¹⁶.

La sussidiarietà diviene legge di azione sociale rispecchiante l'ordine gerarchico ontologico delle comunità umane, in una scala che parte dalla famiglia e perviene allo Stato, "entificazione della sussidiarietà"¹⁷.

La concezione teorizzata da Leone XIII e Pio XI diverrà una costante della filosofia sociale Cattolica successiva¹⁸ attraverso la conservazione della duplicità di

¹³ Enciclica di Pio XI, Quadragesimo Anno del 15 maggio 1931, in A.A.S., 1931, XXIII, 203 ss

¹⁴ Sul punto sono significative le riflessioni di A. Merkl, *Il contenuto giuridico statale dell'enciclica "Quadragesimo Anno"*, (a cura di) V. Lattanzi, Roma, 1999, p. 46, da cui si desume la centralità di una prescrizione cristiana dell'autoresponsabilità del soggetto, nonché la centralità dell'azione individuale a dispetto di quella collettiva.

¹⁵ A. Rinella, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, (a cura di) A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, Padova, 1999, p. 18 sostengono la presenza di una convergenza tra liberalismo e dottrina sociale, tanto da utilizzare il termine di "liberalismo sociale".

¹⁶ A. D'Atena, *Prospettive della sussidiarietà, in Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali, cit.*, l'Autore ricorda che l'articolo 147 comma II del codice civile del 1942 addirittura imponeva che l'educazione fosse conforme al "sentimento nazionale fascista".

¹⁷ G. Scaccia, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, Napoli, 2009, p. 12.

¹⁸ Possiamo ritrovare riferimenti al principio di sussidiarietà orizzontale all'interno delle Encicliche Giovanni XXIII, Paolo VI, Giovanni Paolo II e Benedetto XVI. È in particolare quest'ultimo, all'interno della Enciclica "Deus Caritas Est," a mettere l'accento sul ruolo di sostegno che i pubblici poteri devono assumere "Non uno Stato che regoli e domini tutto è ciò che ci occorre, ma invece uno Stato che generosamente riconosca e sostenga, nella linea del principio di sussidiarietà, le iniziative che sorgono dalle diverse forze sociali e uniscono spontaneità e vicinanza agli uomini bisognosi di aiuto." (par. 28 Let. B)

accezione della sussidiarietà, in grado, a seconda del contesto storico, di rivelare una natura flessibile e di adattarsi alle esigenze contingenti del momento¹⁹.

La dottrina sociale Cattolica rispetto al pensiero liberale si connota per una maggiore attenzione agli aspetti positivi o costruttivi della sussidiarietà, valorizzando i corpi intermedi considerati dai secondi un freno allo sviluppo umano²⁰.

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

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

Come sappiamo la storia prenderà nell'immediato un altro corso²¹, la questione sociale affrontata dalle riflessioni cattoliche si scontrerà con i vari movimenti sociali di estrema destra o sinistra che, in un percorso prefigurato già da Hegel, costruiranno lo Stato totalitario il quale avrà in comune, paradossalmente, con la dottrina sociale cattolica il carattere della marcata eticità, ma la cui natura sarà profondamente autoritaria e laica, come segnalato con preoccupazione e timore dallo stesso Pio XI all'interno delle due Encicliche "Mit Brennender Sorge" e "Divini Redemptoris", promulgate entrambe nel 1937, nelle quali viene totalmente

¹⁹ A. Rinella, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, cit., p.21

²⁰ In tema si veda T.E. Frosini, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, cit. p. 1134, che afferma l'insorgenza all'interno della dottrina cattolica di sostenere "...la superiorità assiologica delle società naturali fondate sulla persone rispetto alle organizzazioni artificiali.."

²¹ G. Scaccia, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., p.10 specifica come nell'immediato, soprattutto con riguardo all'enciclica "Rerum Novarum", il messaggio Cattolico risultò debole rispetto a quelli a più forte contenuto sociale di matrice laica e, spesso, autoritaria

respinto l'approccio pervasivo adottato dal nazismo in Germania e dal comunismo in Unione Sovietica.

Dopo la II Guerra Mondiale la dottrina sociale cattolica avrà maggiore fortuna in molti ordinamenti, inserendosi meglio nel nuovo contesto dello Stato sociale, più aperto ai movimenti sociali in precedenza tagliati fuori dalla vita politica dai vari gruppi totalitari al potere²².

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

Giorgio La Pira, durante i lavori della Prima Sottocommissione, sostenne la necessità di plasmare una Costituzione, basata sul concreto corpo sociale, ma allo stesso animata da una spiccata sensibilità pluralistica e democratica, fondata sulla dignità umana con un integrale rigetto tanto del liberalismo classico quanto dei totalitarismi recenti²³.

Questa visione, sostenuta tanto a destra quanto a sinistra con sfumature diverse²⁴²⁵, porterà all'approvazione di una Carta Costituzionale caratterizzata da un'impronta

²² Soprattutto in Italia e in Germania.

²³ Il testo proposto nell'Adunanza della prima Sottocommissione del 8 Ottobre 46 prevedeva all'art.1 che "*Lo Stato italiano riconosce la natura spirituale, libera, sociale dell'uomo...*"; l'art.3, parallelamente, sanciva che "*l'esercizio effettivo di tali diritti esige una struttura della società e dello Stato, nella quale sia assicurato a ciascuno, nel corpo sociale, proporzionalmente alle sue capacità, un ruolo ed una funzione*"

²⁴ Si ricorda però l'intervento critico dell'On. Marchesi che contestò il riconoscimento dei diritti imprescrittibili e naturali, che sarebbe stato caratterizzato da una "*concezione teologica anziché storica e razionale*".

²⁵ Lelio Basso, socialista, affermò nell'Adunanza della Prima Sottocommissione il 10 settembre del 1946 "*..le ideologie affiorate nel corso della discussione (...) riflettono, nonostante un tentativo di superamento, quelle di epoca individualista ormai passata (...) Lo Stato non è venuto prima della persona ma nemmeno la persona prima dello Stato, in quanto la persona non può esistere come tale senza la società nella quale vive (...). Lo Stato, come la famiglia e come tutte le altre forme di convivenza degli esseri umani, hanno il medesimo valore storico*"(Resoconto sommario 24).Ancora Aldo Moro all'interno della Prima Sottocommissione sottolineò "*..è effettivamente insostenibile la concezione liberale in materia economica, in quanto vi è necessità di un controllo in funzione dell'ordinamento più completo dell'economia mondiale, anche e soprattutto per raggiungere il maggior benessere possibile (...) Nello Stato Democratico non nascerà un totalitarismo né economico né politico. Lo Stato Fascista non era uno Stato Democratico, era anche nelle sue forme di controllo uno Stato delle classi capitalistiche, le quali non tutelavano gli interessi della collettività ma tutelavano gli interessi della classe che rappresentavano (...)* Non è possibile permettere che gli egoismi si affermino ma è necessario porre la barriera dell'interesse collettivo come un orientamento e un controllo di carattere giuridico"(Resoconto Sommario 188). Cfr. a tal proposito V. Cerulli Irelli e R. Cameli, *Il*

marcatamente sociale, in cui la dignità assume il rango di interesse supremo e inviolabile, preminente rispetto alle esigenze di tutti gli attori privati e pubblici sulla scena, dove l'assetto organizzativo della società è aperto ai corpi intermedi, visti come luogo di realizzazione della persona umana, e con il riconoscimento della subordinazione dei diritti individuali ad esigenze a carattere sociale²⁶.

La sussidiarietà secondo la visione cattolica, seppur mai menzionata nella originaria Costituzione, sembra quasi aleggiare su tutto il documento²⁷, realizzando davvero quelle comunità solidali fra loro garantite dall'intervento dei pubblici poteri in caso di fallimento delle loro azioni.

La crisi del Welfare State ha determinato una consequenziale crisi del modello sociale cattolico, in difficoltà nelle realtà occidentali sempre più individualizzate e sempre più vicine, paradossalmente, alle idee liberali Ottocentesche²⁸.

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

In questo nuovo scenario il pensiero Cattolico si è diviso tra chi guarda con favore alla necessità di recuperare la dimensione comunitaria²⁹ e chi, al contrario, pone l'attenzione soprattutto sul versante negativo della sussidiarietà, imputando la degenerazione sociale attuale all'eccessivo statalismo presente per decenni nel nostro sistema³⁰.

Nel contesto odierno, data la dimensione spiccatamente individualista assunta dalla società, assistiamo ad una prevalenza della libertà sulla dignità, tanto per utilizzare

principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente, in www.astrid-online.it.

²⁶ In tal senso si ricorda l'intervento dell'On.Dossetti che evidenzia la necessità di trovare una base ideologica comune, individuabile nei valori democratici e nell'antifascismo.

²⁷ In mancanza di un espresso riferimento la sussidiarietà appare come un modo d'essere dello Stato democratico, in cui dignità, libertà ed eguaglianza indissolubilmente connesse – debbono essere principio ispiratore e fine nell'azione dei pubblici poteri. Così S. Staiano, *Profili teorici della sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 5, 2016, p. 7.

²⁸ Sul tema si rimanda a L. Antonini, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State e Welfare Society*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1, 2000, pp. 103 ss.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ F. Gentile, *Il problema della burocrazia alla luce del principio di sussidiarietà*, in G. Vittadini (a cura), *Liberi di scegliere – dal welfare state alla welfare society*, Milano 2002, pp. 16-41.

un'espressione celebre di questo filone culturale; sarebbe, forse, più funzionale a risolvere questo contrasto una "cura" dei corpi intermedi oggi sofferenti, famiglia compresa, e non un'ostilità all'autorità pubblica in quanto tale, più simile alla società statunitense che a quella europea e, in specie, italiana³¹.

Il principio di sussidiarietà è stato, infine, recentemente riconosciuto dal Giovanni Paolo II, il quale, nell'enciclica "*Centesimus Annus*" (1 maggio 1991), così scrive: "*Disfunzioni e difetti dello Stato assistenziale derivano da un'inadeguata comprensione dei compiti propri dello Stato. Anche in questo ambito deve essere rispettato il principio di sussidiarietà: una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerle in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune*".

Si può, dunque, affermare che la dottrina sociale della Chiesa ricostruisce il principio di sussidiarietà in termini essenzialmente negativi, atteso che esso vieta all'autorità superiore di assumere funzioni che non le spettano. Tuttavia, si è giustamente osservato in dottrina che la portata della sussidiarietà nel pensiero cristiano-sociale presenta una valenza anche positiva che impone all'autorità superiore di intervenire, quando è necessario e/o opportuna, al fine di raggiungere il bene dell'individuo³².

In altre parole, il principio di sussidiarietà fungerebbe da criterio regolatore dell'intervento dell'autorità superiore in caso di incapacità di quella inferiore³³.

3 Sussidiarietà e forme di Stato

L'indagine dei rapporti tra sussidiarietà e forme di Stato si muove da un interrogativo di fondo.

³¹ Pensare di poter combattere i contrasti sociali attuali, istituendo un nuovo sistema fondato sulla famiglia tradizionale, ignora il collasso subito anche da questa comunità intermedia. Un interessante spunto è offerto da A. Campanini, *Famiglia o famiglie nel terzo Millennio*, in *Alternativas. Quadernos de Trabajo Social*, 2004, n. 12

³² Sul punto si rimanda a M. G. Melchionni, *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva storica, dalla tradizione nel pensiero cattolico al Trattato di Maastricht*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 2, 2013, pp 167 ss; si veda anche M. Toso, *Solidarietà e sussidiarietà nell'insegnamento sociale della Chiesa*, in *La Società* 3, 1998, pp. 517-518.

³³ P. De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000, pp. 17-18.

In particolare ci si interroga se è possibile considerare la sussidiarietà come strumento idoneo a qualificare una determinata forma di Stato.

Per approfondire questi rapporti, il primo dato dell'indagine è quella della specificazione del concetto di forma di Stato³⁴.

In particolare, con tale definizione si intende la commistione di una serie di fonti e di fonti scritte e non, fornendo la possibilità di individuare nel confronto *ex post* non soltanto la capacità normativa del complesso di norme, valori e regole del gioco esistenti all'interno dell'ordinamento, ma anche la loro persistenza e l'eventuale transizione in un'altra forma di Stato³⁵.

Infatti, l'individuazione di un particolare tipo di Stato deriva dall'analisi concreta che viene svolta sui principi cardini che caratterizzano un determinato ordinamento, traendo da questi i canoni ermeneutici all'interno del quale sussumere la singola situazione storico-costituzionale³⁶.

Tale ricostruzione che parte dall'analisi dei principi fondamentali di un ordinamento statale risulta essere più o meno difficoltosa a seconda del contesto socio-politico di riferimento.

Infatti, l'indagine compiuta su ordinamenti caratterizzati da eterogeneità di valori, tipici degli Stati pluriclasse, mette in evidenza l'esigenza di individuare quale tra i principi fondamentali sia preminente sugli altri al fine di individuare il modello di Stato accolto.

Ad esempio, nello studio di ordinamenti costituzionali caratterizzati da profonde aporie derivanti dal sovrapporsi di norme fondamentali eterogenee, risulta fondamentale il ruolo dell'interprete, che attraverso un'indagine di tipo dinamica, dovrebbe verificare quale sia l'equilibrio esistente in vari momenti, fornendo un giudizio sintetico sulla connessione delle soluzioni estratte con tipi "ideali" costruiti sulla base dell'osservazione empirica.³⁷

³⁴ In tema C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, p. 135 afferma che la forma di Stato caratterizza "il rapporto fra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati, e quindi il vario modo di realizzarsi della correlazione fra autorità e libertà"

³⁵ Così F. Lanchester, *Stato (forme di)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, pp. 796 ss.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sul punto si veda Cfr. E. Crosa, *Sulla teoria delle forme di Stato* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1931, pp. 18 ss; G. U. Rescigno, *Forme di Stato e forme di governo*,

Nell' ambito del rapporto stabilitosi nello Stato moderno e contemporaneo tra individuo e autorità i criteri fondamentali, da cui si possono derivare, in modo estremamente generale, variabili per il raggruppamento delle forme storiche di Stato sia a fini descrittivi che prescrittivi, sono: da un lato, l'inclusione o meno all'interno della società politica della totalità degli individui appartenenti al gruppo aventi un livello minimo di età, variabile che fornisce indicazioni anche su chi formalmente e sostanzialmente possiede il potere di suprema direzione nell'ordinamento; dall'altro, l'attribuzione ed il rispetto di alcuni diritti fondamentali di libertà ed eguaglianza, implicanti prestazioni di fare o di non fare da parte dello Stato apparato; infine, il regime giuridico della proprietà e l'intervento dello Stato apparato nel mercato.

Il mix di questi ingredienti fornisce la possibilità di costruire tipologie di ordinamenti o tipi ideali con cui confrontare le concrete forme di Stato³⁸.

3.1 Sussidiarietà e Stato Sociale

La prospettiva sociale del principio di sussidiarietà deve essere affrontata partendo dal concetto di Stato sociale.

In primo luogo è doveroso evidenziare che sulla definizione di tale modello di Stato non vi è stato una posizione unanime in dottrina.

Una parte della stessa ha messo in discussione l'utilità di una espressione che enfatizza la costituzionalizzazione di alcuni principi che non avrebbero in sostanza giuridica rilevanza diversa da quella di altri principi³⁹, mentre altra parte ha ricordato come Stato sociale di diritto non è un concetto giuridico⁴⁰.

Tali posizioni non sono però condivise da altra parte della dottrina che vede nella definizione di Stato Sociale un concetto giuridico vero e proprio in cui dall'analisi

in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; G. Amato, F. Clementi, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2012; C. Pinelli, *Forme di Stato e Forme di Governo*, Napoli, 2009, pp. 20 ss.

³⁸ In tal senso F. Lanchster, *Stato (forme di)*, cit, p. 798,

³⁹ G. Amato, F. Clementi, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2012.

⁴⁰ E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, pp. 29 ss.

dei principi caratterizzanti emerge la centralità del potere pubblico come strumento di tutela e garanzie per i cittadini.⁴¹

In effetti, lo Stato sociale pone l'accento sull'importanza delle libertà economiche e sociali, e «sostituisce i gruppi agli individui come soggetti primari interessati a fruire della libera competizione politica».⁴²

Esso, in sostanza, non affida interamente al mercato la realizzazione delle finalità di benessere comune: «mentre lo Stato di diritto implicava l'erezione di barriere contro l'azione dello Stato, lo Stato assistenziale si attua solo dando un impulso a questa azione, a questo intervento creativo, diretto alla soddisfazione dei nuovi diritti economici e sociali».⁴³

La declinazione più ricorrente di tale forma è lo Stato di democratico-sociale che pone il problema della conservazione nel suo ambito delle tutele individuali e delle garanzie dello Stato di diritto.

Infatti, seppur viene posta grande attenzione sull'aspetto partecipativo, che è un fenomeno collettivo, non si determina per ciò una limitazione arbitraria alla sfera della libertà: anzi all'interno dello Stato sociale è riconosciuta ugualmente grande attenzione alla libertà che viene, però, temperata, in alcuni casi, per far fronte ad esigenze collettive⁴⁴.

Ciò che cambia è invece la discrezionalità che viene riconosciuta a chi amministra nell'individuazione dei fini e degli obiettivi sociali dello Stato⁴⁵.

Tali perplessità non sono idonee, però, a sostenere che lo Stato Sociale non abbia un significato istituzionale: i dubbi che sono avanzati nei confronti della

⁴¹ Sul punto S. Bartole, *Stato, (forme di)*, in *Enc. dir., Annali II*, Bologna, 2011, pp. 1117 che afferma: «*Ambedue queste opinioni critiche non soddisfano e vengono superate dai loro stessi autori, tant'è vero che, da un lato, Giannini vede nelle disposizioni, che affiancano ai diritti della prima generazione diritti ed istituzioni di protezione sociale, la manifestazione di un modello strutturale della comunità statale differenziabile da altri e diversi e, dall'altro lato, Forsthoff sottolinea che «le garanzie dei diritti sociali non mirano tanto a creare delimitazioni, quanto prescrizioni positive, non mirano alla libertà, ma alla partecipazione».*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ Così si esprime G. Treves, *Stato assistenziale e Stato di diritto*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1982, pp. 177 ss.

⁴⁴ In tal senso si ricorda R. Bin, *Stato di diritto (voce)*, in *Annali, IV*, Bologna, 2011, p. 1154 che nell'indagare i rapporti tra Stato di diritto e Stato sociale afferma che quest'ultimo «*invoca l'intervento dello Stato*».

⁴⁵ *Ibidem.*

elaborazione di tale categoria sono dovuti alla diffidenza per la costruzione di una tipologia delle forme di Stato basata su elementi teleologici, sui principi giuridici che caratterizzano questo o quell'ordinamento, quasi che quella tipologia dovesse esaurirsi nella catalogazione dei modi di «espressione dei rapporti essenziali esistenti all'interno di una determinata struttura istituzionale», cioè dei relativi assetti organizzativi, ovvero che una classificazione fondata su fini e principi non consentisse una migliore percezione di quei rapporti⁴⁶.

Tali dubbi però innestano la problematica del rapporto tra forma di Stato sociale e principio di sussidiarietà.

La prima, come si è detto, è caratterizzato per un intervento costante e continuo dei poteri pubblici al fine di realizzare una tutela piena ed effettiva dei diritti.

Il secondo, invece, è espressione di istanze di libertà, dove il raggiungimento di determinati fini è lasciato proprio alla capacità dei singoli di tutelare *ex se* i propri diritti.

Ecco che si delinea il sopracitato rapporto conflittuale tra potere pubblico, forte ed accentratore, ed esigenze di libertà che si allontanano molto da forme di esercizio di tale potere.

In realtà, sussidiarietà non sta a significare un completo disinteresse dei poteri pubblici nei confronti delle esigenze e dei diritti dei singoli cittadini.

Risulta essere in concreto soltanto un modulo diverso di realizzazione di tali diritti.

Infatti, quando la libera iniziativa di ogni cittadino consente agli stessi di realizzare da soli i propri diritti, l'intervento dei poteri pubblici non risulta essere necessario.

Quando, invece, per tali diritti vi è rischio di un vuoto di tutela le esigenze collettive e l'intervento del potere pubblico, in via sussidiaria, è fondamentale per la realizzazione di tali diritti.

⁴⁶ S. Bartole, *Stato, (forme di), cit.*, p. 1119; R. Bin, *Stato di diritto (voce), op. cit.*, p. 1155 evidenzia che la connotazione di Stato sociale è emblematica dei compiti imputabili all'amministrazione e che essa deve esercitare per garantire i diritti sociali.

Ecco che in tale contesto il rapporto tra Stato Sociale e sussidiarietà risulterebbe essere conflittuale, soprattutto per effetto della centralità riconosciuta all'aspetto individualista e di libertà⁴⁷.

Nel delineare un ruolo secondario per le istituzioni pubbliche, il principio di sussidiarietà risulterebbe espressione di una particolare concezione dei rapporti tra Stato e comunità.

Infatti, se lo Stato sociale esige interventi pubblici al fine di attenuare il divario economico all'interno della collettività lo Stato fondato sulla sussidiarietà è una organizzazione politica che assegna un ruolo primario alle dinamiche sociali, lasciando sullo sfondo i pubblici poteri.

Questa tesi si fonda su di una particolare concezione ideale dello Stato in cui la sussidiarietà assume il valore di principio supremo del sistema⁴⁸.

Infatti, la centralità del principio personalista, più volte evocato quale conferma della presenza implicita della sussidiarietà sociale nel sistema costituzionale, pur enfatizzando la centralità dell'uomo, non esprime sempre un'univoca interpretazione del rapporto tra pubblico e società⁴⁹.

La primazia del cittadino non si esaurisce soltanto nella preclusione all'intervento del potere pubblico nella sfera personale ma si connota anche per la necessaria ingerenza dello stesso al fine di garantire proprio il libero svolgimento della persona umana⁵⁰.

L'obbligatorio intervento delle istituzioni pubbliche letto in connubio con il principio di uguaglianza sostanziale porta a rafforzare il ruolo del potere, non solo in chiave sussidiaria⁵¹.

⁴⁷ In tal senso si esprime G. Pastori, *Le trasformazioni dell'amministrazione e il principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Regionali*, 2002, pp. 59 ss.; L. Vandelli, *Il principio di sussidiarietà*, in *Non Profit*, 2000, pp. 9 ss.; P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002.

⁴⁸ Q. Camerlengo *Art 118*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006, pp. 2338 ss.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ In tale prospettiva si ricorda L. Paladin, *Eguaglianza (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, 1965, pp. 33 ss., che evidenzia l'importanza del potere pubblico nello Stato sociale per riempire di contenuto la portata dell'art 3 comma 2 della Costituzione che sancisce il principio di uguaglianza sostanziale.

⁵¹ Ancora in tal senso L. Paladin, *Eguaglianza (dir. Cost.)*, *op. cit.*, p. 35.

Allora in virtù di tale strutturazione del rapporto tra sussidiarietà e Stato sociale la conclusione a cui si può giungere è che la centralità dell'aspetto individualista non esime il poter pubblico da ogni forma di intervento: esso continua essere obbligatorio e necessario proprio per garantire la realizzazione dei diritti di libertà.

Nella declinazione di tali rapporti il potere pubblico continua ad avere un ruolo rilevante, anche se articolare in modo diverso: non più in via principale bensì in via sussidiaria.

3.2 Sussidiarietà e Stato Liberale

La prospettiva liberale, che costituisce un grande traguardo della riflessione culturale Occidentale, privilegia in maniera quasi assoluta la dimensione individualista e di libertà.

Infatti, per gli esponenti liberali l'uomo libero provvede ai propri interessi meglio di qualunque altra autorità, e proprio grazie a questa condizione di libertà, che si garantisce un razionale sviluppo del genere umano⁵².

La nascita del pensiero liberale classico verso la fine del XVII secolo grazie a John Locke e ad Adam Smith, è espressione del dissenso nei confronti delle spinte autoritarie presenti in Europa: tale scuola di pensiero, riponendo una fiducia smisurata nella capacità individuali, mette in discussione l'assolutismo dei regnanti⁵³, dando preminenza ad alcuni precisi diritti considerati come sacri e inviolabili⁵⁴.

Il pensiero liberale si caratterizza per un'acclarata diffidenza verso i pubblici poteri, e nei confronti dei corpi intermedi, considerati strumenti di inibizione delle capacità dell'individuo, con un rapporto bipolare, quando non esplicitamente antagonista,

⁵² In tema si può ricordare N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006, p. 37 che afferma: "lo Stato liberale si afferma nella lotta contro lo Stato assoluto in difesa dello Stato di diritto e contro lo Stato massimo in difesa dello Stato minimo".

⁵³ Emblematica la querelle tra John Locke e Robert Filmer circa la natura dei poteri regi, dal secondo ricondotti addirittura ad Adamo e ai patriarchi e, per questo riflesso, di Dio

⁵⁴ Vita, Libertà e Proprietà" (espressione meglio conosciuta in inglese con "*Life, Liberty and Property*") sono alla base del liberalismo; la proprietà, in particolare, ha acquisito un ruolo centrale nella produzione Costituzionale, con il riconoscimento del carattere della "sacralità" in quasi tutte le Carte Costituzionali dell'Ottocento a partire dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo Francese del 1789 all'art.17.

tra l'autorità e il cittadino⁵⁵; questa "antipatia" verso i pubblici poteri è da considerarsi uno dei primi filoni liberali legati alla sussidiarietà in età moderna, seppure sia stata sempre declinata con sfumature differenti dai vari studiosi⁵⁶.

A tal proposito si può ricordare come a fine Settecento negli Stati Uniti si delineò un modello teorico completamente restio a qualsiasi forma di intervento pubblico fondato sul mito della cd "amministrazione della fattoria" di Thomas Jefferson⁵⁷, improntato alla tutela della libertà economica, ritenuta espressione della persona e, quindi, assolutamente da tutelare⁵⁸.

La sussidiarietà, in tale contesto, ha assunto una concezione essenzialmente spontaneistica, basata esclusivamente sul primato delle iniziative individuali e del mercato⁵⁹.

Nel dibattito tedesco di metà Ottocento, da sempre legato alla sussidiarietà e all'esigenza di contemperare autorità e libertà⁶⁰, si delineò, invece, un modello per così dire "Costituzionale", volto a contemperare la necessità dell'intervento pubblico e la contestuale riduzione della sfera di autonomia privata⁶¹.

Il modello tedesco⁶² si sviluppa lungo due filoni: uno che legittima l'intervento dei poteri pubblici per questioni che per natura attengono ai compiti del potere

⁵⁵ Sul punto si veda N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, cit., p.44, in cui si evidenzia come il processo di formazione dello Stato liberale sia caratterizzato dalla continua ricerca della libertà nei confronti dello Stato e dalla continua repulsione nei confronti del potere pubblico.

⁵⁶ L'idea di fondo del pensiero liberale si basa sulla affermazione della riduzione dell'intervento statale al minimo necessario per garantire la libertà e la convivenza degli individui. Così si esprime, A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2002, p. 59.

⁵⁷ In tema sembra opportuno rimandare a T. Jefferson, *Il decentramento del potere*, in *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, (a cura di) A. Acquarone, Bologna, 1961, pp. 109 ss.

⁵⁸ A. Albanese, *op. cit.*, p. 60

⁵⁹ Sul ruolo della sussidiarietà nel modello statunitense si rinvia a D. P. Currie, *Il federalismo statunitense*, in *Quale dei tanti federalismi*, (a cura di) A. Pace, Padova, 1997, pp. 31 ss.

⁶⁰ A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p.14 e A. Albanese, *ibidem*, e A. Rinella, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, cit., pp. 10 e ss.

⁶¹ In tal senso D. U. Galetta, D. Kroger, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di "necessità" ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, in *Riv.It .Dir.Publ.Com.* 2,1998, p. 907-908.

⁶² In particolare si segnala che con durante la Conferenza riunitasi per varare la Costituzione del 1871, emerse l'idea di adottare una "Costituzione democratica , che creasse per i

pubblica e l'altro che invece necessita dell'azione dei pubblici poteri al fine di riequilibrare il sistema e contemperare la tutela dei diritti con le aspettative di libera iniziativa⁶³.

Con riguardo al primo aspetto possiamo sottolineare come un tratto comune nella elaborazione tedesca sia rappresentato dalla convinzione secondo cui la necessità di intervento statale, vero e proprio obbligo⁶⁴, sia ravvisabile solo in presenza di ragioni a carattere eccezionale e temporaneo, fondate proprio sulla sussidiarietà; se così non fosse, per von Humboldt, ogni bisogno umano richiederebbe un'azione pubblica, in un processo di moltiplicazione infinita delle aree di intervento dello Stato.

La sussidiarietà in tale prospettiva viene ad essere principio ordinatore delle dei rapporti tra pubblico e privato⁶⁵, ma allo stesso tempo si caratterizza per essere un criterio di composizione dei conflitti, garantendo la possibilità di intervento del potere statale solo in presenza di situazioni potenzialmente definibili oggi come di "fallimenti del mercato".

Infatti, se l'autonomia privata risulta essere incapace di autoregolarsi, per effetto di ragioni contingenti, il soggetto pubblico ha l'obbligo di intervenire, salvo poi dare la possibilità ai singoli di riappropriarsi della propria autonomia ed esercitare i propri diritti di libertà.

Il secondo aspetto, riguarda invece, quelle materie a cui i poteri pubblici sono istituzionalmente e naturalmente deputate.

Lander coinvolti una forma di governo di tipo federalistico; l'orientamento dei partiti rappresentati nel Consiglio parlamentare, a favore di una forma di stato non unitario".

⁶³ Sul punto si può ricordare Cfr. G. Scaccia, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale, cit.*, pp. 23 e ss. in cui l'autore analizza il pensiero di Mohl, Jellinek e von Humboldt. In particolare, per l'Autore Mohl si contraddistingue per una visione più individualista dei pubblici poteri, funzionali al benessere morale e materiale del cittadino, von Humboldt sulla sussidiarietà come titolo di legittimazione dell'intervento statale e Jellinek ad alcuni obiettivi propri dello Stato.

⁶⁴ Pregevole per i suoi riflessi nella dottrina successiva è l'espressione forgiata da von Humboldt secondo cui lo Stato ha il compito di "rimuovere gli ostacoli" posti nel libero sviluppo della personalità dell'individuo. Curiosamente il concetto è stato poi fatto proprio più dai teorici organici o socialisti che da quelli liberali; T. E. Frosini, *Profili della Costituzionalità in senso orizzontale*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 1, 2000, pp. 15 ss.

⁶⁵ Prospettiva molto simile a quella delineata dall'attuale articolo 118 comma 4 della Costituzione.

Il riferimento, in tal senso, è ad esempio all'ordine pubblico, la sicurezza nazionale e la tutela degli assetti proprietari, comprensivi del diritto di proprietà e della tutela della concorrenza: si tratta, evidentemente, di materie inidonee ad essere lasciate unicamente all'azione privata in quanto si intercettano interessi superindividuale che necessitano quindi una valutazione di più interessi in gioco⁶⁶. Valutazioni che soltanto il potere pubblico è idoneo a fare.

Secondo il pensiero liberale, lo Stato assume la funzione di garante degli interessi individuali, in un percorso che lo porterebbe alla integrale distruzione di se stesso, attraverso un processo al cui esito ognuno sia pienamente autosufficiente rispetto all'altro⁶⁷.

In Francia il pensiero liberale non trova terreno fertile: le ragioni sono da ricercare nella costante richiesta dell'ampliamento delle responsabilità sociali dello Stato, sfociate poi con nella costituzionalizzazione – sia nel 1791 che nel 1793 – dell'obbligo di assistenza pubblica.

Nella prospettiva francese emerge il ripiudo dei corpi intermedi e l'esigenza di centralizzare il potere in capo ad un unico soggetto, lo Stato⁶⁸.

In tale prospettiva è da segnalare con interesse l'analisi di Pierre-Joseph Proudhon che, seppur partendo da una prospettiva anarchica e, poi, federale, si interrogò sulle necessità del potere.

Per Proudhon il conflitto ontologico tra autorità e libertà può essere risolto in base ad un contratto tra gruppi sociali organizzati in cui siano definiti non solo le cause di intervento dell'autorità centrale, ma anche i suoi doveri, in una visuale senza dubbio positiva e non solo meramente difensiva come sviluppata ad esempio da

⁶⁶ V. Baldini, *La sussidiarietà come regola di valore*, in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, (a cura di) L. Chieffi, Padova, 1999, p. 58: in particolare l'autore evidenzia che alla sussidiarietà ci si riferisce come criterio organizzatorio delle forme e dell'intervento pubblico che si realizza in forma di sostegno per l'esercizio dei compiti spettanti alle formazioni sociali per garantire un corretto sviluppo della persona umana.

⁶⁷ N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, cit., p. 44 in cui l'autore sostiene che il fine ultimo dello Stato è “*elevare i cittadini sino al punto che essi perseguano spontaneamente il fine dello Stato, per la sola idea del vantaggio che l'organizzazione statale garantisce loro, al fine di conseguire i loro scopi individuali*”.

⁶⁸ La lotta ad ogni istanza intermedia tra il cittadino e lo Stato, è uno dei pilastri portanti dei principi rivoluzionari (di marcata matrice anticorporativa e anticomunitaria), e rimette al centro di tutto (quindi anche delle politiche assistenziali) lo Stato monolitico e accentrato, aprendo al più la strada verso uno sviluppo di tipo “verticale” di quella che oggi chiamiamo sussidiarietà.

Jefferson; la sussidiarietà diviene, secondo il filosofo francese, il fondamento e il limite dei pubblici poteri, da inserire in un sistema federale considerato il giusto equilibrio tra esigenze di libertà e di uguaglianza⁶⁹.

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

In Germania, patria del liberalismo costituzionale, molte idee liberali sono state rinnovate, coniugandole con le istanze sociali emerse nel XX Secolo, attraverso la cosiddetta economia sociale di mercato⁷⁰, alla base della società tedesca e oggi anche di quella Sovranazionale europea⁷¹.

Tale corrente trova terreno fertile perché nel periodo compreso tra le due guerre e le palesi difficoltà mostrate della Repubblica di Weimar l'economista W. Eucken ha l'obiettivo di rifondare, anche filosoficamente, la disciplina economica. In particolare, insieme ai giuristi Bohm e Grossman realizza una teoria che intende affrontare soprattutto i temi dei monopoli⁷².

Per effetto di tale teorie i pubblici poteri intervegono nel settore economico l'attività economica, con il compito non di regolarla ma di garantire una tutela degli assetti proprietari, concorrenza compresa⁷³; nel contempo, per recepire le già richiamate esigenze sociali, la Scuola di Friburgo⁷⁴ si mostra aperta ad accettare un salario

⁶⁹ P.J. Proudhon, *Critica della proprietà e dello Stato*, (a cura di) G N. Berti, Milano 2009 pp. 135 ss; Id, *Del principio federativo*, (a cura di) Paolo Bonacchi, Milano, 2005, pp. 15 ss.

⁷⁰ Le teorie degli ordoliberali si sviluppano a Friburgo nel periodo compreso tra le due guerre mondiali fondata su un'idea di Stato che interviene nei processi economici soprattutto per incentivare il libero mercato. Nello specifico, si teorizza un intervento pubblico nell'economia ma con finalità non troppo distanti dal liberismo economico. In tema, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, p. 22.

⁷¹ L'odierno articolo 3 comma III del Trattato sull'Unione Europea recita: "l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico."

⁷² In tema si legga S. G. Karsten, *Eucken's social market economy and its tests in post-war West Germany*, in *The American Journal of Economics and Sociology*, 44, 2, 1985.

⁷³ A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, op. cit. p.22.

⁷⁴ La Scuola di Friburgo elaborò un programma di ricerca fondato sulla nozione di *Ordnung*: insieme di principi costituzionali economici e di regole giuridiche economiche.

minimo o l'esenzione dall'applicazione delle imposte ai mezzi economici minimi per assicurare all'individuo una vita dignitosa (teoria del minimo vitale)⁷⁵.

La Scuola di Chicago⁷⁶, legata alla contrapposizione tra fra Stato e cittadino Statunitense sviluppato per primo da Thomas Jefferson, ha al contrario perfezionato le teorie liberali classiche accentuando i concetti di massimizzazione di utilità e benefici individuali, associando all'amministrazione centrale il solo compito di intervenire in quegli ambiti come la sicurezza o l'ordine pubblico, già richiamati, inidonei alla gestione privata⁷⁷.

Nel campo del diritto questo indirizzo è stato perseguito in particolar modo dalla analisi economica del diritto, fondata sia su un'analisi "descrittiva" delle norme, legata alla formulazione della norma e al tipo di effetti da essa prodotti, sia su una "normativa", ossia la sua incidenza nel sistema nel suo complesso e il suo grado di "appetibilità" manifestato dai consociati.

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

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

L'assetto, letteralmente rovesciato, tra i due contesti dipende in modo netto dal diverso percorso dei due modelli giuridici, nel caso europeo influenzato dai continui processi di scomposizione e aggregazione della statualità, anche in modo violento, mentre negli Stati Uniti legato alla rivoluzione contro il dominio inglese e dalla

⁷⁵ Per l'analisi storica-concettuale si rinvia a D. J. Gerber, *Law and Competition in twentieth-century Europe*, Oxford, 2001, pp. 120 ss.

⁷⁶ Fondata nel 1890 da J.D. Rockefeller.

⁷⁷ In tema H. Miller, Sulla 'Chicago School of Economics in *Journal of Political Economy*, 1969, pp. 64-69; F. Hayek, *The Collected Works of FA Hayek, Plan of the Collected Works of FA Hayek*, 2012, vol 7.

stipula di un contratto sociale originario sottoscritto da uomini privi del retaggio storico dei privilegi feudali e, pertanto, “uguali” fra loro⁷⁸.

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

In realtà il liberalismo, pur propugnando l’adesione a schemi razionali in cui lo Stato assume una fisionomia neutrale rispetto agli interessi individuali, riflette una precisa tavola di valori in cui la vita, la libertà e la proprietà assumono una posizione preminente rispetto ad altri⁷⁹.

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

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

Lo Stato, di fatto monoclasse borghese, si reggeva essenzialmente su una *fiction iuris* e fra i vari esempi, si può ricordare l’assistenza pubblica agli indigenti, oggetto di un interessantissimo dibattito proprio nell’Ottocento.

Una visione autenticamente liberale determinarebbe, in tal caso, l’assenza di qualsiasi intervento pubblico in favore degli indigenti, o dei cittadini incapaci di provvedere

⁷⁸ Cfr G. Vecchio, *Sussidiarietà orizzontale e principio di competenza nella riflessione di Antonio D’Atena. Una suggestiva lettura del rapporto pubblico-privato*, pp. 3164, ss; anche G. Scaccia, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., p. 21 e P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluraristica*, in *Studi sulla riforma costituzionale*, in A. Cervati, P. Ridola, S. Panunzio (a cura di), Torino, 2001 pp. 221 ss.

⁷⁹ Così G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 21.

a se stessi per loro mancanze, ma questo avrebbe probabilmente alienato alle autorità di allora il consenso di larghe fasce della popolazione; per questo perenne deficit di legittimazione, perfettamente compreso dagli intellettuali liberali, l'assistenza fu giustificata in Europa in un'ottica morale e di buone pratiche di una nazione civile creando una frattura tra teoria e prassi⁸⁰.

La sussidiarietà delineata dagli esponenti liberali risente proprio di queste contraddizioni assumendo una connotazione negativa o difensiva di tutela di fronte all'invadenza dei pubblici poteri, se non proprio di aperta contrapposizione; questo principio, però, può assumere nella realtà empirica una valenza anche positiva, con un vero e proprio dovere di intervento non più legato ad esigenze morali, come nel caso dell'assistenza agli indigenti appena riportato, ma pienamente giuridiche e censurabili in sede giurisdizionale.

3.3 Sussidiarietà e Stato Federale

L'ultimo filone culturale connesso al principio di sussidiarietà è rappresentato dall'approccio federalista, caratterizzato da una serie di teorie ed esperienze pratiche presenti in alcuni ordinamenti in cui la forma di stato assume un'impostazione decentrata⁸¹.

Lo Stato Moderno, che prende le mosse dalla Pace di Westfalia nel 1648, trova una sua prima e compiuta realizzazione in Francia dopo la Rivoluzione con l'apertura

⁸⁰ Soluzione diversa adottò, ancora una volta, la Francia che dall'epoca rivoluzionaria identificò l'assistenza sociale come uno strumento di consenso sociale; la Francia, già con Napoleone, avviò una netta secolarizzazione di questi servizi istituendo orfanotrofi e ospedali militari. Come vedremo più avanti una prospettiva più autenticamente liberale si coglie tutt'oggi nella società Statunitense dove si opera una distinzione tra deserving poor e non deserving poor; i primi sarebbero i cosiddetti "poveri meritevoli di tutela" da parte di privati e forze pubbliche, i secondi al contrario sono cittadini indigenti per loro scelta e non è opportuno assisterli.

⁸¹ Per la precisa definizione di Stato Federale si veda G. De Vergottini, *Stato (voce)*, in *Annali*, XLIII, 1990, p. 833, che si esprime così: "Lo stato federale è una forma di organizzazione politica che comporta la garanzia costituzionale della autonomia di enti territoriali posti anche in grado di concorrere alle funzioni statali. Va quindi preliminarmente precisato che il concetto di stato federale non coincide col «federalismo», identificantesi in una concezione collaborativa dei rapporti politici fra entità di diversa natura (stati, enti pubblici, associazioni, persone fisiche ...), sia nell'ordinamento internazionale che in quelli statali, che improntano i loro rapporti su una base tendenzialmente paritaria. Il federalismo è una ideologia che può quindi caratterizzare principi di comportamento adottati da una costituzione statale anche prescindendo da una caratterizzazione tecnicamente federale di quest'ultima. Il federalismo non investe unicamente il settore giuridico istituzionale, ma altresì quello sociale, economico, spirituale-culturale".

dei nascenti apparati amministrativi anche a non aristocratici, in un nuovo disegno organizzativo che assume il nome di burocrazia⁸².

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

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

In poco tempo si affiancherà al modello di stampo francese quello federale Nord-Americano, punto di arrivo di un processo giuridico in cui diversi Stati autonomi prima si impegnarono a costituire una Confederazione, munita di alcune prerogative comuni, e in un momento successivo istituirono una nuova entità statale caratterizzata da una sovranità originaria, con un proprio Governo, un unico Parlamento, una organizzazione giurisdizionale comune⁸³.

La Federazione degli Stati Uniti d'America nacque ufficialmente nel 1787, sebbene la Costituzione entrasse in vigore concretamente nel 1789, e divenne ben presto un punto di riferimento sia la garanzia dei diritti individuali inserita in un contesto

⁸² In tema si rimanda a S.Romano, *La crisi dello Stato moderno*, Pisa, 1909; A. Negri, *Problemi di storia dello Stato moderno. Francia*. in *Rivista critica di storia della filosofia*, 2,1967, p. 18; G. Astuti, *La formazione dello Stato moderno in Italia - lezioni di storia del diritto italiano*, Torino, 1967, p. 81; a, a U. Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane - Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, 1955; G.Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, 1990, p.12.

⁸³ Netta la contrapposizione fra gli "Articles of Confederation" del 1781 e la Costituzione Federale degli Stati Uniti del 1787, una veloce comparazione sarà illuminante: Article II of Articles of Confederation: "Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled." Article I of Constitution of United States of America: "All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives."

decentrato, sia per il suo procedimento di formazione bifasico, diviso in un momento confederativo e in uno propriamente definibile come federale.

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

Prescindendo dall'approfondimento della variante dello Stato Regionale⁸⁴, possiamo vedere come l'assetto federale sia legato alla sussidiarietà soprattutto nella sua accezione verticale, nei termini sia di guida nell'allocazione dei poteri statuali, con un *favor* per le strutture pubbliche più vicine al cittadino, sia come criterio, anche censurabile in sede giurisdizionale, attraverso il quale mettere in discussione interventi esorbitanti dell'autorità centrale⁸⁵.

Questa visione, in qualche modo anticipata dal pensiero di Althusius e Proudhon, si svilupperà proprio nei due primordiali contesti dove il federalismo trovò per primo cittadinanza in Europa: in Germania l'approccio federale entrerà nel patrimonio costituzionale⁸⁶, tanto da trovare sempre applicazione nella esperienza pubblicistica teutonica salvo la tragica vicenda Nazista, e in Svizzera il decentramento delle funzioni ha progressivamente assunto una funzione quasi pedagogica, in cui più il raggio dei pubblici poteri è ridotto e più il custode può essere sorvegliato dai cittadini custoditi⁸⁷.

La spiccata propensione per la dimensione verticale della sussidiarietà propria del federalismo non preclude, tuttavia, l'analisi di alcuni aspetti più propriamente riconducibili al rapporto tra Stato e cittadino e, quindi, alla sua dimensione orizzontale⁸⁸.

⁸⁴ A. D'Atena, *Diritto Regionale, cit.*, pp.1 e ss; A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni, cit.*, p. 55.

⁸⁵ Sui rapporti fra potere dello stato "centrale" federale e degli stati membri e sulle diverse dottrine sviluppatesi circa la sovranità nello stato federale si rinvia alla ricca analisi svolta da G. Lucatello, *Lo stato federale*, Padova, 1939 (rist.1967)

⁸⁶ In tema si ricorda P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica, cit.*, p. 216; R. Miccù, *Economia e costituzione. Una lettura della cultura giurpubblicistica tedesca*, in *Quad. del pluralismo*, 1996, pp. 1 ss.

⁸⁷ Espressione utilizzata da A. D'Atena, *Costituzione e Principio di Sussidiarietà, cit.*, p. 17.

⁸⁸ A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003, pp. 14 ss.

In primo luogo possiamo osservare come la nascita di un sistema federale necessiti di alcuni precisi presupposti legati alla relazione tra pubblici poteri e individui, fondati essenzialmente sull'assenza di pervasivi poteri pubblici; in Europa, dominata dall'idea francese di stato burocratico nato sulle ceneri dell'Ancien Régime, questa è stata la ragione di un certo ritardo nell'adozione di questo modello che, al contrario, nel Nuovo Continente era nato parallelamente alle strutture pubbliche, in un processo di costituzione simultanea di Stato moderno e unificazione nazionale⁸⁹.

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

In generale, provando a individuare solo qualche coordinata strutturale, possiamo vedere come più ci siano sistemi di "pesi e contrappesi" e più si limiti il pericolo di una degenerazione in senso autoritario del potere tesa ad annullare, come nel caso dei totalitarismi, la sfera di autonomia propria dei privati⁹⁰.

Deve poi riconoscersi la concreta possibilità, di prevedere interventi statali per eliminare l'insorgere di conflitti sociali derivanti dalla libertà individuale: come si è detto, infatti, uno Stato eccessivamente neutrale rispetto agli interessi individuali tende ad avvitarci su sé stesso, rivelando un carattere autoritario incline al totalitarismo⁹¹.

Ad esempio negli Stati Uniti, ad esempio, la crisi del '29, fu affrontata mettendo in discussione le politiche laissez faire con una serie di interventi massicci dello Stato nell'economia, messi a punto dall'allora Presidente Roosevelt e passati alla storia con il nome di *New Deal*.

⁸⁹ Sul punto G. De Vergottini, *Stato* (voce), *cit.*, p. 836; Id, *Lo Stato federale: un delicato equilibrio istituzionale*, Bologna, 1979, pubblicato anche in *Il federalismo statunitense fra autonomia e centralizzazione*, *Quaderno dell'Istituto di studi nordamericani di Bologna*, 4, 1979, pp. 9-22 ss.

⁹⁰ A. Ferrara, *Il principio di sussidiarietà come criterio guida della riforma del regionalismo e del Welfare State*, Istituto di Studio sulle regioni, Atti del Convegno, Roma, 9-10 maggio 1996, pp. 1 ss.

⁹¹ In tema V. Baldini, *La sussidiarietà come regola di valore*, *cit.* pp.62 ss.

A tal fin si rivela, poi, determinante la presenza di un sistema democratico policentrico su cui l'approccio federale possa prosperare: se i pubblici poteri devono in qualche modo avere un raggio non assoluto, è necessario che il cittadino sia in qualche modo disposto a “pagare” il prezzo dell'autonomia con un impegno individuale su base spontaneistica, nettamente differente dalle corporazioni europee istituzionalizzate⁹².

⁹²P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, cit., p. 220 e C. Millon-Delsol, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003, pp. 32 e ss.. G. Scaccia, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, cit., pp. 3 e ss., ritiene che, al contrario, la sussidiarietà verticale preceda quella orizzontale e che la prima possa essere compatibile con ordinamenti totalitari, come nel caso Sovietico.

Sezione Seconda

Il principio di sussidiarietà nella Costituzione

1. Il principio di sussidiarietà nella Costituzione: le prime apparizioni

Nella Costituzione italiana, prima della riforma del 2001, non esisteva alcun riferimento alla sussidiarietà.

Anche dal punto di vista della legislazione ordinaria non si rinvenivano disposizioni che richiavano espressamente la sussidiarietà.

Le uniche eccezioni riguardano l'ordine del giorno Dossetti presentato in Commissione durante i lavori della Costituente¹⁶ nel settembre 1946, ed il contributo scientifico di Egidio Tosato del 1959⁹³.

Nella seduta del 9 settembre 1946 della Prima Sottocommissione incaricata di discutere i "diritti e i doveri dei cittadini", Giuseppe Dossetti presenta un ordine del giorno nel quale si chiede che la nuova Costituzione riconosca i diritti dell'uomo a partire da una visione non «soltanto individualistica», escludendo comunque ogni visione totalitaria che anteponga lo Stato ai singoli e alle comunità. A tale fine si chiede che l'Italia democratica riconosca : a) «la precedenza sostanziale della persona rispetto allo Stato»; b) «la socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda, mediante reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.) e quindi per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato»⁹⁴.

Il testo non fu posto in votazione perché ritirato il giorno seguente alla sua presentazione a seguito degli interventi critici che aveva sollevato: Basso pensa che si debba uscire dalla astratta rivendicazione della anteriorità dei diritti della persona rispetto allo Stato, mentre Lombardi si mostra perplesso verso la nozione di diritti naturali. Per non esasperare il clima di scontro con le sinistre la proposta è ritirata, e con essa scompare la sussidiarietà dalla Costituzione.

⁹³ E. Tosato, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959, pp. 451 ss; Id., *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, pp.83-101.

⁹⁴ Per il testo completo si veda G. Dossetti, *La Ricerca costituente, 1945-1952*, Bologna, 1994, p.100-108.

Molto interessante, sul piano dottrinale, l'isolato contributo fornito da Tosato alla individuazione del principio di sussidiarietà⁹⁵. A partire dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica, ed in particolare dalla Enciclica *Quadragesimo anno*, del 15 maggio del 1931, di Pio XI¹⁹, Tosato intende il principio di sussidiarietà nel senso che «l'intervento della società astrattamente considerata, e quindi di qualsiasi società esistente, è e deve essere sussidiario, e solo sussidiario».

Tosato nella sua acuta riflessione arriva a considerare la sussidiarietà come un vero e proprio principio del diritto: «siamo nel campo della giustizia sociale e non nel campo della giustizia commutativa [...] il principio di sussidiarietà definisce i rapporti fra singoli e società, in termini di poteri e doveri, di lecito e di illecito», e pertanto ha un valore eminentemente giuridico⁹⁶.

Il difficile rapporto tra il principio e la tematica pluralista delinea una struttura dello stesso in senso ontologico, configurando l'esistenza di una gerarchia tra gli essi: si parte dalla persona, verso cui è espressa la preferenza di tutto il sistema.

La sussidiarietà è quindi obbligata a rispettare tale ordine attribuendo a ciascun ente soltanto gli scopi e le finalità che gli sono propri, per poter garantire il perseguimento del bene comune.

È questa la vera chiave di lettura della sussidiarietà: essa consiste nella concretizzazione dell'azione del poter pubblico e dei corpi sociali verso un bene comune a tutta la collettività, in grado perciò di integrare interessi e valori individuali e collettivi, nel rispetto delle formazioni intermedie date come premessa ontologica⁹⁷.

⁹⁵ Per un approfondimento sul contributo di Tosato nell'Assemblea Costituente si veda anche F. Bruno, *E. Tosato*, in *Nomos*, 5, 2014.

⁹⁶ Sul punto F. Bruno, *La Costituzione di Weimar e la Costituente italiana*, in F. Lanchester, F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, 2012, pp.95 ss.

⁹⁷ Sul punto si veda A. Lucarelli, *L'organizzazione amministrativa delle nuove autorità d'ambito tra principio di sussidiarietà verticale, ruolo delle regioni e vincoli referendari*, in *Federalismi.it*, 16 aprile 2014.

A differenza che in Italia dove il contributo di Tosato resta isolato, negli anni Cinquanta e Sessanta si sviluppa in Germania un dibattito sul principio di sussidiarietà quale principio non scritto dell'ordinamento costituzionale⁹⁸.

Infatti in Germania la dottrina accoglie sin da subito la portata sia ⁹⁹verticale che orizzontale della sussidiarietà¹⁰⁰.

In Italia, invece, come si è potuto notare il percorso verso il riconoscimento formale è stato lento e tortuoso: non è mancato chi in dottrina riconosceva, all'interno della Costituzione, già l'esistenza del principio in maniera implicita¹⁰¹.

La sussidiarietà lungi dall'essere introdotta recentemente sarebbe pertanto solo riemersa a livello ordinamentale e costituzionale, vista la presenza diretta in Costituzione di «dispositivi di sussidiarietà» tanto «statici» che «dinamici»¹⁰².

La individuazione implicita in Costituzione del principio di sussidiarietà, prima della riforma del Titolo V della parte Seconda, non appare però così scontata; anche a voler motivare tale esito a partire dalla interpretazione dei principi contenuti nell'art. 2 della Costituzione¹⁰³.

Il principio personalista e quello pluralista, si inseriscono in una visione aperta e conflittuale del pluralismo sociale, orientata a riconoscere le autonomie sociali senza prefigurare alcun bene comune da raggiungere integrando gradualmente le varie sfere sociali precostituite.

⁹⁸ Per un approfondimento sul tema V. Baldini, *La sussidiarietà come valore e come formula organizzatoria: riflessioni su una «Schlagwort» del diritto pubblico*, in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999

⁹⁹ In Germania il dibattito sul principio di sussidiarietà si sviluppò nella metà degli anni Cinquanta in occasione della discussione e approvazione della legge sulla gioventù (Jugendwohlfahrtsgesetz) del 1953, e fu in seguito ripreso dopo la emanazione della Bundessozialhilfegesetz del 1961.

¹⁰⁰ Sul tema si vedano O. Höffe, *Subsidiarität als Staatsphilosophisches Prinzip*, in di K.W. Nörr– T. Oppermann(a cura di), *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit*, Tübingen, 1997, p. 52,

¹⁰¹ In tale prospettiva S. Cassese, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, cit. p.380; A. D'Atena, *Il principio di sussidiarietà e la Costituzione*, cit., 614 ss; S. Staiano, *Profili teorici della sussirietà orizzontale*, cit., p. 8.

¹⁰² In tal senso, tra i tanti, G. Arena, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 179-221.

¹⁰³ P. Ridola, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, cit.,p. 192.

Il principio di sussidiarietà si presenta, in questa visione, troppo carico di suggestioni organicistiche e conciliative per essere rintracciabile anche solo implicitamente in Costituzione.

Personalismo, pluralismo e riconoscimento delle autonomie sociali non coincidono con il principio di sussidiarietà, rappresentando piuttosto degli elementi che si pongono come antecedenti logici necessari per la futura estrinsecazione del principio stesso.

2. 1 La riforma del titolo V segna una trasformazione della forma di Stato?

Per cogliere il senso della riforma del titolo V, specialmente nella parte in cui ha introdotto in maniera espressa il principio di sussidiarietà, è necessario fare un breve passaggio sulla forma di Stato accolta dalla Costituzione italiana.

Come si è già affermato un determinato modello di Stato si ricava dall'individuazione dei principi generali che ne sono a fondamento e che pertanto costituiscono i valori a cui lo Stato tende.

In particolare si può ricordare che la forma caratterizza "il rapporto fra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati, e quindi il vario modo di realizzarsi della correlazione fra autorità e libertà"¹⁰⁴.

E', dunque, dall'indagine dei principi fondamentali della Costituzione che è possibile ricavare la forma di Stato delineata dall'assemblea Costituente.

In particolare, sono tre i principi fondamentali da cui si desume con estrema chiarezza l'accoglimento della forma di Stato democratico-sociali: l'art 2, l'art3 e l'art 5 della Costituzione.

Dall'art. 2 della Costituzione, si può immediatamente cogliere l'essenza della solidarietà, che si concretizza nei doveri che legano l'uomo in ogni proiezione, politica, sociale, economica, della sua vita *uti socius*¹⁰⁵.

Emerge quindi il legame tra la dimensione individuale e sociale del principio: viene valorizzato l'aspetto "personalista": la Costituzione afferma quindi l'indipendenza

¹⁰⁴ In tal senso C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit. p. 135.

¹⁰⁵ S. Galeoti, *Il valore della solidarietà* in *Dir. e Società*, 1996, pp. 1 ss.

della persona umana, della sua dignità che si esprime nei suoi diritti, considerati inviolabili, nella loro essenza, da ogni potere statale¹⁰⁶.

Allo stesso tempo, però, emerge anche l'istanza "sociale" insita nell'art 2 della Costituzione: l'aspetto personalista si coniuga con quella doveroso, che impone una serie di doveri inderogabili per il singolo inserito all'interno di un determinato circuito sociale¹⁰⁷.

Infatti, l'espressione contenuta nell'art.2 secondo cui la Repubblica "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale", connette la realizzazione del principio all'adempimento di doveri che l'ordinamento impone ai propri consociati.

Il singolo, quindi, oltre ad essere portatore di diritti inviolabili, è simultaneamente soggetto ai doveri che inderogabilmente scaturiscono dal fatto che la sua vita si svolge all'interno di determinate formazioni sociali: si tratta di doveri di appartenenza e di corresponsabilità, cioè di solidarietà¹⁰⁸.

Ecco che il principio di solidarietà si connota quale implicazione inscindibile e componente necessario del principio personalista.

L'aspetto personale e sociale della solidarietà, non può essere compreso senza un passaggio riferito all'art 3 comma 2 della Costituzione che definisce il principio di uguaglianza sostanziale.

Anche da questa norma si coglie il senso del valore fondamentale della persona umana e il continuo legame esistente con i doveri di cui all'art 2, nella loro triplice portata politica, economica e sociale, da una parte, e gli obiettivo di sviluppo della persona umana e di piena integrazione sociale dei cittadini, che la Repubblica ha il compito di promuovere dall'altra¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Sull'aspetto personalista del principio di solidarietà si veda E.Rossi, *Art.2, in Commentario alla Costituzione*, vol. I, (a cura di) R.Bifulco, A.Celotto, M.Olivetti, Torino,2006,p. 42; A.Ruggieri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalismi.it*, 28 agosto 2013, in tema afferma che: "è il principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da se medesimo giustificandosi"

¹⁰⁷ S. Galeoti, *Il valore della solidarietà*, cit., p. 131.

¹⁰⁸ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p.11.

¹⁰⁹ S. Galeoti, *Il valore della solidarietà*, cit., p. 135.

Analizzando congiuntamente gli artt. 2 e 3 comma 2 della Costituzione si nota che la solidarietà si muove lungo due dimensioni diverse, entrambe soddisfattive della solidarietà: una solidarietà orizzontale e una verticale.

Dal punto di vista orizzontale, che designa la cd solidarietà fraterna o doverosa, il principio opera come moto doveroso e costante da parte dei cittadini nell'adempimento delle varie forme di solidarietà: si caratterizza come moto ascendente che va dal basso verso l'alto, verso ciò che la costituzione chiama Repubblica, inteso come complesso dei poteri pubblici che assolve all'adempimento dei compiti di tutte le solidarietà doverose¹¹⁰.

Si parla di solidarietà in senso verticale, facendo riferimento a quella emergente dall'art. 3 comma 2 della costituzione, intendendola come i compiti imputabili alla repubblica per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza, e di conseguenza il pieno sviluppo della persona umana¹¹¹.

Tale concezione della solidarietà consente di realizzare l'effettiva partecipazione dei cittadini alla vita dell'ordinamento nei vari settori in cui essa si estrinseca e che sono gli stessi cui attengono i doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art 2 della costituzione.

Allo stesso tempo si evidenzia il ruolo rilevante dell'intervento del potere pubblico che deve intervenire intervenire per realizzare i fini di solidarietà.

In tale prospettiva i principi di solidarietà ed uguaglianza sono sintomi dell'accoglimento di una forma di Stato di tipo democratico sociale che presuppone un intervento del potere pubblico per realizzare la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ In questa prospettiva si pone anche l'art 119 comma 5 della Costituzione che afferma: *“Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni”*: norma che pone le basi per un *“solidarietà pubblica”*: In tal senso si veda E.Rossi, *Art.2, cit.* p 58.

Nello stesso senso si pone l'art 5¹¹² della Costituzione che nel ribadire l'unità e l'indivisibilità della Repubblica, è la norma che costituisce il fondamento dell'impostazione regionale dello Stato, e del decentramento amministrativo.

Si tratta di una norma relativa ad un modello di Stato legato al principio democratico; una Repubblica composta da un popolo e da formazioni sociali e da autonomie regionali e locali; diritti e autonomie previste in Costituzione come forme di garanzia nei confronti del potere pubblico e come parte del disegno promozionale della Repubblica riassunto nell'art. 3, comma 2, della Costituzione¹¹³.

Le tre norme sopra analizzate possono essere considerate quelle maggior significative, tra i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione, dell'accoglimento della forma di Stato democratico-sociale in cui il poter pubblico riveste un ruolo centrale nel perseguimento e nella garanzia dei diritti.

2.2. La forma di Stato nella Costituzione del 1948

L'ingresso della sussidiarietà nell'ordinamento giuridico costituisce il punto di partenza dell'indagine volta a comprendere l'effettiva portata del principio, sia nella forma verticale che orizzontale, specialmente dal punto di vista del suo rapporto con le tematiche dei diritti fondamentali e del pluralismo e della forma di Stato.

In tal senso risulta rilevante la dimensione normativa ed organizzativa della sussidiarietà che palesa attraverso la riforma dello Stato e della politica, per effetto della valorizzazione delle autonomie locali.¹¹⁴

¹¹²“*La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento*”

¹¹³ S. Mangiameli, *Il titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *Cortecostituzionale.it*, 2013; G.Zanobini, *La Gerarchia delle Fonti nel nuovo Ordinamento*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950; G.Miele, *La regione nella Costituzione italiana*, Firenze, 1949

¹¹⁴ Si torna a parlare di sussidiarietà con la legge 11 agosto 1991, n. 266, la legge quadro sul volontariato, che nel riconoscere il lavoro volontario organizzato e dando rilievo all'attività prestata “in modo personale, spontaneo, gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indirettamente ed esclusivamente per fini di solidarietà” ha aperto la strada, per le organizzazioni di volontariato, di servirsi di personale dipendente, consentendo così la possibilità, anche per enti senza scopo di lucro, di servirsi di una organizzazione stabile per l'esercizio dell'attività. Per un approfondimento sul

In particolare, il processo di riforma degli enti locali e dell'esercizio della funzione amministrativa è dovuto principalmente alla legge n. 59 del 1997 in cui trova espresso riferimento il principio di sussidiarietà come strumento di una nuova organizzazione delle istituzioni e della amministrazione pubblica¹¹⁵.

La legge "Bassanini" del 1997 in particolare, individua la sussidiarietà come strumento di allocazione delle funzioni amministrative tra Stato ed enti locali, attribuendo la titolarità delle funzioni a questi ultimi¹¹⁶.

In particolare, per l'art. 1, comma 2 della succitata normativa, «sono conferite alle Regioni e agli enti locali, nell'osservanza del principio di sussidiarietà [...] le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità».

Inoltre, la legge specifica i principi che le Regioni devono rispettare nel conferimento di compiti agli enti locali, nell'art. 4, comma 3, «I conferimenti di funzioni di cui ai commi 1 e 2 avvengono nell'osservanza dei seguenti principi fondamentali: a) il principio di sussidiarietà, con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai Comuni, alle Province e alle Comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati».

Per la prima volta, trova espresso riferimento nel nostro ordinamento il principio di sussidiarietà orizzontale, attraverso la menzione di corpi intermedi, come famiglia o associazioni, riconosciuti come soggetti idonei all'assolvimento di funzione di interesse generale¹¹⁷.

fenomeno del volontariato, L. Meneghini, *Nuovi valori costituzionali e volontariato*, Milano, 1989; V. Tondi Della Mura, *La Legge-quadro sul volontariato*, in *Amministrazione e Politica*, 1992, pp. 65-72.

¹¹⁵ Per un approfondimento sul tema si veda F. Bassanini, *La Repubblica Della Sussidiarietà* in *Astrid Rassegna*, 12, 2007.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ In tema G. Pastori, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarmiglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, Esperienze a confronto*, Padova, 199, pp. 169 ss.

A sua volta il T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, il D. Lgs. n. 267 del 2000, riprendendo la modifica introdotta dalla legge n.265 del 1999, accoglie il principio di sussidiarietà disponendo all'art. 3, Comma 5, che «I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà.

I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali. Il principio di sussidiarietà, in entrambe le sue declinazioni, non è soltanto oggetto di legislazione ordinaria: tale accoglimento è il segno di una attenzione generale del dibattito politico e pubblico, che conduce anche il legislatore costituzionale a prospettare l'ingresso in Costituzione¹¹⁸.

L'importanza e la centralità della sussidiarietà emerge ancora con maggior rilievo nei lavori della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali istituita nella XIII^a legislatura: la sussidiarietà diviene lo strumento per realizzare una eventuale trasformazione forma dello Stato¹¹⁹.

¹¹⁸ Sul punto A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà ed il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica. Spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali*, in Astrid-online.it; N. Polito, *Articolo 118, u.c. della Costituzione. Un approfondimento sul "favoriscono"*, in Astrid-online.it.

¹¹⁹ Si ricorda sul punto R. Bin, *Bicamerale e sussidiarietà*, in Relazione alla Conferenza su "Federalismo e solidarietà" promossa dall'Università del Terzo Settore, Portonovo 15 novembre 1997.

In particolare, la centralità della sussidiarietà si coglie attraverso la lettura dell'art 56¹²⁰ di quel Progetto di riforma che è stato oggetto di dibattito e di contrasti che portarono ad una duplice concezione della sussidiarietà, verticale ed orizzontale¹²¹.

Per effetto di tale bipartizione del principio la sussidiarietà orizzontale è da intendere come dovere di astensione e dovere di supplenza dei pubblici poteri verso le sole funzioni non adeguatamente svolte dai privati, affermando al contempo la titolarità e l'esercizio delle funzioni pubbliche in capo agli enti della Repubblica, salvo riconoscere il rispetto della autonomia dei cittadini¹²².

Si tratta però di una anticipazione rispetto alla definitiva costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà avvenuta solo con la riscrittura del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione da parte della legge costituzionale n. 3 del 2001. Questo è un provvedimento di vera e propria chiusura di un decennio di riforme e di dibattiti.

Il nuovo testo dell'art. 118 Cost. ridisegna la funzione amministrativa della Repubblica praticamente a partire dal principio di sussidiarietà, comprendendo sia il profilo verticale che quello orizzontale.

Sul primo versante, si valorizza il ruolo dei Comuni quali enti più prossimi agli interessi degli amministrati, infatti al comma 1 dell'art. 118 si legge che «Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne

¹²⁰ La norma così recitava: “*Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni, Province, Regioni e Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i principi di omogeneità e adeguatezza*”. A novembre il testo viene così modificato: “*Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonomia iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i principi di omogeneità e adeguatezza*”.

¹²¹ In tema G. Ferrara, *La revisione costituzionale come figurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della Commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, 1998, pp. 94 ss.

¹²² Cfr . P. Bilancia, *Sussidiarietà (principio di)*, in M. Ainis(a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, p. 45; A. Rinella, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni, e modello di analisi*, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia(a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999, pp. 3 ss; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p.14.

l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza». Per secondo profilo, invece, il comma 4, costituzionalizza la sussidiarietà orizzontale, disponendo 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».

La formulazione delle norme sono influenzate dai dibattiti e dalle riforme del passato e pertanto accolgono una dimensione della sussidiarietà orizzontale nella quale manca il profilo astensionista.

Il rapporto tra autonoma iniziativa dei cittadini (e non dei privati) e potere pubblico, infatti, è improntato al sostegno pubblico verso lo svolgimento di attività di interesse generale, senza prefigurare alcuna opzione preferenziale a favore della autonomia dei privati con conseguente dovere di astensione per i poteri pubblici se non chiamati in causa da inadeguatezze organizzative dei primi.

La riforma del Titolo V afferma anche il principio di sussidiarietà verticale in tutta la sua ambivalenza, nel senso di indicarlo quale criterio regolatore a fini di unità ordinamentale dei rapporti conflittuali che possono sorgere tra livello centrale di governo ed enti locali.

Oltre all'art. 118 è l'art. 120 a menzionare la sussidiarietà, laddove si dispone del potere sostitutivo del governo rispetto a organi delle autonomie territoriali, anche nel caso in cui sia minacciata la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali¹²³.

E' compito della legge individuare le modalità di intervento sostitutivo, non trascurando i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

La sussidiarietà diventa, così, principio procedurale che garantisce due interessi contrapposti: quello del governo all'intervento sostitutivo e quello dell'ente locale

¹²³ In tema si veda G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009.; A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003; M. Belletti, *Poteri statali di garanzia e decisione ultima, commissariamenti e centralizzazione delle decisioni*, Relazione tenuta in occasione del Convegno *Dieci anni dopo Più o meno autonomia regionale?*, Bologna il 27 e 28 gennaio 2011.

alla propria autonomia, costituendo un principio bidirezionale che garantisce l'unità dell'intero sistema ordinamentale.

3. Il valore giuridico della sussidiarietà: conclusioni parziali.

L'evoluzione della sussidiarietà indagata prima in prospettiva meta giuridica e poi in quella giuridica conduce ad una accurata riflessione sul valore giuridico della stessa.

In tal senso, sono due le prospettive più significative, entrambe strettamente connesse.

La sussidiarietà, in primo luogo, sembra avere quale tratto principale la capacità di corrispondenza al processo di ripensamento dello Stato così come è stato strutturato e vissuto nella pratica istituzionale del Novecento, cioè quale stato sovrano e democratico-sociale¹²⁴.

In particolare, il modello imperniato sulla «alleanza tra Stato e Costituzione» ha evidenziato una serie di problematiche che hanno costretto a ripensare le istituzioni in maniera assai incisiva.

La crisi e le trasformazioni dello Stato hanno ridimensionato pesantemente la pretesa di sovranità dell'ordinamento.

Il processo è avvenuto sia per dinamiche interne, che hanno visto crescere le politiche e le attribuzioni verso i livelli locali di governo; e sia sotto la spinta di dinamiche esterne, legate al processo di integrazione europea.

Inoltre, lo stesso ruolo centrale dello Stato e del sistema pubblico nella organizzazione economica e nella prestazione dei servizi sociali ha subito un ridimensionamento, dovuto alle politiche di bilancio e alle rigidità amministrative.

La sussidiarietà rappresenta, da questo punto di vista, il segno del tentativo di trasformazione del modello di stato, dove al paradigma della sovranità si tenta di sostituire il paradigma della sussidiarietà¹²⁵.

¹²⁴ F. Benvenuti, *Intervento*, in *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, F. Roversimonaco (a cura di), Milano, 1997; F. Cortese, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, pp. 843 ss.

¹²⁵ Sul tema si segnala che A. Poggi *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, in www.astrid-online.it, 9 maggio 2005 afferma che: "Un

Il Trattato di Maastricht, non a caso, introduce la sussidiarietà come principio istituzionale di struttura.

La riforma del Titolo V della parte Seconda della Costituzione, non a caso, modifica programmaticamente il rapporto tra Stato e comunità locali verso una sostanziale parificazione ontologica¹²⁶.

L'art. 114 Cost. apre l'intero titolo affermando che la «Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato».

Si tratta di una vera e propria premessa logica e ontologica ad ogni applicazione della sussidiarietà verticale, in cui lo stato diventa un soggetto insieme ad altri dell'ordinamento repubblicano, parte di una trama relazionale più ampia e non derivata da alcun centro¹²⁷.

In secondo luogo, la sussidiarietà corrisponde anche alla valorizzazione del carattere pluralistico e personalistico non solo della Costituzione italiana ma dell'intero processo di integrazione europea in corso.

È la Carta dei diritti di Nizza a porre fin dal suo Preambolo la «persona quale centro della azione» della Unione Europea¹²⁸.

Alla base di questo riconoscimento vi è la consapevolezza, dimostrata dal catalogo di diritti contenuti nella Carta, della relazionalità costitutiva non solo dell'individuo ma anche dei suoi stessi diritti fondamentali; consapevolezza che le Costituzioni nazionali non sempre riscontrano in maniera analoga, specie nel riconoscimento dei diritti della sfera interiore. La centralità della persona rappresenta, dal punto di vista della cultura dei diritti e del diritto, un aspetto indubbiamente fecondo per la diffusione del principio di sussidiarietà, specie nella declinazione orizzontale, in quanto consente di valorizzare la dimensione relazionale dell'individuo.

sistema che accolga la sussidiarietà orizzontale è un sistema che si interroga attentamente sulle azioni che l'amministrazione è legittimata a porre in essere, che si interroga sul volto intrusivo che l'amministrazione spesso assume in settori in cui, invece, potrebbe limitarsi a coordinare, anziché gestire. In questo senso la sussidiarietà fonda una diversa forma di Stato che non è più solo la risultante dell'insieme dei diversi livelli di governo territoriali, ma l'insieme dei rapporti Stato-cittadini, singoli e associate”.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ F. Bassanini, *La forma dello Stato della Repubblica italiana dopo la riforma costituzionale del 2001*, in *Astrid-online*, 4, 2010, pp. 3 ss.

¹²⁸ In tema A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, (a cura di) A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, Bologna, 2001, p. 33.

Sezione Terza

Il principio di sussidiarietà nel pensiero di Sergio Stammati.

1.Premessa

Il principio ¹²⁹ di sussidiarietà è stato oggetto di un approfondito studio da parte del Prof. Sergio Stammati.

In tale scritto si è cercato di indagare l'intima ratio del pensiero del Professore sottesa alle profonde riflessioni formulate in merito a tale principio.

In particolare, si cerca di analizzare la duplice anima del principio di sussidiarietà, e la sua incidenza sulla possibilità dell'esercizio del pubblico potere attraverso le categorie della forma di stato.

La riflessione sul principio di sussidiarietà verte intorno alla sua possibile qualificazione come strumento idoneo a qualificare una determinata forma di stato.

Nello specifico, si dà risalto alla dimensione solidale del principio analizzando la necessità di un intervento dei pubblici poteri al fine di rendere effettiva la tutela di una serie di diritti.

Altrimenti, la stessa, verrebbe pregiudicata da un'impostazione tendente ad una forma di stato che comprimerebbe l'intervento del potere pubblico, privilegiando l'autonomia dei privati.

Tale indagine si snoderà intorno alla struttura del principio, alle sue forme, nonché al suo particolare intreccio con l'art. 29 della Costituzione che disciplina la dimensione costituzionale della famiglia.

¹²⁹ Sulla nozione di principi generali dell'ordinamento si legga S. Bartole, *Principi generali del diritto (dir. cost.)* in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, che si esprime così: "... i principi rivelano la loro ambigua o bivalente natura. In taluni contesti essi possono rappresentare il sintomo della decisione del legislatore di rilasciare ad altre autorità le decisioni di dettaglio altrimenti di sua competenza; in altre situazioni essi operano come «guidelines» di decisioni di autorità non legislative, altrimenti rilasciate all'arbitrio dei loro autori. E, però, come nella prima fattispecie (quella che in un'accezione generica del termine è stata definita come una delega) le valenze programmatiche dei principi valgono a circoscrivere i poteri del «delegato», così nella seconda ipotesi l'elasticità dei principi (che è in funzione della generalità delle loro indicazioni) consente a chi è tenuto a farne uso di articolare nel loro ambito soluzioni adeguate ai casi di specie in ordine ai quali è tenuto a provvedere".

2. La struttura del principio di sussidiarietà

Lo studio del principio di sussidiarietà ha quale substrato il rapporto tra autorità e libertà e nello specifico lo spazio di azione dei pubblici poteri e il limite dello stesso.

Infatti, il principio di sussidiarietà a seguito del suo ingresso nella sfera del mondo giuridico per effetto della sua espressa previsione nel Trattato di Maastricht del 1992, ha dato luogo ad un vivace dibattito relativo al profilo della sua struttura, nonché quello relativo alla sua natura¹³⁰.

Sotto il primo profilo, è particolarmente significativa l'indagine svolta dal Professore Stammati.

Come sostenuto da grande parte della dottrina, e come condiviso dallo stesso Stammati, il *nomen* sussidiarietà non ha alcuna rilevanza della determinazione della valenza giuridica del principio¹³¹.

La sussidiarietà trova, infatti, il suo fondamento nella dottrina sociale della Chiesa cattolica che per la prima fa riferimento al termine *subsidium* come aiuto a quei soggetti che non sono in grado di provvedere da solo ai propri interessi¹³².

Preciando, però, dalle dinamiche evolutive del principio, di particolare rilievo è lo studio della struttura logica del principio che non può che snodarsi attraverso le forme di esplicitazione della sussidiarietà, quella verticale e quella orizzontale

Nei suoi studi il Professore Stammati, chiarisce immediatamente che tale indagine è certamente più confacente alla sussidiarietà in senso verticale, che riguarda la distribuzione delle funzioni pubbliche tra soggetti pubblici, piuttosto che alla sussidiarietà in senso orizzontale che riguarda invece la distribuzione delle attività tra sfera pubblica e sfera privata¹³³.

¹³⁰ Articolo 5, paragrafo 3, del trattato sull'Unione europea (TUE) e protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

¹³¹ Per un'analisi approfondita del dibattito si legga P. Duret, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus* 2000, pp. 95 ss.

¹³² La tematica viene già delineata già alla fine del XIX sec., con l'enciclica "*Rerum Novarum*" di papa Leone XIII, che aveva ad oggetto la "questione sociale",

¹³³ Così si esprime S. Stammati, *Il principio di sussidiarietà fra passato e presente*, in *Diritto e Società*, 2,2003, p.338.

Con riguardo alla sussidiarietà verticale, viene operata una distinzione tra portata precettiva e descrittiva della stessa¹³⁴.

Dal punto di vista descrittivo la sussidiarietà sta ad indicare la soluzione meno importante rispetto ad un'altra scelta come principale.

In tale prospettiva il fine primario, quello scelto dai pubblici poteri, è indifferente: il fine sussidiario è invece specifico e deve essere puntualmente indicato.

Quindi per il fine principale l'indicazione è descrittiva, mentre per quello secondario è prescrittivo: il fine secondario è indicato tassativamente, e su di esso non si innesta alcuna indicazione di metodo perché la prescrittività del fine esaurisce in se il metodo stesso.

Dal punto di vista prescrittivo, la sussidiarietà sta ad indicare la soluzione di maggior pregio.

La sussidiarietà nella sua accezione prescrittiva, quindi, sta ad individuare un determinato fine sul quale si innesta il metodo sussidiario il quale serve ad identificare fini ulteriori ispirati allo stesso spirito con il quale è stato scelto il fine basilare.

In questa prospettiva, si tratta di un criterio di valore, in quanto il metodo sussidiario¹³⁵ sta ad indicare che se il “fine principale non può essere realizzato dal soggetto prescelto per assolverlo, debba innestarsi, a partire da ciò, una catena di fini sussidiari, corrispondenti ciascuno all'attività giuridica che soggetti territorialmente più ampi, sono in grado di assicurare”¹³⁶.

Si profila, poi, una terza forma della sussidiarietà, derivante dalla disciplina comunitaria della stessa: in tal senso essa è qualificata come indicazione preferenziale del potere di compiere una determinata azione¹³⁷.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Secondo Stammati la sussidiarietà come metodo serve ad individuare il soggetto che sostituisca quello originariamente deputato a realizzare un determinato fine, con conseguenziale prevalenza del fine da perseguire rispetto a chi è incaricato di raggiungerlo.

¹³⁶ Così si esprime in modo netto S. Stammati, *op. cit.*, p. 342.

¹³⁷ Sulla prospettiva comunitaria del principio di sussidiarietà si veda G. Strozzi, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, pp. 59 ss.

In tal senso, la sussidiarietà è vista come strumento di efficienza e di competenza: l'intervento, infatti, dell'Unione Europea è necessario soltanto nei casi in cui gli Stati membri non riescano a raggiungere gli obiettivi fissati dall'Unione.

Infatti, se la ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri è finalizzata al perseguimento degli obiettivi imposti dai Trattati, l'intervento dell'istituzione centrale si giustifica soltanto nel momento in cui sussiste il rischio del mancato raggiungimento di tali fini.

In questa prospettiva la sussidiarietà assume, quindi, una prospettiva non solo quantitativa ma anche qualitativa, al fine di dare una uniforme applicazione del diritto dell'Unione all'interno di tutti gli stati membri.

L'analisi di Stamatii prosegue, poi, in merito alla sussidiarietà orizzontale profilando due diverse varianti del principio.

In particolare, la sussidiarietà può essere interpretata sia come esternalizzazione del principio di concorrenza, e come principio di solidarietà.

Questa lettura sembrerebbe in prima battuta una contraddizione in termini, in quanto concorrenza e solidarietà presuppongono un raggio di azione e di intervento dei poteri pubblici completamente diverso.

Ma entrando nell'intima ratio del principio stesso si può notare come questa contraddizione sia soltanto apparente. Nella prospettiva concorrenziale, tale principio costituisce un preciso valore contenutistico che riflette l'orizzonte di sviluppo di una società ispirata ai principi di un'economia aperta di natura liberale, dove lo Stato, e quindi il potere pubblico, riduce al minimo la sua sfera di intervento¹³⁸.

Tale accezione del principio non è assoluta ma temperata da precise e consistenti eccezioni¹³⁹.

¹³⁸ Per un approfondimento dei rapporti tra sfera pubblica e privata della sussidiarietà si legga P.Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluraristica*, cit., pp. 204 ss.

¹³⁹ Si veda sul punto A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, 6, 2010, che nell'analisi dei principi europei in tema di concorrenza sostiene che non si tratta di un principio assoluto, ma di un principio che deve essere applicato in modo elastico e

La sussidiarietà, quindi, si regge sulla continua dialettica tra legittimazione del principio di concorrenza e contro legittimazione, in funzione derogatoria, di interventi di politica economica da parte dello Stato per mitigare situazioni di crisi¹⁴⁰.

Si può, quindi, sostenere che pur trovando nel principio di concorrenza una valida e connaturale declinazione, la sussidiarietà non determina un “disinteresse” assoluto del potere pubblico nella determinazione del mercato.

Infatti, sebbene la base del principio di concorrenza sia l’assoluta libertà di azione dei soggetti all’interno del mercato, il poter pubblico ha il compito di intervenire laddove il libero mercato mostra i suoi limiti¹⁴¹.

Di stampo completamente opposto è la seconda variante del principio di sussidiarietà offerta dal principio di solidarietà¹⁴².

La prospettiva solidale del principio è forse quella maggiormente significativa, perché riproduttiva di uno dei diritti fondamentali della Carta Costituzionale, e perché legata fortemente all’idea di azione dei pubblici poteri così come emersi dall’Assemblea costituente¹⁴³.

Si deve precisare che, pur mancando una disposizione espressa in Costituzione sino al 2001, in Assemblea costituente il discorso sulla sussidiarietà era stato intimamente legato all’art 2 della Costituzione¹⁴⁴.

temperato ogni qual volta la sua applicazione mette in crisi la tutela effettiva di diritti fondamentali.

¹⁴⁰ Così si esprime S. Stammati, *Il principio di sussidiarietà fra passato e presente*, cit., pp. 345 ss.

¹⁴¹ Si legga A. Lucarelli, *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico*, in *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, A. Lucarelli (a cura di), Napoli, 2009, pp. 41 ss., in cui l’autore teorizza una funzione riequilibratrice del diritto pubblico allo scopo di dare una concretizzazione formale ad una serie di diritti di prestazione, che ne rimarrebbero sprovvisti se lasciati a dinamiche prettamente concorrenziali.

¹⁴² Per un approfondimento sul punto si legga A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla costituzione europea*, Napoli, 2009.

¹⁴³ Si ricorda in proposito l’ordine del giorno di Dossetti del 9 settembre 1946 in cui si sottolinea l’inscindibile nesso tra i valori della libertà individuale e della solidarietà sociale.

¹⁴⁴ Ancora nel dibattito in Assemblea costituente si ricorda l’Ordine del Giorno di Moro il 23 marzo 1947 " il parlare di diritti dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali mette in chiaro che la tutela accordata a queste formazioni è niente altro che un'ulteriore esplicitazione, uno svolgimento dei diritti di autonomia di dignità e di libertà che sono stati riconosciuti e garantiti all'uomo come tale" In questa prospettiva il riconoscimento delle comunità costituiva un naturale " svolgimento democratico, poiché lo Stato assicura la sua

Il nesso inscindibile tra i due principi è rinvenibile nelle esigenze di tutela delle formazioni sociali a tutti i livelli, che vedeva uno spazio di intervento dei pubblici poteri di tipo marginale.

Questo non sta a significare che l'idea della sussidiarietà sia completamente posta a servizio di istanze liberali, tutt'altro: la forma propria della sussidiarietà è quella di intervenire laddove la libertà individuale del singolo non sia in grado di giungere da solo alla piena autonomia e tutela.

A quel punto l'intervento dei pubblici poteri, in funzione sussidiaria e solidale, consente al singolo di raggiungere quegli obiettivi auspicati che da solo non è stato in grado di raggiungere, in un'ottica di ingerenza minimale del potere, ma essenziale per la realizzazione in concreto dei diritti¹⁴⁵.

Ecco che in tal senso la connessione dei due principi, che storicamente traeva origine tra le due guerre mondiali nel pensiero cattolico come progetto di sviluppo di uno Stato caratterizzato da una serie di corporazioni professionali che si connettevano al pensiero politico dando vita ad organi di governo rappresentativi delle autonomie di questa struttura corporativa, seppur mai effettivamente realizzato, ha dato lo spunto per l'idea di una valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale che funge da contraltare al principio di concorrenza e insieme a quest'ultimo è idoneo delineare la struttura economico-sociale delle istituzioni, soprattutto a livello locale¹⁴⁶.

3.La natura del principio: la chiave di volta per indagare la forma di stato

Dopo aver indagato le forme del principio di sussidiarietà lo studio dello stesso si concentra sulla sua natura.

democraticità ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni...non soltanto individuo ma società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato".

Quindi la sussidiarietà viene radicata nell'art. 2 della Costituzione, e cioè nell'affermazione della «rottura» del monopolio statale con riguardo all'individuazione dell'interesse generale, con il conseguente riconoscimento a favore di soggetti privati e gruppi sociali del compito di perseguire gli obiettivi propri dell'intera collettività statale.

¹⁴⁵ Così si esprime anche A. Lucarelli, *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico, in Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione, cit.*, pp. 46ss.

¹⁴⁶ In tala prospettiva si esprime S. Stamatii, *Il principio di sussidiarietà fra passato e presente, cit.*, pp. 350ss.

Tale indagine non può che partire da un dato positivo ovvero l'espressa previsione del medesimo principio al livello comunitario¹⁴⁷.

Tale previsione, viene declinata dall'autore, come possibile volontà di dare una determinata forma di Stato alla compagine europea attraverso la lettura e l'interpretazione del principio.

In particolare, il quesito che si pone è se tale interpretazione del principio possa essere connessa ad una visione della forma di stato Federale in Europa.

Come si è già evidenziato in precedenza, la forma della sussidiarietà, nella prospettiva europea è legata all'ottica dell'efficienza e della competenza.

L'intervento in sussidiarietà dell'organo "centrale" si giustifica per l'esigenza del migliore raggiungimento dei fini unionali quando i singoli Stati Membri da soli non sono in grado di raggiungerli, o non sono in grado di raggiungerli in modo conforme ai medesimi risultati raggiunti dagli altri Stati Membri¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Art 5 TUE: "La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo.

In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

¹⁴⁸ In tal senso si legga T.E. Frosini, voce *Sussidiarietà (principio di)* (*dir.cost.*), cit., p.1137 che si esprime così "La conformità dell'azione al principio di sussidiarietà, infatti, deve essere sottoposta alla verifica di due tests: il primo concerne la capacità di azione degli Stati membri e consiste in una verifica della loro possibilità di svolgere in maniera "sufficiente" il compito considerato, attraverso l'esame dei mezzi a loro disposizione, quali la legislazione nazionale, regionale o locale, gli strumenti amministrativi e finanziari; il secondo test riguarda la capacità di azione della Comunità, e si esplica in un controllo della maggior efficacia dell'azione comunitaria rispetto a quella statale, con riferimento alla scala o agli effetti dell'azione".

Riguardo a tale profili di compatibilità l'indagine è stata articolata sotto una duplice prospettiva.

Da un lato ci si è chiesto se la sussidiarietà abbia influito in maniera decisiva nella modalità di distribuzione dei poteri nelle loro relazioni basilari che caratterizzano una determinata forma di stato.

Dall'altro, invece, si è indagato il principio al fine di verificarne il ruolo di criterio di distribuzione elastica delle competenze tra i diversi livelli di potere, una volta che questi siano stati preventivamente determinati nel loro complessivo assetto.

Tale riflessione ha avuto però esito negativo ritenendosi il principio non adatto ad individuare una precisa forma di stato, quella federale.

Le ragioni di tali conclusioni sono principalmente da rinvenire dall'inesistenza di alcun vincolo per l'Unione di organizzazione le proprie articolazioni interne in forma sussidiaria e soprattutto perché analizzando la dinamica costitutiva del federalismo, caratterizzata dalla parità reciproca degli stati e volta in forma unitaria ed ascendente alla supremazia dello Stato federale centra, non si rinviene alcun influsso ispirato dal principio di sussidiarietà¹⁴⁹.

In particolare, quello che fa rendere incompatibile il rapporto tra sussidiarietà e forma di stato federale è il carattere dinamico della sussidiarietà.

La forma di stato federale, pur prevedendo una articolata distribuzione delle competenze tra lo stato centrale e quelli federali, declina tali attribuzioni soltanto in senso statico¹⁵⁰.

Come si è detto, invece, la sussidiarietà ha come elemento caratterizzante la sua dinamicità, per cui tale caratteristica intrinseca mal si concilia con una forma di stato che fa della staticità un elemento imprescindibile.

¹⁴⁹ Così S. Stammati, *Il principio di sussidiarietà fra passato e presente*, cit., p.360.

¹⁵⁰ Per un approfondimento sulla struttura federale ed il principio di sussidiarietà si legga P.Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluraristica*, cit., pp. 225ss.

4. La dimensione solidale del principio: il rapporto con la forma di Stato sociale

Un aspetto che merita una particolare riflessione è il rapporto tra il principio di sussidiarietà e la forma di stato sociale.

In primo luogo vi è da premettere che valgono le medesime premesse fatte in relazione alla forma di stato federale: non esiste una tipizzazione del rapporto tra sussidiarietà e forma di stato che possa in astratto far sussumere l'idea di una ripartizione dei poteri pubblici in modo sussidiario all'interno della forma di stato sociale.

Anzi come già evidenziato, l'idea di libertà individuale posta alla base del principio con l'intervento soltanto sussidiario dei poteri pubblici sembra rendere quasi incompatibile il principio con una forma di stato sociale, caratterizzato da un intervento deciso del potere politico al fine di rendere fruibili una serie di diritti¹⁵¹.

In tal senso va considerata rilevante la lettura del principio in chiave solidaristica¹⁵²: in particolare, l'idea della sussidiarietà come idea strumento idoneo a promuovere iniziative anche private con finalità sociali risulta essere emblematica della dimensione sociale del principio¹⁵³.

Significativa in questa lettura del principio è la legge n. 328 dell'8 novembre del 2000 "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali".

La normativa di riferimento più che essere rilevante di per se, è significativa per l'esaltazione della dimensione sociale del principio.

In particolare, lo studio di tale intervento legislativo esprime la necessità di un effettivo riconoscimento ed affermazione dei diritti sociali ma lo fa con una prospettiva del tutto particolare: saranno i cittadini ad essere protagonisti attraverso azione positive, non per la soddisfazione personale del contenuto di tali diritti, ma per rispondere essi stessi ai bisogni che attraverso quei diritti chiedono

¹⁵¹ Per una specifica disamina dei rapporti tra sussidiarietà e stato sociali si veda G.U. Rescigno, *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni regionali*, 2, 2002.

¹⁵² Si legga ancora, A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit., pp 128 ss.

¹⁵³ Sul punto si veda A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, cit., pp. 7 ss.

soddisfazione, ponendosi in tal modo accanto alle istituzioni pubbliche sulle quali grava il potere-dovere di intervenire¹⁵⁴.

Con tale riflessione si viene ad individuare l'essenza propria del principio di sussidiarietà: infatti, emerge con grande evidenza sia la sua anima "liberale", di riconoscimento di libertà individuale dei singoli individui all'interno di una società, sia l'anima sociale come strumento di realizzazione di interessi superindividuali per soggetti appartenenti ad un determinato gruppo al fine di perseguire interessi non egoistici, bensì generali¹⁵⁵.

In tal modo si può scorgere come la sussidiarietà sia perfetta compatibile con una forma di stato sociale magari non nella sua accezione classica di intervento dei poteri pubblici in modo quasi "invadente" nella sfera di libertà dei singoli, ma come intervento necessario laddove i singoli ed i gruppi sociali non riescono a rendere effettivo il godimento di una serie di diritti che risultano essere fondamentali per il corretto sviluppo psico-sociale del singolo all'interno di una collettività.

5. Il rapporto tra sussidiarietà e l'istituto della famiglia nella Costituzione

L'aspetto dove, forse, emerge con maggior chiarezza il rapporto tra sussidiarietà e solidarietà, quest'ultima come forma di estrinsecazione della prima, è quello emergente dalla disciplina della famiglia in Costituzione.

Entrando nello specifico dei rapporti intercorrenti tra i principi analizzati, il Prof. Stammati studia il ruolo della sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia analizzando il rapporto tra la concezione pubblica e la concezione privata della stessa.

La prospettiva di partenza si innesta sul principio di sussidiarietà in relazione alla sua natura intrinsecamente relazionale: per tale qualificazione esso ben si presta all'analisi dei rapporti tra la famiglia e le altre realtà sociali organizzate¹⁵⁶.

In particolare, lo studio è incentrato sulla dimensione dinamico-relazione della famiglia sia con lo Stato sia con gli altri corpi intermedi, al fine di evidenziare

¹⁵⁴ A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., p. 63.

¹⁵⁵ A. Lucarelli, *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico*, cit. pp. 43, ss.

¹⁵⁶ S. Stammati, "Declinazione del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia" in *Scritti in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005, pp. 571 ss.

l'esigenza di evitare l'invadenza dei gruppi maggiori a danno dell'autodeterminazione e dell'autonomo sviluppo dei gruppi minori.

Il principio, quindi, funziona come misura di queste relazioni e si presta, perciò allo studio dei poteri non sovrani e delle varie autonomie sociali alla luce della natura dei rapporti che intrattengono con il potere sovrano e reciprocamente.

Da tale osservazione emerge che il principio può assumere caratteri diversi a seconda dei casi.

Nel rapporto fra l'organizzazione politica e le varie autonomie sociali in età pre-moderna, in particolare la famiglia, l'esistenza del principio e la sua forza normativa non deriva da una diretta teorizzazione dello stesso¹⁵⁷.

La sua portata trovava una legittimazione di stampo sociale in quanto in quel periodo storico la società era organizzata in modo tale da lasciare un ampio margine di autonomia ai corpi sociali, autonomia inintaccabile e sottratta alle ingerenze del potere politico.

Tale organizzazione, legata ad un diritto naturale, aveva quindi in se l'idea di sussidiarietà in quanto erano garantiti spazi di indipendenza dal potere politico: in questo senso non era necessaria la teorizzazione del principio, perché quegli spazi che il principio mirava a garantire erano "naturalmente" riconosciuti¹⁵⁸.

Si sosteneva in tal senso la sussidiarietà dell'essere.

In età moderna, l'esistenza di un poter politico forte e centralizzato poneva in crisi l'esistenza di stessa di una effettiva articolazione sociale: questo ha ispirato scuole di pensiero che, seppur diverse, hanno trovato nella sussidiarietà lo strumento idoneo ad invocare spazi liberi dall'intervento del potere politico dominante.

Tale dicotomia si riflette nel modo di intendere il principio di sussidiarietà nella dimensione costituzionale della famiglia, in particolare nel rapporto tra quest'ultima ed il potere pubblico nonché nel rapporto tra i membri stessi del nucleo familiare.

157 *Ibidem*.

158 *Ibidem*.

Riguardo al primo tipo di rapporto il principio si risolve nella posizione preferenziale riconosciuta ai singoli rispetto a quella di tutti i gruppi sociali e politici precludendo qualsiasi intervento di quest'ultimi nella sfera riguardante la persona singola.

Il principio risulta, quindi, essere espressione dei diritti di libertà.

Nei rapporti riguardanti i membri dello stesso nucleo familiare la posizione si capovolge: il principio viene interpretato come dovere di aiuto dei genitori verso i figli.

In tale prospettiva si evidenzia il passaggio da una dimensione sussidiaria di libertà, ad una dimensione antissussidiaria dove la sussidiarietà costituisce la chiave per trovare uno spazio che sia precluso all'intervento del potere politico dominante¹⁵⁹.

L'evoluzione dell'organizzazione politica con il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale e poi allo Stato sociale non ha determinato il cambiamento di prospettiva nella conformazione politica della famiglia, ma ha determinato una attenuazione graduale nella dislocazione anti sussidiaria delle posizioni soggettive interne dei componenti della famiglia a conferma del carattere originario e prepolitico dell'organizzazione familiare mostratosi anche per questo aspetto radicato nel tessuto sociale in modo molto più profondo rispetto agli ordinamenti politici che si sono succeduti nel tempo.

Questa breve ricostruzione della vicenda storica basata sulla relazione familiare permette di comprendere anche la diversa natura dei modelli sul quale si è giustificata la minorità della donna all'interno della famiglia, da quelli propri della Polis che a causa della inferiorità naturale della donna la trovavano naturalmente soggetta al dominio maschile a quelli tipici del mondo romano dove si stagliava la figura del Pater familias che dominava su tutti ed in particolari sulla donna, a quella poi della cultura di tipo cristiana dove si afferma la dignità morale di ogni persona ma si conferma il dominio paterno sulla famiglia fino alla codificazione civilistica dell'Ottocento, dove nonostante si conferma la tradizione un'impostazione di

¹⁵⁹ S. Stamatì, *Declinazione del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia*, cit., p. 571.

stampo patriarcale, alla donna vengono riconosciuti alcuni diritti civili normalmente disgiunta invece dai diritti politici¹⁶⁰.

Alla vigilia quindi del periodo costituente si può osservare, come fa il professore Stammati, che la rivendicazione della proprietà della famiglia rispetto allo Stato trovava principale sostegno della dottrina sociale della Chiesa e minor sostegno invece nella disciplina civilistica e la dislocazione paritaria dei diritti non trovava piena affermazione in nessuna di entrambe le impostazioni culturali.

Per il primo aspetto, il ruolo principale della famiglia e la sussidiarietà dello Stato non erano assolutamente assicurate, riguarda invece il secondo aspetto, quello che mirava a garantire la tutela dei diritti familiari contro eventuale compromissione dei diritti a causa dell'ingerenza della sfera del potere pubblico, l'autonomia di ciascun coniuge era ancor di meno assicurata.

Analizzando nello specifico invece le disposizioni costituzionali della famiglia si vede come sia stato un deciso cambio di rotta.

Il piano dove si può meglio comprendere tale impostazione, secondo il pensiero di Stammati, è sicuramente quello formale.

È, infatti, attraverso questo piano che si può cogliere il senso dell'art 29 della Costituzione e in particolare la volontà di anteporre tra lo Stato e la famiglia le regole costituzionali come strumento di freno alle ingerenze del potere politico all'interno della dinamica relazionale della famiglia¹⁶¹.

In tale prospettiva i rapporti tra famiglia e Stato sono stati sottratti al potere unilaterale dello Stato e posti sotto la tutela di una fonte di rango superiore a cui anche la legge ordinaria doveva sottostare.

La previsione di disposizioni costituzionali sono interpretate nel senso di riconoscere un valore giuridico di resistenza e di conservazione della famiglia: tale importanza si mostrava senza dubbio di carattere primario ed essenziale ed è qui che i costituenti riconobbero o il significato sussidiario del potere statale e di regolazione di intervento della sfera familiare valorizzando, quindi, una

¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹⁶¹ *Ibidem.*

manifestazione particolare di quella sussidiarietà negativa che l'ordine del giorno Dossetti aveva tentato di introdurre con l'articolo 2 e che poi ha trovato una concreta applicazione nell'articolo 29 della Costituzione. La costituzionalizzazione della disciplina della famiglia è, secondo l'autore, non solo uno strumento di tutela nei confronti delle arbitrarie ingerenze del potere legislativo statale, ma allo stesso senso una tutela ampliata anche allo stesso intervento del potere costituente, nel senso che la necessità del procedimento di revisione costituzionale ai sensi dell'articolo 138 è strumento di ulteriore garanzia verso la tutela degli individui che fanno parte del nucleo familiare: ed è qui che si evidenzia, in tutta la sua forza, il carattere formale e sostanziale dell'intervento della costituzione che mira a garantire quindi in un equilibrio costante degli interessi dei soggetti familiari e allo stesso tempo mira ad evitare ingerenze esterne del potere politico anche del potere costituente se non in forme e casi particolari¹⁶².

La tutela costituzione della famiglia, quindi, secondo il pensiero di Stammati muove lungo due linee guida: da un lato una prospettiva di carattere individuale di tutela della sfera interna e intangibile del nucleo familiare, dall'altra una sfera di carattere sociale, che prevede una serie di interventi di carattere doveroso per attuare nel concreto lo spirito sussidiario che sorregge la disciplina familiare a tutela di valori non meramente privati ma di valori privati e costituzionali insieme¹⁶³.

Lunga questa seconda direttiva si possono leggere quelle disposizioni costituzionali che seguono l'art 29 (in particolari gli art. da 30-34 "Rapporti etico sociali") da cui si evince che i poteri pubblici, seppur debbano rimanere fuori dall'istituzione familiare, hanno il dovere di intervenire ogni qualvolta sia necessario ad assicurare i diritti dei membri della famiglia.

Questo intervento non costituisce uno strumento di arbitraria ingerenza del potere pubblico all'interno dell'istituto familiare ma ne rappresenta uno strumento di rafforzamento e di tutela: infatti, tale intervento è doveroso "solo quando il soggetto

¹⁶² S. Stammati, *Declinazione del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia*, op. cit., p. 575.

¹⁶³ In tale senso si esprime F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, pp. 136 ss, che afferma "il senso attribuito al principio di sussidiarietà (specialmente orizzontale) è quello di una funzione di tutela degli interessi (sociali, economici, morali) degli individui e degli enti privati, che si attua mediante un procedimento di astensione dell'intervento statale, al fine di consentire una piena libertà di iniziativa e di sviluppo delle forze individuali e sociali dotate di autonomia"

ausiliato di mostri incapace di realizzare da se i compiti che sono oggetto dei diritti suoi i, i quali restano pur sempre propri, nonostante l'intervento pubblico ausiliante"¹⁶⁴.

Il compito del principio di sussidiarietà viene quindi ad intersecarsi profondamente con l'art 2 della Costituzione: assume, infatti, il ruolo di linea di demarcazione tra la libertà individuale e la tutela effettiva di alcuni diritti, di modo che l'intervento pubblico diventa necessario per assicurare quei diritti che altrimenti verrebbero irrimediabilmente compromessi a causa dell'impossibilità degli individui di esercitarli autonomamente¹⁶⁵.

Il potere pubblico quindi non è quindi messo da parte ma assolve la funzione tipica e sussidiarietà di intervento a sostegno dei "bisognosi" riconoscendosi nell'idea sottesa alla sussidiarietà che trae origine dalla dottrina sociale della Chiesa.

In conclusione di tale studio l'autore osserva che sono tre le forme sulle quali la sussidiarietà può imprimere un sigillo di carattere teorico.

In primo luogo individua la funzione di principio conformativo della forma di società, quello di principio organizzativo che caratterizza la forma di stato ed infine come funzione di distribuzione delle competenze tra Stato e enti locali.

Tali funzioni possono intersecarsi e condizionarsi a vicenda fino ad attenuarsi e a ridursi di significato: ma è sulla scorta di tali principi che si innesta la questione dei diritti.

E' innegabile che, secondo Stammati, il principio non ha svolto la funzione di organizzazione delle autonomie sociali e neppure nella progettazione delle autonomie territoriale, ma è visibile nella disciplina dei singoli istituti (ad esempio art. 8, art 29, artt. 33-34 Cost).

¹⁶⁴ Così si esprime S. Stammati, *Declinazione del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia*, cit., p.580.

¹⁶⁵ Sulla funzione promozionale del principio, T.E. Frosini, voce *Sussidiarietà (principio di)* (*dir.cost*), cit., pp1140 ss che afferma "qui occorre tenere presente l'importanza che assume la funzione della promozionalità svolta dal principio di sussidiarietà, in quanto esso deve altresì attuare la rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana » (art. 3 cost.).

Riguardo, invece, l'influenza del principio a seguito delle riforme costituzionali giunge alla conclusione che il principio oltre a non aver trovato un'applicazione convincente nella distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni, ha finito soltanto per essere evocato come strumento per la traslazione al vertice delle competenze legislative divenendo di fatto un surrogato del criterio dell'interesse nazionale¹⁶⁶.

6. Conclusioni

Il lungo percorso ricostruttivo del principio di sussidiarietà così come emerso dagli studi del Professore Stammati può portare a formulare alcune riflessioni conclusive.

Sebbene il principio abbia una dimensione assolutamente poliforme, e sebbene possa essere ricondotto sia ai diritti di libertà, sia a diritti di matrice solidale, la sua dimensione più apprezzabile è senza dubbio quest'ultima.

Infatti, l'intimo legame con l'art 2 della Costituzione che già trovava ancoraggio nelle discussioni sorte in assemblea costituente, è confermato dalla ricostruzione fatta del principio intorno all'istituto della famiglia.

E' in tale quadro che si concretizza con grande forza la portata "sociale" del principio in quanto la dimensione di libertà dello stesso diventa recessiva in relazione ad una serie di diritti e di necessità proprie dell'istituto familiare che quest'ultimo non è grado di assicurarsi autonomamente con le proprie forze.

E che la prospettiva solidale sia quella più confacente alla natura del principio di sussidiarietà lo si può ricavare implicitamente dalla formulazione dell'art 139 della Costituzione.

La norma, infatti, nell'affermare la forma di governo Repubblicana e la sua immodificabilità, fa emergere come limiti impliciti alle revisioni costituzionali quelli dei principi fondamentali della Carta Costituzionale.

Per tale interpretazione, pressochè unanime nella dottrina costituzionale¹⁶⁷, lo stesso legame tra sussidiarietà e solidarietà non può che essere espressione di un

¹⁶⁶ Così si esprime S. Stammati, *Declinazione del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia*, cit., 587.

¹⁶⁷ Si legga sul punto, tra i tanti, A.Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova 1995; Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002.

modo di intendere il principio stesso alla stregua di una particolare formulazione di uno dei principio fondamentali della repubblica, ovvero la solidarietà.

In tal modo, la sussidiarietà va letta come principio che non vuole stravolgere la forma di stato accolta dalla Costituzione, ma va inteso quale strumento di evoluzione dello stesso, che all'interno di un contesto che prevede una dimensione tendente alla libertà dei singoli, interviene in forma sostitutiva attraverso l'esercizio dei poteri pubblici per arginare tali libertà ed assicurare la tutela piena ed effettiva dei diritti.

Capitolo II

Sussidiarietà e tutela della salute

Premessa

L'emergenza epidemiologica da COVID-19, che ha colpito duramente il nostro paese negli ultimi mesi, ha portato prepotentemente all'attenzione generale il tema della tutela della salute pubblica, mostrando sicuramente le eccellenze umane del servizio sanitario, ma mostrandone, altrettanto impietosamente, i limiti strutturali e tecnico – organizzativi¹⁶⁸.

Non sono mancate, e anzi sono destinate nei prossimi mesi ad acuirsi, dure polemiche sui modi in cui il servizio sanitario ha affrontato l'emergenza, ma soprattutto sull'impostazione del servizio di sanità pubblica che nell'ultimo trentennio si è progressivamente distaccato da un modello unico, nazionale e centralizzato, per articolarsi in una pluralità di servizi sanitari regionali¹⁶⁹, tante quante sono le Regioni, accomunati soltanto dai livelli essenziali di assistenza fissati dallo Stato¹⁷⁰.

Le critiche si sono incentrate anche sulla stessa idea organizzativa/funzionale che deve presiedere all'organizzazione del servizio sanitario nazionale e dei servizi sanitari regionali (che non possono essere concepiti in termini di contrapposta autonomia escludente, quanto piuttosto nel senso di una biunivoca integrazione funzionale per l'erogazione dei migliori servizi possibili ai cittadini) e sui delicati rapporti tra sanità pubblica e sanità privata, rimproverandosi dai più alla prima di aver smarrito, più o meno inconsapevolmente, il ruolo di guida, controllo e coordinamento della seconda, con pregiudizio dei servizi offerti complessivamente ai cittadini.

Il presente lavoro si propone di ripercorrere le tappe fondamentali del modo in cui è stato progressivamente assicurato e garantito il diritto alla salute attraverso il servizio sanitario pubblico, evidenziandone i limiti attuali e le contraddizioni, ma

¹⁶⁸ Sia con riferimento all'edilizia ospedaliera e ai problemi di ricettività, sia con riguardo agli aspetti della ricerca scientifica in materia epidemiologica.

¹⁶⁹ La tutela della salute, ai sensi dell'art. 117, comma 3, della Costituzione, è materia di legislazione concorrente

¹⁷⁰ Lo Stato ha legislazione esclusiva nella "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

tentando di individuare anche le potenzialità, ancora inesprese, e le prospettive per la piena e completa attuazione del diritto alla salute.

L'assunzione del diritto alla salute nell'ambito dell'organizzazione pubblicistica, la sua caratterizzazione quale servizio pubblico l'evoluzione del Sistema sanitario nazionale (prima e regionale dopo) non possono che ruotare intorno alla previsione dell'articolo 32 della Costituzione, le cui implicazioni e le relazioni con gli altri principi costituzionali, innanzitutto quello di sussidiarietà, non sembrano neppure ancora del tutto nitidamente delineate.

Ciò del resto non deve destare meraviglia, dal momento che non solo mai nessuna disposizione legislativa si è preoccupata di dare una definizione precisa del concetto di salute¹⁷¹, per quanto lo stesso dettato costituzionale è rimasto privo di una precisa previsione normativa che ne desse concreta attuazione¹⁷².

¹⁷¹ Una definizione del diritto alla salute può rinvenirsi nel Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, ossia l'Agenzia specializzata creata nell'aprile del 1948 all'interno dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, in cui la salute è intesa come :*“uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale che non consiste soltanto in una assenza di malattia o di infermità”*.

¹⁷² Art. 32 Costituzione: *«La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»*

Sezione Prima

Principio di sussidiarietà e tutela del diritto alla salute: cenni storici e prospettive

I.1. La tutela del diritto alla salute nell'Italia pre – repubblicana.

I.1.1. Lo Statuto Albertino non conteneva alcuna disposizione sulla tutela del diritto alla salute: esso, infatti, nel regolamentare i diritti ed i doveri del cittadino, non disciplinava quelli economico-sociali, limitandosi a riconoscere il diritto alla vita e la libertà personale, ciò del resto in assoluta coerenza con le contemporanee costituzioni liberali (quella francese del 1818 e, soprattutto a quella belga del 1831)¹⁷³ La tutela della salute, intesa peraltro come assenza di malattie, era affidata al singolo individuo, secondo la concezione propria dello Stato liberale, mentre l'intervento dei pubblici poteri si esplicava sotto forma di beneficenza e nella prospettiva di tutelare l'interesse statale al mantenimento dell'ordine pubblico¹⁷⁴.

Significativa in tal senso è la legge 22 dicembre 1888, n. 5849 "Sulla tutela della igiene e della sanità pubblica"(meglio nota come "Codice sanitario"), la quale attribuiva tutte le competenze in materia di sanità pubblica al Ministero degli Interni, che le esercitava localmente a mezzo dei prefetti e dei sindaci¹⁷⁵, sostanzialmente collocandosi nella tradizione della prima legge sanitaria del Regno d'Italia, la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. C: in tali disposizioni non c'è alcuna attenzione al profilo tecnico/medico della tutela della salute, che al contrario viene vista e trattata soltanto dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa¹⁷⁶.

¹⁷³ P. Santinello, *Sanità Pubblica in Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997, vol. XIII, pp. 546-556 ss. sottolinea al riguardo che Cammeo identificava il «fine pubblico» della sanità nell'interesse dello Stato ad avere «una popolazione sana e numerosa, poiché la sanità e il numero della popolazione è un presupposto necessario della potenza dello Stato»

¹⁷⁴ Nel senso quindi della tutela dello Stato e della collettività dai rischi e dai pericoli delle malattie.

¹⁷⁵ La legge prevedeva l'istituzione del Consiglio Superiore della Sanità con funzioni tecnico – consultive; presso il Ministero dell'Interno veniva istituita la Direzione Generale della sanità pubblica e a livello periferico venivano creati gli uffici sanitari provinciali (medico e veterinario provinciale), dipendenti direttamente dai Prefetti, e analoghi uffici presso i comuni.

¹⁷⁶ Emblematico in tal senso è l'enunciato iniziale dell'art 1 comma 1 in cui viene affermato che "La tutela della sanità pubblica e' affidata al ministro dell'interno e sotto la sua dipendenza ai prefetti, ai sotto-prefetti ed ai sindaci", con cui si conferma l'idea del legislatore di creare una mera struttura di carattere amministrativo senza emergere alcuna

E' da ricordare poi la legge 17 luglio 1890, n. 6972, sulle "Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza" (meglio nota come Legge Crispi sulle IPAB), che nell'ottica della laicizzazione delle strutture di cura e ospedaliere, di carattere prevalentemente religioso e privato, le trasformava in istituzioni pubbliche, riconducendole sotto il controllo della amministrazione statale¹⁷⁷.

Tali provvedimenti legislativi si muovono nel solco dell'evoluzione dei modelli del diritto pubblico.

In particolare, emerge l'esigenza di una tutela effettività degli interessi dei soggetti deboli che non si accontentano più di mere affermazioni formali¹⁷⁸.

Il diritto pubblico inizia dunque a essere letto non più come strumento di mero strumento di riconoscimento formale di diritti per alcuni e di negazione per altri ma diviene un mezzo di garanzia per tali diritti, superando il principio di legalità formale per avvicinarsi sempre di più ad una legalità di tipo sostanziale¹⁷⁹.

I.1.2. Questo processo di evoluzione del diritto pubblico ha come conseguenza un primo intervento di carattere amministrativo che si occupa timidamente della materia sanitaria come oggetto di pubblica amministrazione: si tratta, in particolare, dell' istituzione nel 1904 della Direzione generale per la sanità nel Ministero dell'Interno, ma "il metodo e l'ispirazione degli interventi organizzativi e coordinativi realizzati dalla neoistituita direzione generale, furono improntati allo spirito pratico del servizio sociale che deve servire in concreto alla società, anziché all'inquadramento della sanità pubblica negli schemi tipici dell'attività amministrativa"¹⁸⁰. Resta ferma l'idea che qualsiasi misura che riguarda il pericolo di vita non può essere oggetto di organizzazione amministrativa, ma impone interventi immediati, agili e informali che solo l'organizzazione privata è in grado di assicurare.

reale intenzione di affrontare e di organizzare una struttura idonea alla tutela della salute in quanto tale.

¹⁷⁷ U. De Siervo, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Digesto pubbl.*, I, 1987, pp. 445 ss.

¹⁷⁸ Si veda sul punto A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, cit., pp. 7 ss.

¹⁷⁹ A. Lucarelli, *op. cit.*, 9.

¹⁸⁰ V. Caputi Jambrenghi, *I servizi sociali*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G.Scoca, Torino, 1993, pp.839 ss.

Tale modello organizzativo venne confermato anche con il R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, “Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie”, che, oltre a non modificare il tradizionale modello organizzativo di tipo gerarchico - in cui le competenze in materia di igiene rimanevano le più importanti¹⁸¹ e sempre sotto il controllo politico del Ministro dell’Interno - continuava ad affidare l’assistenza sanitaria all’azione prevalente di enti privati posti sotto la vigilanza dello Stato¹⁸², anche se si intravede una prima organizzazione embrionale del settore ospedaliero, facendosi espressamente menzione tra i compiti comunali della “vigilanza igienica” e della “profilassi delle malattie trasmissibili”¹⁸³.

1.2. Il diritto alla salute nella Costituzione nella prospettiva del principio di sussidiarietà

I.2.1. In un simile contesto ordinamentale, in cui la tutela del “bene salute” ha una dimensione privatistica ed è affidata ad un sistema prettamente mutualistico, collegato all’appartenenza del soggetto a determinate categorie professionali, in genere associazioni di professionisti che in cambio del pagamento di un canone periodico assicuravano il sostegno del lavoratore in caso di malattia, mentre il profilo pubblico della tutela del “bene salute” resta confinato essenzialmente nella prospettiva della difesa della collettività, mantenendo una connotazione di tutela di ordine pubblico, si staglia la previsione dell’art. 32 della Costituzione che stabilisce:

“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona”.

¹⁸¹Il testo unico disciplina in particolare: l’ordinamento e le attribuzioni dell’amministrazione; esercizio delle professioni, delle arti professionali, delle arti sanitarie e delle attività soggette a vigilanza sanitaria; l’igiene del suolo e dell’abitato; la tutela igienica dell’alimentazione, dell’acqua potabile e degli oggetti di uso personale; i provvedimenti contro le malattie infettive e sociali.

¹⁸² Sul punto si veda M. Labranca, *Sanità pubblica*, in *Nuovo Dig.*, XI, Torino, 1939, p. 1044.

¹⁸³ Così V. Caputi Jambreggi, *cit.*, pp. 892 ss.

I.2.2. E' necessario analizzare approfonditamente tali previsioni per comprendere il senso e la portata "rivoluzionarie" della tutela del diritto alla salute.

In primo luogo non può non tenersi conto del vivace dibattito svoltosi durante l'Assemblea Costituente che ben mette in luce la centralità e la peculiarità dell'argomento. Nella sua prima elaborazione il testo di legge riguardante il diritto alla salute era stato così pensato¹⁸⁴: 1. — «Lo Stato tutela la salute come un diritto essenziale e fondamentale di ogni essere umano e come interesse della collettività; promuove lo sviluppo della coscienza igienica; assicura le condizioni necessarie perché l'assistenza sanitaria si effettui in modo adeguato per tutti». 2. — «Lo Stato assolve tali compiti per mezzo dei sanitari, mediante appositi istituti di previdenza facenti capo ad un unico organo centrale tecnico-sanitario, distinto dagli altri organi del potere esecutivo». 3. — «Nessun cittadino può essere sottoposto a pratiche sanitarie non autorizzate dalla legge; la quale non potrà mai consentire che le pratiche sanitarie siano esplicate oltre i limiti imposti dal rispetto della personalità umana».

Nelle sedute successive vengono proposti una serie di emendamenti al testo: di un certo rilievo è quello proposto dall'On. Moro che recita «Nessun trattamento sanitario può essere obbligatorio se non per legge. Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana»¹⁸⁵.

In particolare, si può ricordare che l'On. Moro sottolinea che la tutela del diritto alla salute riguarda un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla Costituzione, quello cioè di affermare che non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie, se non vi sia una disposizione legislativa, impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dalle autorità senza l'intervento della legge.

Inoltre, è precisato che non soltanto ci si riferisce alla legge per determinare che i cittadini non possono essere assoggettati altrimenti a pratiche sanitarie, ma si pone anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità

¹⁸⁴ Testo proposto dall' On. Ambrosini nella seduta del 25 gennaio 1947.

¹⁸⁵ Emendamento proposto dall'On. Moro nella seduta del 28 gennaio 1947.

umana. Si tratta, prevalentemente, del problema della sterilizzazione e di altri problemi accessori.

Già da una prima lettura della norma emerge innanzitutto una dimensione poliedrica del diritto alla salute¹⁸⁶.

Quest'ultima viene considerata e concepita come un bene unico e unitario, con una duplice valenza perché oggetto dell'interesse sia dell'individuo che della collettività; alla duplicità di profili, individuale e collettivo, in cui si articola il diritto alla salute corrisponde necessariamente una duplicità di strumenti di tutela giuridica, ma ciò, proprio nella prospettiva della unicità e unitarietà del bene salute pone le basi per (e impone a livello ordinamentale) il superamento di una serie di "antinomie" o contrapposizioni tipiche della cultura giuridica liberale¹⁸⁷.

La norma infatti, piuttosto che dar vita ad una mera affermazione di principi statici, di natura meramente organizzativi, individua nella sua stringatezza e sinteticità una precisa strategia di intervento sanitario pubblico, delineando la priorità degli interventi dello Stato nella prospettiva di una continua attività di adattamento delle forme e delle modalità di tutela della salute alle concrete esigenze che si manifestano nel divenire della vita di relazione: essa pertanto non costituisce e non può essere interpretata come una mera enunciazione di principio¹⁸⁸.

Emblematica in tale ottica è la qualificazione del diritto alla salute come fondamentale¹⁸⁹, sancita solennemente proprio dal primo comma dell'art 32, che recita «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti»

Si tratta di una scelta particolarmente significativa da parte del costituente, che evidenzia inequivocabilmente la centralità del bene tutelato nella visione di uno Stato democratico italiano e di ispirazione sociale: la qualificazione del diritto alla salute diritto fondamentale evidenzia la doverosità dell'azione statale rivolta alla

¹⁸⁶ Sulla bivalenza del diritto alla salute si legga F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, pp. 41 ss.

¹⁸⁷ A. Simoncini, E. Longo, *Commento Art 32*, in *Commentario Costituzione* (a cura di), R. Bifulco, G. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006.

¹⁸⁸ G. De Cesare, *Sanità* (dir. Amm.), in *Enciclopedia del diritto*, 1989.

¹⁸⁹ C. Bottari, *Il diritto alla tutela della salute*, in (a cura di) R. Nania-P. Ridola, *I diritti costituzionali III*, Torino 2006, nonché M. Luciani, *Diritto alla salute- Dir. Cost.*, in *Enc. Giuridica*, XXVII, Roma, 1991, p. 8.

sua tutela. La prospettiva costituzionale si muove dunque nel senso che è compito dello Stato realizzare un sistema in grado di assicurarne nel modo migliore possibile la tutela del bene salute in una prospettiva unitaria, ispirata alla logica della solidarietà e dell'uguaglianza: come sottolineato dalla dottrina il diritto alla salute rientra tra i diritti fondamentali, che sono inviolabili, essenziali, in quanto connaturati in via immediata e diretta alla persona, nella sua fisica consistenza.¹⁹⁰

La norma del comma 1 è norma precettiva, di immediata e doverosa applicabilità, volta alla tutela della salute sotto una duplice prospettiva di diritto individuale e di interesse collettivo¹⁹¹.

Da un lato si tutela la salute come bene individuale e supremo, nei confronti di tutti, in modo che né i privati, né i pubblici poteri, possano pregiudicarla arrecare danno pregiudicandola.

Si tratta di un diritto di libertà costituzionalmente garantito che ha ad oggetto la persona umana; la sua tutela è piena e incondizionata e si sostanzia nel diritto non solo a mantenere e preservare un benessere psico-fisico, ma anche a vivere in un ambiente salubre e nella possibilità di ottenere prestazioni sanitarie che curano eventuali malattie.

Inoltre, laddove si afferma che la Repubblica “ garantisce cure gratuite agli indigenti”, emerge con chiarezza l'essenza del diritto alla salute come diritto alla cura, come strumento di attuazione – nello specifico settore sanitario - del principio di uguaglianza: si tratta, infatti, del dovere dello Stato di garantire a tutti la tutela del diritto e di intervenire in quelle situazioni in cui il diritto alla cura rischia di essere pregiudicato per le scarse possibilità economiche del cittadino.

Allo stesso tempo, sia pur nella visione individuale, è evidenziata anche la portata collettiva del diritto alla salute, la quale non è limitata alla prospettiva della cura

¹⁹⁰ Sul punto si veda A. Catelani, *La sanità pubblica*, Padova, 2010, p. 9

¹⁹¹ Sul punto, A. Giannini, *La tutela della salute come principio costituzionale*, in *Inadel*, 1960, p. 824, sostiene che “Nondimeno il diritto alla tutela della salute va inteso in senso relativo, come sforzo, cioè, di salvaguardare non solo, ma anche di migliorare, le condizioni di salute dell'individuo, quali che siano naturalmente, onde il suo concetto si slarga verso l'assistenza dei minorati fisici o psichici indigenti, che rientra pertanto nel principio costituzionale enunciato nell'art. 32. Cioè la tutela della salute concerne la salute quale è eguale può divenire per effetto della tutela garantita dallo Stato”.

(dalla malattia), ma deve avere una portata di più ampio respiro: il diritto alla salute connota l'individuo all'interno della società.

Il diritto alla salute è infatti anche un diritto della collettività, così che la cura della salute (dell'individuo) è uno degli obiettivi a cui deve tendere l'azione dei pubblici poteri e costituisce obiettivo da raggiungere che incide sulla posizione giuridica di tutti i consociati¹⁹².

Il secondo comma dell'art 32 esprime la dimensione collettiva del diritto alla salute che implica il "dovere dell'individuo di non ledere, né mettere in pericolo con il proprio comportamento la salute altrui, secondo il principio per cui il proprio diritto trova limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del diritto degli altri"¹⁹³.

La norma in primo luogo mira contemperare esigenze opposte tra tutela individuale e collettiva del diritto stesso.

Infatti con la previsione secondo cui "Nessuno può essere sottoposto a trattamento obbligatorio se non per legge" si intende evidenziare e privilegiare la dimensione individuale della tutela della salute, nella sua connotazione di diritto di libertà, stabilendo che l'imposizione di un trattamento sanitario può avvenire solo per espressa disposizione di legge; ma allo stesso tempo, proprio costituendo il trattamento obbligatorio disposto dalla legge il limite di tali libertà, emerge l'aspetto collettivo e sociale della tutela della salute, perché in tal modo si vuole preservare il contesto sociale in cui il "malato" vive¹⁹⁴.

Il diritto alla salute esprime una esigenza di protezione che non si esaurisce nell'ambito del singolo individuo, ma che si espande anche alla dimensione della vita di relazione sociale, non solo e non tanto come protezione della comunità, ma nel senso che la protezione individuale può attuarsi, concretamente ed efficacemente, attraverso la protezione della società¹⁹⁵.

¹⁹² V. Durante, *La salute come diritto della persona*, in (a cura di) S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 579; B. Paccagnella, *L'evoluzione del concetto di salute*, in *Pace e diritti umani*, 3, 2005, p. 21.

¹⁹³ Si veda in tal senso Corte Costituzionale n. 218 del 1994.

¹⁹⁴ C. Lega, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952, p. 16

¹⁹⁵ B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1, 1983, p. 23.

In questa accezione il diritto alla salute diventa strumento necessario per stabilire e sancire una civile convivenza tra gli individui di una determinata collettività¹⁹⁶.

Letto in tale prospettiva, il diritto alla salute si pone, anche, come estrinsecazione del principio di solidarietà sancito dall'art 2 della Costituzione, nel senso che per il raggiungimento degli obiettivi di benessere collettivo, i quali costituiscono un compito essenziale dei poteri pubblici in uno stato democratico a ispirazione sociale, lo Stato può imporre ai cittadini, nel rispetto dei principi di adeguatezza, necessità e proporzionalità, le misure idonee al raggiungimento di interessi di carattere collettivo.

Così delineata la portata innovativa della previsione costituzionale diritto alla salute, ancorato nella "rete" del principio di uguaglianza e di quello di solidarietà, la prospettiva pubblicistica della sua tutela deve ancora misurarsi con altri principi di rango costituzionale, quale quello dell'iniziativa economica privata e quello della sussidiarietà, dovendo cioè verificarsi se la previsione costituzionale privilegia un servizio sanitario esclusivamente pubblico, in cui gli operatori (economici) privati non possono accedere oppure se può esistere e coesistere una sanità privata, servente e/o complementare di quella pubblica; ed ancora dovendo saggiare in concreto se un servizio sanitario pubblico efficiente debba essere accentrato, con mere articolazioni periferiche, ovvero se l'efficacia del servizio presupponga delle scelte (politiche) territoriali (e pertanto necessariamente diverse per ogni territorio, così potendo assicurarsi l'effettiva uguaglianza dei cittadini.

Di tali questioni si tratterà nei capitoli successivi.

Resta invece da affrontare la tematica della compatibilità della tutela del diritto alla salute, inteso come servizio pubblico universale, da assicurare tendenzialmente a tutti gli individui nell'ottica dei principi di uguaglianza e solidarietà, con la

¹⁹⁶ Il diritto alla salute si atteggia così anche come estrinsecazione del diritto di libertà e di conseguenza non è possibile imporre un trattamento sanitario al soggetto che non vuole essere sottoposto allo stesso, salvo il caso in cui tale trattamento sia imposto da una disposizione legislativa; significativo in tale prospettiva è anche il doveroso rispetto della dignità della persona e della libertà, che è massima, fino al punto in cui non si mettano a rischio anche altre persone: in tali caso la legge può limitare la libertà della persona nella scelta del curarsi o meno, in cui sono predominanti interessi collettivi che prevalgono su quello del singolo.

limitatezza delle risorse finanziarie dello Stato ed in particolare con il problema dalla cosiddetta crisi fiscale dello «Stato sociale di diritto» e con la sua «politica» incapacità di poter sempre fornire una positiva risposta alle aspettative di prestazione dei cittadini, soprattutto allorché esse tendano a presentarsi non solo come non rinunciabili, ma anche come illimitate¹⁹⁷.

In realtà, la garanzia e l'attuazione concreta delle misure di tutela del diritto alla salute - anche a prescindere dalle formule più o meno impegnative utilizzate dalle norme costituzionali in materia di diritti sociali - è necessariamente e strettamente legata ai vincoli di finanza pubblica: nulla si oppone, in linea teorica, a che lo Stato possa decidere di finanziare interamente ogni e qualsiasi misura finalizzata alla tutela del diritto alla salute, ma non vi è dubbio che in concreto è il legislatore, nell'ambito della funzione di indirizzo politico (in particolare attraverso la funzione di programmazione annuale della spesa sostenibile) a delineare, e quindi a strutturare, il quadro positivo nel quale dovrà/potrà muoversi l'attività amministrativa di prestazione dei servizi sanitari al fine di garantire una tutela pienamente rispondente alle esigenze dei cittadini¹⁹⁸.

In questo senso il diritto alla salute - e la sua tutela - si pone - quasi contraddittoriamente con il quadro costituzionale di riferimento - in una logica di diritto finanziariamente condizionato¹⁹⁹.

Del resto, rifuggendo da ogni impostazione esclusivamente ideologica, può pragmaticamente osservarsi che il problema tratteggiato è certamente reale, in quanto la crisi fiscale dello « Stato sociale di diritto», nel quale si verifica la paradossale coesistenza di illimitate aspettative di prestazione da parte dei cittadini-utenti nei confronti degli apparati amministrativi in uno con la maggiore rigidità dei vincoli di finanza pubblica, produce un perverso movimento del pendolo, con oscillazioni e passaggi da progetti e politiche socialmente avanzati e qualificati a moduli positivi nei quali, al contrario, si ipotizza una sempre più marcata

¹⁹⁷ Ferrara R., *Salute (diritto alla)* in *Digesto pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513 ss.

¹⁹⁸ G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1981, pp. 771 ss

¹⁹⁹ Sul diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato si veda per tutti F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p.30, che per primo ha coniato tale espressione.

«privatizzazione» e soprattutto una (paradossale) contrazione dei servizi pubblici (e viceversa).

Che ciò possa tradursi - e anzi nei fatti si risolve - nella sempre maggior richiesta di contribuzione dei cittadini al finanziamento del servizio sanitario nazionale, sotto la forma del pagamento di tickets, ossia di somme a titolo di tassa, allo scopo di riequilibrare i conti pubblici, è infatti ben più che un mero accidente della sorte, che un semplice «espedito» di politica finanziaria, in quanto si tratta invece del segno plasticamente tangibile con il quale si delinea un'autentica e strutturale trasformazione del sistema: ossia il suo evolvere, in modo irreversibile, da forme per così dire «universalistiche», nelle quali i diritti sociali sono implicati con quelli di cittadinanza, a modelli connotati da una più marcata atomizzazione delle posizioni dei singoli e da consapevoli (e forse non controllabili) suggestioni e pulsioni privatistiche²⁰⁰.

Insomma deve ammettersi che per il riconoscimento e l'effettività della tutela dei diritti sociali saranno i flussi finanziari a rendere possibile politiche idonee ad una crescente aspettativa di prestazione oppure al contrario imporre scelte selettive di particolare rigore²⁰¹.

1.3. La prospettiva sovranazionale ed europea della tutela del diritto alla salute

I.3.1. Nella prospettiva sovranazionale di tutela del diritto alla salute è innanzitutto da segnalare la Dichiarazione universale di diritti umani, approvata il 10 dicembre 1948, secondo cui “Ogni persona ha diritto ad un adeguato livello di vita che assicuri a lui e alla sua famiglia la salute e il benessere, il cibo, il vestiario, l'abitazione, l'assistenza medica e i servizi sociali necessari e il diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, disabilità, vedovanza e vecchiaia”.

Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità poi “la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplicemente un'assenza di malattia o di infermità”.

²⁰⁰ In tal modo si esprime R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, cit, p. 520, sulla necessità di un contributo di tutti i cittadini alla spesa necessaria per sostenere il Servizio Sanitario.

²⁰¹ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005, pp. 100 ss.

Il diritto alla salute trova affermazione anche nell'art 35 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea²⁰².

La norma nella prima parte riconosce ad ogni individuo il diritto di tutelare la salute e di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche nei modi e nelle forme stabilite dalle legislazioni nazionali.

Si configurano in tal modo un diritto alla prevenzione ed un diritto alla cura, diritti a prestazioni, la cui titolarità è riconosciuta ad ogni individuo, qualificabili quindi come diritti soggettivi assoluti pienamente operanti nei confronti della pubblica amministrazione e dei privati, e tutelabile dinanzi agli organi giurisdizionali²⁰³.

Anche in ambito sovranazionale ed europea la tutela di tale diritto risulta essere un compito fondamentale che deve assolto dallo Stato, fermo che l'azione comunitaria deve rispettare le competenze degli stati membri in tema di organizzazione e fornitura del di servizi sanitari ed assistenza medica.

Le normative nazionali devono quindi ispirarsi a tali obiettivi, individuando meccanismi in grado di correggere eventuali cattivi funzionamento del servizio al fine di eliminare le disparità economiche in relazione alla tutela del diritto alla salute²⁰⁴.

Solo in un sistema in cui lo Stato sia in grado di intervenire per rimuovere eventuali ostacoli si può dire che venga data una tutela piena ad un diritto fondamentale; la mancanza di una tale previsione renderebbe tutelato tale diritto soltanto in maniera formale e non sostanziale, tradendo la ratio sociale sottesa alla previsione normativa.

Tale lettura è suffragata dalla previsione della seconda parte dell'art 35 che è riconducibile alla tipica dimensione sociale del diritto.

²⁰² Articolo 35 - Protezione della salute Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana

²⁰³ Per un approfondimento del diritto alla salute nel diritto europeo si veda A. Lucarelli, *Art 35*, in R. Bifulco, M. Cartabria, A. Celotto, (a cura di) *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2011, ora in *Scritti di Diritto Pubblico Europeo dell'Economia*, Napoli, 2016, p. 75.

²⁰⁴ A. Lucarelli, *op. cit.*, p. 76.

La norma ha come protagonista principale l'Unione Europea che deve attuare politiche in grado di rafforzare la sanità pubblica, perché solo in tale modo si può garantire una tutela sostanziale del diritto alla salute²⁰⁵.

Anche in ambito europeo è sottolineata la necessità di una gestione centralizzata del sistema sanitario, attraverso la previsione di una sanità pubblica in grado di individuare e garantire un livello elevato di tutela.

La politica sanitaria dell'Unione dovrà quindi definita a livello centrale, mentre la sua attuazione è affidata alle legislazione dei singoli stati membri, ispirata al principio di sussidiarietà²⁰⁶: uguaglianza, solidarietà e sussidiarietà costituiscono gli assi portanti della sanità anche nella prospettiva comunitaria, senza nessuna pregiudiziale preclusione per un'apertura del sistema anche agli operatori (sanitari) privati, nella misura in cui ciò sia strumentale al raggiungimento dei delineati principi portanti.

Come è evidente peraltro soltanto un'attività ben definita a livello dell'Unione consente ai singoli Stati di rispettare le funzioni ad esse attribuite attraverso la predisposizione di specifiche normative nazionali; un siffatto sistema riesce ad essere efficiente nella misura in cui prevede e contiene al suo interno adeguati strumenti (tecnico – operativi) in grado di tutelare effettivamente il diritto alla salute anche in caso di “lacune” attuative dovute al singolo stato: sono concepiti, infatti, meccanismi sostitutivi che permettono l'intervento dell'Unione a dare concreta attuazione del diritto alla salute, quando quest'ultimo rischia di essere pregiudicato dal cattivo funzionamento del sistema nazionale.

In tal meccanismo si ritrovano alcuni principi fondanti dell'Unione Europea, cioè la leale collaborazione, la proporzionalità e la sussidiarietà: leale collaborazione, nella misura in cui tutta la gestione del diritto alla salute si lega costantemente alla governance congiunta tra Unione e Stati membri, in cui il primo individua linea guida e standard di tutela che i secondi applicano; proporzionalità e sussidiarietà che riguardano invece l'idoneità e la capacità dello stato membro di attuare la

²⁰⁵ S. Poa, “*Il fondamento europeo del diritto alla salute. Competenze istituzionali e profili di tutela*”, Milano, 1998, p.74.

²⁰⁶ Per una approfondita analisi del principio di sussidiarietà in chiave si rinvia tra i tanti G. Strozzi, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, cit., pp. 59 ss; C. Gattabriga, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. Unione Eur.*, 2-3,1998, pp. 361 ss.

normativa comunitaria nella maniera più idonea a raggiungere gli obiettivi fissati e la possibilità di intervento dell'unione in caso di inerzia o di cattiva gestione²⁰⁷.

Sezione Seconda

L'organizzazione della tutela della salute

1. L'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale: i prodromi, la legge 12 febbraio 1968, n. 132; il decreto legge 6 luglio 1974, n. 264 convertito con modificazioni dalla legge 17 agosto 1974, n. 386; la legge 29 giugno 1977, n. 349.

L'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, quale strumento attuativo delle previsioni costituzionali in tema di tutela del diritto alla salute, finalizzato ad una politica sanitaria unitaria su tutto il territorio dello Stato idonea (almeno tendenzialmente) a tutti i cittadini la possibilità di usufruire di un adeguato livello di benessere sanitario, nella duplice dimensione in precedenza indicata, individuale e collettiva, è frutto di un lungo percorso di affinamento organizzativo e di maturazione politica²⁰⁸.

La prima tappa può essere rintracciata nella legge 12 febbraio 1968, n. 132 (c.d. legge Mariotti), recante norme in materia di "Enti ospedalieri e assistenza ospedaliera"²⁰⁹.

In sintesi essa: istituiva gli «enti ospedalieri», quali enti di diritto pubblico cui spettava di provvedere al ricovero ed alla cura degli infermi; rendeva l'assistenza ospedaliera obbligatoria e gratuita per chiunque ne avesse bisogno; introduceva un embrionale sistema di programmazione, articolato in una legge di programma, in un piano nazionale ed in un piano regionale; attribuiva agli enti ospedalieri, oltre alle funzioni curative in senso stretto, anche compiti di «difesa attiva della salute in coordinamento con le attività delle altre istituzioni sanitarie locali», di «preparazione professionale del personale sanitario e tecnico» e di promozione

²⁰⁷ Si veda sul punto C. Pinelli, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. Unione Eur*, 1999, pp. 132 ss.

²⁰⁸ Per un approfondimento sull'evoluzione del Sistema sanitario nazionale si rimanda a A. Mattioni, *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. Balduzzi (a cura di) *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009, pp. 263 ss.

²⁰⁹ Per una precisa ricostruzione dal punto di vista storico-normativo si veda G. Amato, *Regioni ed assistenza sanitaria: aspetti costituzionali*, in *Probl. Sic. Soc.*, 1969.

dell'«educazione igienico-sanitaria del malato e del suo nucleo familiare» (art. 2, (gradi) comma 2).

Veniva in sostanza – almeno relativamente all'ambito ospedaliero – affermato e attuato il principio secondo cui il cittadino è titolare del diritto alla tutela della salute e soprattutto si rendeva pubblica l'assistenza ospedaliera, essendo pubbliche le strutture che l'avrebbero dovuto gestirla e fornirla uniformemente su tutto il territorio nazionale (art. 1, 1°(gradi) co.)^{210 211}.

La seconda tappa rilevante del progressivo cammino²¹² verso l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale è costituita dal decreto legge 8 luglio 1974, n. 264,

²¹⁰ Per gli aspetti critici di tale riforma P. Santinello, *Sanità Pubblica*, cit. pp. 546-556 ss, secondo cui in ogni caso “sopravviveva...un sistema di strutture e di prestazioni molto complesso e frammentario, che sostanzialmente impediva alle Regioni di svolgere un effettivo ruolo di indirizzo”, così come anche l'idea programmatica all'atto della sua concreta realizzazione si mostrò carente e lacunoso, tanto più che, malgrado fosse previsto “l'inserimento degli enti ospedalieri nella programmazione regionale, ma quest'ultima appariva fortemente limitata dalle dettagliate disposizioni contenute nella legge statale di programma ed alla fine il tentativo di introdurre un sistema pianificato di assistenza ospedaliera non ebbe seguito”.

²¹¹ V. Caputi Jambregli, cit, sottolinea innanzitutto che “Sotto l'erronea suggestione della competenza riservata alla Regione dall'art. 117 Cost. per l'assistenza sanitaria, l'istituzione degli enti ospedalieri trovò attuazione nello stesso segno e con le medesime ispirazioni politiche che stavano conducendo in quel torno di tempo all'istituzione delle Regioni a statuto ordinario, cioè con la più stretta osservanza delle metodiche e delle stesse proporzioni caratterizzanti la classe politica italiana dell'epoca. I Consigli d'amministrazione degli enti ospedalieri, infatti, ospitarono, oltre ai rappresentanti dei c.d. interessi originari, per solito famiglie benefattrici che conservavano il diritto di veder attuata la volontà dei testatori o donanti in direzione di un'attività benefica, i rappresentanti dei partiti di Governo, dosati secondo il principio costituzionale di proporzionalità...Il risultato della c.d. politicizzazione della sanità è purtroppo rappresentato dalla impetuosa lievitazione della relativa spesa pubblica e del disservizio”. L'autore non manca di evidenziare anche che le strutture dell'assistenza sanitaria non era costituite esclusivamente dagli enti ospedalieri, ma si articolavano in una pluralità di enti associativi di diritto pubblico (c.d. sistema mutualistico ed assicurativo), cui erano iscritti le categorie dei dipendenti pubblici (enpas, enpadep, inadel, etc.) e privati (inps, inppdai, ecc) e dei lavoratori autonomi (enasarco, casse mutue artigiani, etc.), tutti enti che convenzionavano con gli enti ospedalieri i propri assistiti: tuttavia “mentre le entrate delle mutue restavano governate da un calmere imposto dall'opportunità politica di non gravare eccessivamente sulle retribuzioni, il costo delle prestazioni ospedaliere...aumentava, imponendo una revisione delle rette ospedaliere. Gli enti ospedalieri...restavano perciò creditori di somme sempre più ingenti ripianare dal Governo...”.

²¹² In realtà tra il 1968 ed il 1974 vi sono altri provvedimenti normativi che interessano la materia dell'assistenza sanitaria, ma piuttosto che riguardare direttamente l'attuazione del principio costituzionale dell'art. 32 Cost., essi concernono l'organizzazione amministrativa regionale e si muovono nel solco dell'attuazione del regionalismo. Si tratta infatti del D.P.R. 14 gennaio 1972, n. 4 (“Trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera e dei relativi personale e

convertito con modificazioni dalla legge 17 agosto 1974, n. 368, recante “Norme sull’estinzione dei debiti degli enti mutualistici nei confronti degli enti ospedalieri, il finanziamento della spesa sanitaria e l’avvio della riforma sanitaria”.

Si tratta di una normativa di ampio respiro, dichiaratamente strumentale alla (e preparatoria della) riforma sanitaria che si articola su di una pluralità di piani, tutti coordinati a riunire sotto la funzione pubblica il servizio sanitario inteso in senso ampio e coerente con lo spirito costituzionale.

Infatti si prevedeva:

-l’estinzione dei debiti degli enti mutualistici nei confronti degli enti ospedalieri e degli altri istituti di ricovero pubblico e privato - nei limiti delle disponibilità finanziarie anche dei Comuni (art. 1 ss.);

- il divieto temporaneo, fino all’entrata in vigore della nuova sanitaria: a) per gli enti ospedalieri di istituire nuove divisioni, sezioni o servizi (tranne il ricorrere di ipotesi eccezionali indicate), di aumentare gli organici e di procedere a nuove assunzioni, salva la sostituzione del personale cessato dal servizio o collocato in aspettativa senza assegni o in congedo per gravidanza e puerperio e salvo il caso della istituzione di nuove divisioni, sezioni e servizi per riconosciute inderogabili esigenze (art. 6); b) per gli enti e le casse di assistenza malattia nonché per gli enti previdenziali per le gestioni di malattia, di assumere nuovo personale, fatto salvo l’espletamento dei concorsi in atto e comunque già indetti, nonché il divieto di deliberare l’istituzione di nuove strutture o servizi sanitari, salvo dimostrate e improrogabili esigenze, previa autorizzazione del Ministro per la sanità, di concerto con i Ministri per il tesoro, per il lavoro e la previdenza sociale e con la regione interessata (art. 8);

- il trasferimento dei compiti in materia di assistenza ospedaliera degli enti anche previdenziali che gestiscono forme di assistenza contro le malattie, nonché delle casse mutue anche aziendali, comunque denominati e strutturali, alle regioni a statuto ordinario e speciale (art. 12, comma 1)²¹³;

uffici”) e del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 (“Attuazione della delega di cui all’art. della legge 22 luglio 1975, n. 382” [“Norme sull’ordinamento regionale e sulla organizzazione della pubblica amministrazione”]).

²¹³ Le Regioni erogano le relative prestazioni in forma diretta e senza limiti di durata agli iscritti e rispettivi familiari che ne abbiano titolo avvalendosi degli enti ospedalieri nonché,

- l'immediato scioglimento dei consigli di amministrazione dell'INAM, dell'ENPAS, dell'INADEL, dell'ENPADEP, dell'ENPALS e la loro successiva e progressiva estinzione, unitamente a tutte le gestioni di assistenza malattia da sopprimere, le cui funzioni (e relative strutture) sono ripartite, secondo le rispettive competenze, tra lo Stato, le regioni e gli altri enti territoriali per l'attuazione del servizio sanitario nazionale (art. 12 bis);

- la possibilità per le regioni di stipulare convenzioni con le cliniche universitarie, gli istituti di ricovero e cura riconosciuti a carattere scientifico, gli istituti ed enti di cui all'art. 1, penultimo comma, della legge 12 febbraio 1968, n. 132, nonché quelli di cui alla legge 26 novembre 1973, n. 817 e, qualora sia necessario per esigenze del servizio ospedaliero, con case di cura private in possesso dei requisiti previsti dalla legge 12 febbraio 1968, n. 132.

2. segue: la legge 22 dicembre 1978, n. 833. I principi informativi e gli obiettivi.

II.2.1. Su tale substrato normativo e fattuale si innesta la legge 22 dicembre 1978, n. 833, "Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale".

a seguito di convenzioni, stipulate a norma del successivo articolo 18. Le Regioni sono tenute ad erogare, sempre sino alla data di entrata in vigore della legge di riforma sanitaria, anche l'assistenza ospedaliera in forma indiretta nei confronti dei soggetti assistibili che ne abbiano diritto in base ai vigenti ordinamenti dei rispettivi enti o casse mutue di malattia (art. 12, comma 2). E' poi stabilito che, qualora gli iscritti e i rispettivi familiari che ne abbiano titolo non si avvalgano dell'assistenza ospedaliera gestita dalle regioni, ma si ricoverino in istituti di cura non convenzionati o in classi diverse da quelle convenzionate, le regioni rimborsano una quota non inferiore alla spesa media sostenuta dalla regione per analoghe prestazioni nelle case di cura private convenzionate ubicate nella regione.

Sebbene la legge non contenga la definizione del Servizio Sanitario Nazionale²¹⁴ i principi (art. 1²¹⁵) e gli obiettivi (art 2²¹⁶) delineano agevolmente - ed altrettanto

²¹⁴ L'unica disposizione in qualche misura definitoria è contenuta nel terzo comma dell'articolo 1, secondo cui *“Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini”*.

²¹⁵ Art. 1 *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale.*

La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana.

Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini.

Nel servizio sanitario nazionale è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività.

Le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti dalla presente legge”.

²¹⁶ Art. 2 *“Il conseguimento delle finalità di cui al precedente articolo è assicurato mediante:*

- 1) la formazione di una moderna coscienza sanitaria sulla base di un'adeguata educazione sanitaria del cittadino e delle comunità;
- 2) la prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambiente di vita e di lavoro;
- 3) la diagnosi e la cura degli eventi morbosi quali che ne siano le cause, la fenomenologia e la durata;
- 4) la riabilitazione degli stati di invalidità e di inabilità somatica e psichica;
- 5) la promozione e la salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e di lavoro;
- 6) l'igiene degli alimenti, delle bevande, dei prodotti e avanzi di origine animale per le implicazioni che attengono alla salute dell'uomo, nonché la prevenzione e la difesa sanitaria degli allevamenti animali ed il controllo della loro alimentazione integrata e medicata;
- 7) una disciplina della sperimentazione, produzione, immissione in commercio e distribuzione dei farmaci e dell'informazione scientifica sugli stessi diretta ad assicurare l'efficacia terapeutica, la non nocività e la economicità del prodotto;
- 8) la formazione professionale e permanente nonché l'aggiornamento scientifico culturale del personale del servizio sanitario nazionale.

Il servizio sanitario nazionale nell'ambito delle sue competenze persegue:

- a) il superamento degli squilibri territoriali nelle condizioni socio-sanitarie del paese;
- b) la sicurezza del lavoro, con la partecipazione dei lavoratori e delle loro organizzazioni, per prevenire ed eliminare condizioni pregiudizievoli alla salute e per garantire nelle fabbriche e negli altri luoghi di lavoro gli strumenti ed i servizi necessari;
- c) le scelte responsabili e consapevoli di procreazione e la tutela della maternità e dell'infanzia, per assicurare la riduzione dei fattori di rischio connessi con la gravidanza e con il parto, le migliori condizioni di salute per la madre e la riduzione del tasso di patologia e di mortalità perinatale ed infantile;

chiaramente - l'intento del legislatore di dare piena attuazione all'art. 32 della Costituzione, concependo in realtà un servizio pubblico di carattere universale, organicamente strutturato a tutela della salute (complessivamente intesa²¹⁷), ispirato ai principi di libertà, uguaglianza, solidarietà e sussidiarietà: esso infatti si dirige verso tutta la popolazione senza distinzione di condizioni o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini.

Sintomatico è in tal senso l'incipit dell'art. 1, il cui comma 1, stabilendo che "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale", attribuisce al diritto alla salute il carattere di diritto "fondamentale" in accordo col dettato costituzionale.

Dalla lettura combinata della norma costituzionale (art. 32) e di quella di principio della legge di riforma sanitaria (art. 1, comma 1) emerge senza subbio che il diritto alla salute è considerato un diritto primario e fondamentale dell'individuo che lo Stato ha l'obbligo (giuridico e non solo il dover morale) di assicurare (art. 1, comma 3).

Il diritto alla salute non è soltanto cura dalla e della malattia: come accennato la salute è concepita con riferimento alla promozione, il mantenimento ed il recupero della salute fisica e psichica.

Si coniuga in questo modo sia la previsione costituzionale (art. 32, comma 1) che impone allo Stato le cure gratuite per gli indigenti, sia quella (art. 32, comma 2) che l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori se non nei casi previsti dalla legge, subordinandoli in quest'ultima ipotesi in ogni caso al rispetto della persona umana.

d) la promozione della salute nell'età evolutiva, garantendo l'attuazione dei servizi medico-scolastici negli istituti di istruzione pubblica e privata di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, e favorendo con ogni mezzo l'integrazione dei soggetti handicappati;

e) la tutela sanitaria delle attività sportive;

f) la tutela della salute degli anziani, anche al fine di prevenire e di rimuovere le condizioni che possono concorrere alla loro emarginazione;

g) la tutela della salute mentale, privilegiando il momento preventivo e inserendo i servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione, pur nella specificità delle misure terapeutiche, e da favorire il recupero ed il reinserimento sociale dei disturbati psichici;

h) la identificazione e la eliminazione delle cause degli inquinamenti dell'atmosfera, delle acque e del suolo., lett. quest'ultima abrogata dall'art. 1, comma 1, del D.P.R. 5 giugno 1993, n. 177, con la decorrenza stabilita dal comma 2].

²¹⁷ Nel senso cioè di promozione, mantenimento e recupero della salute.

Emerge in definitiva la centralità del diritto alla salute, da cui consegue che proprio in attuazione dei principi di uguaglianza e solidarietà deve essere consentito a tutti il diritto ad essere tutelati e curati.

E' da sottolineare che il legislatore non si limita alla mera astratta attuazione del principio costituzionale, ma si preoccupa anche di tutelarlo e garantirlo nella sua effettività e concretezza, in una dimensione per così dire dinamica, individuandone cioè le modalità, nel senso che la tutela del diritto alla salute deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, sempre in ossequio alla corrispondente previsione costituzionale²¹⁸.

L'esame dei principi informatori e degli obiettivi del Servizio Sanitario Nazionale manifesta chiaramente la duplice prospettiva che ne costituisce la ratio: da un lato il diritto alla salute, concepito come diritto individuale e fondamentale; dall'altro lo stesso diritto alla salute inteso come diritto della collettività, in funzione e a tutela del quale la dimensione individuale può essere in qualche modo ed eccezionalmente limitato²¹⁹.

Libertà individuale e solidarietà convivono e si completano vicendevolmente anche nel diritto come in ogni altro diritto fondamentale e di libertà: il limite alla libertà, anche e soprattutto in funzione della solidarietà, può essere imposto solo dalla legge, espressione massima della sovranità popolare.

In questa duplice prospettiva, di diritto individuale e al tempo stesso collettivo/sociale, di necessaria complementarità tra libertà e solidarietà, devono essere lette anche le disposizioni che individuano i compiti - e poi anche la dimensione più strettamente organizzativa - del Servizio Sanitario Nazionale.

L'elencazione - contenuta nel primo comma dell'articolo 2 - dei compiti del servizio sanitario è improntata infatti costantemente alla delineata logica dualistica del diritto alla salute come diritto individuale e al tempo stesso collettivo.

Così la formazione di una "moderna coscienza sanitaria" si atteggia a compito per una adeguata educazione sanitaria dell'individuo e della collettività, manifestando la necessità di rendere edotta anche la comunità di eventuali problemi alla salute

²¹⁸ V. Mastragostino, *Servizio Sanitario Nazionale e ordinamento contabile*, Rimini 1982

²¹⁹ L. Vandelli, *Amministrazione centrale e servizio sanitario*, Rimini 1984, p.38.

che possono derivare da comportamenti dei cittadini in un'ottica di formazione "culturale" e al contempo di informazione del singolo cittadino e della comunità²²⁰.

Ugualmente è a dirsi quanto ai compiti di prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambito di vita e sul lavoro, di diagnosi e cura degli eventi morbosi (indipendentemente dalle cause che li hanno causati, dalla fenomenologia e dalla durata), di riabilitazione degli stati di invalidità e di inabilità somatica fisica e psichica, di promozione e salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e di lavoro, di igiene degli alimenti e bevande, dei prodotti e avanzi di origine animale per le implicazioni che attengono alla salute, nonché di prevenzione e difesa sanitaria degli allevamenti degli animali e del controllo della loro alimentazione integrata e medicata; di disciplina della sperimentazione, produzione, immissione in commercio e distribuzione dei farmaci e dell'informazione scientifica sugli stessi per assicurare l'efficacia terapeutica, la non nocività e l'economicità del prodotto.

Più che di diritto alla salute può parlarsi a giusta ragione del "bene salute" che è oggetto di tutela da parte del Servizio sanitario, bene salute che appartiene non solo al singolo individuo, ma anche alla collettività, e che può essere garantito solo attraverso una visione integrata, che tenga conto di tutte le sue implicazioni (l'individuo nella famiglia, nel lavoro, nel tempo libero, nella soddisfazione dei suoi bisogni primari, nella relazione con gli altri consociati e anche – ma non solo - nel momento della malattia), con un'azione combinata che deve partire necessariamente dalla conoscenza (formazione ed informazione, primo obiettivo elencato) e che presuppone il necessario coinvolgimento di personale specializzato e preparato (non è un caso che l'elencazione dei compiti si chiuda proprio col richiamo alla "formazione professionale e permanente nonché [al]l'aggiornamento scientifico culturale del personale del servizio sanitario).

²²⁰ C. Botrugno, *Diritto alla salute, diseguaglianze e materialità del sociale: una ricognizione per leggere le molteplici correlazioni tra diritto e società nell'area del benessere*, in *Il benessere, un percorso multidisciplinare*, (a cura di) R Bonato M.Nobile, Milano, 2014, pp. 33-43.

L'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, nella declinazione dei suoi compiti, si caratterizza così come sfida culturale, finalizzata a dare attuazione ai principi costituzionali dell'art. 32 della Costituzione, non atomisticamente considerati, ma collocati nella rete degli altri principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà, oltre che di libertà.

Nella rete della uguaglianza e della solidarietà il bene salute e di conseguenza la tutela del diritto alla salute, nella dimensione individuale e collettiva, diventa anche un "diritto sociale" di partecipazione attiva, un diritto nel quale il titolare non solo è il destinatario della protezione, ma deve essere attore e protagonista, per sé e per gli altri, di tutte le iniziative e misure idonee ed adeguate per assicurarlo concretamente²²¹.

Una simile dimensione dinamica e sociale si rinviene nelle previsioni del secondo comma dell'art. 2, laddove si sottolinea la necessità della partecipazione del cittadino per rendere concreta ed effettiva la sicurezza sui vari luoghi di lavoro, la necessità di scelte responsabili e consapevoli di procreazione e di tutela della maternità per ridurre i rischi di gravidanza e del parto e migliorare le condizioni di salute della madre) e laddove si afferma che il Servizio Sanitario Nazionale promuove la promozione della salute nell'età evolutiva e favorisce l'integrazione dei soggetti svantaggiati, tutela le attività sportive, gli anziani e la salute mentale²²².

Il suggello alla prospettiva sociale del diritto alla salute nell'istituto Servizio Sanitario si coglie pienamente nelle disposizioni del terzo e del sesto comma dell'articolo 1.

La prima disposizione evidenzia la necessaria cooperazione tra i soggetti statali in primis e poi di tutti i cittadini al fine di assicurare una tutela uniforme del diritto su tutto il territorio nazionale; la seconda, invece, nell'accezione collettiva del diritto, fa emergere le istanze di solidarietà sottese alla tutela del diritto alla salute, nella parte in cui intende coinvolgere le associazioni di volontariato in funzione di supporto della realizzazione della tutela²²³.

²²¹A. Giannini, *La tutela della salute come principio costituzionale*, cit., p. 814.

²²²C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1, 1961, p. 1; M. Luciani, *A proposito del diritto alla salute*, in *Diritto e società*, 1979, p. 409.

²²³B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1, 1983, p. 55

Può anche ammettersi che questa ultima previsione risenta della origine sostanzialmente volontaristica e di mera beneficenza privata della tutela sanitaria, ma la previsione dell'articolo 2 della Costituzione le conferisce una potenzialità illimitata ed una legittimazione (giuridica, oltre che etica) di straordinaria importanza: il fatto che le associazioni di volontariato possano/debbero concorrere assieme alle istituzioni pubbliche alla tutela del diritto alla salute²²⁴ esprima una visione dinamica dello stato democratico in cui il cittadino è partecipe della vita pubblica e non mero fruitore dei servizi apprestati e forniti dallo Stato.

Il Servizio Sanitario Nazionale si caratterizza, come già accennato, come servizio pubblico, necessario, costituito dall'insieme delle pluralità delle funzioni, dei servizi e delle strutture, tutte finalisticamente coordinate e orientate alla tutela del bene salute, globalmente considerato non solo come prestazioni di cura, ma come complesso di servizi a disposizione della collettività per assicurare il miglior livello di benessere possibile dei cittadini in posizione di uguaglianza tra di loro²²⁵.

Il fine pubblico di attuare la tutela costituzionale del diritto alla salute diventa a sua volta, proprio attraverso la creazione del servizio pubblica sanitario nazionale, manifestazione concreta e peculiare dell'art 2 della Costituzione, laddove è affermato solennemente che è compito della Repubblica di riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo.

Allo stesso tempo il servizio pubblico sanitario nazionale è strumento di concreta attuazione anche del principio di uguaglianza sostanziale, in quanto rimuovendo gli ostacoli (art. 3, comma 2, Cost.), a tutti nello stesso modo e con le stesse possibilità assicura la tutela della salute.

Si tratta di un servizio che non "cura la malattia" semplicemente, ma di un sistema che previene, informa, e soltanto come *extrema ratio* si limita alla cura.

²²⁴ In particolare, ma si tratta di una apertura che ben potrebbe essere estesa a tutti i compiti dello Stato e che non è minimamente intaccata dalla considerazione che l'intervento dei privati, in questo caso delle associazioni di volontariato, sia di ausilio all'organizzazione statale che deve istituzionalmente perseguire i fini pubblici.

²²⁵ M. S. Bonomi, *Il diritto alla salute e il sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it*, 30 luglio 2013, pp. 3 ss.

Un sistema così concepito ha rappresentato una vera rivoluzione copernicana per l'epoca (e forse lo è tutt'oggi): non era mai stato realizzato un sistema in grado di dare una tutela così significativa al diritto alla salute.

La mancanza di una definizione del Sistema Sanitario, cui si è fatto cenno in precedenza, piuttosto che rappresentare un limite della legge finisce per essere invece la sua forza, evitando – almeno nell'intento che l'ha ispirato – di indicare forme astratte e fisse che mal si sarebbero conciliate con una visione così aperta e globale del diritto alla salute e con la necessità di accertare e ricercare di continuo le giuste misure organizzative ed operative per rispondere alle mutevoli esigenze di tutela del bene vita.

II. 3. segue: il Piano Sanitario Nazionale. Il ruolo delle regioni

II.3.1. Se i principi informativi ed i compiti sopra delineati caratterizzano in senso di servizio pubblico la tutela della salute, facendo emergere in tutta la sua pienezza la peculiarità e la specificità del diritto alla salute affermato dalla Costituzione, l'articolo 3 della legge n. 833 del 1978 attribuisce allo Stato il potere dovere di dare attuazione a quei principi e compiti e individua anche lo strumento tecnico – operativo a tal fine ritenuto più adeguato.

E' infatti compito dello Stato individuare gli obiettivi da perseguire al fine di tutelare la salute²²⁶ “nell'ambito della programmazione economica nazionale” e “con il concorso delle regioni”, attraverso l'approvazione con legge del piano sanitario nazionale, in cui devono essere fissati “i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini”.

Il Piano Sanitario Nazionale è uno strumento di programmazione sanitaria, attraverso cui, in un dato arco temporale, triennale, vengono definiti gli obiettivi da raggiungere mediante l'individuazione di attività e di strategie strumentali alla realizzazione delle prestazioni istituzionali del Servizio Sanitario Nazionale.

²²⁶ Art 3 l.n 833 del 1978 : “Lo Stato, nell'ambito della programmazione economica nazionale, determina, con il concorso delle regioni, gli obiettivi della programmazione sanitaria nazionale. La legge dello Stato, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale di cui all'articolo 53, fissa i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini”.

Esso rappresenta, pertanto, il primario punto di riferimento per qualsivoglia riforma od iniziativa riguardante il sistema sanitario, sia a livello locale che a livello centrale; con esso vengono stabilite le linee generali di indirizzo del Servizio Sanitario Nazionale, nell'osservanza degli obiettivi e dei vincoli posti dalla programmazione economico-finanziaria nazionale, in materia di prevenzione, cura e riabilitazione, nonché di assistenza sanitaria da applicare conformemente e secondo criteri di uniformità su tutto il territorio nazionale.

In definitiva il Piano Sanitario Nazionale, in coerenza con i principi ispiratori della riforma, con la visione della natura universale della tutela del diritto alla salute, intende determinare e programmare le priorità in materia di salute, traducendole in precisi obiettivi, da correlare alla disponibilità economica e finanziaria del Paese, attuando una tendenziale razionalizzazione degli interventi sanitari in cui, come già osservato in precedenza, la "cura della persona" colpita da eventi morbosi risulta recessiva rispetto alla attività di prevenzione e soprattutto rispetto alla tutela complessiva del bene vita.

La fissazione di livelli uniformi di livelli di tutela di tutela con legge dello Stato rende evidente il perseguimento del principio di uguaglianza nella duplice dimensione sopra indicata individuale e collettiva, rappresentando la tutela del bene vita un preciso compito di benessere sociale e non solo uno strumento necessario di convivenza in tutti i settori della vita quotidiana²²⁷.

Per quanto ispirata da principi di uguaglianza e di solidarietà e improntata ad una condivisibile logica programmatica²²⁸ l'impostazione del Servizio Sanitario Nazionale è marcatamente "centralistica".

Non solo è una legge dello Stato che approva il piano (triennale) sanitario, ma è sempre lo Stato a fissare i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere

²²⁷ Le eventuali limitazioni individuali del diritto alla salute risultano consentite e sono tollerabile in quanto non costituiscono di per sé una diminuzione o una compressione della tutela, ma si inseriscono piuttosto nella visione globale e sociale della tutela, confermandone la sua dimensione "sociale" al fine di una convivenza con altri diritti costituzionalmente garantiti.

²²⁸ Quest'ultima è del resto intuitivamente la soluzione tecnica – operativa che meglio consente di coordinare tra di loro le varie strutture operative interessate alla tutela della salute in funzione degli obiettivi da perseguire nell'arco temporale di validità (triennale) del piano

garantiti a tutti i cittadini; ed è ancora una legge dello Stato a dettare “norme dirette ad assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale” in determinate materie espressamente indicate.²²⁹

Ugualmente al plesso statale²³⁰ è rimessa la fissazione e la periodica revisione dei limiti massimi di accettabilità delle concentrazioni e i limiti massimi di esposizioni relativi ad inquinanti di natura chimica, fisica e biologica e delle emissioni sonore negli ambienti di lavoro, abitativi e nell’ambiente esterno.

Allo Stato²³¹ spetta la funzione di indirizzo e coordinamento delle attività amministrative delle regioni in materia sanitaria, attinente ad esigenze di carattere sanitarie, anche con riferimento agli obiettivi della programmazione economica, ad esigenze di rigore ed efficacia della spesa sanitaria nonché agli obblighi internazionali e comunitari²³².

In definitiva il cuore pulsante del Servizio Sanitario Nazionale è lo Stato che si avvale quale suo braccio operativo dei comuni, cui sono attribuite “tutte le funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera non espressamente riservate allo Stato”, esercitate, in forma singola o associata, attraverso le unità sanitarie locali²³³.

²²⁹ Inquinamento dell'atmosfera, delle acque e del suolo; igiene e sicurezza in ambienti di vita e di lavoro; omologazione, per fini prevenzionali, di macchine, di impianti, di attrezzature e di mezzi personali di protezione; tutela igienica degli alimenti e delle bevande; ricerca e sperimentazione clinica e sperimentazione sugli animali; raccolta, frazionamento, conservazione e distribuzione del sangue umano (art. 4).

²³⁰ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della sanità, sentito il Consiglio sanitario nazionale,

²³¹ Attraverso legge o atti avente forza di legge; deliberazioni del consiglio dei ministri, su proposta del Consiglio, d'intesa con Ministro della Sanità, sentito il Consiglio sanitario nazionale.

²³² Inoltre il Ministro della Sanità esercita le competenze attribuitegli dalla legge ed emana direttiva concernenti le attività delegate alle regioni; il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Sanità, esercita attività sostitutiva delle regioni, nel caso di prolungata attività di queste ultime in relazione ad adempimenti stabiliti dalla legge.

²³³ E' significativo che le competenze delle unità sanitarie locali, elencate all'art. 14, comma 2, della legge n. 833 del 1978 coincidano quasi totalmente con gli obiettivi indicati dall'art. 2, “Nell'ambito delle proprie competenze, l'unità sanitaria locale provvede in particolare: a) all'educazione sanitaria; b) all'igiene dell'ambiente; c) alla prevenzione individuale e collettiva delle malattie fisiche e psichiche; d) alla protezione sanitaria materno-infantile, all'assistenza pediatrica e alla tutela del diritto alla procreazione cosciente e responsabile; e) all'igiene e medicina scolastica negli istituti di istruzione pubblica e privata di ogni ordine e grado; f) all'igiene e medicina del lavoro, nonché alla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali; g) alla medicina dello sport e alla tutela sanitaria delle attività sportive; h) all'assistenza medico-generica e infermieristica, domiciliare e

In un tale quadro di riferimento è lo stesso legislatore a prevedere la partecipazione concorrente delle regioni per la predisposizione e la successiva realizzazione della programmazione sanitaria nazionale²³⁴.

Il disegno organizzatorio è sufficiente chiaro, razionale e semplice nella sua struttura definitoria: lo Stato sulla base degli obiettivi indicati dal legislatore individua nel Piano Sanitario Nazionale Triennale gli obiettivi della programmazione sanitaria finalizzati ad assicurare condizioni e garanzie di salute per tutto il territorio; la compartecipazione regionale è strumento indispensabile per rendere concreta ed efficace nelle singole realtà territoriali la tutela del bene vita nell'ottica di uguaglianza sostanziale perseguita con l'indicazione dei livelli essenziali (minimi garantiti) delle prestazioni sanitarie²³⁵.

Tanto si ricava agevolmente dal contenuto degli articoli 6 e 7 che individuano le precise ripartizioni di competenze tra Stato e Regioni al fine di assicurare in maniera coordinato ed unitaria la tutela del diritto alla salute²³⁶.

Si è al cospetto di un sistema centralizzato, ma composito, in cui la logica dell'uguaglianza e della solidarietà innerva il rapporto Stato – Regione, quasi anticipando²³⁷ sia del principio di leale collaborazione (che embrionalmente si

ambulatoriale; i) all'assistenza medico-specialistica e infermieristica, ambulatoriale e domiciliare, per le malattie fisiche e psichiche; l) all'assistenza ospedaliera per le malattie fisiche e psichiche; m) alla riabilitazione; n) all'assistenza farmaceutica e alla vigilanza sulle farmacie; o) all'igiene della produzione, lavorazione, distribuzione e commercio degli alimenti e delle bevande; p) alla profilassi e alla polizia veterinaria; alla ispezione e alla vigilanza veterinaria sugli animali destinati ad alimentazione umana, sugli impianti di macellazione e di trasformazione, sugli alimenti di origine animale, sull'alimentazione zootecnica e sulle malattie trasmissibili dagli animali all'uomo, sulla riproduzione, allevamento e sanità animale, sui farmaci di uso veterinario; q) agli accertamenti, alle certificazioni ed a ogni altra prestazione medico-legale spettanti al servizio sanitario nazionale, con esclusione di quelle relative ai servizi di cui alla lettera z) dell'articolo 5”.

²³⁴ M. Cammelli, *Le regioni nelle proposte statali di riforma sanitaria*, in *Le Regioni*, 1974, pp. 986 ss; F.C. Rampulla, *Il sistema delle prestazioni*, in (a cura di) Giannini, De Cesare, *Dizionario di diritto sanitario*, Milano, 1984, pp. 501ss.

²³⁵ In tema M.A. Menichetti, *Il riordino del servizio sanitario nazionale*, in *Funz. Amm.*, 1995, pp. 357 ss; D. Velo, R. Virtuani, *La riforma della p.a.: la riforma del sistema sanitario italiano*, in *Dir. ed Ec.*, 1993, pp. 197 ss.

²³⁶ L' 6 della legge n. 833 del 1978 stabilisce quali sono le funzioni amministrative di competenza dello Stato, mentre l'art. 7 individua le funzioni delegate alle Regioni. Le Regioni esercitano tali funzioni delegate, mediante subdelega ai comuni.

²³⁷ Leale collaborazione e sussidiarietà sono i cardini della riforma costituzionale del Titolo V del 2001.

caratterizza come dovere di reciproca informazione)²³⁸ che di quello di sussidiarietà, in quanto l'individuazione delle funzioni (allora delegate) delle regioni corrisponde alla previa ripartizione di cui all'attuale art. 118 Cost. nella convinzione che il soggetto pubblico più vicino al cittadino è anche quello che meglio è in grado di il corretto esercizio della funzione (ed infatti le funzioni attribuite alle regioni sono esercitate mediante subdelega ai comuni)²³⁹.

Del resto e a conferma di ciò vale sottolineare che la partecipazione regionale all'attuazione del Piano Sanitario si realizza attraverso l'esercizio della funzione legislativa²⁴⁰, destinata a disciplinare – a livello regionale – tra l'altro l'esercizio delle funzioni relative all'igiene e alla sanità pubblica, alla vigilanza sulla farmacia

²³⁸ L'ultimo comma dell'articolo 5 significativamente prevede che "Il Ministro della sanità e le amministrazioni regionali sono tenuti fornirsi reciprocamente ed a richiesta ogni notizia utile allo svolgimento delle proprie funzioni".

²³⁹ Al principio di collaborazione e a quello di sussidiarietà, nel più generale quadro centralistico del Sistema Sanitario Nazionale, risponde anche la previsione del potere sostitutivo centrale in caso di inadempimenti regionali, secondo il disposto dell'art. 5, comma 4, a mente del quale "In caso di persistente inattività degli organi regionali nell'esercizio delle funzioni delegate, qualora l'inattività relativa alle materie delegate riguardi adempimenti da svolgersi entro termini perentori previsti dalla legge o risultanti dalla natura degli interventi, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della sanità, dispone il compimento degli atti relativi in sostituzione dell'amministrazione regionale".

²⁴⁰ Secondo l'art. 11 "Le regioni esercitano le funzioni legislative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato ed esercitano le funzioni amministrative proprie o loro delegate.

Le leggi regionali devono in particolare conformarsi ai seguenti principi:

- a) coordinare l'intervento sanitario con gli interventi negli altri settori economici, sociali e di organizzazione del territorio di competenza delle regioni;
- b) unificare l'organizzazione sanitaria su base territoriale e funzionale adeguando la normativa alle esigenze delle singole situazioni regionali;
- c) assicurare la corrispondenza tra costi dei servizi e relativi benefici.

Le regioni svolgono la loro attività secondo il metodo della programmazione pluriennale e della più ampia partecipazione democratica, in armonia con le rispettive norme statutarie. A tal fine, nell'ambito dei programmi regionali di sviluppo, predispongono piani sanitari regionali, previa consultazione degli enti locali, delle università presenti nel territorio regionale, delle organizzazioni maggiormente rappresentative delle forze sociali e degli operatori della sanità, nonché degli organi della sanità militare territoriale competenti.

Con questi ultimi le regioni possono concordare:

- a) l'uso delle strutture ospedaliere militari in favore delle popolazioni civili nei casi di calamità, epidemie e per altri scopi che si ritengano necessari;
- b) l'uso dei servizi di prevenzione delle unità sanitarie locali al fine di contribuire al miglioramento delle condizioni igienico-sanitarie dei militari.

Le regioni, sentiti i comuni interessati, determinano gli ambiti territoriali delle unità sanitarie locali, che debbono coincidere con gli ambiti territoriali di gestione dei servizi sociali.

All'atto della determinazione degli ambiti di cui al comma precedente, le regioni provvedono altresì ad adeguare la delimitazione dei distretti scolastici e di altre unità di servizio in modo che essi, di regola, coincidano.

e alla polizia veterinaria, alle condizioni di autorizzazione delle case di cura privata e alla vigilanza sulle stesse; alle regioni spetta anche la determinazione degli ambiti territoriali delle unità sanitarie locali²⁴¹.

Le Regioni hanno poi un autonomo ruolo fondamentale nell'attuazione del Piano Sanitario Nazionale (e più in generale nell'ambito del Sistema Sanitario Nazionale) proprio con riferimento al principio di sussidiarietà e alla completezza della tutela del diritto alla salute per la possibilità loro riconosciuta di stipulare convenzione con enti di ricerca (“i cui organi svolgano attività finalizzata agli obiettivi del servizio sanitario nazionale, al fine di disciplinare la erogazione da parte di tali organi di prestazioni sanitarie a livello preventivo, assistenziale e riabilitativo...”, art. 40), con le istituzioni universitarie riconosciute che erogano assistenza pubblica (art. 41), con gli istituti di ricovero e di cura a carattere scientifico (art. 41).

E' stato tuttavia sottolineato che con la legge n. 833 del 1978 (e con i successivi interventi legislativi), la regione, che doveva essere il centro motore del sistema sanitario, ha invece perduto ogni ruolo operativo e la stessa responsabilità organizzativa del servizio di assistenza ospedaliera e sanitaria, che prima gravava su di essa: ciò in quanto il suo ruolo è rimasto schiacciato da un lato dalle funzioni statali, dall'altro dalla forte autonomia gestionale ed organizzativa delle unità sanitarie locali, configurate come vere e proprie strutture operative dei comuni, centri di autonomia comunale pertanto sottratti al potere di governo regionale.²⁴²

La creazione di un sistema sanitario nazionale di tipo pubblico finalizzato a tutelare il diritto alla salute di tutti i cittadini comportava l'esigenza di individuare una forte rete economica che sia in grado di sostenere il servizio sia in termini prettamente economici, sia in termini di funzionalità.

²⁴¹ Le regioni esercitano anche funzioni amministrative che si sostanziano in direttive e in attività di coordinamento, “secondo il metodo della programmazione pluriennale e della partecipazione democratica”. Per una sintesi efficace Sandulli A.M., *Diritto amministrativo*, Napoli, 1984, pp. 982 ss.

²⁴² P. Santinello, *Sanità Pubblica*, cit. pp. 546-556 ss A. Falcon, *Sanità*, in Atti del Convegno “Seicentosedici dieci anni dopo”, Roma, 1988, p. 215.

A tanto il legislatore del 1978 ha inteso fronte con l'istituzione di Fondo Sanitario Nazionale il cui ammontare doveva essere determinato annualmente con la legge di bilancio approvato dalla Stato.

Le somme così stanziare dovevano essere ripartite con delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) tra tutte le regioni, su proposta del Ministro della Salute e sentito il Consiglio sanitario nazionale, “tenuto conto delle indicazioni contenute nei piani sanitari nazionali e regionali e sulla base di indici e di standards distintamente definiti per la spesa corrente e per la spesa in conto capitale. Tali indici e standards devono tendere a garantire i livelli di prestazioni sanitarie stabiliti con le modalità di cui al secondo comma dell'art. 3 in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, eliminando progressivamente le differenze strutturali e di prestazioni tra le regioni”²⁴³.

Alle regioni spettava “sulla base di parametri numerici da determinarsi, sentiti i comuni, con legge regionale ed intesi ad unificare il livello delle prestazioni sanitarie” di “ripartire tra le unità sanitarie locali la quota loro assegnata per il finanziamento delle spese correnti, riservandone un'aliquota non superiore al 5 per cento per interventi imprevisti”, con la espressa precisazione che detti “parametri devono garantire gradualmente livelli di prestazioni uniformi nell'intero territorio regionale”²⁴⁴.

Anche lo strumento finanziario di attuazione del Piano Sanitario Nazionale, ideato per consentire il funzionamento del Servizio Sanitario Nazionale e per perseguire una piena ed efficace tutela del diritto alla salute si impernia sulla collaborazione istituzionale tra Stato e Regione e sui principi di uguaglianza, solidarietà e sussidiarietà: al legislatore, in modo che risulta consapevole, è chiaro che occorre garantire tendenzialmente a tutti il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni e che occorre anzi rimuovere eventuali situazione di disparità idonee e che tali obiettivi possono essere raggiunti attraverso l'azione dei soggetti pubblici territorialmente più vicini al territorio e perciò in grado di individuare in concreto

243 Art. 51, comma 1, della legge n. 833 del 1978.

244 Art. 51, comma 4, della legge n. 833 del 1978.

il livello di prestazione più idoneo a garantire il diritto alla salute dei singoli e della collettività²⁴⁵.

4. La crisi (finanziaria) del Servizio Sanitario Nazionale e il suo riordino: il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e le successive modifiche e integrazioni

L'ambizioso disegno del Sistema Sanitario Nazionale concepito nel 1978 ha mostrato quasi subito i propri limiti, soprattutto di carattere economico a causa della lievitazione della spesa sanitaria²⁴⁶, ma anche gestionali ed organizzativi²⁴⁷, ed è stato completamente riscritto dalla riforme che lo hanno interessato nel corso degli anni Novanta, noti per l'avvio delle cc. dd. "liberalizzazioni"²⁴⁸.

Il problema dell'insostenibilità economica in realtà non si identifica e non si esaurisce semplicemente nella impossibilità del servizio pubblico di garantire la necessaria provvista finanziaria per la realizzazione del Piano sanitario nazionale, ma si articola piuttosto in un complesso e delicato meccanismo di valutazioni di costi/benefici legati anche alla spesa (ingente) di acquisto di macchinari costosi ed organizzazioni di servizi altamente specializzati, alla necessità di personale tecnico (non solo medico) di grande specializzazione e alla graduale crescita dell'età media popolazione.

²⁴⁵ La ripartizione tra le regioni non è pertanto uguale, perché una distribuzione uguale (ovvero con finanziamento della stessa quantità a tutte le unità sanitarie locali, aumenterebbe le disuguaglianze invece che eliminarle o quanto meno non consentirebbero di rimuovere gli ostacoli che si frappongono ad una piena uguaglianza; ed ancora una distribuzione in parti uguali sarebbe contrario al principio di solidarietà.

²⁴⁶ Già nel 1988 venivano introdotti i tickets al dichiarato scopo di arginare lo spreco dei medicinali e di prestazioni sanitarie superflue.

²⁴⁷ V. Caputi Jambreggi *I servizi sociali*, cit, evidenzia innanzitutto le problematiche organizzative derivanti da Caputi Jambreggi dal "confluire di competenze tecniche e specialistiche del tutto diverse nel medesimo servizio...che non poteva che comportare un lungo periodo di adattamento" ed il cattivo funzionamento delle unità sanitarie locali, i cui organi decisionali piuttosto che assumere un carattere tecnico e collegiale, finirono per manifestarsi come espressione dei partiti che ne indicavano i rappresentanti (all'interno dei comitati di gestione), così che "la sanità è ben più nelle mani della gestione politica che di quella sanitaria). I comitati di gestione furono successivamente soppressi e sostituiti dal direttore generale.

²⁴⁸ Fenomeno politico – economico in virtù del quale settori prima gestiti da soggetti pubblici venivano progressivamente lasciati nelle mani di soggetti privati, in grado di gestirli in ragione della maggiore disponibilità finanziaria e quindi della capacità di rendere efficacemente un determinato servizio.

La riscrittura della riforma sanitaria, che significativamente viene presentata come riordino, risponde dunque ad una logica che, pur sempre ispirata alla piena e globale tutela del diritto alla salute, nelle sue declinazioni nella prospettiva dei principi di uguaglianza, solidarietà e sussidiarietà, si sforza di coordinare quell'intento con i principi di efficienza, efficacia, speditezza ed economicità²⁴⁹.

Non viene meno l'idea di fornire un servizio in grado di assicurare tendenzialmente a tutti la tutela del bene salute, ma si crea un sistema in cui quegli immutati obiettivi vengono perseguiti attraverso scelte politiche non più solo centralistiche, ma anche territoriali, con un ruolo attivo e decisivo delle regioni, e attraverso un'organizzazione che non è più esclusivamente pubblica, ma che poggia anche sul contributo operativo dei soggetti privati (in funzione cioè non di mera beneficenza come originariamente era per le associazioni di volontariato).

Il riordino, originato da una crisi finanziaria di carattere sistemico, finisce per costituire anche un duttile strumento nelle mani del legislatore per adeguare progressivamente le esigenze ordinamentali all'insegna di una cooperazione tra pubblico e privata all'insegna di una rinnovata idea (economica) di solidarietà e per accogliere le istanze federalistiche si manifestano nella seconda metà degli anni novanta e che esplodono definitivamente con la riforma del titolo V della Costituzione del 2001.

Di tale "riordino", anche in relazione ai suoi aspetti in progress, si indicheranno ovviamente i punti che appaiono rilevanti ai fini del presente lavoro, vale a dire l'ideologia e le finalità del Piano Sanitario Nazionale, il ruolo – via via crescente e politicamente autonomo – delle Regioni, le ragioni dell'apertura della sanità pubblica a quella privata e il progressivo peso che quest'ultima acquista nell'ambito del servizio pubblico.

Il riordino trova fondamento nell'articolo 1 della legge (delega) 23 ottobre 1992, n. 421" e viene avviato dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, sul quale nel corso degli anni si stratificano una serie di interventi normativi, per lo più occasionali e dal più svariato contenuto, che tutti si muovono tendenzialmente

²⁴⁹ Anch'essi principi di rango costituzionale (art. 97)

(anche se non sempre consapevolmente) nell'ambito della cornice originaria dell'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale.²⁵⁰

Il Piano Sanitario Nazionale resta lo strumento centrale e privilegiato della tutela del diritto della salute (e del bene vita, come sopra indicato) ed in esso vengono stabiliti gli obiettivi fondamentali del servizio sanitario consistenti nella prevenzione, nella cura e nella riabilitazione e nelle linee generali di indirizzo del Servizio sanitario nazionale nonché nei livelli essenziali di assistenza da assicurare in condizioni di uniformità su tutto il territorio nazionale (art 1).

Tali obiettivi sono realizzati tramite il Piano Sanitario nazionale, predisposto dal Governo, sentite le commissioni parlamentari, che individua anche i finanziamenti: è il Piano che indica le aree territoriali in cui è necessario il riequilibrio del livello di tutela del diritto alla salute (art 1, comma 4).

Il riordino, che pure segue la cornice tracciata dal legislatore del 1978 non intervenendo sui principi, e obiettivi, articola diversamente il proprio impianto ideologico calando in realtà, in maniera sempre più evidente, la garanzia della tutela della salute come (dichiarato) diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana (da perseguire prima attraverso il Servizio sanitario nazionale e poi il Servizio sanitario regionale), in una stringente logica di compatibilità finanziaria: prova ne sia che prima nel Servizio sanitario nazionale e poi nel Servizio sanitario regionale, che successivamente affianca il primo, l'individuazione dei servizi essenziali ed uniformi di assistenza per il periodo di validità del piano "è effettuata

²⁵⁰ Tra i più significativi il D. Lgs. 7 dicembre 1993, n. 517 (Modifiche al D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 501, recante riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421); la legge 30 novembre 1998, n. 419 (Delega al Governo per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale e per l'adozione di un testo unico in materia di organizzazione e funzionamento del Servizio sanitario nazionale. Modifiche al D. Lgs. 30 ottobre 1992, n. 502); il D. Lgs. 19 giugno 1999, n. 229 (Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'art. 1 della l. 30 novembre 1998, n. 419); il D. Lgs. 28 luglio 2000, n. 254 (Disposizioni correttive ed integrative del D. Lgs. 19 giugno 1999, n. 229, per il potenziamento delle strutture per l'attività libero – professionale dei dirigenti sanitari) il decreto legge 18 settembre 2001, n. 347 (Interventi urgenti in materia di spesa sanitaria), convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2001, n. 56; il decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Altre disposizioni sono state collocate nelle varie leggi finanziarie annuali.

contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie...nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico – finanziaria”.

Servizio pubblico sanitaria non è pertanto sinonimo di servizio gratuito e ciò che era originariamente un'eccezione (l'introduzione di un ticket a carico del fruitore del servizio e dunque la compartecipazione del singolo) diventa sostanzialmente la regola generale, stabilendosi che “le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza sono garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità della legislazione vigente” (art. 1, comma 3)²⁵¹.

L'altro elemento di novità del riordino del Servizio sanitario nazionale è il sempre crescente spazio (politico) che viene attribuito alle Regioni, il cui ruolo, come visto in precedenza, era stato originariamente limitato all'attuazione della normativa statale.

Non solo il Piano sanitario nazionale deve essere approvato d'intesa con le Regioni, per quanto alle stesse è riconosciuto espressamente, sia pur nel rispetto dei principi stabiliti dalle leggi regionali, l'esercizio di funzioni legislativi ed amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera ed ad esse in particolare spetta “la determinazione dei principi sull'organizzazione dei servizi e sull'attività destinata alla tutela della salute ed ai criteri di finanziamento delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, le attività di indirizzo tecnico, promozione e supporto delle predette unità sanitarie locali ed aziende, anche in relazione al controllo di gestione e di valutazione della qualità delle prestazioni sanitarie”.

Al Piano sanitario nazionale si affianca il piano sanitario regionale, complementare del primo, quale “piano strategico degli interventi degli interventi per gli obiettivi di salute e il funzionamento dei servizi per soddisfare le esigenze specifiche della popolazione regionale anche in riferimento agli obiettivi del Piano sanitario

²⁵¹ Secondo il testo vigente dal 31 luglio 1999,

nazionale” (art. 2, comma 13)²⁵², così definitivamente superando la logica del mero uniformarsi dello stesso al Piano sanitario nazionale²⁵³.

Anche dal punto di vista delle strutture operative destinate ad erogare i servizi sanitari il riordino porta al centro dell’attenzione l’ente regionale: è sufficiente sul punto ricordare che le unità sanitarie locale non solo vengono dotate di personalità giuridico, ma costituiscono lo strumento operativo primario delle regioni per il perseguimento dei livelli essenziali di assistenza.

Si assiste sotto questo profilo ad una impostazione del servizio sanitario pubblico articolato su una duplicità di modelli politico – decisionali e caratterizzato da una maggior attenzione ai soggetti pubblici più vicini al territorio, quali soggetti che maggiormente sono in grado di individuare le specifiche esigenze territoriali e di adeguare i livelli di tutela agli standard imposti dal piano sanitario regionale, in conformità a quello nazionale.

E’ una scelta che si inserisce anche nella visione “sociale” della tutela del diritto alla salute e di conseguenza del servizio sanitario pubblico, ma che è determinata anche da esigenze economiche, stante l’impossibilità di una totale copertura dei costi da parte dello Stato e la necessità/opportunità di ampliare la compartecipazione delle regioni, enti politici a tutti gli effetti, alle spese necessarie alla realizzare di quel servizio.

Altro elemento di novità che connota il progressivo riordino del servizio pubblico sanitario è il venir meno della gestione completamente pubblicistica del servizio sanitario²⁵⁴.

Il rinnovato e più penetrante ruolo delle regioni non si limita alla compartecipazione nella individuazione e definizione a livello generale – attraverso il Piano sanitario

²⁵² La mancanza del Piano sanitario regionale non comporta l’inapplicabilità delle disposizioni del Piano sanitario nazionale (art. 1, comma 13, del D. Lgs. n. 502 del 1992, nel testo attualmente in vigore dal 22 agosto 2008).

²⁵³ Secondo la originaria previsione dell’art. 1, comma 3, del D. Lgs. n. 502 del 1992.

²⁵⁴ Art 1 comma 1 legge n. 502 del 1992: “La tutela della salute come diritto fondamentale dell’individuo ed interesse della collettività è garantita, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio sanitario nazionale, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale, nell’ambito dei conferimenti previsti dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nonché delle funzioni conservate allo Stato dal medesimo decreto”.

nazionale – obiettivi di tutela del diritto alla salute ed al loro concreto perseguimento a livello territoriale attraverso la scelta, eminentemente politica, di determinazione e approvazione del piano sanitario regionale, ma involge anche la scelta di avvalersi anche di soggetti privati, in grado di contribuire efficacemente - attraverso il complesso sistema dell'accREDITamento - a garantire la funzionalità del servizio pubblico sanitario.

L'art 1, comma 13, del D. Lgs. n. 502 del 1992²⁵⁵, dopo aver delineato la natura e la funzione del Piano sanitario regionale, stabilisce che essi prevedano "...forme di partecipazione delle autonomie locali, ai sensi dell'articolo 2, comma 2- bis, nonché delle formazioni sociali private non aventi scopo di lucro impegnate nel campo dell'assistenza sociale e sanitaria, delle organizzazioni sindacali degli operatori sanitari pubblici e privati e delle strutture private accreditate dal Servizio sanitario nazionale"²⁵⁶.

Si delinea un nuovo assetto dei rapporti tra Stato e regioni, in cui queste ultime, come peraltro già evidenziato in precedenza, danno vita a vere e proprie scelte di politica sanitaria, che pertanto non costituiscono più monopolio esclusivo dello Stato.

E' un aspetto ulteriore dell'attenzione alla concreta ed effettiva tutela del diritto alla salute nei singoli territori, attenzione che soltanto il soggetto politico più vicino al cittadino è in grado di operare per la conoscenza che deve avere delle concrete situazioni fattuali: sussidiarietà e uguaglianza sostanziale si coordinano e si sintetizzano nel modo più completo possibile nel perseguimento degli obiettivi strategici delineati dal piano sanitario regionale.

Accanto ad aspetti positivi, l'apertura ai privati non ha manca di suscitare perplessità per le ricadute sul complessivo sistema di tutela della salute.

Innanzitutto la differenziazione regionale dei servizi sanitari prestati ai cittadini, piuttosto che favorire il superamento delle criticità e differenze territoriali, può infatti essere fonte di ulteriori disuguaglianze territoriali capaci di negare in radice

²⁵⁵ Nel testo conseguente alle modifiche apportate dal D. Lgs., 19 giugno 1999, n. 229.

²⁵⁶ N. Aicardi, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Sanità Pubbl.*, 1999, pp. 221 ss; V. Fortunati, E. Roversi, *Le aziende del S.S.N. sistemi di finanziamento e di controllo economico a garanzia dell'equità*, Bologna, 1998, pp. 32 ss.

la stessa necessaria unitarietà con cui deve essere tutelato un diritto fondamentale²⁵⁷.

Sotto altro concorrente profilo non può sottacersi che la presenza di soggetti privati dà luogo a forma di “capitalizzazione” di un servizio che dovrebbe essere garantito a tutti: infatti, le strutture private accreditate forniscono prestazioni dietro pagamento di un corrispettivo, il che rischia di dar vita ad una inammissibile disparità nei confronti di chi non ha le possibilità per poter usufruire immediatamente della prestazione.

Sezione terza

I “limiti” del Servizio sanitario pubblico

1. Il problema della sostenibilità della spesa pubblica sanitaria

Il delineato percorso evolutivo del sistema di tutela del diritto alla salute ha svelato la problematica di fondo che lo caratterizza e che è comune a tutti i servizi pubblici erogati dall'amministrazione pubblica, quello della sua effettiva sostenibilità economico – finanziaria, che assume una particolare connotazione trattandosi di un diritto fondamentale, non esclusivamente individuale, ma anche collettivo.

L'ambiziosa impostazione ideologica originaria, ancorata alla scelta politica di addossare la copertura dei costi di organizzazione, funzionamento e gestione complessivamente interamente a carico dello Stato, si è scontrata con la crisi sistemica finanziaria prima degli anni Novanta e più recentemente di quella della fine del primo decennio del nuovo secolo e con la esigenza imprescindibile di contenimento della spesa pubblica: il che, al di là dell'apparente mantenimento della impostazione originaria del Sistema sanitaria nazionale, ha nei fatti comportato una riduzione graduale dell'area di gradualità delle cure.

La tutela del diritto alla salute è pertanto fornita attraverso il sistema sanitario pubblico, ma è fortemente condizionata dalle effettive disponibilità finanziarie pubbliche, statali e regionali, che vengano a tale fine annualmente destinate

²⁵⁷ L. Cuocolo, A Candido, *L'incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, in *Forumcostituzionale*, 23 settembre 2013, pp. 4.ss; N. Viceconte, *L'evoluzione del sistema di finanziamento del servizio sanitario nazionale tra federalismo “promesso” ed esigenze di bilancio*, in *Issirfa.it*, 5, 2011, p. 5, pubblicato anche in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Atti delle giornate di studio, Roma, 20-21-22 ottobre 2011, vol. II, Milano, 2012.

attraverso le previsioni legislative e gli strumenti operati di settore (Piano sanitario nazionali e piani sanitari regionali)²⁵⁸.

E' stato sottolineato che le prestazioni sanitarie che dovrebbero garantire in modo pieno ed effettivo il diritto alla salute sono inevitabilmente soggette alla "determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione" da parte del legislatore ordinario, dipendenza questa che "non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione"²⁵⁹.

Lo stretto legame tra tutela alla salute, come diritto sociale, e necessaria sussistenza di risorse economiche è ben rispecchiato dai ripetuti obiettivi di razionalizzazione della spesa sanitaria introdotti con la riforma sul c.d. federalismo fiscale, nella parte in cui mira alla standardizzazione del costo dei servizi e ai tagli alla relativa spesa sanitaria che si susseguono in modo pressoché ininterrotta anno dopo anno nelle varie leggi finanziarie.

La logica del risparmio, la responsabilizzazione degli utenti (attraverso la previsioni di ticket di compartecipazione da parte degli utenti alla spesa sanitaria, generalmente in ragione del proprio reddito) e la responsabilizzazione anche delle stesse regioni, che a partire dal d. lgs. n. 229 del 1999, si sono viste affidare una parte importante della gestione delle prestazioni sanitarie, oggetto a più riprese di limitazioni da parte del legislatore statale, che può "legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente [nell'ambito del settore sanitario] per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il

²⁵⁸ La Corte costituzionale con la sentenze n. 455/1990 afferma che il diritto a ottenere trattamenti sanitari è sì garantito ad ogni individuo, ma trattandosi di un diritto a prestazioni positive, risulta condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato con gli altri interessi costituzionalmente protetti, "e tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento".

²⁵⁹ Così si esprimono F. Minni e A. Morrone in "Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Costituzionale Italiana", in *Rivista Aic*, n. 3, 2013.

perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari”²⁶⁰, non è riuscito a risolvere la problematica finanziaria.

Malgrado ogni intervento di limitazione/razionalizzazione della spesa pubblica sia formalmente sempre attento alla salvaguardia dei cc.dd. livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali che, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione, che devono sempre essere garantiti a tutti i consociati, la obiettiva limitatezza delle risorse finanziarie, indipendentemente dalle dichiarazioni di principio sull’importanza della tutela del diritto della salute, quale diritto fondamentale (della persona ed anche della collettività), rischia di costituire un gravissimo vulnus al carattere pubblico del sistema di tutela di tale diritto e dell’effettivo perseguimento degli obiettivi di prevenzione, mantenimento e cura che, come si accennato, si muovono anche in una logica di solidarietà, uguaglianza e sussidiarietà.²⁶¹

2.La problematica delle strutture private accreditate a supporto del sistema pubblico.

Altro punto problematico dell’attuale Sistema Sanitario, capace di metterne in crisi l’impostazione di fondo e di ostacolare il perseguimento degli obiettivi dichiarati dalle leggi, istitutive e di riordino, è stata (ed è) l’apertura del servizio sanitario pubblico a strutture ed organizzazione private che sono state abilitate a fornire ai cittadine prestazioni sanitarie originariamente riservate esclusivamente al settore pubblico.

Nel precedente paragrafo II.4.3. si è già accennato a tale fenomeno e si sono indicate alcune ragioni che l’hanno giustificato, non mancando si segnalare alcuni profili di perplessità in relazione agli obiettivi generali di tutela del diritto alla salute.

Non vi è dubbio che la previsione normativa che ha consentito tale ingresso del privato (art. 1, comma 13, del D. Lgs. n. 502 del 1992) costituisce applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, della Costituzione), che

²⁶⁰ In tal senso si vedano le pronunce della Corte Costituzionale n..163/2011, 52/2010 e, da ultimo, 91/2012.

²⁶¹ E’ appena il caso di ricordare che costituisce fatto notorio il progressivo aumento dell’età media della popolazione italiana, il che costituisce un rilevante problema di difficile - se non impossibile – soluzione per le scelte di politica sanitaria.

ammette la cooperazione di soggetti non istituzionali al perseguimento di interessi generali e pubblici.

Lo strumento giuridico utilizzato per realizzare tale cooperazione è quello dell'accREDITAMENTO disciplinato dagli art. 8 bis e 8 quater della legge n. 502 del 1992: quest'ultimo in particolare disciplina la modalità di accREDITAMENTO delle strutture private a cui è consentito svolgere tramite la creazione di determinate strutture a seguito dell'autorizzazione rilasciata dalla Regione²⁶².

Spetta dunque alla regionale non solo la valutazione delle condizioni e dei requisiti necessari per consentire l'ingresso di soggetti privati alla tutela del bene salute, ma soprattutto la scelta politica di fondo se consentire o meno l'ingresso e si tratta di una scelta di non poco conto sull'impostazione generale e sullo stesso funzionamento del servizio sanitario pubblico.

L'apertura ai privati della sanità pubblica può essere certamente giustificata da scelte strategiche di sopportabilità del carico da parte delle strutture pubbliche delle richieste di prestazioni sanitarie da parte degli utenti: l'aumento del numero delle strutture idonee a fornire i servizi non può che generare – almeno in teoria – un ragionevole effetto positivo sulla concreta ed effettiva tutela della salute, individuale e collettiva; ancora è facile osservare che la maggiore spesa corrente (per la remunerazione di tali prestazioni ai centri privati accREDITATI) ben può essere considerata “neutra” ai fini della complessiva tenuta finanziaria del sistema sanitario, dovendo tenersi conto del risparmio per l'apprestamento della complessiva organizzazione pubblica per quelle stesse prestazioni.

Ma ciò che è importante sottolineare è che quella scelta è anche frutto di un'opzione tra pubblico e privato: si privilegia insomma il “privato” nella considerazione che

²⁶² Art 8 quater comma 1 legge n. 502 del 1992: “L'accREDITAMENTO istituzionale è rilasciato dalla regione alle strutture autorizzate, pubbliche o private ed ai professionisti che ne facciano richiesta, subordinatamente alla loro rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti. Al fine di individuare i criteri per la verifica della funzionalità rispetto alla programmazione nazionale e regionale, la regione definisce il fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, nonché gli eventuali livelli integrativi locali e le esigenze connesse all'assistenza integrativa di cui all'art. 9. La regione provvede al rilascio dell'accREDITAMENTO ai professionisti, nonché a tutte le strutture pubbliche ed equiparate che soddisfano le condizioni di cui al primo periodo del presente comma, alle strutture private non lucrative di cui all'art. 1, comma 18, e alle strutture private lucrative”.

l'organizzazione pubblica è di difficile gestione, incapace di adeguarsi alle nuove esigenze che si manifestano e burocraticamente incapace di elevare i suoi standard qualitativi dei servizi prestati.

La scelta di apertura ai privati trova sicuro aggancio nella libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 della Cost., e in modo probabilmente inconsapevole sposta il sistema sanitario dal terreno pubblico verso quello privato: è vero che le strutture private accreditate svolgono pur sempre un servizio pubblico, ma non più – o comunque non solo – nella prospettiva della tendenziale gratuità o solidarietà, ma nell'ottica di un'attività imprenditoriale, pienamente economica e con finalità remunerativa.

Seppure astrattamente non risulta inconcepibile un gestione “economica” del servizio sanitario da parte di soggetti privati²⁶³, residuano forti dubbi dal punto di vista sostanziale, cioè dalla piena ed effettiva tutela del diritto alla salute.

In primo luogo le scelte regionali di autorizzare la “sanità privata” creano potenzialmente un vulnus all'unitarietà della garanzia del bene salute: infatti, non è detto che in ogni Regione vi siano sufficienti strutture in grado di garantire un

²⁶³ La recente giurisprudenza che si è occupata del rapporto di accreditamento ha evidenziato che lo stesso dà vita ad un rapporto concessorio, affermando che “n. 502 del 1992 nell'ambito del servizio sanitario nazionale, il passaggio dal regime di convenzionamento esterno al nuovo regime dell'accREDITAMENTO - previsto dall'articolo 8 del decreto legislativo e poi integrato dall'articolo 6 della legge . 724 del 1994 - non ha modificato la natura del rapporto esistente tra la amministrazione pubblica e le strutture private, che rimane sostanzialmente concessoria, con la conseguenza che non può essere posto a carico delle Regioni alcun onere di erogazione di prestazioni sanitarie in assenza di un provvedimento amministrativo regionale che riconosca alla struttura la qualità di soggetto accreditato e al di fuori di singoli e specifici rapporti contrattuali” (Cass. SS.UU. 18 giugno 2019, n. 16336; sez. III, 10 gennaio 2019, n. 453); ed ancora che “Il rapporto di accREDITAMENTO, a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, non è strutturato in base a principi di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni sanitarie a carico dell'erario pubblico; il rapporto di accREDITAMENTO del soggetto accreditato non si sottrae quindi al preminente esercizio del potere autoritativo e conformativo dell'Amministrazione diretto ad assicurare la certezza dei volumi, della tipologia dell'attività e dello standard qualitativo delle servizi sanitari; la particolarità del rapporto sinallagmatico va ravvisata proprio nel fatto che il dovere di diligenza e correttezza, ordinariamente esigibile nei comuni rapporti obbligatori, impone al privato accreditato precisi doveri di leale collaborazione con l'amministrazione; è proprio la natura dell'accREDITAMENTO che, in casi di inadempimento, giustifica l'assoggettamento delle strutture private accreditate a peculiari meccanismi sanzionatori diretti a garantire il rispetto delle rilevanti finalità pubbliche affidate ai soggetti privati normativamente connessi con l'esercizio dei poteri di supremazia tipici del concessionario” (Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824; 23 luglio 2019, n. 5216)..

elevato livello di tutela al diritto, con la conseguenza che il diritto fondamentale alla salute rischia di essere fortemente limitato.

E' evidente come il livello minimo delle prestazioni che lo stato intende garantire ed individua rischia di cedere di fronte ad una realtà che, al netto delle scarsezze delle risorse finanziarie, si affida a soggetti privati: la tutela di un bene costituzionalmente garantito rischia così di essere appannaggio soltanto di chi ha la disponibilità economica di rivolgersi a soggetti privati.

In secondo luogo, l'introduzione massiccia dei privati nel servizio sanitario manifesta inequivocabilmente il "fallimento del concetto di sussidiarietà" e deresponsabilizza i soggetti pubblici istituzionalmente preposti a garantire la tutela della salute, lasciando inammissibilmente quest'ultima in balia del mercato.

Sezione Quarta

Nuove prospettive del Servizio sanitario

1. La crisi Covid e la capacità di reazione del sistema

Delineata in tale maniera la strutturazione del servizio sanitario fino ad oggi, è importante evidenziare la capacità di reazione a momenti di crisi.

Il punto di partenza di tale analisi è sicuramente dato dall'crisi epidemiologica dovuta all'infezione attualmente in atto in Italia da Covid-19.

L'epidemia ha mostrato la criticità dell'organizzazione del sistema sanitario italiano.

In primo luogo ha messo in evidenza la scarsità delle risorse destinate alla sanità pubblica che ha portato nel corso degli anni ad una drastica riduzione delle risorse destinate alla tutela del diritto alla salute.

In secondo luogo l'inefficacia del sistema decentrato e privatizzato, in quanto refrattario a mettere a disposizione le proprie strutture con contribuire a salvaguardare l'interesse generale alla tutela del bene vita.

L'Italia si è quindi trovata ad affrontare una situazione drammatica non avendo le strutture in grado di poter fronteggiare il gran numero di infettati.²⁶⁴

Il momento di crisi di crisi ha messo in luce un altro aspetto fondamentale: soltanto il potere pubblico è stato in grado di reagire alla crisi e di fornire sostegno economico e tecnico per cercare di porre un freno all'economia.²⁶⁵

E' evidente che soltanto il settore pubblico si è fatto carico di trovare le risorse finanziarie e gli strumenti necessari per tutelare il diritto fondamentale alle salute così come sancito dall'art. 32 della Costituzione.

2. Possibili soluzioni alternative

L'organizzazione decentrata del servizio sanitario nazionale l'apertura ai privati di gestire un parte del servizio ha così messo in luce tutte le sue inefficienze.

E' palese come sono siano stati sostanzialmente stravolti e svuotati di significato i principi fondamentali della costituzione come la solidarietà e l'uguaglianza, nonché il principio di sussidiarietà con cui è stato prevista dal punto di vista costituzionale la ripartizione delle funzioni amministrative tra soggetti pubblici o anche tra soggetti pubblici e soggetti privati.

Proprio una approfondita analisi di tale principio consente di evidenziare le storture del sistema e individuare possibili letture alternative che diano di nuovo una dignità sostanziale ai principi fondamentali della Costituzione.

Il principio di sussidiarietà trova riconoscimento espresso in Costituzione nell'art. 118 a seguito della riforma del titolo V, avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 2001.

Dal punto di vista del diritto costituzionale il principio di sussidiarietà indica l'intervento compensativo e ausiliario degli organismi sociali più grandi — come lo Stato — a favore dei singoli e dei gruppi intermedi, ovvero nel non intervento dello

²⁶⁴ In particolare si fa riferimento all'elevata richiesta di posti di terapia intensiva, cosa che ha creato problemi a causa della riduzione numerica delle postazione effettuata dalle Regioni negli ultimi anni determinata dal taglio delle spesa pubblica in favore del settore sanitario.

²⁶⁵ Si pensi alla creazione di reparti specializzati Covid negli ospedali pubblici, oppure alla creazione *ex novo* di ospedali "improvvisati" (come quello alla Fiera di Milano), con esborso di denaro pubblico .

Stato laddove i singoli e i gruppi intermedi riescono, autonomamente, a raggiungere le finalità preposte²⁶⁶.

Tale principio assume i connotati di un diritto di libertà, presupposto di un assetto dei rapporti tra potere pubblico e gruppo sociale fondato sulla logica dell'integrazione e, perciò, della sostanziale identità tra governanti e governati.

E' stato quindi ideato come strumento di regolazione dei rapporti tra Stato e cittadini: tende alla sostanziale libertà dei cittadini che viene in un certo senso limitata dalla Stato quando è necessario per tutelare interessi pubblici.

Che il principio di sussidiarietà sia espressione dei rapporti tra autorità e libertà è facilmente intuibile dalla duplicità portata dell'art 118 Cost., che scinde il principio in verticale ed orizzontale.

Si parla di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118 comma 1 Cost. come strumento di allocazione delle « funzioni amministrative » a favore dei comuni e si è fissato, come eccezione rispetto alla regola generale, il principio in base al quale, in presenza di esigenze che richiedono « esercizio unitario », le funzioni amministrative possono essere « conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza ».

Si tratta di una previsione la cui aspirazione è volta a garantire l'efficienza e l'accessibilità del sistema amministrativo: «la sussidiarietà enfatizza la posizione del cerchio istituzionale più vicino al tessuto sociale, tanto che a parità di condizioni, in termini di adeguatezza, la scelta non può non essere condizionata dal tasso di prossimità»²⁶⁷.

Quindi, l'attribuzione della competenza amministrativa generale in capo all'ente territoriale più prossimo ai cittadini, ovvero il comune, è dovuta al fatto che esso è ritenuto l'ente più idoneo a interpretarne i bisogni e le esigenze, a capire le domande sociali, nonché a definirne le risposte più adeguate, assicurando le relative prestazioni. Laddove queste sono svolte dall'ente locale, allora si può ritenere che sarà più semplice affermare la democraticità delle decisioni, la partecipazione dei cittadini alle scelte, il controllo sulla gestione di prestazioni e servizi.

²⁶⁶ T.E.Frosini, *Sussidiarietà (principio di)*, cit. , p.1135 ss.

²⁶⁷ Così Q.Camerlengo, *Art 118, cit.*, p.2337.

E' chiaro quindi che tale modo di intendere la sussidiarietà risponde ai principi di necessarietà, differenziazione e adeguatezza che riempiono di contenuto il concetto di sussidiarietà.

E' chiara espressione dell'esigenza di affidare la funzione amministrativa al soggetto più idoneo, più vicino alle problematiche da affrontare e che sappia risolvere nella maniera migliore possibile per l'interesse collettivo (chiaro richiamo al principio di proporzionalità).

La sussidiarietà verticale, è invece emblematicamente espressiva del rapporto autorità libertà nel senso più ampio del termine: determina una nuova concezione del rapporto tra cittadini e amministrazione, dove i primi sono destinati a diventare cittadini attivi in luogo degli attuali amministrati²⁶⁸.

La norma con il verbo «favorire» esprime un dovere di interesse e di intervento da parte delle amministrazioni verso quelle iniziative civiche d'interesse generale che mirano alla risoluzione di problemi e bisogni collettivi. Le amministrazioni, quindi, devono favorire l'iniziativa dei cittadini, e comunque anche qualora non lo facessero (perché impreparate tecnicamente e culturalmente) non possono certo impedire che si facciano essi stessi promotori di autonome iniziative ai fini dello svolgimento di attività di interesse generale²⁶⁹.

La finalità della disposizione è quindi quella di instaurare un'intensa collaborazione tra soggetti pubblici e soggetti privati allo scopo di asservire l'attività di quest'ultimi a fini di interessi generali.

La portata del principio di sussidiarietà nella duplice accezione, verticale ed orizzontale, avrebbe dovuto portare ad una maggiore efficienza delle funzioni esercitate a livello territoriale e decentrato, coinvolgendo anche soggetti istituzionalmente non deputati alla cura degli interessi pubblici, ma coinvolti per la loro maggiore disponibilità economica, non sempre esistente a livello statale.

²⁶⁸ Dal momento che, come recita la norma costituzionale, « Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà »

²⁶⁹ T.E.Frosini, *Sussidiarietà (principio di)*, cit. p.1145 ss.

Soprattutto il comma 4 dell'art. 118 della Costituzione è diventato lo strumento per lo Stato di disinteressarsi della “cosa” pubblica e lasciare il compito di gestirla a soggetti privati.

Ciò è quello che avvenuto in ambito sanitario dove, come si è già evidenziato in precedenza, vi è stata la proliferazione di strutture private che hanno di fatto sostituito quasi completamente il servizio sanitario pubblico.

A conforto di questa tesi si può osservare la tabella che segue, che riporta le strutture catalogate per tipologia di assistenze nel periodo compreso tra il 2014-2017²⁷⁰.

Assistenza	Struttura pubblica	Struttura privata
Ospedaliera	51,8%	48,2%
Specialistica ambulatoriale	39,6	60,4
Territoriale residenziale	17,7	82,3
Territoriale semi-residenziale	31,4	68,6
Altra assistenza residenziale	87	13
Assistenza riabilitativa	22,1	77,9

²⁷⁰ Dati ricavati da <http://www.salute.gov.it>.

Per quanto riguarda la natura delle strutture, sono in maggioranza pubbliche le strutture che erogano assistenza ospedaliera (51,8%) e le strutture che erogano altra assistenza territoriale (87,0%). Sono in maggioranza private accreditate le strutture che erogano assistenza territoriale residenziale (82,3%) e semiresidenziale (68,6%) e le strutture che erogano assistenza riabilitativa ex art.26L. 833/78²⁷¹.

E' evidente che osservando i dati riportati sia stato grande utilizzo delle risorse private per cercare di far funzionare il sistema sanitario.

In tale contesto emerge in tutta la sua evidenza la forza del principio di sussidiarietà ma anche i suoi limiti.

Mancando nella Costituzione una espressa definizione del principio, emerge che esso è un principio di carattere procedurale: questo vuol dire che detta una regola di come allocare le funzioni amministrative tra i soggetti, ma non viene mai detto cos'è.

Che la sussidiarietà sia un principio procedurale emerge chiaramente da una sentenza della Corte costituzionale del 2003 C. cost. 1° ottobre 2003, n. 303, che fa emergere l'aspetto del principio che consente di "operare non più come ratio e fondamento di un ordine di attribuzione stabilite e predeterminate, ma come fattore flessibile di quell'ordine in vista di esigenze unitarie"²⁷².

Ma la sussidiarietà è un principio procedurale ma non principio politico: se così fosse gli atti giuridici che in concreto ne contraddicessero l'ispirazione non sarebbero in alcun modo sanzionabili: e, pertanto, si porrebbe un problema di giustiziabilità della sussidiarietà²⁷³.

La possibilità di intervenire su eventuali errori c'è eccome ed è radicata nell'art 120 della Costituzione: la norma nel disciplinare il potere di intervento sostitutivo dello Stato riporta equilibrio nel sistema²⁷⁴.

²⁷¹ Dati ricavati da <http://www.salute.gov.it>.

²⁷² C. cost. 1° ottobre 2003, n. 303

²⁷³ T.E.Frosini, *Sussidiarietà (principio di)*, cit. p.1147ss.

²⁷⁴ Art 120 Cost. "La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.

Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della

In particolare il secondo comma dell'art 120 ²⁷⁵prevede la possibilità di un intervento sostitutivo straordinario del Governo²⁷⁶: con tale potere il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento.

In particolare, ai fini dell'analisi qui proposta risulta rilevante l'art 8 comma 6 che disciplina l'intervento sostitutivo *“Nelle materie riservate alla competenza legislativa concorrente o residuale, l'intervento sostitutivo dello Stato configura l'unica forma di tutela dell'interesse nazionale riconosciuta a livello costituzionale. Infatti, in tali materie, lo Stato non può adottare atti di indirizzo e di coordinamento delle funzioni amministrative regionali”*.

Con tale potere si individua uno strumento formidabile posta a presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza, legalità²⁷⁷ che il mancato o l'illegittimo esercizio delle competenze attribuite, negli precedenti artt. 117 e 118, agli enti sub-statali, potrebbe lasciare insoddisfatte o pregiudicare gravemente²⁷⁸.

normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione”.

²⁷⁵ In particolare sul poter sostitutivo si veda P. Jori, *L'esercizio del potere sostitutivo dello Stato e delle regioni nell'ordinamento costituzionale vigente*, in Lexitalia.it, 1, 2008; M. Belletti, *Potere sostitutivo "straordinario" ed "ordinario" dopo la sentenza n. 43 del 2004*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2004; R. Bifulco, *“Sostituzione e sussidiarietà nel nuovo Titolo V: note alla sentenza n. 43 del 2004”*, in *Giur. it.*, 2005, num.0, pag.5.

²⁷⁶ Tale potere è stato disciplinato con legge 5 giugno 2003, n. 131 “Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla L.Cost. 18 ottobre 2001, n. 3”.

²⁷⁷ Sul punto M. Della Morte, *Profili del potere “ordinario” di sostituzione regionale*, in S. Staiano (a cura di), *Le funzioni amministrative nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2006.

²⁷⁸ M.G. Donati, *Note minime in tema di esercizio del potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 21, 2014.

Si evidenzia insomma, con tratti di assoluta chiarezza –si pensi alla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che forma oggetto della competenza legislativa di cui all’art. 117, secondo comma, lettera m) –un legame indissolubile tra il conferimento di una attribuzione e la previsione di un intervento sostitutivo diretto a garantire che la finalità cui essa è preordinata non sacrifichi l’unità e la coerenza dell’ordinamento.

La previsione del potere sostitutivo fa dunque sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze, assicurando comunque, nelle ipotesi patologiche, un intervento di organi centrali a tutela di interessi unitari²⁷⁹.

Si deve quindi evidenziare che la peculiarità del principio di sussidiarietà sta nella possibilità di offrire attraverso una gestione decentrata il servizio sanitario in modo da renderlo conforme alle esigenze territoriali e garantire nel modo migliore possibile l’interesse pubblico.

Tale principio, in astratto funzionante, rischia di creare clamorose disparità di tutela nel momento in cui i soggetti istituzionalmente deputati a esercitare le funzioni non abbiano una guida “centrale” che detti precise indicazioni per assicurare in modo pieno la tutela dei diritti.

Inoltre, con particolare riguardo alla sussidiarietà orizzontale, l’apertura al settore privato rischia di essere la strada per svuotare completamente di tutela il diritto alla salute a scapito di interessi prettamente economici.

Questo perché il poter sostitutivo dello Stato seppur previsto non è in grado di essere esercitato per evidenti limiti delle risorse economiche: laddove tale possibilità manca è evidente che la sola previsione centralizzata di livelli essenziali delle prestazioni, non consente in concreto di riportare un livello unitario delle prestazioni sanitarie su tutto il territorio nazionale, con conseguenze lesione del diritto alla salute.

²⁷⁹ In tal senso si è pronunciata la Corte Costituzionale n. 236 del 2004 e da ultimo n. 44 del 2014.

3. Considerazioni conclusive

Il servizio sanitario nazionale come è pensato ed organizzato oggi rischia di non essere più in grado di offrire una tutela piena ed effettiva al bene salute, costituzionalmente protetto dall'art 32.

La chiave di lettura della prospettiva eminentemente sociale del diritto alla salute trova un aggancio importante nella Lettera Enciclica "Fratelli Tutti" di Papa Francesco I.

In particolare sono da ricordare i paragrafi 107 e 108 che affermano: 107. "Ogni essere umano ha diritto a vivere con dignità e a svilupparsi integralmente, e nessun Paese può negare tale diritto fondamentale.... ...Quando questo principio elementare non è salvaguardato, non c'è futuro né per la fraternità né per la sopravvivenza dell'umanità."

108. "Vi sono società che accolgono questo principio parzialmente. Accettano che ci siano opportunità per tutti, però sostengono che, posto questo, tutto dipende da ciascuno.... Esige uno Stato presente e attivo, e istituzioni della società civile che vadano oltre la libertà dei meccanismi efficientisti di certi sistemi economici, politici o ideologici, perché veramente si orientano prima di tutto alle persone e al bene comune.

Da queste parole possono cogliersi le lacune dell'attuale sistema sanitario vigente: il decentramento delle funzioni e quindi degli organi deputati a tutelarlo, la compartecipazione di soggetti privati a gestire servizi strettamente collegati al bene salute e soprattutto l'incapacità del potere dell'amministrazione centrale di intervenire quando la tutela non è più garantita.

La soluzione ottimale sarebbe quella di una gestione totalmente pubblica e "centralizzata" così come ideata nel 1978.

Soltanto il potere pubblico centralizzato è in grado di assicurare in maniera piena ed effettiva la tutela del diritto alla salute, organizzando il servizio in maniera "solidaristica ed egualitaria" per tutti i cittadini.

Infatti, la tutela dei diritti fondamentali non può distaccarsi dalla cd "solidarietà verticale" che vede nel potere pubblico centrale l'unico strumento idoneo a concretizzare i principi di cui agli artt. 2 e 3 comma 2 della Costituzione.

Questo non vuol dire che lo Stato centrale deve fare tutto, ma vuol dire che è necessario riorganizzare il servizio sanitario istituendo delle particolari forme collaborazione sia con i soggetti istituzionali territoriali, sia anche con soggetti privati, caratterizzate da una cooperazione piena ed efficace, sotto l'occhio vigile dello Stato.

Ed in tal contesto che deve essere letto il principio di sussidiarietà: esso deve essere considerato un modo per "aiutare" il servizio sanitario a raggiungere i fini pubblici verso cui tende, e non un modo per i poteri pubblici di defilarsi dai compiti a cui sono istituzionalmente deputati.

Si è invece assistito, di fatto, ad una deresponsabilizzazione dello Stato che ha favoriti i particolarismi giuridici, ed in particolare l'avvento di strutture private che "lucrano" svolgendo attività di interesse pubblico, come quello di tutelare il bene salute.

La sussidiarietà deve essere vista, invece, come strumento in grado di completare la tutela che per ragioni pratica non può essere unicamente garantito dal livello centrale.

Questo non vuol dire sconfessare l'impostazione decentrata a cui è ormai volta il nostro sistema costituzionale, vuol dire soltanto che il decentramento deve essere riportato alla sua dimensione originaria.

Deve essere quindi visto come strumento in grado che prevede l'intervento dei poteri pubblici laddove è necessario per assicurare a tutti, ed in modo egualitario, un livello di tutela elevato per il bene salute.

Si tratta quindi un decentramento che ha come logica giustificatrice i principi fondamentali di solidarietà ed eguaglianza.

Per raggiungere tale risultato deve essere possibile l'intervento sostitutivo dello Stato quando a livello periferico i diritti non vengono adeguatamente tutelati.

Solo in tal modo si potrà ridare dignità ad un servizio sanitario che ha perso la retta via di perseguire i valori fondamentali riconosciuti nella nostra carta costituzionale.

Si deve a tal proposito richiamare l'attenzione sul modello europeo di gestione e protezione del diritto alla salute, il quale con meccanismi più rodati di ripartizione

delle competenze in modo sussidiario tra Unione e Stati Membri, sembra idoneo a realizzare una protezione più efficace del diritto alla salute²⁸⁰.

Infatti, seppur la tutela è rimessa alle singole legislazioni nazionali nel rispetto delle “linee guida” europee, la possibilità di intervento diretto e forte dell’Unione sembra essere la via da seguire per realizzare in modo pieno concreto ed efficace la tutela del diritto alla salute.

280 A. Lucarelli, *Art 35*, *cit.*

Capitolo III

Indice

3. La sussidiarietà: una nuova prospettiva alternativa liberal democratico o una conferma della forma di Stato sociale?

Premessa

Il principio di sussidiarietà viene indagato nella prima di questo capitolo sulla base di alcuni recenti interventi normativi.

In particolare, attraverso alcune norme del codice dei contratti pubblici, si intende verificare se sia o meno in corso una (o sia quanto meno rintracciabile una linea tendenziale di) trasformazione di fatto della forma di Stato sociale democratica accolta dalla Costituzione.

Al di là del mero dato normativo si cerca di cogliere l'essenza eminentemente sociale delle norme, quali strumenti che valorizzano la partecipazione democratica dei cittadini al perseguimento del benessere collettivo.

Inoltre si individuano i possibili meccanismi di intervento pubblico laddove l'eventuale deficit collaborativo tra pubblico e privato rischi di sfociare in una situazione di carenza di tutela per i diritti fondamentali.

In tal ottica si evidenzia che i principi di solidarietà ed uguaglianza costituiscono pur sempre il fine ultimo di tale interventi normativi, così che quei meccanismi di intervento sono mezzi di riequilibrio del sistema: il che consente di affermare che non vi è in atto una trasformazione della forma di stato.

Analogo metodo di indagine viene utilizzato nella seconda parte del capitolo, approfondendo il rapporto tra servizi pubblici e principio di concorrenza.

Si evidenzia, anche sulla scorta di alcune pronunzie giurisprudenziale, come quest'ultima, la concorrenza, non sia una regola inderogabile e che sua applicazione deve essere verificata caso per caso al fine non determinare un *vulnus* dei confronti dei diritti fondamentali dei cittadini.

Anche in questo caso, i principi di solidarietà ed uguaglianza costituiscono baluardi insormontabili che permettono di qualificare ancora la forma di stato come social-democratica²⁸¹.

²⁸¹ In tal senso si esprime A. Lucarelli, *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali*, cit.: Id, *Ancora sul diritto pubblico europeo dell'economia: la legislazione per principi e la legittimità comunitaria*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*,1,2011; Id. *Art 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale* in R. Bifulco, M. Cartabria, A. Celotto, (a cura di) *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2011.

Sezione Prima

La partecipazione dei cittadini nella gestione della “res publica”

1.1 Il ruolo dei privati nella dimensione pubblicistica: l'istituto della partecipazione

La sussidiarietà, nella sua relazione tra poteri pubblici e cittadini, può essere identificata come sintomo dei processi di trasformazione della forma di Stato, caratterizzata da un'impostazione bipolare fra pubblica amministrazione esclusiva erogatrice di servizi e il cittadino utente finale²⁸².

La concezione secondo cui la pubblica amministrazione vanta l'esclusività in tema di perseguimento di interessi generali, concezione basata su una tendenziale sfiducia nei confronti del singolo individuo, è stata messa in discussione da una parte della dottrina negli anni Settanta in considerazione del carattere poco efficiente in termini di risultati dell'azione amministrativa pubblica e della scarsa aderenza alla realtà fattuale²⁸³.

Quella concezione ha trovato smentita anche in una un risalente pronuncia della Corte Costituzionale del 1992, la quale evidenziò l'impatto positivo dei soggetti privati nella sfera di azione del campo dell'azione pubblica²⁸⁴.

²⁸² P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, cit. pp. 201 ss.

²⁸³ C. Millon-Delsol, *Il principio di sussidiarietà*, cit. pp. 50-51 fa curiosamente notare come questo sia un denominatore comune tanto al liberismo quanto al socialismo, le principali ideologie del Novecento successive alla II Guerra Mondiale; l'Autrice pone in luce come, in entrambi i casi, il cittadino sia visto come un freddo calcolatore di interessi individuali, tale per cui l'unico soggetto ad essere legittimato a perseguire scopi sovraindividuali è la pubblica amministrazione.

²⁸⁴ La sentenza n.75 del 1992 della Corte Costituzionale sul volontariato si esprime in questi termini: “Quale modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente presta personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità, il volontariato rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente.”

In un periodo in cui lo Stato era grande (e pressoché unico) protagonista in tutti i settori, ma in cui già iniziavano a vedersi i primi sintomi di una nuova prospettiva di esercizio dei poteri pubblici, la pronuncia ha una portata dirimpente: vi si afferma che il cittadino non deve essere soltanto un protagonista passivo della vita pubblica e la sua condizione non può essere limitata a ricevere le prestazioni dallo Stato, ma può e deve iniziare a ritagliarsi e a svolgere un ruolo attivo per favorire la realizzazione di interessi non solo personali, ma anche di carattere generale²⁸⁵.

In realtà, piuttosto che di novità assolute, si tratta di una prina coerente e adeguata valorizzazione di espliciti principi contenuti nella Costituzione, quello di solidarietà (art. 2) e quello di capacità contributiva (art. 53), che disvelano il fondamentale ed insostituibile ruolo del singolo all'interno della dimensione collettiva nel senso dell'assolvimento di determinati obblighi che, pur appartenendo alla sfera individuale dei rapporti tra cittadino e Stato, travalicano quei limiti e si proiettano nella dimensione sociale in quanto finalizzati alla stessa esistenza, oltre che allo sviluppo della società²⁸⁶.

Ne deriva un fondamentale riconoscimento del ruolo dei soggetti singoli alla realizzazione del benessere collettivo e di conseguenza l'idoneità dei soggetti privati a svolgere anche attività finalizzate al perseguimento di interessi pubblici.

Nel solco così delineato può agevolmente individuarsi una significativa serie di norme che hanno confermato la tendenza alla valorizzazione del ruolo attivo, soprattutto ma non solo partecipativo, dei cittadini all'interno del circuito giuridico e ai fini della corretta, coerente e adeguata azione amministrativa²⁸⁷.

²⁸⁵ Georg Jellinek aveva riconosciuto nell'autogoverno comunale e cittadino l'esercizio di un diritto, seppur derivato dallo Stato, evidenziando come l'idea moderna dello Stato, non possa prescindere dalla circostanza che tutte le associazioni pubbliche all'interno dello Stato si sentano come parti dello Stato, e che a fronte del medesimo non possano gloriarsi dei loro propri, inalienabili ed intangibili diritti di signoria. Si veda, in tal senso, G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1913, 3° ed., pp. 259 ss.

²⁸⁶ In tal prospettiva si può ricordare a E. Rossi, *Art. 2, cit.*, p. 55; nello stesso senso C. Cost. 409/1989 relativa agli obblighi di solidarietà sociale sanciti dagli artt. 53 e 53 Cost.

²⁸⁷ Sul ruolo partecipativo dei cittadini si rimanda a M. Della Morte, *Gli istituti di partecipazione nei nuovi Statuti regionali: l'iniziativa legislativa popolare*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Jovene, Napoli, 2008; Id., *Democrazia partecipativa e democrazia deliberativa: due nozioni a confronto*, in *Annali dell'Università del Molise*, 12, 2011.

Assai significative nel vigente panorama legislativo sono le disposizioni contenute nella legge 7 agosto del 1990, n. 241 ⁽²⁸⁸⁾, in cui si privilegia una gestione tendenzialmente condivisa della cosa pubblica, nel convincimento che il coinvolgimento leale, collaborativo e consapevole del privato costituisca uno strumento adeguato per poter conseguire e soddisfare nel migliore modo possibile gli interessi pubblici.

In particolare, accanto (ed oltre) agli artt. 7, 9²⁸⁹, 10²⁹⁰ e 10 bis²⁹¹, che disciplinano in generale la partecipazione attiva del cittadino (interessato e pregiudicato da un provvedimento che l'amministrazione deve adottare) al fine della corretta e "giusta" formazione della volontà dell'amministrazione di provvedere (in particolare attraverso la richiesta di accedere agli atti del procedimento, la formulazione di osservazioni e controdeduzioni), il tutto in una evidente dimensione pubblica e sociale dell'interesse individuale del cittadino (diritto di partecipazione cui corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di non sottrarsi a tali iniziative,

²⁸⁸ "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"

²⁸⁹ Art 9 legge 241 del 1990 Intervento nel procedimento: "*Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento*".

²⁹⁰ Art. 10 legge 241 del 1990, Diritti dei partecipanti al procedimento: "*I soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento*".

²⁹¹ Art. 10-bis legge 241 del 1990, Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza: "*Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione*".

consentendo l'accesso e valutando le osservazioni e controdeduzioni, se pertinenti), si staglia in modo emblematico la previsione dell'art 1, comma 1 ter²⁹² che regola la peculiare fattispecie dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, quale ipotesi tipica di estrinsecazione del principio di sussidiarietà.

La norma invero costituisce il fondamento a livello di legislazione ordinaria dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, locuzione che non si riferisce ad una modalità unitaria di organizzazione, rientrando al suo interno le ipotesi più varie²⁹³.

Si tratta in realtà di una norma snella che tuttavia fissa il principio, fondamentale, secondo cui quando l'attività di un privato costituisca esercizio di una funzione pubblica e sia perciò diretta alla realizzazione di un interesse (non soltanto generale ma) pubblico, essa è soggetta ad alcune regole di conformazione della sua organizzazione²⁹⁴, il cui parametro minimo è costituito dalle disposizioni cui sono tenute le pubbliche amministrazioni proprio ai sensi e per gli effetti della legge n. 241 del 1990 (livello minimo di garanzia).

La *ratio* di tale previsione è da individuare nel tentativo di evitare fughe dalle garanzie proprie del regime del diritto pubblico, evidenziando il fatto che non sia sufficiente sottoporre l'attività dei soggetti privati incaricati di funzioni pubbliche a regole, in tutto o in parte, coincidenti con quelle seguite dalle pubbliche amministrazioni, ma sia necessario anche disciplinarne l'organizzazione. Infatti, la

²⁹² Art 1 comma 1-ter” *I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge*”

²⁹³ Tanto che M.S.Giannini, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 686, sostenne che la locuzione ‘esercizio privato di pubbliche funzioni’ non esprimesse una nozione giuridica propria ma fosse solo una «espressione verbale per raccogliere un insieme di figure, moduli, formule, ecc., attinenti all'organizzazione amministrativa, in cui l'organizzazione medesima non è realizzata direttamente dall'ente pubblico titolare della funzione o del servizio». Il fondamentale studio di G.Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, estratto da V.E. Orlando (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, pt. III, Milano, 1920, trattava anche dei diritti e dei doveri politici (azione popolare e doveri collegati all'amministrazione della giustizia, per esempio), nonché di molte professioni. Una sistemazione recente individua tre categorie di soggetti privati esercenti pubbliche funzioni: quelli che esercitano potestà amministrative nell'ambito di procedimenti che si concludono con l'adozione di provvedimenti; quelli che sono tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente; quelli che esercitano potestà pubbliche di certazione, certificazione e altre funzioni autoritative.

²⁹⁴ I.Piazza, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in *P.A., Persone e amministrazione*, Urbino, 2, 2019, pp. 172 ss.

mera conformazione dell'attività smentirebbe la continuità tra organizzazione e attività nella realizzazione dei fini istituzionali di un ente e nella soddisfazione dei diritti dei cittadini²⁹⁵.

La preoccupazione di un "livello minimo di garanzia" dà conto del fatto che l'ingresso dei privati nella gestione della cosa pubblica non costituisce uno stravolgimento della forma di Stato sociale, ma è piuttosto la conseguenza della necessità di adeguare l'azione amministrativa anche ai nuovi assetti economici globali²⁹⁶.

Il soggetto privato non è più soltanto soggetto passivo rispetto ai pubblici poteri, ma protagonista attivo - e per certi versi insostituibile - per facilitare il raggiungimento degli interessi pubblici.

Tali osservazioni consentono di spostare l'indagine sulle modalità attuative del principio di sussidiarietà, analizzando proprio il fenomeno della partecipazione dei cittadini alla gestione degli interessi comuni ed in particolare quelle particolari forme previste dal Codice dei contratti pubblici, che espressamente disciplina gli interventi di sussidiarietà orizzontale²⁹⁷.

Ciò peraltro consente anche di apprezzare e verificare l'aspetto propriamente dinamico liberale che il principio di sussidiarietà può assumere; contemporaneamente si può anche verificare il rapporto tra sussidiarietà e forma di Stato ed evidenziare come, sebbene sia cambiato il ruolo dello Stato, ciò non abbia stravolto la forma di Stato delineata dalla Costituzione.

²⁹⁵ Nello specifico si legga G.Pastori, *Attività amministrativa e soggetti privati*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1785.

²⁹⁶ Si veda sul tema della partecipazione dei cittadini alla determinazione degli interessi pubblici S. Lieta, *Normazione sociale e ruolo del regolamento comunale per un sistema di produzione del diritto dal basso*, in *Federalismi.it*, 2, 2017, p. 5, in cui l'autore sostiene che "se dunque non sembra esserci alcun impedimento alla possibilità per l'ente locale di disciplinare forme di partecipazione ulteriori, attraverso cui la sovranità popolare possa trovare espressione, quel che invece si vuole porre come argomento di discussione è in che misura le pratiche partecipative non ancora formalizzate, spontanee, e che riprendono per certi versi i caratteri della consuetudine, possano rappresentare uno stimolo nel processo normativo locale. Quanto cioè tali pratiche possano, nel solco di un loro consolidamento di fatto, ricoprire un ruolo nella produzione normativa locale", ipotizzando quindi un ruolo attivo dei cittadini anche nel processo legislativo comunale al fine della redazione degli statuti comunali.

²⁹⁷ Sul ruolo della partecipazione dei cittadini alla cura degli interessi collettivi si legga E. Castorina, *Le formazioni sociali del Terzo Settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà*, in *Rivista Aic*, 3, 2020, pp. 353 ss.

L'indagine specifica parte dal presupposto che una delle possibili declinazioni del principio di sussidiarietà è quella concorrenziale: sussidiarietà starebbe a significare una sostanziale apertura al mercato in relazione ad una serie di attività di interesse generale rimesse all'azione di soggetti privati in virtù dell'impossibilità o dell'incapacità dei poteri pubblici di agire in modo efficiente per il raggiungimento di tali fini²⁹⁸.

Il rapporto tra sussidiarietà e mercato pone d'altra parte una serie di problemi legati al rispetto di alcuni principi fondamentali della Costituzionale, in particolare quelli fissati dagli articoli 2 (principio di solidarietà) e 3 (principio di uguaglianza)²⁹⁹.

Infatti, lasciare il campo a soggetti privati in relazione ad attività di interesse generale potrebbe pregiudicare la tutela e la fruizione di alcuni diritti fondamentali³⁰⁰.

1.2 La sussidiarietà orizzontale nel codice dei contratti pubblici: compromissione dello Stato Sociale?

Il Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) prevede alcuni peculiari istituti che costituiscono specifiche modalità attuative.

Innanzitutto viene in rilievo l'art. 189 rubricato espressamente "Interventi di sussidiarietà orizzontale"³⁰¹.

²⁹⁸ Nello specifico si pone il problema del ruolo assunto dal soggetto privato nello svolgimento delle attività che perseguono fini pubblici. In tal senso si veda S. Pellizzari, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali: i rapporti con l'organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, in B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013, pp. 151 ss.

²⁹⁹ Sul punto A. Lucarelli, *Costituzione e diritto pubblico dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*, in *Quale Stato*, 1, 2008.

³⁰⁰ Sul concetto di «inclusione» e quindi fruibilità per tutti dei diritti si rinvia alla riflessione di J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), trad. it., Milano, 1998, 15 ss.

³⁰¹ Art 189 d. lgs 50 del 2016: "Le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati, possono essere affidati in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di non

Esso stabilisce che le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere (con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo), ceduti al Comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati, possono essere affidate in gestione, con riguardo alla manutenzione, con prelazione ai cittadini residenti nel comprensorio oggetto di quelle convenzioni e su cui insistono i beni nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento.

A tal fine la norma prevede la necessità che i cittadini residenti costituiscano un consorzio che rappresenti almeno il 66% della proprietà dell'area oggetto di lottizzazione; il secondo comma aggiunge anche la possibilità di realizzare opere di

discriminazione, trasparenza e parità di trattamento. A tal fine i cittadini residenti costituiscono un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno il 66 per cento della proprietà della lottizzazione. Le regioni e i comuni possono prevedere incentivi alla gestione diretta delle aree e degli immobili di cui al presente comma da parte dei cittadini costituiti in consorzi anche mediante riduzione dei tributi propri.

2. Per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, ((indicandone i costi ed i mezzi)) di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, ((enti ed uffici interessati, fornendo)) prescrizioni ed assistenza. Gli enti locali possono predisporre apposito regolamento per disciplinare le attività ed i processi di cui al presente comma.

3. Decorsi due mesi dalla presentazione della proposta, la proposta stessa si intende respinta. Entro il medesimo termine l'ente locale può, con motivata delibera, disporre l'approvazione delle proposte formulate ai sensi del comma 2, regolando altresì le fasi essenziali del procedimento di realizzazione e i tempi di esecuzione. La realizzazione degli interventi di cui ai commi da 2 a 5 che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle disposizioni di legge vigenti. Si applicano in particolare le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.4. Le opere realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente competente.

5. La realizzazione delle opere di cui al comma 2 non può in ogni caso dare luogo ad oneri fiscali ed amministrativi a carico del gruppo attuatore, fatta eccezione per l'imposta sul valore aggiunto. Le spese per la formulazione delle proposte e la realizzazione delle opere sono, fino alla attuazione del federalismo fiscale, ammesse in detrazione dall'imposta sul reddito dei soggetti che le hanno sostenute, nella misura del 36 per cento, nel rispetto dei limiti di ammontare e delle modalità di cui all'articolo 1 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 e relativi provvedimenti di attuazione, e per il periodo di applicazione delle agevolazioni previste dal medesimo articolo 1. Successivamente, ne sarà prevista la detrazione dai tributi propri dell'ente competente.

6. Restano ferme le disposizioni recate dall'articolo 43, commi 1, 2, e 3 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, in materia di valorizzazione e incremento del patrimonio delle aree verdi urbane”.

interesse locale attraverso la costituzione di gruppi di cittadini e la presentazione di proposte operative di pronta realizzabilità all'ente locale territoriale.

La disposizione si sforza di coniugare gli interesse pubblici alla tutela e conservazioni di beni pubblici e quelli privati all'utilizzazione di quegli stessi beni in un prospettiva sociale, collettiva e culturale, secondo il criterio della vicinanza e della prossimità e perciò nell'ottica e secondo le previsioni dell'articolo 118, comma 4, della Costituzione.

E' infatti l'elemento di "prossimità", che lega beni pubblici e cittadini, a giustificare ed incentivare l'intervento dei cittadini: la loro "vicinanza" ai i beni da proteggere esalta la responsabilità della loro azione, che, sollecitata dall'interesse personale (a poter fruire per fini sociali, collettivi e culturali quegli ommobili) assicura e garantisce anche l'interesse pubblico generale alla conservazione e al corretto utilizzo funzionale dei beni stessi.

Si tratta, dunque, di un bilanciamento tra diritti e doveri, dove l'espletamento dei secondi, a fini eminenti sociali, consente la realizzazioni dei primi.

L'istituto inverte il tradizionale rapporto discendente tra pubblica amministrazione (cui spetta la cura, la conservazione e l'utilizzazione del bene) e cittadino (cui è concesso la sola utilizzazione), assegnando al consorzio dei cittadini (con una già evidente dimensione pubblica e quindi non meramente privatistica) non solo la mera utilizzazione ma la scelta di fissare l'utilizzazione del bene in funzione sociale e attribuendo alla pubblica amministrazione un compito di verifica della congruità e dell'adeguatezza delle scelte dei privati e di controllo, poi, sull'effettivo conseguimento dei fini proposti.

Si tratta di un istituto che può essere ricompreso tra i "partenariati sociali", definizione che individua quei tipi particolari di contratti di partenariato che hanno ad oggetto un'attività che deve essere finalizzata al perseguimento di una utilità sociale per la collettività territoriale di riferimento.³⁰²

³⁰² Per una lettura più approfondita del partenariato sociale si veda R. De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018; M.V. Ferroni, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, n. 3, 2017.

La peculiarità di tali contratti consiste sostanzialmente nella mancanza in capo ai privati del rischio operativo, elemento che invece caratterizza i normali contratti di partenariato: in considerazione della finalità sociale del suo intervento, il privato affidatario non corre alcun rischio di carattere economico, ma ottiene eventualmente vantaggi di carattere fiscale per indirizzare la propria attività verso l'interesse generale della collettività di riferimento³⁰³.

Come detto l'intima *ratio* dell'istituto è di garantire ai cittadini di determinate aree la possibilità di prendersi carico della cura e della tutela di alcuni beni al fine di garantirne un utilizzo di carattere generale e collettivo: si è di fronte ad una correlazione stretta tra quella che è l'essenza propria del principio di sussidiarietà, libertà dei cittadini di compiere determinate azioni, e quella del principio di solidarietà, dovere di compiere attività non per soddisfare interessi generali personali ma per soddisfare interessi collettivi³⁰⁴.

E' agevole osservare che la previsione in esame non stravolge, né mette in dubbio, la forma di Stato emergente dalla Costituzione: il potere pubblico non è esautorato dall'intervento del privato perché al contrario il suo intervento in un certo senso si trasforma, assume una funzione ed una dimensione dinamica e non più meramente statica, e nel rapporto con il privato si sposta dal momento iniziale, tradizionale e omnicomprensiva della scelta della cura e delle modalità della cura e dell'attuazione dell'interesse pubblico al momento successivo del controllo della congruità del progetto funzionale del privato e alla verifica della corrispondenza tra obiettivi dichiarati e quelli conseguiti.

Si è di fronte a strumenti che vedono una partecipazione diretta e democratica dei cittadini che concorrono alla tutela di interessi della collettività.

³⁰³Per rischio operativo (ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. zz) del d. lgs 50/2016, si intende il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi. In particolare, si considera che l'operatore economico assuma il c.d. "rischio operativo" nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto.

³⁰⁴Si tratta di una forma particolare di solidarietà definibile come solidarietà orizzontale che riguarda il rapporto tra cittadini e non tra potere e cittadini: per un approfondimento si veda A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, pp. 11 ss; S. Giubbioni, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 2012, pp. 527 ss.

E' certamente un modo diverso di intendere il rapporto tra cittadino e Stato, tra autorità e libertà: in questa visione i cittadini, anche in forma associativa, devono essere i protagonisti della vita delle loro comunità e protagonisti soprattutto della tutela e della fruizione di una serie di beni e servizi.

Si è ovviamente lontani dalla forma classica dello Stato Sociale che consente con un intervento forte e necessario la fruizione e la garanzia di determinati diritti, accentrando su di sé compiti e responsabilità per assicurare in maniera piena ed effettiva la tutela di questi diritti; ma al tempo stesso non si può certo dire che l'organizzazione dei rapporti tra Stato e cittadino sia completamente cambiata, perché nel momento in cui i cittadini da soli non riescono a garantire e realizzare il servizio a cui sono deputati, residua sempre il dovere di intervento del potere pubblico.

Si può notare bene come questa impostazione, legata alla logica della sussidiarietà orizzontale, rispecchia quella che una parte della dottrina denomina solidarietà orizzontale³⁰⁵: sono i cittadini ad essere protagonisti all'interno delle loro comunità e che si attivano al fine di garantire la fruizione di determinati beni.

Questa analogia tra sussidiarietà orizzontale e solidarietà orizzontale può essere la chiave di lettura per sostenere e confermare che forma di Stato che non è cambiata, ma si è soltanto evoluta in ragione delle nuove esigenze. In tale prospettiva deve infatti tenersi conto che in un periodo di grandi crisi economiche e di grandi vincoli imposti alle attività finanziate da soggetti pubblici, il ruolo del cittadino diventa fondamentale: la libertà individuale, che è propria della sussidiarietà, si salda al principio di solidarietà al fine di garantire una tutela degli interessi generali che lo Stato, e il potere pubblico in generale, è oggettivamente impossibilitato ad assolvere da solo.

1.3 La partecipazione dei “privati” nella gestione della cosa pubblica analizzata attraverso il baratto amministrativo

³⁰⁵ Sul punto si veda F. Giuffrè, *I doveri costituzionali: solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso B. Luther (a cura di) *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, in *Quaderni del Gruppo di Pisa*, Atti del Convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006.

Nella stessa scia si colloca l'istituto del "baratto amministrativo"³⁰⁶, pure disciplinato dal Codice dei Contratti Pubblici all'art. 190.

Con il termine baratto amministrativo si intende la creazione, con apposite delibere da parte degli enti territoriali, di contratti di partenariato sociale sulla base di progetti presentati da singoli cittadini associati relativamente ad un determinato ambito territoriale³⁰⁷.

Oggetto di tali contratti possono essere la manutenzione, la pulizia, l'abbellimento di aree verdi, piazze e strade o la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere. In relazione alla tipologia degli interventi gli enti territoriali individuano una serie di esenzioni di carattere fiscale per l'attività svolta dal privato o dall'associazione di riferimento, o comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica del recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa.

Il baratto amministrativo non è una novità del nostro ordinamento, in quanto era già conosciuto in ambito tributario.

In particolare è stato per la prima volta previsto dall'art. 24, d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. "Sblocca Italia"), convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164. Era stabilito che, a fronte di iniziative assunte dai cittadini, singoli o associati, per la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano (si trattava soprattutto di interventi di pulizia, manutenzione, abbellimento di aree verdi, piazze, strade ovvero di interventi di decoro urbano, di recupero e riuso, con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati) i comuni potessero assicurare agevolazioni o esenzioni di natura fiscale.

³⁰⁶ Art 190 d. lgs. 50 del 2016: "Gli enti territoriali possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa".

³⁰⁷ Per un approfondimento si veda R. De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, op. cit., p 5.

In effetti gli amministratori locali hanno dimostrato di apprezzare molto questa pratica e ne hanno ristretto l'ambito di applicazione soggettivo ai cittadini gravati da un debito fiscale.³⁰⁸

In questo modo gli enti locali hanno utilizzato il baratto amministrativo per sostenere chi è in debito con essi e non riesce a onorare gli obblighi. In questa declinazione il baratto amministrativo si configura quale strumento di sostegno sociale, rivolto a quei cittadini che si trovano in oggettive difficoltà nell'adempimento dei propri doveri di contribuenti. Il baratto amministrativo offre al cittadino la scelta tra onorare il proprio debito fiscale nei modi e nelle forme ordinarie previste dalla legge oppure di scambiarlo con attività positive da esercitare a favore della comunità che consentono l'applicazione di uno sconto o, addirittura, l'annullamento del debito fiscale³⁰⁹.

Anche tale forma di sussidiarietà orizzontale non modifica o trasforma la forma di Stato; è decisivo rilevare in tal senso l'espressa finalità dell'istituto "di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini" che lo qualifica e lo caratterizza quale peculiare forma di cooperazione tra cittadini e potere pubblici per il perseguimento di interessi generali, così declinando in maniera perfetta il rapporto sussistente tra solidarietà e sussidiarietà.

Infatti, da un lato si lascia libero spazio alla libertà dei cittadini di agire sulla base di contratti di partenariati o sociale al fine di tutelare interessi generali, allo stesso tempo, però, si valorizza il predominante fine sociale di tale intervento.

Non siamo di fronte ad una deresponsabilizzazione dello Stato nella determinazione dei compiti propri, ma piuttosto ad un passo indietro del potere pubblico che cede spazio ai privati per consentire l'estrinsecazione di un dovere del cittadino di curare fini sociali³¹⁰.

E' certamente di rilievo la posizione defilata e subordinata che assumono lo Stato e il potere pubblico rispetto ad interessi di carattere generale: ma, come si è detto, la tendenza verso uno Stato di tipo regolatore che lascia l'iniziativa di privati è

³⁰⁸ In questa prospettiva si legga F. Giglioni, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di scienze dell'Amministrazione*, 3, 2016, p. 3.

³⁰⁹ F. Giglioni, *op. cit.* p 6.

³¹⁰ Per un approfondimento si legga F. Giglioni, *Verso un sistema chiamato Amministrazione condivisa*, in *www.labsus.org*, 8 luglio 2019.

sostanzialmente dovuta al periodo di crisi economica e all'impossibilità di reperire le necessarie risorse finanziarie.

E' interessante notare che la previsione e la disciplina del baratto amministrativo manifestano la volontà dello Stato e del potere pubblico di favorire in qualsiasi modo quelle attività che non solo rischierebbero di non poter essere svolte, ma soprattutto priverebbero i cittadini del godimento di ben determinate e specifiche aree³¹¹.

In questa prospettiva il "baratto amministrativo" è un istituto *sui generis*, ma che risponde pienamente ad una modalità di gestione condivisa della cosa pubblica³¹², che affonda le sue radici nella legge 7 agosto 1990, n. 241 e nella sua successiva evoluzione.

E' agevole osservare infatti che proprio la regolamentazione del procedimento amministrativo costituisce la più limpida espressione dell'esercizio del potere pubblico secondo una gestione "collaborativa della cosa pubblica"³¹³.

Con tale espressione si vuole intendere una dialettica costante e continua tra soggetti privati e pubblica amministrazione che risponde a due obiettivi irrinunciabili: il perseguimento dell'interesse pubblico e la leale collaborazione tra

³¹¹ In senso favorevole al baratto amministrativo si legga G. Arena, *La sussidiarietà nello Sbocca Italia*, in www.labsus.org, 11 gennaio 2014 che afferma: "E' interessante che a livello governativo abbiano pensato alla possibilità di riconoscere il fatto che i cittadini non sono supplenti del pubblico, ma alleati e che la loro attività introduca delle risorse nel sistema. L'alleato combatte insieme ed è fondamentale che in questa battaglia contro la complessità del mondo in cui viviamo e la scarsità di risorse, cittadini e amministrazioni siano alleati. Spero sia l'inizio di un atteggiamento diverso nei confronti dei cittadini attivi".

³¹² Deve evidenziarsi che però parte della dottrina ritiene che il baratto amministrativo non sia uno strumento di cogestione della cosa pubblica in quanto si caratterizza per una posizione asimmetrica tra amministrazione e cittadini. In particolare F. Giglioni, *Le ragioni per dire no al "baratto amministrativo"* in www.labsus.org, 16 dicembre 2015 si esprime così: "Il "baratto amministrativo", a tacere di ogni dubbio di legittimità, non ha nulla a che vedere con l'amministrazione condivisa. Si innesta su rapporti giuridici che sono asimmetrici, con una parte che esige e l'altra che è obbligata senza alcun accordo liberamente costituito, non crea fiducia sociale ma solo dipendenza e subalternità".

³¹³ Si possono ricordare a titolo esemplificativo gli artt. 7,9,10bis,11, della legge 241 del 1990 che in modi a forme diverse consentono la partecipazioni dei privati interessati nel procedimento amministrativo al fine di pervenire ad una statuizione finale che sia priva di vizi ed allo stesso tempo sia espressione dei principi di buon andamento ed imparzialità sanciti dall'art 97 della Cost; sul punto si legga F. Giglioni, S. Lariccia, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Encl. Dir.*, 2000, pp. 900 ss, in cui si evidenzia che il termine partecipazione esprime il senso di condivisione della cosa pubblici tra soggetti pubblici e privati.

i soggetti coinvolti per il raggiungimento del miglior risultato possibile nel minor tempo possibile.

Tale evoluzione, impensabile in passato, dove il potere pubblico si imponeva in modo autoritativo e dall'alto ai privati³¹⁴, apre la strada ad un ruolo attivo dei cittadini nella determinazione in concreto della cura degli interessi pubblici, in un'ottica di solidarietà orizzontale, intesa come dovere di agire per perseguire interessi non personali, ma collettivi.

Se queste sono le prospettive della sussidiarietà orizzontale come forma di solidarietà sociale, allora non c'è modo di sostenere che sia in atto una trasformazione implicita della forma di Stato.

La forma di Stato resta ricompresa all'interno della "famiglia" liberal-democratica, così come si intuisce implicitamente dall'articolo 139 della Costituzione, e dagli altri principi fondamentali, che proprio per il loro essere principi si modellano per la realizzazione in concreto i diritti fondamentali attraverso una collaborazione ed un'azione positiva di tutti i cittadini³¹⁵.

1.4 Cessione di immobili in cambio di opere

Altro istituto, analogo ai due precedenti di cui si è parlato, è la "Cessione di immobili in cambio di opere" prevista dall'articolo 191 del Codice dei Contratti Pubblici³¹⁶.

³¹⁴ Sul tema delle modalità tipiche di imposizione del potere da parte dell'amministrazione si veda M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 56 ss.

³¹⁵ Così A. Ferrara, *Il principio di sussidiarietà come criterio guida della riforma del regionalismo e del Welfare State*, cit, p. 3.

³¹⁶ Art 191 d. lgs n. 50 del 2016 : Il bando di gara può prevedere a titolo di corrispettivo, totale o parziale, il trasferimento all'affidatario ((o, qualora l'affidatario vi abbia interesse, a soggetto terzo da questo indicato, purché in possesso dei prescritti requisiti di cui all'articolo 80,)) della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture e che non assolvono più, secondo motivata valutazione della amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, funzioni di pubblico interesse.2. Possono formare oggetto di trasferimento anche i beni immobili già inclusi in programmi di dismissione, purché prima della pubblicazione del bando o avviso per l'alienazione, ovvero se la procedura di dismissione ha avuto esito negativo.((2-bis. Il valore dei beni immobili da trasferire a seguito della procedura di gara è stabilito dal RUP sulla base del valore di mercato determinato tramite i competenti uffici titolari dei beni immobili oggetto di trasferimento.))3. Il bando di gara può prevedere che il trasferimento della proprietà dell'immobile e la conseguente immissione in possesso dello stesso avvengano in un momento anteriore a quello dell'ultimazione dei lavori, ((previa presentazione di idonea garanzia fidejussoria)) per un valore pari al valore dell'immobile

La norma consente ad un'amministrazione pubblica di aggiudicare, tramite una gara pubblica, un proprio bene immobile (che non assolve più, secondo una motivata valutazione della stessa amministrazione, a funzioni di pubblico interesse) ad un privato a titolo di corrispettivo per servizi e forniture a presidio di funzioni di pubblico interesse.

Sebbene anche in questo caso, come nei precedenti, il filo conduttore della previsione legislativa è il carattere sociale dell'istituto e la solidarietà sociale che lo ispira, si può tuttavia scorgere un significativo tratto caratterizzante costituito dalla circostanza che l'affidamento del bene immobile come corrispettivo per il servizio e l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica presuppongono che chi svolge il servizio sia un soggetto imprenditoriale, la cui attività è finalizzata anche a ricavare utili dal servizio³¹⁷.

In tale peculiare prospettiva emerge con maggiore rilievo, rispetto alle ipotesi precedenti, il carattere di libertà che sottende il principio di sussidiarietà: infatti, è tramite lo svolgimento di questa attività, seppur di carattere imprenditoriale, che il legislatore comprende l'impossibilità dello svolgimento di un servizio da parte dei poteri pubblici e lo affida ad un privato³¹⁸.

Il soggetto privato da un lato è "favorito" con l'affidamento del servizio e dall'altro è incentivato attraverso lo stesso affidamento, con il bene che diventa elemento strumentale per lo svolgimento del servizio: non solo interesse del privato e interesse dell'amministrazione pubblica si fondono, ma questa fusione consente la "giusta" coesistenza e la realizzazione degli interessi economici (del privato) e degli obiettivi sociali e solidaristici dell'ente pubblico.

medesimo. La garanzia fideiussoria, ((rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 93, comma 3)), prevede espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2 del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. La fideiussione è progressivamente svincolata con le modalità previste con riferimento alla cauzione definitiva.

³¹⁷L'obbligo di porre in essere una procedura "selettiva" per l'affidamento dei servizi di carattere sociale emerge dal d. lgs n. 50 del 2015, parte II del codice – artt. da 140 a 143 – secondo il quale l'affidamento di tali servizi è inserito tra i particolari regimi di appalto. Più dettagliatamente, si prevede un regime alleggerito e uno a concorrenza riservata.

³¹⁸Si veda sul punto G. F. Cartei, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 3 -4, p. 627.

In questo senso si realizzano le caratteristiche tipiche della sussidiarietà e della solidarietà: interventi di soggetti privati per lo svolgimento di funzioni di pubblico interesse.

E' questa tuttavia una situazione potenziamente idonea a mettere in crisi (o a esporre a pericolo) i valori tipici della forma di Stato democratico-sociale in quanto lo svolgimento dell'attività da parte di un soggetto privato è prevalentemente finalizzata al perseguimento di un risultato di carattere economico.

In particolare, ciò potrebbe creare un *vulnus* alla solidarietà che è, come ampiamente evidenziato, il presupposto di partenza per cui il servizio viene affidato ad un soggetto privato³¹⁹.

Si potrebbe infatti determinare un'arbitraria limitazione del servizio e quindi di conseguenza una fruizione non totale, ma parziale e non egualitaria rispetto a tutti i cittadini, in quanto il servizio stesso ha un costo e il soggetto privato che lo gestisce potrebbe non renderlo accessibile a tutti³²⁰.

In realtà, si può sostenere che in tale prospettiva sicuramente per il soggetto privato sarà privilegiato l'aspetto economico, ma al tempo stesso si deve evidenziare che il perseguimento di funzioni sociali e di pubblico interesse costituiscono il contraltare per il raggiungimento dell'interesse pubblico che lo Stato evidentemente da solo non riesce a perseguire.

Ad ogni modo, per non pregiudicare *in toto* i diritti dei fruitori del servizio possono individuarsi una serie di strumenti che riequilibrano la legalità violata, legalità che è sempre posta al perseguimento del pubblico interesse, come per esempio la revoca dell'affidamento oppure l'annullamento d'ufficio.

Si tratta di istituti che, nella logica del rispetto e del ripristino dei principi di legalità e di proporzionalità dell'azione amministrativa (fissati dall'art. 97 della Costituzione), consentono, seppur in presenza di determinati presupposti da accertare e valutare in modo restrittivo ed in rapporto all'altro fondamentale principio dell'affidamento incolpevole del privato, alla pubblica amministrazione

³¹⁹ Si rimanda a D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 3, 2018.

³²⁰ A. Gualdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 12, 2018.

di intervenire, anche dopo l'affidamento, per ripristinare la legalità e riaffidare il servizio ad un soggetto che sia in grado effettivamente di perseguire l'interesse pubblico.

Emblematico di tale doveroso esercizio del potere di ripensamento è revoca disciplinata dall'art. 21 *quinques*³²¹ della legge n. 241 del 1990.

E' espressamente consentito (primo comma) alla pubblica amministrazione di revocare il proprio provvedimento per sopravvenuti motivi di interesse pubblico oppure nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento del provvedimento ovvero o di nuova valutazione valutazione dell'interesse pubblico originario³²².

Fermo restando la necessità dell'interpretazione rigida di tali previsioni particolare e dell'attento e approfondito accertamento dei presupposti di fatto, emerge la tendenziale volontà del legislatore secondo cui laddove l'interesse generale diventi subordinato ad interessi particolari, che non rendono in concreto fruibili a tutti i servizi o le utilità (promesse o ragionevolmente individuare), il potere pubblico può e/o deve intervenire al fine di ripristinare la legalità non solo e non tanto sotto il mero profilo formalistico, quanto piuttosto e soprattutto in senso sostanziale, per assicurare e garantire che l'attività amministrativa sia sempre effettivamente e finalisticamente orientata al perseguimento di interessi pubblici, dando così

³²¹ Art 21 *quinques*, comma 1, l. 241 del 1990: "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

³²² L'art. 21 *quinquies* L. 7 agosto 1990 n. 241 ha accolto una nozione ampia di revoca del provvedimento amministrativo, prevedendo tre presupposti alternativi, che ne legittimano l'adozione: a) per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) per mutamento della situazione di fatto; c) per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, con la conseguenza che tale misura è quindi, possibile non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. *jus poenitendi*); pertanto, il soggetto che direttamente subisca un pregiudizio dalla revoca ha titolo ad un indennizzo sempre che sia legittimo il provvedimento (si verte cioè in materia di responsabilità della P.A. per atti legittimi), poiché nel diverso caso di revoca illegittima subentrerebbe eventualmente il diritto al risarcimento del danno. Per un approfondimento si veda Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 4616 del 11 luglio 2012.

doverosa applicazione in concreto ai principi di eguaglianza sostanziale e solidarietà.

Si può notare come il cerchio si chiude: se da un lato lo Stato affida al privato un servizio per perseguire il pubblico interesse, dall'altro può intervenire in un momento successivo con un'attività *latu sensu* sanzionatoria sottraendo quel servizio a quello stesso privato, originariamente affidatario, che non è stato in grado di svolgerlo nel rispetto dei principi di solidarietà ed uguaglianza.

Si coglie come, quindi, anche all'interno dell'azione amministrativa di stampo sussidiario, ovvero lasciata alla libertà dei privati, il potere pubblico trova sempre un significativo spazio di intervento nel momento in cui l'interesse pubblico rischia di essere prevaricato dagli interessi privati e i diritti fondamentali rischiano di essere lesi a favore di logiche prettamente economiche.

Il che conferma come anche l'istituto in esame non determini alcuna deriva liberale e che la forma di Stato democratico sociale continua ad essere quella accolta dalla nostra carta costituzionale: infatti, seppure in un momento successivo, i pubblici poteri trovano il loro spazio di azione in forma sussidiaria laddove il loro intervento risulta essere necessario per garantire il buon andamento dell'amministrazione, la legalità dell'azione amministrativa e soprattutto la tutela piena ed effettiva dei principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà.

1.5. Osservazioni parziali

La previsione espressa di forme di collaborazione tra soggetti pubblici e soggetti privati nel Codice dei Contratti pubblici, pur prevedendo un ruolo centrale dei soggetti non istituzionali al perseguimento degli interessi pubblici, non sembra determinare uno stravolgimento di fatto della forma di Stato, così come delineata dai principi fondamentali della Costituzione.

Quelle peculiari forme di collaborazione tra pubblico e privato sono piuttosto significative di un nuovo paradigma dei rapporti tra Stato e cittadini.

Il potere pubblico, che tradizionalmente si impone autoritativamente alla collettività, cerca di coinvolgere i corpi sociali nella gestione della cosa pubblica³²³.

³²³ Per un approfondimento sul tema si rimanda a B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, 2020, pp 110 ss.

Tale nuova organizzazione dei rapporti trova giustificazione e fondamento essenzialmente nella scarsità di risorse a disposizione delle amministrazioni pubbliche, anche per la previsione di stringenti vincoli di bilancio che attanagliano la spesa pubblica.

La doverosità dell'azione dei poteri pubblici a tutela e garanzia di una serie di diritti (sociali) che necessitano di intervento diretto e significativo proprio del potere pubblico³²⁴ ha stimolato la genesi e la previsione di forme di partenariato sociale che, se da un lato manifestano straordinarie potenzialità, come espressione di una leale collaborazione per la determinazione di forme di benessere collettivo, dall'altro non possono dar vita ad un indiscriminato passaggio di compiti e funzioni ai privati per il perseguimento di interessi generali³²⁵.

I pubblici poteri conservano, seppur in forme e modalità diverse, un ampio margine di intervento per riequilibrare e perseguire l'interesse pubblico.

Tali forme di intervento assumono carattere sussidiario e si collocano in un momento cronologicamente successivo allo spazio di azione lasciato ai cittadini.

Questa nuova e particolare organizzazione dell'esercizio dei pubblici poteri non impatta con la forma di Stato, ma, come si è visto, ne delinea soltanto una modalità diversa di intervento.

L'intervento dello Stato, attraverso le varie articolazioni territoriali, si modella plasticamente a seconda delle specifiche esigenze, ma resta un dato costante e coerente rispetto al perseguimento del fine pubblico.

Infatti, seppur in un momento successivo si individuano spazi di intervento che sono gli elementi imprescindibili per continuare a qualificare il nostro stato come stato democratico sociale.

³²⁴ Sull'importanza del potere pubblico per la tutela dei diritti A. Lucarelli, *La democrazia dei beni*, cit. p. 10 ss.

³²⁵ Sul punto E. Castorina, *Le formazioni sociali del Terzo Settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà*, cit., p. 357 afferma che si tratta di un "nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici" nella realizzazione dell'interesse generale.

Sezione Secoda

Lo Stato nell'economia

2. Il ruolo dei poteri pubblici nell'economia: una prospettiva privilegiata data dall'art 43 della Cost. e lettura costituzionalmente orientata

Un altro fondamentale punto di snodo dei rapporti tra autorità e libertà e della declinazione della forma di Stato è costituito dall'art. 43 della Costituzione³²⁶.

Esso infatti consente di confrontare e di analizzare il ruolo dello Stato all'interno del circuito economico e di comprendere fino a che punto i pubblici poteri trovino uno spazio di intervento e quando invece debbano lasciare spazio alla libera iniziativa dei privati.

E' da premettere che un'indagine attorno all'art. 43 risulta essere abbastanza complessa perché vengono coinvolte altre norme e principi costituzionali, come l'art 41, riguardo alla libertà di iniziativa economica, e l'art.118, quale estrinsecazione costituzionale del principio di concorrenza.

In primo luogo si deve sottolineare che l'art 43, nella sua impostazione tradizionale, tendeva a configurare un modello economico in cui lo Stato regolava la produzione e la produzione dei settori strategici dell'economia, che in parte gestiva direttamente ed in parte lasciava ai privati.

La formulazione della norma in sede di Assemblea Costituente risulta essere espressione della volontà di attribuire allo Stato un ruolo da protagonista nell'ambito delle attività produttive: veniva delineato un sistema economico ispirato alle ragioni di solidarietà, di uguaglianza e delle pari opportunità, nel quale i diritti sociali assurgevano a veri e propri diritti fondamentali³²⁷.

³²⁶ L'art 43 della Costituzione così recita: "A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale."

³²⁷ In tal senso si esprime A. Lucarelli, *Art 43*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006 ora in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, p. 3.

In tale prospettiva è particolarmente significativo il carattere del “preminente interesse generale³²⁸” che debbono possedere i pubblici servizi ovvero le fonti di energia o le situazioni di energia per giustificarne la riserva originaria o successiva (mediante espropriazione) in favore dei poteri pubblici (Stato, enti pubblici o comunità di lavoratori o di utenti): tale carattere manifesta tutta la portata “sociale” dell’art. 43 perché esprime la necessità dell’intervento dello Stato ai fini della socializzazione delle attività imprenditoriali.

E’ delineato così un modello economico in cui sono favorivate riserve di imprese e di appropriazione pubbliche di singole imprese nelle forme di nazionalizzazione, statizzazione o socializzazione, quando queste forme risultava essere l’unico ragionevole modo per realizzare l’interesse generale³²⁹.

Il modello di Stato che emerge è fortemente orientato ad un penetrante e vasto intervento dei pubblici poteri, intervento che costituisce in realtà uno strumento di riequilibrio del sistema, un intervento sussidiario del potere pubblico nei confronti del diritto di iniziativa economica privata attraverso un’avocazione alla mano pubblica nelle forme della nazionalizzazione, statizzazione o socializzazione di determinate attività che non sia possibile svolgere in maniera conforme all’interesse generale³³⁰.

In tal senso l’art. 43 contiene in sé ed anzi incarna esso stesso il senso della sussidiarietà tipica della forma di Stato sociale: infatti, se i pubblici poteri devono essere esercitati per consentire alla collettività di fruire di una serie di servizi e benefici collettivi, lo Stato ha il dovere di intervenire quando tali servizi e benefici rischiano di non essere garantiti a tutti i cittadini.

I principi contenuti negli artt. 41 e 43 della Costituzione non possono che muoversi, nella logica del costituente, secondo una logica di coordinamento e di contrappeso,

³²⁸ La nozione ha radici nella cameralistica e negli studi ottocenteschi di economisti eurocontinentali che, contrapponendosi alla scuola liberista inglese, avevano sostenuto la necessità di sistemi organici di imprese promossi dallo Stato: al suo vasto ambito si riconducono le imprese pubbliche, le imprese cooperative e le imprese di associazioni di lavoratori e utenti. In particolare, si legga M. S. Giannini in *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 97 in cui l’autore non riconosce validità giuridica né alla nozione generale né a quella più particolare di impresa pubblica e parla di "connotazione puramente morfologica delle imprese del settore pubblico".

³²⁹ A. Lucarelli, *Art 43, cit.*, p. 5.

³³⁰ A. Lucarelli, *Art 43, cit.*, p. 6.

in funzione di un continuo e necessario bilanciamento tra libertà di iniziativa economica e perseguimento di interessi generali per ricercare continuamente il giusto punto di equilibrio, necessario per il corretto sviluppo sociale della comunità.

Ma allo stesso tempo si deve interpretare il rapporto sussistente tra l' art.43 e la sussidiarietà nell'impostazione tradizionale della norma: il pubblico potere interviene, anche in un momento successivo, quando è necessario preservare il preminente interesse generale.

Attraverso l'interesse generale si perseguono fini solidaristici ed egualitari che sono sottesi alla *ratio* dell'art 43, tutti insieme espressione della forma di Stato sociale.

2.1 Lo Stato nell'economia, da interventore a regolatore: l'impatto sulla forma di Stato.

Il contenuto dell'art. 43 permette di individuare almeno due diverse declinazioni del ruolo dello Stato all'interno del circuito economico.

Secondo una prima impostazione si delinea lo Stato che interviene in modo diretto nell'economia: si parla, a tal proposito di stato imprenditore³³¹.

Con tale espressione si indica la partecipazione diretta dello Stato nel circuito economico attraverso enti di carattere pubblico, con un massiccio investito di risorse pubbliche allo scopo di produrre bene e servizi e allo stesso assicurare la fruizione degli stessi a tutti i cittadini in applicazione concreta del principio di uguaglianza formale³³².

L'assunzione da parte dei pubblici poteri del ruolo di operatore economico comporta da un lato che esso è sottoposto al rispetto delle regole proprie cui sono sottoposti gli operatori economici privati, sì da non ledere quel valore, strumentale rispetto alla garanzia di libertà dell'iniziativa economica, che è rappresentato dal mercato

³³¹ Con tale espressione si configurava un sistema imprenditoriale incentrato su di un nucleo di istituzioni finanziarie pubbliche gestite con criteri privatistici volte a stabilire un canale diretto fra risparmio nazionale e investimenti industriali, dotate di grande autonomia organizzativa. In tal senso si veda S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed Enti di gestione*, Milano, 1962; E. Cianci, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 2009. Mursia, 2009.

³³² Si veda anche A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, in *Federalismi.it*, 18, 2018, pp. 3 ss.

tendenzialmente concorrenziale; dall'altro, tale intervento pubblico nei settori produttivi può aver luogo soltanto in quanto risulti essere del tutto assente o comunque insufficiente l'iniziativa privata ovvero ancora quando sussistano obiettivi socialmente rilevanti che l'ente pubblico non possa soddisfare dall'esterno, regolando, indirizzando e controllando l'attività economica privata³³³.

Questa impostazione è nel tempo mutata a causa di molteplici fattori³³⁴ che hanno determinato un arretramento della posizione dei poteri pubblici e di conseguenza un maggior spazio all'autonomia dei privati, valorizzando l'art 41 della Costituzione ed il principio del libero mercato³³⁵.

Storicamente il fenomeno delle privatizzazioni trova origine agli inizi del 1900 sia a causa della crisi della finanza pubblica, sia per condurre a dimensioni più limitate le imprese pubbliche, e si è articolato lungo tre direttrici: la soppressione di imprese pubbliche -organo e l'attribuzione delle relative attività a società per azioni; la trasformazione di imprese pubbliche-ente in società per azioni; la trasformazione di imprese pubbliche organo in imprese pubbliche-ente, con previsione di successive trasformazioni in società per azioni³³⁶.

Non va dimenticato l'apporto dato a tale fenomeno dalla scuola Ordoliberal, che mirava a contemperare il modello liberare, fondato sul principio del libero mercato e su un ruolo assolutamente defilato dello Stato nell'economia, ed il modello sociale, basato sulla centralità dello Stato anche all'interno del circuito economico³³⁷.

³³³ In tal senso si esprime R. Garofoli, *Costituzione economica, trasformazioni in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in *giur. cost.*, 6, 1996, pp. 3889 ss.

³³⁴ In particolare possono ricordarsi quali elementi fondanti la crisi dello Stato Sociale, e quindi in generale della crisi dell'apporto del potere pubblico in campo economico, almeno cinque fattori: L'alto costo del Welfare; la crescita delle aspettative in relazione ai servizi offerti, La questione morale; La mobilità territoriale; Cambiamenti demo-economici. Sul punto P. Donati, *Il welfare del XXI secolo: perché e come inventarlo*, in *Lo Stato sociale in Italia*, pp. 39-49.

³³⁵ Per una approfondita analisi dei rapporti tra stato e mercato si veda S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, p. 378 e ss.

³³⁶ Per un'analisi più approfondita delle categorie delle privatizzazione si veda S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1999, pp. 99 ss.

³³⁷ Sul tema A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, cit; Id, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in E. Castorina, A. Lucarelli e D. Mone (a cura di), *Il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 1, 2016; , Id, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Cantaro (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico*

Secondo le teorie Ordoliberali la regola del libero mercato non costituisce una regola assoluta ed inderogabile; anzi, questa deve recedere, e la sua applicazione deve essere temperata, quando si rischia di pregiudicare la tutela di diritti fondamentali.

In tal senso, il modello Ordoliberale propone un modello di Stato misto, in cui il ruolo del potere pubblico si modella in modo diverso a seconda delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

In virtù di tale evoluzione lo Stato non è più imprenditore (o quantomeno vengono ridotti i suoi interventi diretti nel circuito economico), ma regolatore³³⁸, così intendendosi la figura di uno Stato che si pone all'esterno del circuito economico, dove tutto è lasciato in mano ai privati e al mercato.

La chiave di lettura di tale diverso modo per lo Stato di muoversi all'interno del campo economico, o per meglio dire restare al di fuori dello stesso, è data proprio dalle privatizzazioni delle imprese pubbliche che determina il cambiamento dello Stato all'interno dell'assetto economico³³⁹.

In realtà occorre sottolineare che la posizione dello Stato nei confronti dell'economia non è "esterna" e di disinteresse; al contrario muta solo la sua collocazione, ma sempre all'interno dell'assetto economico.

Lo Stato non è più azionista diretto delle società, ma opera dall'esterno di dette società, dettando una disciplina di regolazione del settore economico, incidendo sulle regole che guidano il comportamento dei soggetti privati all'interno del mercato³⁴⁰.

dell'Unione, Torino, 2010: Id, *L'effettività dei principi costituzionali europei: presupposto delle politiche pubbliche. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 1,2006.

³³⁸Si veda in questo senso A. La Spina, *Partiti e mercato: le politiche di regolazione*, in M. Cotta e P. Isernia (a cura di), *Il gigante dai piedi di argilla. Le ragioni della crisi della prima repubblica: partiti e politiche dagli anni '80 a mani pulite*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 273-335 ss.

³³⁹Sul punto M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 4, 1995, p. 519 afferma che: "Privatizzare le imprese pubbliche significa ridefinire l'ambito dei rapporti tra Stato e mercato. E, come accade in qualsiasi relazione di complementarietà, se cambia la configurazione di uno degli elementi dell'insieme - cioè la struttura del mercato non più connotata dalla presenza delle imprese pubbliche - muta necessariamente la configurazione dell'elemento complementare - cioè la struttura dello Stato che rinuncia al ruolo di imprenditore"

³⁴⁰Sul punto S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit, pp. 102 ss.

Tale nuova dialettica dei rapporti tra stato ed economia si è manifestata concretamente all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso attraverso una serie di provvedimenti hanno realizzato la trasformazioni di numerose imprese pubbliche in società per azioni, soprattutto per ragioni di carattere finanziario, stante l'impossibilità per lo Stato di gestire economicamente tali imprese e di rendere efficienti i servizi resi³⁴¹.

Sezione Terza

Servizi pubblici e forma di Stato

3. I servizi pubblici come “chiave di lettura” della forma di Stato

Proprio analizzando il settore dei servizi pubblici è possibile indagare il ruolo dello Stato nell'economia e verificare se l'eventuale nuova disciplina degli stessi abbia dato luogo o abbia posto le basi per una possibile trasformazione della forma di Stato.

E' noto infatti che la principale ragione che ha spinto il potere pubblico ad aprirsi al mercato è da individuarsi nella diminuzione delle risorse finanziarie disponibili e ciò può determinare la crisi o l'esposizione a pericolo dei principi costituzionali che caratterizzano una forma di stato democratico-sociale.

Come si è potuto apprezzare, se gli interventi di sussidiarietà orizzontale previsti dal Codice dei Contratti pubblici non stravolgono la forma di stato democratico sociale, maggior dubbi si pongono, in relazione ad una prospettiva più marcatamente concorrenziale insita nel principio di sussidiarietà, per quel che riguarda i servizi pubblici.

In tale prospettiva l'indagine deve concentrarsi sul fenomeno della c.d. privatizzazioni che hanno successivamente ridotto, in modo anche significativo, il patrimonio pubblico e dando correlativo spazio in quei settori agli interventi dei privati, in particolare nel campo dei servizi pubblici³⁴².

³⁴¹ V.M. Sbrescia, *Alberto Beneduce e le trasformazioni del modello di intervento pubblico in economia: la vicenda dello Stato imprenditore ed il ruolo dell'iri a quindici anni dalla sua messa in liquidazione. Spunti di riflessione per il possibile rilancio dell'azione pubblica nelle dinamiche economiche*, in *Riv. Giuridica del Mezzogiorno*, 4, 2015, pp. 777

ss

³⁴² Si rimanda sul punto a S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, cit., pp. 379 ss.

La chiave di lettura dei rapporti tra sussidiarietà e servizi pubblici è data dalla relazione intercorrente tra gli artt. 41 e 43 della Costituzione, da un lato, e dall'art. 118 della Costituzione, dall'altro.

Deve considerarsi che, come è noto, l'azione amministrativa non è caratterizzata soltanto dall'esercizio di poteri autoritativi, ma consiste anche nell'attività di prestazione di servizi ai cittadini³⁴³.

Questo modo di estrinsecarsi dell'azione amministrativa non trova un espresso richiamo nelle norme costituzionali: infatti gli artt. 97 e 98 della Costituzione sono modellati secondo la tradizionale attività ed organizzazione amministrativa imperniata sulla natura provvedimentale degli atti, senza alcun riferimento ai servizi pubblici.

La dottrina³⁴⁴ sostiene tuttavia che il richiamo ai principi di buon andamento ed imparzialità non si riferisce soltanto all'attività autoritativa dell'amministrazione, ma è compatibile anche con l'attività di erogazione di servizi pubblici: ciò trova completamento e conferma nell'art. 3, comma 2, della Costituzione che, postulando il principio dell'uguaglianza sostanziale, rende l'azione di erogazione e prestazione di servizi assolutamente conciliabile con i principi costituzionali in tema di (attività della) pubblica amministrazione.

Ciò implica di dover distinguere tra funzione pubblica e servizio pubblico: per funzione pubblica si intende l'attività che si concretizza nell'esercizio del potere amministrativo in senso stretto (secondo lo schema del provvedimento amministrativo autoritativo), mentre per servizio pubblico, invece, si intende quell'attività che, pur rientrando nella azione della pubblica amministrazione, si colloca in una prospettiva diversa da quella tradizionale in cui il rapporto amministrazione/cittadino è caratterizzato da una prestazione chiesta dal cittadino che l'amministrazione deve garantire per il benessere della collettività³⁴⁵.

³⁴³ G. Caia, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in *Diritto Amministrativo* (a cura di L. Mazza, G. Perico, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca), Bologna, 2008.

³⁴⁴ M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, p. 313.

³⁴⁵ H. Bonura, *I moduli ordinari di organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali, in L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, (a cura di) H. Bonura e M. Cassano, Torino, 2011, *passim*.

Emerge, dunque, che le due nozioni non sono differenti sotto il profilo dell'attività svolta, ma costituiscono due angoli visuali dell'azione dell'amministrazione pubblica colta nella sua prospettiva dinamica³⁴⁶.

Infatti, ciò che caratterizza nello specifico il servizio pubblico è il momento organizzatorio, che lo rende parte di quel complesso di attività amministrativa che nel suo insieme costituisce la funzione pubblica.

La dottrina definisce il servizio pubblico come la complessa relazione che si instaura tra il soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di gestione, rendendola doverosa, ed i cittadini³⁴⁷.

Tale relazione ha ad oggetto le prestazioni di cui l'amministrazione, predefinendone i caratteri attraverso la individuazione del programma di servizio, garantisce, direttamente o indirettamente, l'erogazione al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento, in capo alla quale sorge una aspettativa giuridicamente rilevante³⁴⁸.

Il servizio è pubblico in quanto reso al pubblico e per la soddisfazione dei bisogni della collettività e lo è inoltre per il fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso.

In un primo momento il servizio pubblico si caratterizzava secondo una concezione soggettiva: infatti era considerato tale il servizio erogato dallo Stato o da un altro ente pubblico a cui veniva imputata tale attività³⁴⁹.

A tale originaria impostazione troppo restrittiva se ne è affiancata un'altra di carattere oggettivo, la quale prescinde dal soggetto che eroga il servizio e valorizza l'aspetto funzionale del perseguimento dei pubblici interessi della collettività³⁵⁰.

³⁴⁶ G. Caia, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, cit., p. 538.

³⁴⁷ Per un approfondimento sulla nozione di servizio pubblico si vedano G. F. Ferrari, *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, 2010, pp. 13-14; E. Scotti, *Il pubblico servizio*, Padova, 2003; A. Police, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008.

³⁴⁸ U. Pototsching, *I servizi pubblici*, Padova 1964

³⁴⁹ Tra i principali sostenitori della teoria soggettiva A. De. Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. IV, I, Milano, 1924, 6 ss

³⁵⁰ Sulla nozione oggettiva si veda F. Figorilli, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, cit., p. 600 ss.

D'altro canto la stessa Costituzione, all'art 43, prevede l'astratta possibilità di una riserva di un servizio pubblico essenziale per fini di utilità sociale e allo stesso tempo ammette la possibilità della gestione di un servizio anche ad un soggetto diverso dallo Stato o da un ente pubblico.

A conferma di ciò deve richiamarsi l'art 41, comma 3, della Costituzione, secondo cui la legge può indirizzare sia l'attività pubblica, sia l'attività privata al perseguimento di fini generali e sociali, prevendo opportuni programmi e controlli³⁵¹.

3.1 L'evoluzione della disciplina in tema di servizi pubblici

E' allora utile e necessario delineare le tappe storiche più significative dell'evoluzione normativa della materia³⁵².

La prima disciplina si rinviene nella legge 29 marzo 1903, n. 103 (c.d. legge Giolitti).

Essa prevedeva tre diverse modalità di gestione dei servizi pubblici: la gestione in economia, l'azienda municipalizzata e la concessione, manifestando apertamente la preferenza per la gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale.

Tale preferenza si inquadrava coerentemente in quel periodo storico con l'obiettivo di coniugare l'autonomia locale (da una parte) e l'intervento pubblico nell'economia (dall'altra), come mezzi più idonei non solo a tutelare nel miglior modo possibile gli interessi in gioco, ma anche a garantire la maggior diffusione possibile di tali servizi, che solo un soggetto pubblico poteva assicurare³⁵³.

³⁵¹ In tal senso si veda U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, cit., 179. L'autore individuava i limiti reali posti alle condizioni di sviluppo ulteriore della nozione di servizio pubblico proprio nel collegamento artificiale tra servizio pubblico e Stato e nella rigidità dell'applicazione del metodo giuridico incapace di cogliere le potenzialità insite nel servizio pubblico.

³⁵² Per una più approfondita analisi dell'evoluzione storica dei servizi pubblici si veda G. Palligiano, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009, in www.giustiziaamministrativa.it.

³⁵³ G. Taglianetti, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, Napoli, 2018, pp. 3 ss.

Era chiara la *ratio* della normativa: l'ente locale governa il servizio, lo regola, lo finanzia, lo controlla e insieme lo produce e lo gestisce in modo accentrato con lo scopo di favorirne l'utilizzo da parte di tutti i cittadini³⁵⁴.

L'ente pubblico è così attore anche nel mercato, tutelando i soggetti deboli (cittadini) dagli eventuali fallimenti del mercato.

Un simile modo di gestione dei pubblici servizi è rimasto inalterato per lungo tempo, dando luogo sotto il profilo sistematico ad una certa stabilità delle regole³⁵⁵.

E' poi intervenuto il R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 (Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie) ed il relativo decreto di attuazione R.D. n 602 del 1926, che hanno regolato l'azienda municipalizzata, come particolare forma di gestione dei servizi pubblici locali.

Tale forma fa acquistare rilevanza autonoma alla regolazione la quale si sovrappone alla gestione: l'aspetto regolatorio (giuridico) e quello gestorio (giuridico-economico) sono elementocostitutivo e sostanza stessa di tale modello di gestione³⁵⁶.

Dalla legge Giolitti e dalla relativa disciplina della municipalizzazione emerge un sistema dei servizi pubblici locali in cui la gestione (del servizio), la proprietà dei beni necessari (al servizio), nonché il governo e la regolazione tendono a coincidere e a confondersi tra loro³⁵⁷, assumendo perciò una connotazione esclusivamente pubblicistica³⁵⁸.

Ciò trova giustificazione, come si è già accennato, nel convincimento che solo in tale modo l'assetto organizzativo possa garantire nel modo migliore possibile il

³⁵⁴F. Liguori, *I servizi pubblici a carattere industriale ed economico*, in F. Pinto (a cura di), *Diritto degli Enti locali, II, Le funzioni e l'organizzazione*, Torino, 2004, pp. 158 ss

³⁵⁵Si utilizza un'espressione di M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012 p. 506.

³⁵⁶G. Pishel, *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972

³⁵⁷B. Spadoni, *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in www.dirittodeiservizi.it, 2003.

³⁵⁸ Sul punto si veda M. S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, Roma, 1953, più di recente, V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali e servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2006.

benessere collettivo e quindi consentire tendenzialmente a tutti i cittadini di fruire di quei servizi.

Occorre attendere altri sessant'anni perché il legislatore intervenga nuovamente con la legge n. 142 del 1990 (Ordinamento delle autonomie locali), il cui art. 22 disegna diversi modelli di gestione dei servizi pubblici locali.

In particolare tale norma individua cinque tipologie organizzative: 1) la gestione in economia, nei casi in cui non è opportuno, per le modeste dimensioni del servizio e l'esiguità del valore della prestazione, creare un'autonoma azienda o una s.p.a.; 2) l'azienda speciale dotata di autonomia operativa, gestionale, contabile e statutaria; 3) la società mista a capitale pubblico-privato; 4) la concessione a terzi (provvedimento fiduciario che consente l'affidamento diretto senza l'espletamento di una gara); 5) l'istituzione per servizi di rilevanza non economica, organismo strumentale dell'ente pubblico dotato di autonomia, ma privo di propria personalità giuridica.

E' evidente lo "stravolgimento" dell'idea di servizio pubblico³⁵⁹: dalla natura essenzialmente pubblicistica si avanza verso una concezione mista, oggettiva-soggettiva di servizio pubblico, in cui si attenua moltissimo l'intervento pubblico (nell'economia) e si delinea all'orizzonte l'idea del mercato e della concorrenza, quali elementi non incompatibili con la logica del servizio pubblico³⁶⁰.

³⁵⁹ Sulla nozione oggettiva di servizio pubblico si veda Consiglio di Stato, sez V, 14 febbraio 2013, n. 911:” *per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livelli oggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una previsione legislativa che, alternativamente, ne preveda l'istituzione e la relativa disciplina, oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che tali attività presentino carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)*”

³⁶⁰ Sull'elaborazione della nozione di pubblico servizio si veda: *I servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* (diretto da V.E. Orlando), vol. IV, Milano, 1930; U. Pototosching, *I servizi pubblici*, cit; R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, pp. 37 ss.; C. Gallucci, *Servizi pubblici locali (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1999, p.1 ss; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit, pp. 917 e ss., in cui sono valorizzare entrambe le prospettive di qualificazione dei servizi pubblici, soggettiva e oggettiva, assegnando altresì rilevanza alle modalità organizzative del servizio, tali dal garantirne la fruizione da parte dei consociati, attraverso una gestione che risponda appieno alle esigenze della collettività.

Non può essere un caso se è a tale disegno organizzatorio sia seguita la fase di privatizzazione³⁶¹ dei servizi pubblici nazionali con l'istituzione dell'Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, quali energia elettrica, gas e telecomunicazioni; e nel 1997, con la legge Bassanini, è poi iniziata la fase della privatizzazione della gestione dei servizi pubblici a livello locale, prevedendosi l'obbligo di trasformare le aziende pubbliche in società per azioni e di dismissione progressiva del pacchetto azionario³⁶².

Ulteriore intervento in tema di modalità di affidamento dei servizi pubblici locali si è verificato col d.lgs del 2000 n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) ed in particolare con l'articolo 113, oggetto di successive ripetute modificazioni.

La prima modifica è stata apportata da d.l. è il d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (“Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”), convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, che con l'articolo 23-*bis* (servizi pubblici locali di rilevanza economica) ha introdotto la nozione di servizi pubblici locali di rilevanza economica³⁶³.

La norma enfatizza particolarmente la rilevanza dei principi comunitari, tra cui quello della concorrenza, quasi giustapponendoli a quelli costituzionali quasi considerati subordinati, secondo una concezione – con riferimento in particolare all'art. 43 Cost. – secondo cui soltanto l'economia di mercato sarebbe in grado di realizzare l'efficiente allocazione delle risorse nel sistema e garantire la massimizzazione della crescita in condizioni di ottimalità paretiana³⁶⁴.

Riguardo alle modalità di gestione dei servizi l'art 23 *bis* ha previsto in via ordinaria la possibilità dell'affidamento del servizio a società miste, con una sola

³⁶¹ Per un approfondimento sulle privatizzazioni dei servizi si veda anche C. Pinelli, *Privatizzazione dei servizi pubblici locali in Italia e in Francia, in Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, 1999, p. 141.

³⁶² Si veda sul punto A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 1, 2011, pp. 247 ss..

³⁶³ A. Lucarelli, *La riforma dei servizi pubblici locali. I modelli di gestione*, in *Quale Stato*, 1-2, 2008, p.372.

³⁶⁴ L. Longhi, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, p.142.

gara “a monte” per la scelta del socio privato a condizione che con la gara si attribuisse la qualità di socio operativo e non solo finanziatore.

Tale situazione ha alimentato il processo di una tendenziale privatizzazione del servizio pubblico locale, con il conseguente (tendenziale) definitivo abbandono da parte del “pubblico” di un ruolo centrale nell’economia³⁶⁵.

Nonostante l’abrogazione del citato art. 23-*bis* per effetto del referendum popolare del 12-13 giugno del 2011, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia con l’art. 4 del 13 agosto 2011, n. 138/2010 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011, n. 148, adeguando la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai principi informativi sanciti a livello europeo e prevedendo come regola generale la liberalizzazione delle attività economiche (c.d. concorrenza nel mercato) ove fosse stata possibile una gestione dei servizi pubblici rispettosa dei principi di proporzionalità, sussidiarietà ed efficienza.

Un limitato margine di intervento diretto dell’amministrazione pubblica residua quando invece, in base ad una analisi di mercato, sia stato accertato che lasciare il servizio alla libera concorrenza pregiudicherebbe l’universalità e l’accessibilità del servizio: in tali casi l’amministrazione può derogare alla concorrenza nel mercato prevedendo l’attribuzione di diritti di esclusiva e conseguentemente scegliere di indire una gara pubblica per selezionare il privato gestore (concorrenza per il mercato) oppure affidare in *house* il servizio oppure ancora costituire una società mista³⁶⁶.

Tale impianto normativo è stato tuttavia dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza n.199 del 2012, in quanto ritenuto elusivo dell’esito del referendum popolare del 2011³⁶⁷.

³⁶⁵G. Piperata, *Le esternalizzazione nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, 4,2005, pp. 963 ss.

³⁶⁶ Si veda tra le tante Consiglio di Stato, sez. VI, n. 260 del 2015, che ha ribadito che l’affidamento in *house* rappresenta un’eccezione ai principi comunitari quali ribadiscono la necessità delle procedure di evidenza pubblica.

³⁶⁷ Si veda sul punto A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell’economia*, in *Giur. cost.*, n. 6/2010, pp. 4645 ss.

Si è così creato nuovamente un vuoto normativo che ha determinato l'applicazione diretta la normativa comunitaria, ispirata al principio della concorrenza³⁶⁸.

In definitiva allo stato si è delineato un sistema di affidamento e gestione dei pubblici servizi secondo due modalità: attraverso imprenditori o società individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica oppure attraverso società a partecipazione mista pubblica privata, a condizione che la scelta del socio pubblico avvenga nel rispetto delle procedure competitive di evidenza pubblica.

Solo in via straordinaria, invece, è possibile ricorrere di situazioni eccezionali, di procedere all'affidamento del servizio ad una società *in house*, a capitale interamente pubblico e partecipata dall'ente affidante³⁶⁹.

In tale sistema la regola generale è l'esternalizzazione dell'affidamento del servizio e il ruolo dell'amministrazione risulta essere quello di mero controllore della realizzabilità di una gestione concorrenziale, mentre la gestione diretta da parte dell'ente è invece relegata ad un'ipotesi eccezionale³⁷⁰.

Tale quadro ha trovato conferma da ultimo con gli interventi legislativi del 2016, il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei Contratti pubblici) e il D19 agosto 2016, n. 175 del 2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), che seppur destinati a specifici settori, sembrano privilegiare, come principio generale, l'apertura al mercato.

³⁶⁸Sul punto A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, cit, pp. 247 ss, in cui si evidenzia che "la sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2011, ma già la sentenza Corte cost. n. 325 del 2010, presenta tre punti decisamente innovativi, che consentono una riflessione più ampia sul diritto pubblico europeo dell'economia: 1) si smentisce che il diritto europeo imponga agli Stati membri di privatizzare i servizi pubblici locali; 2) si riconosce l'esistenza di un diritto pubblico europeo dell'economia, alternativo al diritto dei mercati e della concorrenza; 3) si riconosce ai comuni la possibilità, a seguito di referendum, di rifarsi direttamente al diritto UE che prevede, tra l'altro, seppur in maniera non esplicita, la gestione pubblica e diretta dei servizi di interesse generale"

³⁶⁹ Si veda sul punto A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*. Cit., p- 5568, in cui l'autore sostiene che la concorrenza non è principio inderogabile, ma un principio la cui applicazione va valutata caso per caso non sussistendo alcuna norma né interna né europea che impone l'apertura al mercato.

³⁷⁰ Si rimanda anche a E. Castorina, *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo: notazioni introduttive e di metodo*, in E. Castorina (a cura di) *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Napoli, 2016, pp. 6 ss.

3.2 I servizi pubblici locali: forme di gestione

Nel quadro generale dei servizi pubblici, così sommariamente delineato, occorre soffermarsi sui servizi pubblici locali.

Essi sono espressamente disciplinati dall'art 112 del TU sull'ordinamento degli enti locali (d. lgs 18 agosto 2000, n. 267) e consistono in quei servizi a cui provvedono direttamente gli enti locali e che hanno ad oggetto la produzione di beni e di attività che mirano a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Essi sono regolati da una molteplicità di principi che, anche per l'effetto dell'influenza del diritto comunitario, possono essere così schematizzati: da un lato si rinvencono i principi che regolano la distribuzione delle competenze³⁷¹ – sussidiarietà, adeguatezza, leale collaborazione –; dall'altro quei principi che possono essere considerati sostanziali³⁷² – concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, universalità ed accessibilità dei servizi ed adeguati livelli di tutela³⁷³.

Tra detti principi la dialettica più rilevante riguarda i rapporti tra concorrenza – mercato – liberalizzazione, la quale incide da un lato sul rapporto tra accessibilità e universalità dei servizi e dall'altro sul tema dell'efficienza della gestione del servizio³⁷⁴.

Le forme di gestione dei servizi pubblici sono da considerarsi tipiche, in omaggio al principio di legalità dell'azione amministrativa (ex art. 97 Costituzione) nel senso che sono solo quelle espressamente tipizzate dal legislatore: in alcuni casi l'amministrazione li garantisce e li eroga attraverso la propria organizzazione, in altri casi li affida all'esterno.

Gli art. 112 e seguenti del ricordato TU sull'ordinamento degli enti locali distinguono tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica.

Per quanto riguarda i servizi a rilevanza economica la loro erogazione avviene secondo le modalità individuate dalla disciplina di settore e dalla

³⁷¹ Principi che potrebbero essere considerati di carattere statico-descrittivo.

³⁷² Principi che potrebbero essere considerati di carattere dinamico-funzionale.

³⁷³ E. Scotti, *I principi informatori dei servizi pubblici locali*, cit.

³⁷⁴ A. Lucarelli, *Art 43*, cit. p. 6.

normativa europea, con conferimento della titolarità del servizio tramite società di capitale, società a capitale misto pubblico privato e società a capitale interamente pubblico.

A queste modalità si deve aggiungere l'affidamento del servizio “*in house*” ovvero l'affidamento diretto del servizio ad una società che costituisca una *longa manus* del soggetto pubblico³⁷⁵.

I servizi pubblici privi di rilevanza economica sono gestiti ai sensi dell'art. 113 *bis* del TUEL, invece, tramite affidamenti diretti a favore di determinati soggetti, quali Istituzioni, le Aziende speciali o le società a capitale interamente pubblico; ma è prevista, quale ulteriore modalità di gestione anche quella in economia, nei casi di servizi di modeste dimensioni o per particolari caratteristiche.

Con particolare riferimento alle Aziende Speciali occorre sottolineare che esse sono enti strumentali dell'ente locale, dotati di personalità giuridica, di autonomia gestionale e di proprio statuto³⁷⁶, come sancito dall'art. 114 del TUEL.

La natura strumentale dell'azienda speciale indica l'esistenza di un collegamento inscindibile e funzionale tra l'azienda e l'ente locale di riferimento, nel senso che lo scopo sociale dell'azienda non può che consistere nella cura degli interessi della comunità locale, perseguibili attraverso l'attività di gestione dei settori dei servizi pubblici per i quali la stessa è stata costituita³⁷⁷.

L'ente locale utilizza l'azienda speciale per lo svolgimento di un servizio e quindi per soddisfare un'esigenza della collettività³⁷⁸.

In questo disegno organizzatorio spetta all'ente locale la fase “politica” della determinazione degli obiettivi (che l'azienda deve perseguire) e della vigilanza sull'effettivo perseguimento e raggiungimento di essi (da parte dell'azienda).

³⁷⁵ Art. 16 d lgs 175 del 2016 : “Le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata”.

³⁷⁶ L. Longhi, *La disciplina dei servizi pubblici locali in Italia, in Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, *passim*.

³⁷⁷ Consiglio di Stato, sez. V, n. 4586/2001

³⁷⁸ F. Figorilli, *I servizi pubblici*, *cit.*, pp. 600 ss.

La strumentalità dell'azienda speciale e il regime normativo vigente impongono un collegamento funzionale ma al tempo stesso molto forte e saldo tra l'attività dell'azienda e le esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'ente che l'ha costituita, collegamento che si manifesta in veri e propri vincoli sia sul piano della formazione degli organi che su quello degli indirizzi, dei controlli e della vigilanza, così da far ritenere l'azienda "elemento del sistema amministrativo facente capo allo stesso Ente territoriale"³⁷⁹.

Non è di ostacolo alla natura strumentale e all'esistenza dei citati vincoli l'espressa attribuzione all'azienda speciale della personalità giuridica, il che rende l'azienda speciale un soggetto giuridico autonomo ed indipendente rispetto all'ente locale che l'ha costituita: anzi, ciò esclude che l'azienda speciale sia un mero organo dell'ente locale a legittimazione separata, come era l'azienda municipalizzata prevista dal R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578³⁸⁰.

E' indiscutibile la natura pubblica (e non privata) delle aziende speciali che danno vita ad un nuovo centro di imputazione di situazioni e rapporti giuridici, distinto dall'ente, con una propria autonomia decisionale.

A ciò consegue che essa può ed anzi deve compiere (proprio per perseguire gli stessi fini per i quali è stata creata) autonome scelte di tipo imprenditoriale e organizzative, connesse ai fattori della produzione, secondo modelli propri dell'impresa privata, compatibilmente però con i fini sociali dell'ente titolare, per il conseguimento di un maggiore grado di efficacia, efficienza e economicità del servizio³⁸¹; essa – occorre ribadirlo – non è un mero organo di esecuzione delle determinazioni dell'ente locale, ma è una vera e propria un'impresa alla quale si applica, salvo eccezioni, la disciplina del codice civile.

Resta da chiarire e precisare che l'azienda speciale, anche nella sua nuova configurazione, resta un soggetto pubblico e la sua azione è regolata dal diritto pubblico e si esprime con atti amministrativi autoritativi: infatti, come per tutti gli altri soggetti pubblici, anche la negoziazione privatistica è regolata da procedure di

³⁷⁹ Corte Cost., sentenza n. 28/1996

³⁸⁰ L. Longhi, *La disciplina dei servizi pubblici locali in Italia*, cit., p. 150.

³⁸¹ F. Caponi, R. Camporese, *L'azienda speciale e la gestione dei servizi comunali*, Rimini, 2013; L. Castellani, *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in *Rivista Anci*, 1996, pp. 25 ss.

diritto pubblico, da atti amministrativi e deliberazioni, attraverso i quali si concretizza in forma procedimentale la volontà dell'ente che precede la conclusione del negozio^{382 383}.

3.3 Un ulteriore profilo di indagine: la possibile ripubblicizzazione di un servizio pubblico locale.

L'art 115 del TUEL disciplina la trasformazione delle aziende speciale in società per azioni: si tratta dell'operazione che normalmente determina la privatizzazione del servizio per l'impossibilità di una gestione efficiente da parte dell'ente pubblico.

Si tratta di una disposizione che esprime in realtà il *favor* del legislatore per l'utilizzo dello strumento di una società per azioni per la gestione di un servizio pubblico locale, in quanto il modello societario garantisce astrattamente una migliore e più efficiente cura del servizio secondo la logica imprenditoriale e del mercato, caratterizzata dal ritorno economico (utile) per l'imprenditore privato e da un evidente risparmio di spesa per l'ente pubblico che non ha più il compito di gestire il servizio con denaro pubblico.

La norma sembra pertanto ispirarsi altresì all'idea, propria degli interventi legislativi degli anni novanta, della c.d. privatizzazione³⁸⁴.

³⁸² Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 4850/2000 e Sez. V, sent. n. 2735/2000.

³⁸³ Per completezza deve aggiungersi che il patrimonio delle aziende speciali è sottoposto al regime della proprietà privata e il rapporto di lavoro con i dipendenti rientra nella contrattazione collettiva di diritto privato. L'economicità della gestione, non riconducibile a un fine di lucro, pretende come per tutti gli enti economici la copertura dei costi corrispondenti alla remunerazione dei fattori della produzione impiegati. L'autonomia imprenditoriale esclude che gli Enti Locali possano sostituirsi alle aziende nelle scelte di espletamento dei servizi loro affidati, fatta eccezione per i poteri di indirizzo, controllo e vigilanza riconosciuti all'ente di appartenenza, che ne approva il bilancio e tutti gli atti fondamentali.

³⁸⁴ Le privatizzazioni furono realizzate tramite opportuni decreti che cambiavano la forma societaria delle aziende statali. In particolare si ricordano:

- sulla base delle disposizioni dettate in materia di trasformazione degli enti pubblici economici contenute nell'art. 1 del D.L. 5 dicembre 1991 n. 386, convertito nella legge 29 gennaio 1992 n. 35, (trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica) gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali, possono essere trasformati in società per azioni (art. 1, 1° co, d. l. 5.12.1991, n. 386);
- con il decreto n. 386/1991 il Governo ha stabilito, per la disciplina degli enti trasformati in società per azioni (enti di gestione delle partecipazioni statali e altri enti pubblici

Nella normativa in esame non risulta in nessun modo disciplinato il fenomeno inverso alla privatizzazione cioè la fattispecie della cd. ripubblicizzazione del servizio pubblico ovvero l'ipotesi che l'amministrazione locale decida, dopo averlo dato all'esterno, di gestire nuovamente e direttamente in proprio il servizio pubblico.

Una simile lacuna e la considerazione che l'art. 115 TUEL esprime, come si è avuto modo di accennare, il tendenziale *favor* del legislatore per la privatizzazione dei servizi pubblici induce a chiedersi se sia ammissibile la cd. ripubblicizzazione di un servizio e quali siano gli strumenti utilizzabili.

Per rispondere a tale interrogativo si può esaminare la sentenza del Consiglio di Stato, che ha riguardato una trasformazione eterogenea regressiva, cioè il passaggio da (e la trasformazione di) una società per azioni in un'azienda speciale.

La particolarità dell'operazione è consistita nel fatto che, invece di procedersi allo scioglimento e alla liquidazione della società per azioni ai sensi degli art. 2484 e ss del c.c. e successivamente ad istituire *ex novo* l'azienda speciale mediante conferimento di capitale di dotazione, è stata realizzata una "trasformazione eterogenea regressiva". L'effetto peculiare prodotto è che l'azienda speciale non è un soggetto giuridico istituito *ex novo* a seguito di una duplice vicenda estintiva – costitutiva, ma un diverso modello organizzativo del soggetto imprenditoriale che continua a fare capo all'ente pubblico territoriale per la gestione dei servizi pubblici locali³⁸⁵.

Come già si è evidenziato tale passaggio regressivo non è espressamente disciplinato dal legislatore.

economici, nonché aziende autonome statali), un rinvio di disciplina alla fonte codicistica, fatta eccezione per la revisione del bilancio di esercizio;

- il decreto del 1992 n° 333 ha trasformato in SpA le aziende di Stato IRI, ENI, INA ed ENEL;

L'Ente Ferrovie dello Stato (già ente pubblico economico istituito con la legge 17 maggio 1985 n. 210) è stato trasformato in società per azioni in forza della deliberazione C.I.P.E. del 12 agosto 1992, adottata a norma dell'art. 18 del D.L. 11 luglio 1992 n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992 n. 359.

³⁸⁵ Tra le altre, Cass. sez. I, 14 dicembre 2006, n. 26826; id. V, 23 aprile 2007, n. 9569; id., III, 20 giugno 2011, n.13467; id. I, 19 maggio 2016, n. 10332; sez. VI, ord., 9 ottobre 2017, n. 23575; nonché Cass. S.U., 31 ottobre 2007, n. 23019.

Tuttavia una simile operazione deve essere considerata ammissibile, sia per il carattere non tassativo delle fattispecie di trasformazione previste dall'art 2500 *septies, octies e novies* del codice civile, sia per la sua compatibilità con le disposizioni pubblicistiche, che tendono a uniformare il regime delle società *in house* e delle aziende speciale in tema di vincoli di finanza pubblica e di controllo da parte della p.a. di riferimento.

Ai fini della legittimità dell'operazione deve innanzitutto tenersi conto del principio di continuità dei rapporti giuridici, disciplinato dall'art. 2498 cc., secondo cui “... *l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'Ente che ha effettuato la trasformazione*”.

Ad avviso della Corte dei Conti³⁸⁶ il principio “*de quo*”, “... *che è in stretta correlazione con lo stesso significato dell'operazione trasformativa, assume, a seguito della riforma [del diritto societario], un significato polivalente. La continuità, infatti, solo all'apparenza può essere circoscritta con riferimento all'ente trasformato (come ancora sembra indurre la lettera dell'art. 2498 C.c.), posto che nella disciplina 'speciale' delle trasformazioni eterogenee si prevede la trasformabilità in altri diversi soggetti giuridici. Si può ritenere allora che l'elemento di continuità debba essere identificato nell'Azienda, quale complesso di beni funzionalmente orientato allo svolgimento di un'attività di impresa e che la trasformazione trovi, quindi, la sua giustificazione sistematica nell'esigenza di salvaguardare la continuità dell'organismo produttivo e di evitare la disgregazione del patrimonio aziendale. In questa prospettiva potrebbe anche ritenersi che le fattispecie previste [nell'art. 2500-septies] non siano tassative e che anzi, tenendo conto del principio di economia dei mezzi giuridici, si possano configurare fattispecie trasformative ulteriori*”.

Di conseguenza l'operazione risulta essere legittima “*alla luce dell'interpretazione sistematica delle disposizioni di cui all'art. 2500-septies C.c. e, in particolare, del principio di continuità (art. 2498 c.c.) applicabile a tutte le ipotesi di trasformazione societaria, tenuto conto della natura degli organismi oggetto di trasformazione*”³⁸⁷.

³⁸⁶ Corte Conti , 21 gennaio 2014, n.2, sez. autonomie

³⁸⁷ G. Carraro , *Trasformazione eterogenea regressiva di società a capitale pubblico*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 5, 2015, p. 925 .

In merito al rapporto con le norme pubblicistiche, il vaglio sulla legittimità è dato dall'analisi di una trasformazione eterogenea di una società a totale partecipazione pubblica, che gestisce la produzione e l'erogazione del "Servizio idrico integrato", in un'Azienda speciale consortile di diritto pubblico.

Tale operazione sembra essere non consentita, stante la (presumibile) vigenza del comma 8 dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2012).

La norma sancisce l'obbligo per gli enti locali di trasformazione delle aziende speciali che svolgono attività nell'ambito dei "*servizi pubblici locali a rilevanza economica*" in società di capitali: pertanto, *a contrario*, dovrebbe determinarsi "*la conseguente preclusione alla ... trasformazione in Aziende speciali delle Società di capitali che gestiscono ...[Spl] ..., quali il 'Servizio idrico integrato'*".

Per la Sezione delle Autonomie, però, è lecito dubitare della vigenza di quella norma, qualora la si inquadri in un contesto logico-sistematico che abbracci, sia il lungo e tortuoso percorso legislativo che porta all'attuale disciplina dei "*servizi pubblici locali a rilevanza economica*", sia le disposizioni, da ultimo quelle contenute nella legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge di stabilità 2014), che assoggettano proprio le aziende speciali ad una serie di obblighi tesi ad evitare che quegli stessi organismi possano essere utilizzati per eludere i vincoli di finanza pubblica³⁸⁸.

Riguardo al primo aspetto, rilevava la circostanza che il ridetto comma 8 dell'art. 35 della legge n. 418 del 2001 era stato emanato in un contesto in cui – in materia di svolgimento dei "*servizi pubblici locali a rilevanza economica*" – non veniva più consentita, a differenza di quanto inizialmente previsto nell'art. 113 del Dlgs. n. 267/00 (TUEL), né la gestione in proprio da parte dell'ente locale, né la gestione tramite azienda speciale.

Nello specifico lo Stato italiano, nell'ambito della sfera di discrezionalità prevista dalla disciplina comunitaria, aveva sancito, proprio con le previsioni contenute negli artt. 35 della citata legge n. 448 del 2001 e 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione

³⁸⁸ A. Santuari, *Sulla trasformazione di una spa in azienda speciale consortile* in C. Conti *Autonomie*, 2, 2014 .

dell'andamento dei conti pubblici), convertito con modificazioni nella legge 14 novembre 2003, n. 326, un principio generale di divieto per l'autorità pubblica di gestire direttamente, mediante aziende speciali o in economia, i servizi “*de quibus*”: da qui il corrispondente obbligo, da esercitarsi entro un termine stabilito e nelle modalità prescritte, di trasformazione delle aziende speciali gerenti i predetti servizi.

A quanto sopra occorre aggiungere che, per lo specifico settore del Servizio idrico, il Codice dell'ambiente (D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152) aveva previsto gli stessi modelli di gestione dell'art. 113, comma 5, del Tuel – che per l'appunto escludevano l'esercizio dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tramite l'Azienda speciale – “... *stabilendo però una graduazione fra la modalità principale (la gara) e quelle alternative*”.

Il divieto della gestione diretta da parte dell'ente pubblico, in economia o tramite azienda speciale, era stato poi rinnovato dall'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, che “*ha previsto che gli Enti Locali potessero scegliere, per la gestione di tutti i ‘servizi pubblici a rilevanza economica’, incluso il ‘Servizio idrico’, tra due modelli di affidamento: a) a soggetti terzi individuati con gara; b) a Società miste costituite con gara c.d. ‘a doppio oggetto’. L'affidamento a Società ‘in house’ [restava] previsto soltanto come ipotesi eccezionale (in presenza di particolari esigenze territoriali e sociali e previo parere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato)*”³⁸⁹.

L'evoluzione normativa così confermava la preclusione alla trasformazione in Aziende speciali delle Società di capitali gerenti “servizi pubblici locali”.

Senonché, a seguito del referendum tenutosi nel mese di giugno 2011 e a far data dal 21 luglio 2011 (giorno successivo alla pubblicazione sulla G.U. della

³⁸⁹ Sul punto si veda A. Lucarelli *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 1, 2011; Id. *Il Servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 1, 2011, in cui l'autore sostiene che la gestione diretta “*potrebbe trovare conferma in alcune esperienze legislative regionali che si stanno muovendo in tale direzione, ma anche in un recente orientamento giurisprudenziale che distingue l'affidamento diretto dalla gestione diretta, definendo quest'ultima come scelta sempre perseguibile dall'ente locale*”.

Repubblica italiana del Dpr. n. 113/11), l'intero più volte citato art. 23-bis menzionato è stato abrogato, con due importanti conseguenze:

- - la prima, che non si è avuta alcuna reviviscenza delle norme abrogate dal ridetto art. 23-bis;
- - la seconda, che nell'ordinamento italiano è derivata l'applicazione immediata della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di "servizi pubblici di rilevanza economica"³⁹⁰.

Ciò ha spinto la Sezione delle Autonomie a ritenere che "... è lecito dubitare della perdurante vigenza dell'art. 35, comma 8, Legge n. 448/01, dal momento che [con la cennata normativa comunitaria] è venuto meno ogni divieto assoluto alla gestione diretta, o mediante Azienda speciale, dei servizi pubblici locali. La predetta disposizione [ossia quella contenuta nel ridetto comma 8], pur non avendo formato oggetto di quesito referendario, potrebbe considerarsi implicitamente abrogata, essendo frutto della stessa concezione sottesa all'abrogato art. 23-bis, Dl. n. 112/08. Peraltro, va sottolineato il carattere transitorio della disposizione di cui all'art. 35, comma 8, Legge n. 448/01, la cui operatività è stata originariamente fissata al 31 dicembre 2002. Tale termine è stato prorogato al 30 giugno 2003 per effetto dell'art. 1, comma 7-ter, Dl. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla Legge 8 agosto 2002, n. 178. In mancanza di ulteriori proroghe, sembrerebbe confermata la tesi dell'abrogazione implicita, considerando le successive norme che, contemplando le aziende speciali, presuppongono la loro piena operatività"³⁹¹.

Peraltro, se è vero che con l'art 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito con modificazioni in legge 14 novembre 2011, n. 148, affrontando nuovamente la tematica dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, è stato reintrodotta l'abrogato art 23 bis e nella sua quasi totalità il D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, a norma dell'art. 23 bis, comma 10, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), è anche vero che la Corte

³⁹⁰ A. Pierobon, *La trasformazione dalla s.p.a. pubblica all'azienda speciale del servizio idrico integrato*, in *Azienda Italia*, 4, 2014, pp. 292 ss.

³⁹¹ Così Corte Conti, 21 gennaio 2014, n.2, sez. autonomie.

Costituzionale con la sentenza n. 199 del 2012 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il ricordato art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, in quanto emanato in violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare³⁹².

Da tale articolato e complesso quadro di riferimento, ad un tempo normativo e giurisprudenziale, sembra emergere in definitiva l'inesistenza di ostacoli ad un'operazione di trasformazione eterogenea di una società a totale partecipazione pubblica, che gestisce un servizio pubblico locale, in un'azienda speciale consortile di diritto pubblico, come evidenziato dai Giudici contabili secondo cui “... *la tesi dell'abrogazione implicita (del comma 8 dell'art. 35 della Legge n. 448/01) è avvalorata dalla previsione di specifiche disposizioni, da cui si evince che il Legislatore ha inteso 'conservare' l'istituto dell'Azienda speciale*”, tanto più che si scorge “... *nella 'Legge di stabilità 2014' un maggior rigore nella disciplina delle Aziende speciali e delle Istituzioni, che va oltre la tendenziale omogeneità di trattamento degli Organismi partecipati ... Ciò vale a dire che non ha ragione di esistere la preoccupazione del possibile impiego dell'istituto dell'Azienda speciale a scopi elusivi dei vincoli di finanza pubblica poiché, si ripete, la relativa normativa prevede misure più severe di quelle riferite alle società di capitali che gestiscono 'servizi pubblici locali'. In ogni caso, l'operazione di trasformazione dovrebbe essere corredata da un'attività di revisione economica-patrimoniale (c.d. due diligence) della società trasformanda, a garanzia dei terzi e dell'ente che istituisce l'Azienda speciale*”³⁹³.

Dunque è riconosciuto il potere dell'ente locale di ripubblicizzare una società di capitali *in house* mediante una trasformazione eterogenea diretta, potendosi individuare il fondamento costituzionale immediatamente nell'art. 43 Cost, norma che risolve la vicenda non già in termini di trasferimento alla mano pubblica di beni o complessi di beni (siano reti o aziende), bensì letteralmente in termini di trasferimento di «imprese», ossia di attività: che è esattamente quanto accaduto

³⁹² Per un approfondimento sul punto si veda A. Lucarelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.P.A. in house e alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2012; M. Della Morte, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 settembre 2012; M. Mengozzi, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della corte costituzionale n.199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *Federalismi.it*, 1, 2013.

³⁹³ A. Santuari, *Sulla trasformazione di una spa in azienda speciale consortile*, cit.

nella fattispecie esaminata dalla Corte dei conti, la quale lascia inalterato il regime proprietario del compendio aziendale (ed, a *fortiori*, delle reti), pur conseguendo l'effetto di riattribuire all'ente locale territoriale il monopolio pubblico dell'attività e così del servizio in cui questa si sostanzia³⁹⁴.

Del resto, anche con riferimento ai principi di diritto eurounitario, una simile conclusione appare del tutto coerente: ancora di recente, la Corte di giustizia, ha ribadito che l'art. 345 TFUE esprime un vero e proprio principio di neutralità dei Trattati rispetto al regime proprietario dei beni (quand'anche produttivi) nei singoli Stati membri³⁹⁵; l'ordinamento comunitario, insomma, contrariamente a quel che si potrebbe credere, rimane da sempre indifferente tanto alla nazionalizzazione delle imprese quanto alla loro privatizzazione³⁹⁶.

Risulta pertanto a tutt'oggi comunitariamente legittimo, per gli Stati membri che lo vogliano, perseguire l'obiettivo di mantenere, o anche d'istituire *ex novo*, un regime di titolarità pubblica per una od altra impresa o categoria d'impres.

L'ammissibilità della trasformazione regressiva, ancorchè legittima e sostanzialmente non contraria in astratto con i principi comunitari, pone ancora una serie di problemi in relazione al principio della concorrenza, di derivazione comunitaria, cui deve essere improntata la gestione dei servizi pubblici.

In passato, la concorrenza nei servizi pubblici si caratterizzava in modo da realizzare la contendibilità dei mercati, supponendo che il regime del monopolio fosse una caratteristica naturale del settore³⁹⁷.

Successivamente la cd. liberalizzazione ha modificato l'idea di concorrenza: essa è ora vista come un principio che si scontra con il concetto di monopolio e lo porta ai margini della struttura economica. Si parla infatti di concorrenza nel mercato, intesa come garanzia di partecipazione di più soggetti, in grado di competere nel mercato a secondo dei costi e dei servizi offerti.

³⁹⁴ P. Chiurulli, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2015.

³⁹⁵ R. Mastroianni e A. Arena, *I servizi pubblici nel Gats e nel Tdue: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1, 2010,

³⁹⁶ A. Lucarelli, *Art 43*, cit, p. 10.

³⁹⁷ E. Scotti, *I principi informativi dei servizi pubblici locali*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, cit.

Apparentemente l'operazione di trasformazione regressiva cui si è fatto cenno sembra contrastare con il principio (e la regola) della concorrenza.

Bisogna però considerare che tale principio può essere derogato.

Si può infatti sostenere che nel caso in cui il pubblico servizio non sia in grado di raggiungere spontaneamente, e all'interno del libero mercato, gli obiettivi che la Costituzione pone alla base di questa attività, ci si troverà di fronte ad un fallimento del mercato che potrebbe legittimare l'assunzione del servizio da parte di un'amministrazione pubblica in regime di monopolio, per concedere la gestione ai privati, in regime di concessione o prestare direttamente i corrispondenti servizi.

Ma esiste anche un limite implicito e invalicabile che giustifica dal punto di vista giuridico – sistematico – costituzionale la deroga al principio della concorrenza: si tratta del perseguimento di interessi generali.

Infatti, nell'ottica di applicazione di un principio di proporzionalità, la deroga di un principio regolatore dei servizi pubblici può essere giustificato in presenza del perseguimento di interessi di natura superiore: insomma la concorrenza è un principio rilevante quanto si vuole, ma deve cedere il passo di fronte agli interessi della collettività.

Anche la Corte di Giustizia nella sentenza n. 113 del 2014, ha affermato che *“gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che ... prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata”*

In sostanza, il giudice europeo valorizza, come presupposti della deroga alla concorrenza, l'efficacia delle prestazioni per i fini di interesse pubblico, l'equilibrio

di bilancio e, soprattutto, la realizzazione del valore della solidarietà (sempre secondo il principio di proporzionalità delle misure legislative nazionali)³⁹⁸.

In questa prospettiva deve essere calato anche il problema della migliore modalità di gestione dei servizi pubblici.

Come si è visto dall'esame dei principi contenuti negli artt. 43 Cost. e 114 e 115 TUEL emerge una sostanziale indifferenza del legislatore per la individuazione della miglior forma di gestione dei servizi pubblici: esistono, infatti, gestioni di servizi affidate direttamente all'ente locale e gestioni esterne dei servizi in cui un soggetto privato esercita il servizio per conto dell'ente.

Se in passato si era ritenuto, secondo un'impostazione ideologica che aveva giustificato il processo di privatizzazione, che il soggetto privato, nelle forme e nei modi stabiliti dalla legge, potesse garantire uno standard di servizi di gran lunga superiore rispetto alla gestione pubblica, anche a causa delle crescenti problematiche in tema di debito pubblico, oggi sono piuttosto frequenti, se non addirittura maggioritari, i casi in cui è preferita la via completamente pubblica per la gestione del servizio.

Tale nuovo approdo è compatibile ed anzi conforta e conferma quella parte di dottrina che sostiene il necessario statuto pubblico di determinati beni: i beni comuni sono beni né escludibili, né sottraibili, in quanto, in una logica di coesione economico-sociale, sono orientati al soddisfacimento di diritti fondamentali³⁹⁹.

Tali teorie sono fondate sul principio della collaborazione e partecipazione della comunità di riferimento ed hanno dimostrato che in molti casi i diretti utilizzatori delle risorse sono autonomamente capaci di elaborare istituzioni di gestione efficienti ed in grado di garantire la sostenibilità d'uso nel tempo.

L'importanza dei servizi pubblici nonché la necessaria fruibilità da parte di tutti i consociati di tali servizi sono caratteristiche tali da poterli annoverare nell'accezione di bene comune: ciò giustifica e rende coerente la ripubblicizzazione

³⁹⁸ F. Midiri, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *Federalismi.it*, 6, 2017.

³⁹⁹ A. Lucarelli, *Beni Comuni, contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2015

di tali servizi in un'ottica pienamente coerente con quanto dispone l'art 43 della costituzione.

Le istituzioni pubbliche gestiscono, attraverso il pieno coinvolgimento delle comunità, i beni comuni, in quanto tutori di interessi generali, non in quanto proprietari, e sono titolari di un potere dispositivo limitato sul bene che, anche sulla base, come si è visto, di norme di ordine costituzionale e di rango primario, non consentirebbe di orientarlo al mercato, attraverso gestioni di natura privatistica.

Potrebbe al più immaginarsi, nell'ottica del principio di solidarietà che deroga alla concorrenza, una gestione del servizio attraverso l'utilizzo del principio di sussidiarietà orizzontale⁴⁰⁰.

Si tratta, in particolare, delle forme di partecipazione all'erogazione delle prestazioni ad opera di soggetti privati diverse da quelle nelle quali gli intendimenti "sociali" degli operatori, da soli, non sono in grado di neutralizzare le logiche di mercato in senso oggettivo, chiudendo ad altri operatori.

Il che può verificarsi nei casi in cui l'operatore privato realizza una prestazione non suscettibile di essere assorbita da logiche di mercato, perché la specificità/identità soggettiva del soggetto erogatore corrisponde ad un interesse personale dell'utente o, in altri termini, ad una caratteristica essenziale per la garanzia dell'efficacia promozionale concreta della attività.

400 Il principio di sussidiarietà è disciplinato dall'118 della Costituzione: " Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

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

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

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 sussidiarietà verticale riguarda la distribuzione delle competenze amministrative all'autorità più vicine ai cittadini, in quanto maggiormente in grado di soddisfarne le aspettative.

La sussidiarietà orizzontale riguarda invece la distribuzione di competenze tra le amministrazioni pubbliche ed i cittadini .

Tale impostazione è logicamente compatibile con lettura in chiave sociale della sussidiarietà: infatti, se l'effettivo godimento e fruizione del servizio è ben reso da soggetti privati si può "lasciare libero" lo Stato di concentrare la sua attenzione e le sue risorse in altri settori.

Laddove, invece, la gestione privata rischia di mettere in crisi la fruizione del servizio e di conseguenza i principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale, allora è necessario l'intervento in sussidiarietà dei poteri pubblici al fine di assicurare a tutti il servizio.

3.4 La gestione dei servizi pubblici nella giurisprudenza: una rilettura importante della regola della concorrenza

Un altro significativo profilo di indagine della dinamica dei rapporti tra autorità e libertà, quale estrinsecazione del principio di sussidiarietà, è dato dalla sentenza del Consiglio di Stato n 5444 del 2019, che pure concerne il tema della modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

La controversia ha riguardato in particolare la gestione del servizio di igiene e bonifica ambientale, originariamente svolto da una società per azioni mista a prevalente capitale pubblico, la quale nel maggio del 2016, con decisione dell'assemblea dei soci, veniva prima posta in liquidazione e successivamente era dichiarata fallita dal Tribunale di Latina con sentenza 7 dicembre 2016, n. 105. Il commissario prefettizio dell'ente stabiliva allora di affidare il servizio mediante procedura di gara.

La gara veniva però annullata in autotutela dall'ente stesso in considerazione di un parere (richiesto e) reso dall'A.N.A.C., ad avviso della quale erano illegittime le clausole relative ai requisiti di capacità tecnica, per violazione del principio dell'apertura alla massima concorrenza tra gli operatori economici.

L'ente, poi, invece di rinnovare la gara, con successiva delibera consiliare dell'8 agosto 2017, n. 70, costituiva l'Azienda speciale per i Beni Comuni di Latina (denominata "ABC"), ne approvava lo statuto e l'atto costitutivo, individuando in essa il soggetto più adatto a gestire il servizio in questione.

L'azienda speciale, così costituita, acquisiva con scrittura privata autenticata il ramo di azienda organizzato per lo svolgimento dei servizi di igiene ambientale già in capo alla società in fallimento.

Un operatore economico che aveva partecipato alla gara impugnava il provvedimento di annullamento (in autotutela) della stessa da parte dell'ente innanzi al competente Tribunale amministrativo regionale, che dichiarava tuttavia inammissibile il ricorso e i motivi aggiunti per difetto di interesse⁴⁰¹.

Il Consiglio di Stato, sez.V, con la sentenza del 14 marzo 2019, n. 1687, accoglieva in parte il ricorso dell'operatore economico, riconoscendo per un verso l'illegittimità del provvedimento di annullamento in autotutela degli atti di gara e per altro verso la legittimità della scelta dell'amministrazione di istituire un'azienda speciale quale affidataria della gestione del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, trattandosi di un atto autonomo e non direttamente dipendente dall'annullamento in autotutela.

Tale statuizione superava il vaglio del ricorso per revocazione proposto dallo stesso operatore economico per effetto della sentenza n. 5444 del 2019.

Tale ultima sentenza⁴⁰², confermando la correttezza della pronuncia d'appello, afferma in sostanza che l'affidamento del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti mediante procedura di evidenza pubblica è modalità alternativa a quella di gestione attraverso l'azienda speciale: l'annullamento della gara comporta il venir meno della scelta di quella modalità e la sua sostituzione con lo strumento dell'azienda speciale.

Il punto significativo della decisione è rappresentato proprio dalla tematica delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali (in particolare del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti).

⁴⁰¹ Secondo il TAR Lazio, sezione staccata di Latina, infatti, essendo intervenuto l'annullamento della gara prima dell'aggiudicazione, l'operatore economico concorrente non poteva considerarsi titolare di una posizione giuridica differenziata e tutelabile. Per completezza occorre aggiungere che a fondamento della declaratoria di inammissibilità dell'azione il tribunale poneva anche una questione più strettamente processuale (la violazione del divieto di cumulo di impugnazione di atti connessi).

⁴⁰² Indipendentemente da tutte le altre questioni sostanziali e processuali che vengono affrontate.

Al riguardo deve innanzitutto segnalarsi che il quadro normativo di riferimento⁴⁰³ non è affatto puntuale ed esauriente e si è per contro in presenza di disposizione legislative spesso risalenti che si sono succedute nel tempo senza un'adeguata sistematica, frutto di situazioni particolari e dettate da esigenze politiche contingenti.

La sentenza consente nondimeno di rimeditare gli approdi raggiunti dalla dottrina.

La contrapposizione tra gestione diretta e liberalizzazione sembra essere il frutto di rapporto tra regola ed eccezione, esprime una mera descrizione del fenomeno di gestione dei servizi pubblici locali, ma non chiarisce il momento della scelta: questa, secondo la ricostruzione del giudice amministrativo, è lasciata alla discrezionalità della pubblica amministrazione⁴⁰⁴.

L'apertura al mercato non è la "causa" della gestione del servizio pubblico locale, ma è la conseguenza della scelta operata dall'ente: nel caso di specie, la costituzione dell'Azienda speciale risponde innanzitutto all'esigenza per l'ente locale di poter gestire direttamente un servizio; è evidente che l'apertura al mercato sarà invece la conseguenza della valutazione consapevole dell'ente che l'avrà individuato come migliore soluzione per la cura dell'interesse pubblico.

In proposito si scontrano quindi le posizioni di chi, in omaggio al principio comunitario della concorrenza, continua a ritenere che l'apertura al mercato sia lo strumento che garantisce la maggiore efficacia del servizio e dall'altro quelle di chi sostiene che in relazione al servizio pubblico, la gestione pubblica sia quella più idonea a rispondere all'esigenze dell'utenza, rendendo di fatto il servizio fruibile a tutti ad un costo inferiore⁴⁰⁵.

⁴⁰³ La disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici è oggi contenuta negli art. 112 e ss. del d. lgs n. 267 del 2000. Tali norme non possono certo prescindere dai principi costituzionali dettati dagli art. 41 e 43 della Costituzione, e devono essere lette in maniera sistematica con le norme europee: in particolare, si fa riferimento agli art. 14 e 106 TFUE, nonché all'art. 36 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

⁴⁰⁴ A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto pubblico*, n. 2 del 2019, *passim*.

⁴⁰⁵ Così il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2008 n. 1: "l'affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: da una parte sottrae al libero mercato quote dei contratti pubblici nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso, dall'altra si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto vantaggio garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizione di vantaggio economico che l'impresa in house

Non può negarsi che un ruolo importante ai fini della scelta é dettato anche da questioni di natura economica.

Infatti, l'apertura al mercato, e quindi affidare la gestione del servizio pubblico ad un soggetto privato, è certamente un modo di garantire la funzionalità del servizio: poichè il privato opera secondo la logica del profitto e quest'ultimo nel caso del servizio pubblico coincide con il costo del servizio, l'interesse del privato è di far rendere al massimo il servizio per massimizzare il profitto.

In una logica di mera efficienza, la migliore resa del servizio avrebbe così risvolti positivi anche sulla qualità del servizio stesso: il che si tradurrebbe in vantaggi per l'utenza che potrebbe in tal modo di fruire di un servizio davvero efficiente⁴⁰⁶.

Sotto altro profilo, però, deve osservarsi che, siccome il guadagno é dato dal canone che deve essere pagato dall'utente, può verificarsi che il prezzo del servizio sia eccessivamente oneroso per l'utente⁴⁰⁷.

In definitiva, la gestione privata se da un lato in teoria potrebbe consentire la migliore funzionalità del servizio ispirata dalla logica del profitto, dall'altra potrebbe portare con sé problemi di accessibilità del cittadino al servizio stesso.

Nell'ipotesi alternativa di gestione diretta del servizio, di stampo pubblicistico, vi é la possibilità di garantire una gestione meno onerosa per l'utenza e al tempo stesso accessibile a tutti⁴⁰⁸.

Tuttavia è vero che tale gestione può scontrarsi con la scarsità delle risorse in capo alle amministrazioni pubbliche, che potrebbe rendere eccessivamente difficile, se non addirittura impossibile, la gestione del servizio, comportando di

può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come particolarmente competitiva, con conseguente alterazione della par condicio”.

In senso opposto si vede tra gli altri A. Lucarelli, *Il Servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza. cit.*, p. 288.

⁴⁰⁶ Sulla maggiore accessibilità del servizio si legga A. Napolitano, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti*, Torino 2019 pp. 95 ss.

⁴⁰⁷ Tale situazione inciderebbe sull'universalità del servizio, ovvero sulla necessità che tale servizio sia fruibile per tutti gli utenti.

⁴⁰⁸ Sulle linee fondamentali su cui si muovono i servizi pubblici si veda G.P. Cirillo, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5, 2016, p. 1067, in cui si evidenzia che sono due: “ *garantire la coesione sociale e territoriale, salvaguardare la competitività dell'economia europea, applicandosi anche in tale settore le regole della concorrenza; il che genera l'immanente ricerca di un equilibrio mobile, a prescindere da norme derogatorie*”.

conseguenza l'inefficacia e l'efficienza dello stesso, ma è altrettanto vero che la gestione diretta di alcuni servizi pubblici è quella più aderente al dettato costituzionale e alla tutela degli interessi collettivi⁴⁰⁹.

Ecco che si manifesta in tutta la sua evidenza il punto fondamentale della ricordata sentenza del Consiglio di Stato: ai fini delle modalità di gestione del servizio pubblico rileva esclusivamente la scelta dell'amministrazione interessata.

Tale scelta costituisce tipica manifestazione della discrezionalità (non sindacabile in sede di legittimità, salvo la sua manifesta illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità).

E' così superato l'impianto tradizionale (e tutto sommato semplicistico o quanto meno meramente teorico) della disciplina secondo cui la regola generale sulle modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici è quella della concorrenza, imponendo l'obbligo di aprirsi al mercato e di scegliere attraverso una procedura di evidenza pubblica il partner privato a cui affidare il servizio.

L'impostazione tradizionale si rivela astratta e meramente descrittiva del fenomeno: l'in sé è invece nella scelta dell'ente di individuare in concreto tra le diverse modalità di gestione del servizio pubblico quella più idonea per assicurare un servizio efficiente ed efficace e garantire la più ampia fruizione da parte di tutti i

⁴⁰⁹L. Longhi, *cit.*, p. 188 ss.

cittadini⁴¹⁰, scelta che, come si è già avuto modo di precisare, è espressione tipica della discrezionalità dell'azione amministrativa⁴¹¹.

Può aggiungersi che tali conclusioni potevano desumersi già dalla lettura degli artt. 112 e 113 TUEL: in particolare quest'ultimo, nell'individuare le varie forme di gestione dei servizi pubblici, le pone tutte sullo stesso livello, senza attribuire alcuna preferenza specifica ad una in particolare e demandando perciò all'amministrazione di riferimento la scelta sulla forma in concreto più idonea ed adeguata⁴¹².

⁴¹⁰ Si veda sul punto T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, n. 4209 del 2019 in cui si afferma che: «quanto al lamentato contrasto dell'art. 2, comma 2, del decreto legge n. 193/2016 con i principi comunitari di tutela della concorrenza e di affidamento concorrenziale dei servizi pubblici, si osserva che né nelle disposizioni del TFUE né nel testo delle direttive n.ri 23, 24 e 25 del 2014 è rinvenibile un indicatore di preferenza in favore del ricorso al libero mercato, cioè in favore di un modello gestionale dei servizi pubblici esternalizzato, risultando viceversa equiordinato a quest'ultimo, e rimesso essenzialmente alla scelta discrezionale dell'ente pubblico titolare del servizio, il modello gestionale internalizzato, realizzabile attraverso la gestione in economia della stessa amministrazione o la gestione societaria in house. Lo stesso art. 106 del TFUE, invocato dalla ricorrente, ammette in effetti che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale – cui potrebbe essere al limite assimilata l'ADER in qualità di ente pubblico economico investito per legge delle attività di riscossione delle entrate tributarie – possano operare in ambiti non totalmente concorrenziali, quando ciò sia reso necessario dal perseguimento dei loro fini istituzionali. Pertanto, ragionando nell'ottica comunitaria e facendo tesoro del quadro di riferimento ultimamente delineato dalle citate direttive del 2014, si può ben affermare che, in materia di affidamento dei servizi pubblici, il principio di concorrenza trova temperamento nel principio di gestione internalizzata, visto come modalità alternativa di espletamento del servizio e non come eccezione. Ne discende che non può individuarsi in capo all'art. 2, comma 2, del decreto legge n. 193/2016 – che consente agli enti locali di ricorrere ad una particolare forma di gestione internalizzata del servizio di riscossione, appunto delegata ad altro ente avente tale compito istituzionale e facente parte del sistema allargato della pubblica amministrazione – alcun possibile profilo di incompatibilità con il diritto comunitario in relazione agli ambiti di indagine sottoposti all'attenzione di questo giudice.

⁴¹¹ Si veda G. Taglianetti, *cit* p. 143 ss, il quale analizzando il principio di libera amministrazione sancito dall'art 2 della direttiva 2014/23/UE, evidenzia come le amministrazioni sono libere «di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e le promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici».

⁴¹² Art 113 TUEL: 1. I servizi pubblici locali sono gestiti nelle seguenti forme:
a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;
b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico

Ciò non è in contrasto con i principi comunitari ed in particolare con quello della concorrenza, perché questi rilevano nella fase della scelta (discrezionale) della modalità di gestione del servizio pubblico; d'altra parte sottolinea la centralità dei poteri decisionali dell'ente anche nell'ottica del rispetto del principio di democraticità⁴¹³.

In definitiva deve concludersi che l'amministrazione nell'esercizio delle funzioni pubbliche, tra cui rientra la cura dei servizi pubblici locali, deve essere messa nelle condizioni di scegliere la soluzione migliore per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto della normativa di stampo comunitario, essendo il soggetto pubblico più vicino all'interesse da tutelare⁴¹⁴.

Ne deriva che non può ravvisarsi nessun obbligo dell'amministrazione di doversi necessariamente aprire al mercato, sussistendo piuttosto un obbligo di individuare la soluzione più adeguata per la gestione del servizio che metta in equilibrio la doverosità dello stesso con l'interesse dell'utente a fruire del servizio⁴¹⁵.

Si tratta di una ricostruzione suffragata dal richiamo sia ai principi fondamentali della Carta Costituzionali, sia ai principi generali dell'azione amministrativa: quanto ai principi di solidarietà e di uguaglianza di cui agli art. 2 e 3 della Costituzione, si deve evidenziare come la scelta di una gestione diretta di un

locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati; f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'articolo 116.

⁴¹³ Si veda sul punto A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico Europeo*, cit, p. 155 ss, in cui si evidenzia che dagli art. 14 e 106 comma 2 TFUE, emerge come la regola della concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale non ha valore assoluto, ma è limitata dal raggiungimento di dei fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche.

⁴¹⁴ Sul punto si legga Consiglio di Stato, sez I, 7 maggio 2019 n. 1389, “L'autorità pubblica, in virtù del principio di libera amministrazione, può discrezionalmente scegliere come devono essere gestiti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, vale a dire: mediante il ricorso al mercato – individuando l'affidatario mediante gara ad evidenza pubblica; attraverso il partenariato pubblico-privato, ossia per mezzo di una società mista con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio e per la gestione del servizio; attraverso l'affidamento in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo”.

⁴¹⁵ A. Lucarelli, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano. 2011, p. 253.

servizio possa costituire lo strumento più idoneo a garantire a tutti la fruizione del servizio in modo indiscriminato, assicurando contemporaneamente solidarietà ed uguaglianza⁴¹⁶; quanto al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, secondo cui il fine pubblico deve essere perseguito con il minimo sacrificio possibile per il privato, esso ben può essere posto a base della scelta della gestione diretta del servizio, assicurando la fruizione del servizio con il minor sacrificio possibile per l'utenza (nello specifico minori costi).

Peraltro non può tacersi che lo stesso principio di proporzionalità ha matrice comunitaria, così che sotto tale profilo la scelta di un affidamento diretto non è un'elusione dei principi comunitari bensì una continua e costante applicazione degli stessi temperata con le finalità pubbliche da perseguire⁴¹⁷.

Nel caso esaminato dalla sentenza, la peculiarità della scelta è per così dire enfatizzata per il fatto che l'azienda speciale non nasce solo per il servizio di

⁴¹⁶ Si veda anche A. Lucarelli, *Art 43, cit.*, pp. 883 ss.

⁴¹⁷ Nel contesto del diritto UE il principio di proporzionalità va certamente collocato fra quei principi generali del diritto che sono stati enucleati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in base al noto metodo della comparazione giuridica. La Corte di giustizia vi ha fatto infatti esplicito riferimento sin dagli esordi della sua giurisprudenza (v. ad es. C. giust., 16.7.1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*, in Racc., 1955-56, 199 ss.; C. giust., 14.12.1962, in cause riunite C-5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in Racc., 1962, 917 ss.; C. giust., 19.3.1964, in C-18/63, *Schmitz*, in Racc., 1964, 175 ss.) ed esso si è poi progressivamente affermato come essenziale strumento di sindacato giurisdizionale, applicato a quasi tutti i settori del diritto dell'Unione europea. Secondo quanto espressamente affermato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, a tale principio spetta rango costituzionale, quale principio generale finalizzato a limitare le misure comunitarie restrittive, comprese quelle adottate dal legislatore (v. C. giust., 17.12.1970, in C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in Racc., 1970, 1125 ss.; C. giust., 24.10.1973, in C-5/73, *Balkan-Import-Export*, in Racc., 1973, 1091 ss.). Con il Trattato di Maastricht del 1992 il principio di proporzionalità - limitatamente all'aspetto relativo alla necessità - è stato peraltro inserito direttamente all'interno del Trattato, all'art. 3 B (divenuto poi l'art. 5 TCE), che si riferiva, tuttavia, alla sola attività delle istituzioni comunitarie. In seguito, con il Trattato di Amsterdam del 1997, ai principi di sussidiarietà e proporzionalità è stato dedicato un apposito protocollo, la cui prima disposizione ricalca, sostanzialmente, quella di cui all'art. 3 B, con l'aggiunta, però, della precisazione espressa che l'obbligo di rispetto del principio incombe a «ciascuna istituzione». Il protocollo in questione (ora Protocollo n. 2) è stato ripreso, con alcune modifiche, anche dal Trattato di Lisbona che, entrato in vigore il 1.12.2009, ha anche sostituito il vecchio art. 5 TCE con l'art. 5 TUE. In sintesi, dunque, nel diritto dell'Unione europea, il principio di proporzionalità si impone sempre come canone di azione: ma, a seconda, dei casi, esso si impone o nella sua qualità di principio generale del diritto UE, riconosciuto come tale dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia. Ovvero, con riguardo specifico all'azione posta in essere dalle istituzioni UE, esso si impone per via della sua espressa menzione all'interno del Trattato, che limita però il riferimento relativo al solo requisito della necessità. Ne deriva comunque, in entrambe le ipotesi, una sua sovra-ordinazione rispetto alle norme del diritto dell'Unione europea di rango primario.

raccolta e smaltimento rifiuti, ma si propone di svolgere anche i servizi di cura e decoro urbano e del verde pubblico e gestione dei beni comuni individuati nel regolamento comunale, così ampliando l'oggetto dell'interesse pubblico da perseguire.

E' tuttavia fin troppo evidente come solo una gestione pubblica e diretta può assicurare il buon andamento del servizio, in quanto i valori da tutelare necessitano di un'accuratezza tale che un operatore economico privato non riuscirebbe a comprendere perché piegato su una visione prettamente economica e remuneratoria della gestione.

Anche da un punto di vista prettamente formale, nel caso di specie la scelta del Comune di gestire via diretta il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti (e non solo), risulta corretta.

In primo luogo, non sussiste un aggiramento del divieto dell'art 14, comma 6, del decreto legislativo n. 175 del 2016, secondo cui il fallimento di società a partecipazione pubblica incaricata in precedenza di gestire un pubblico servizio impedisce la costituzione di una nuova società partecipata dal medesimo ente per la gestione del medesimo servizio⁴¹⁸. E' vero che da una società partecipata, poi fallita, ma la nuova azienda speciale svolge anche altri servizi, oltre quello precedentemente svolto dalla società fallita.

Giova peraltro ricordare che secondo l'attuale normativa le società a partecipazione pubblica sono considerate società di diritto privato e si applicano loro le norme del codice civile⁴¹⁹.

Questo per sottolineare che l'ente non era già gestore in diverso modo del servizio, nè tantomeno la precedente gestione, tramite una società partecipata, può essere un elemento da cui far desumere l'incapacità dell'ente di gestire il servizio.

⁴¹⁸ Art 14 comma 6 del d. lgs. 175 del 2016, "Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita".

⁴¹⁹ M. Lungarella, in *Un nuovo diritto delle società pubbliche* (a cura di) R. Miccù, Napoli, 2019, in tema di natura delle società a partecipazione pubblica.

Come si è ricordato, infatti, le società a partecipazione, benchè uno dei soci sia un soggetto pubblico, sono formalmente società di diritto privato. Al più questo è un ulteriore argomento per sostenere che non sempre la gestione privata, quindi di un soggetto imprenditoriale, riesca a garantire la massima efficienza del servizio, cosa sostenuta da chi ritiene imprescindibile l'apertura al mercato anche per i servizi pubblici.

Inoltre il divieto posto dall'art 14 comma 6 del Testo Unico opera solo nel caso in cui venga riproposta la medesima modalità di gestione.

Nel caso di specie, l'ente dopo aver gestito in via indiretta il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti in via indiretta, tramite una società partecipata, ha compiuto una scelta diametralmente opposta, optando per una gestione diretta attraverso la costituzione di un'azienda speciale.

Le caratteristiche di quest'ultima rispetto alle società a partecipazione pubblica sono completamente diverse, in quanto la prima è un ente pubblico strumentale, i cui organi sono il consiglio di amministrazione, il presidente, il direttore ed il collegio dei revisori dei conti.

Anche il regime giuridico è diverso: l'azienda speciale opera infatti attraverso atti e provvedimenti assunti in forma pubblicistica, rispetto ad una società partecipata che opera ordinariamente in regime di diritto privato⁴²⁰.

L'aspetto più significativo dell'azienda speciale è, poi, la relazione con l'amministrazione controllante: essa è dotata di autonomia organizzativa ed imprenditoriale, ma l'ente locale di riferimento esercita su di essa un penetrante potere di indirizzo e di vigilanza che si concretizza nell'individuazione dei fini da perseguire, nella nomina degli organi nel potere di approvazione degli atti fondamentali e nella verifica dei risultati di gestione⁴²¹.

⁴²⁰ Per una approfondita analisi dell'azienda speciale L. Longhi, *cit.*, p. 149 ss.

⁴²¹ T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 06/07/2019, n.1558 "Ai sensi dell'art. 5 comma 1 del codice dei contratti, è possibile l'affidamento "in house" ad una persona giuridica se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercitano sulla persona giuridica stessa un "controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi", vale a dire che la società in house costituisce una sorta di ente strumentale della stazione appaltante, praticamente quasi un suo "braccio operativo"; secondo la giurisprudenza amministrativa, la verifica dell'esistenza del controllo analogo deve essere effettuata in concreto, considerato che: <<...il controllo analogo richiesto per configurare l'in house providing si sostanzia in un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni

Si manifesta in tal modo sia l'autonomia dell'azienda speciale, ma soprattutto il rapporto che la lega all'ente locale di appartenenza, che la fa qualificare come "amministrazione parallela".

Non a caso Si parla di "doppia anima" dell'azienda speciale, una legata all'attività dismessa, l'altra all'imprescindibile rapporto di collegamento con l'ente locale.

In definitiva può sostenersi che la scelta di costituire un'azienda speciale permette all'ente locale di perseguire il pubblico interesse nel modo migliore possibile ed allo stesso tempo assicurare il servizio all'utenza⁴²² e ciò perché l'azienda speciale è in concreto il modello di gestione più vicino alla completa internalizzazione del servizio, simile alle società in house, quale *longa manus* della pubblica amministrazione.

Resta infine da segnalare che la decisione del Consiglio di Stato riscontra la legittimità dell'operazione anche sotto il profilo motivazionale, avendo il Comune di Latina giustificato la propria scelta ai sensi dell'art. 192, comma 2, del D. Lgs. n. 50 2016⁴²³, che detta le modalità con cui è possibile derogare alla concorrenza e affidare un servizio senza espletare la procedura di evidenza pubblica⁴²⁴.

importanti della società controllata, tale per cui quest'ultima, pur costituendo una persona giuridica distinta dall'ente pubblico partecipante, in realtà ne costituisce una mera articolazione organizzativa priva di effettiva autonomia >>.

⁴²² Per una lettura più approfondita Staderini F, *Diritto degli enti locali*, Firenze 2018, *passim*.

⁴²³ Art. 192 comma 2 d. lgs n. 50 del 2016 :Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. [3] Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità, alle, disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.

⁴²⁴ In particolare la norma pone due condizioni: 1) l'amministrazione deve motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato 2) l'amministrazione deve indicare i benefici connessi a tale scelta. Nel caso di ABC Latina il Comune con la delibera di costituzione assolve in maniera efficace e puntuale a tale obblighi, mediante l'allegazione di tabelle contenenti i costi del servizio affidato all'azienda speciale dimostrative, a sua valutazione, della congruità economica degli stessi, con la necessità di sperimentare un nuovo approccio all'esecuzione del servizio di raccolta dei rifiuti, con riduzione dei costi del servizio, e conseguente riduzione della tariffa imposta ai cittadini,

Può concludersi affermando che la sentenza in questione sembra aver superato definitivamente la pluriennale diatriba dell'obbligatoria apertura al mercato in riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica⁴²⁵.

Del resto già l'analisi della normativa di riferimento fa emergere un regime di indifferenza in relazione alla modalità di affidamento dei servizi pubblici; ciò sia con riguardo all'art. 43 Cost. ed agli artt. 112 e ss. TUE che non esprimono alcuna preferenza per la miglior forma di gestione⁴²⁶; sia con riguardo anche dalle norme del trattato, in particolare gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, che per alcuni servizi di preminente rilevanza ammettono l'affidamento in via diretta per garantire finalità sociale e il perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza.

Ne deriva che superare il principio di concorrenza (o quanto meno la sua applicazione meccanicistica e formale) è possibile al ricorrere di alcuni presupposti come l'efficacia delle prestazioni per i fini di interesse pubblico, l'equilibrio di

nonché per la necessità di procedere al reinvestimento degli utili nel miglioramento degli standard qualitativi del servizio.

⁴²⁵ Sulla possibilità per gli Enti di governo d'ambito di affidare in via diretta il servizio idrico ad una società in house providing anche con partecipazione di capitale privato si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez I, 7 maggio 2019 n. 1389, che ha sancito il seguente principio di diritto : *“La partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.*

Nel caso di specie, inerente il settore dei servizi idrici, la partecipazione di privati è preclusa poiché, per un verso, la norma di riferimento per l'affidamento della gestione del servizio idrico è l'art. 149-bis del codice dell'ambiente che chiaramente lo esclude e, per altro verso, manca una norma di legge che espressamente lo prescriva. Pertanto, sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 d. lgs. 50/2016 e 16 d. lgs. 175/2016, infatti, non prescriverà che i privati partecipino ad una società in house - indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico - l'apertura dell'inhouse ai privati deve ritenersi esclusa. Non può giungersi a diversa conclusione, in considerazione del richiamo all' "ordinamento europeo" che vi è nell'art.149 bis Cod. amb. perché, proprio l'ordinamento europeo richiamato, impone una specifica previsione nazionale che prescriva (e disciplini) la partecipazione dei privati alle società in house (in termini analoghi i già richiamati articoli 5 Codice dei contratti pubblici e 16 d. lgs. 175/2016)”-

⁴²⁶T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 01/07/2019, n.613 *“La scelta preliminare del ricorso all'in house costituisce una legittima modalità di esercizio di un servizio pubblico locale di rilevanza economica e costituisce un modo di gestione ordinario dei servizi pubblici locali, alternativo rispetto all'affidamento mediante selezione pubblica”.*

bilancio e, soprattutto, la realizzazione del valore della solidarietà (sempre secondo il principio di proporzionalità delle misure legislative nazionali)⁴²⁷.

Il quadro normativo europeo, infatti, non esclude in radice l'autoproduzione del servizio: anzi, l'art. 106.2 del TFUE, riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politico-sociale ed economica, oltre che organizzativo-gestionale, di affidare il servizio al di fuori dalle regole del mercato e della concorrenza⁴²⁸.

Il limite alla regola della concorrenza, di cui all'art. 106, c. 2 TFUE, riferito alla specifica missione alla quale devono tendere i servizi di interesse economico generale, da una lettura armonica con l'art. 14 TFUE e con l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, viene potenziato sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo dall'imprescindibile rispetto e perseguimento dei valori sociali dell'Unione europea. Si tratta di una norma che fissa la non assolutezza dell'applicazione delle regole di concorrenza in materia di SIEG e, dunque, indirettamente, la possibilità in talune ipotesi di un ricorso a modelli di gestione diretta⁴²⁹.

Infine, se si guarda all'art 2 direttiva 2'14/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio 26 Febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sembra emerge un principio di libera organizzazione per le pubbliche amministrazioni, in cui non c'è una prevalenza del modello concorrenziale. Si può addirittura ipotizzare che l'analisi sistematica svolta in chiave nazionale ed europea può portare ad affermare che sembra sussistere una equi-ordinazione tra le modalità di affidamento per la gestione dei pubblici servizi. Addirittura tra modello il modello concorrenziale dell'apertura al mercato e quello dell'autoproduzione sembrerebbe addirittura prevalere quest'ultimo sia per la vicinanza tra il servizio

⁴²⁷ Corte di Giustizia, Causa C113/13 Corte di giustizia, Sez. V, 11 dicembre 2014.

⁴²⁸A. Lucarelli, *cit.* p. 160 ss, e si veda anche R. Mastroianni e A. Arena, *I servizi pubblici nel Gats e nel Tfe: una radicale divergenza di impostazione?*, *cit.*, p. 27.

⁴²⁹A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della corte*, in *Foro Amministrativo*, fasc.1, 2014, p. 345, in cui si afferma "è reso chiaro che il diritto europeo non impone obblighi di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione di servizi pubblici, caratterizzandosi, al contrario, per il principio di neutralità rispetto al regime (art. 345 TFUE), pubblico o privato, della proprietà, che insieme ai principi di libertà di definizione e proporzionalità, costituisce uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale, come affermato dalla Commissione nella propria comunicazione del 2001".

gestito e l'ente gestore, sia per un miglior rapporto costo benefici, e soprattutto per una migliore gestione e qualità del servizio. Si può quindi concludere sostenendo che è rimessa esclusivamente alla discrezionalità dell'amministrazione interessata la scelta sulla modalità di affidamento di un servizio pubblico. Non esiste più alcuna graduazione sulle modalità di affidamento, ma per in virtù del principio della neutralità delle forme di gestione è il soggetto pubblico che può scegliere il modo più efficace ed idoneo per svolgere quel servizio.

6. Conclusioni parziali

La prospettiva liberale del principio di sussidiarietà, legata al rapporto tra concorrenza e diritti di fondamentali, costituisce la chiave di lettura per confermare la prospettiva che costituisce il filo logico del lavoro.

L'intervento dei poteri pubblici è ancora oggi il punto di partenza ineludibile di uno stato democratico sociale.

Infatti, le esigenze di tutela dei diritti legati alla logica anche dei servizi pubblici, in cui si vuole assicurare la fruizione del servizio a tutti i consociati, necessitano di un intervento forte dello Stato.

Come si è avuto modo già di evidenziare nel corso del lavoro è mutato soltanto la prospettiva di intervento.

Seguendo le logiche della sussidiarietà orizzontale i pubblici poteri sono in un primo momento lasciati in subordine e viene demandata all'iniziativa dei cittadini singoli, o associati, il compito di perseguire l'interesse pubblico nell'interesse non solo personale, ma anche e soprattutto collettivo.

Soltanto in un momento successivo, laddove la libertà individuale mostra tutti i suoi limiti, il potere pubblico riespande il suo raggio d'intervento come precipitato necessario per assicurare a tutti la fruizione di servizi e la tutela di diritti.

In questo senso, il rapporto tra libera concorrenza e sussidiarietà è espressione della conferma della non mutata forma di stato democratica sociale.

La concorrenza e ed il libero mercato, alimentati anche dai venti di matrice europea, costituiscono un strumento di sostegno per lo Stato di fronte all'impossibilità per quest'ultimo di gestire e di intervenire in tutti i settori,

Concorrenza e libero mercato trovano per un freno di fronte alla necessità di assicurare l'interesse generale: quando quest'ultimo rischia di essere pretermesso a favore di logiche economiche ed interessi prettamente individuale lo Stato ha il dover di intervento, con i vari istituti che il nostro ordinamento riconosce e disciplina, per rimettere in equilibrio il sistema.

Soltanto il corretto funzionamento di tale dialettica tra autorità e libertà, garantirà un'ordinata e proporzionata ripartizione dei compiti e dei doveri tra Stato e privati, e consentirà di assicurare il rispetto dei principi fondamentali della Costituzione quali solidarietà e soprattutto uguaglianza sostanziale.

Conclusioni

I vari settori attraverso i quali si è dipanata l'indagine sul principio di sussidiarietà consentono di delineare alcune conclusioni.

Sotto un primo profilo, per così dire sistematico, il principio di sussidiarietà si intreccia e si coniuga con il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) e con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost) e quasi può configurarsi come un principio strumentale rispetto ad essi: la sussidiarietà postula ed è intrisa essa stessa di solidarietà e proietta l'azione svolta verso l'uguaglianza.

Il principio di sussidiarietà si atteggia così a principio di organizzazione dei pubblici poteri, ma non in senso statico di fissazione di competenze di organi ed uffici, ma piuttosto in senso dinamico, nel senso cioè di delineare e di individuare in concreto le migliori modalità attraverso cui il potere pubblico può perseguire e raggiungere l'interesse generale.

In questa prospettiva dinamica il principio di sussidiarietà consente di cogliere e di comprendere anche la stessa evoluzione del potere pubblico e il continuo espandersi e/o il mutamento delle funzioni e dei compiti dello Stato: in particolare il passaggio sempre più marcato dalla fase del monopolio pubblico dell'attività amministrativa ad una fase in cui l'esercizio del potere pubblico è affidato anche ai privati e soprattutto il sempre maggiore protagonismo del cittadino, in quanto tale, al concreto perseguimento degli interessi generali.

Il principio di solidarietà e quello di uguaglianza, mediati e promossi dal dinamismo del principio di sussidiarietà, vedono sempre maggiormente sbiadire il loro carattere di meri enunciati astratti, abbisognevole di specifiche normative di attuazione, ed

assumono anch'essi una effettiva immediata concretezza che innerva la quotidiana azione tesa al perseguimento degli interessi generali.

Il principio di sussidiarietà, così inteso, modifica nuovamente in definitiva il tradizionale rapporto Stato – cittadino: se la dialettica autorità – libertà, che pure aveva trasformato i sudditi in cittadini, continuava pur sempre a postulare la centralità dello Stato e dei poteri pubblici quali unici depositari della capacità di individuare e perseguire l'interesse generale (pur riconoscendo ampie garanzie politiche e giuridiche al cittadino), ora il rapporto Stato – cittadino si evolve tendenzialmente verso un carattere paritario, imperniato sulla partecipazione, sulla collaborazione e sulla leale cooperazione così che anche al cittadino è riconosciuta la possibilità concreta di una *mission* pubblicistica.

Una simile evoluzione, che si apprezza anche nel campo economico con le varie tappe delle c.d. privatizzazioni e sotto il profilo istituzionale anche con la riforma del titolo V della Costituzione, non può essere intesa come una progressiva perdita di potere dello Stato centrale e del potere pubblico in generale: al contrario l'abbandono di un modello di Stato interventore lascia il posto tendenzialmente ad uno Stato regolatore, più snello, maggiormente capace di cogliere quelle situazioni di deficit nell'individuazione, nel perseguimento e nel raggiungimento degli interessi generali; e ciò non tanto in ragione di un diverso modo di atteggiarsi delle forme di azione (da amministrazione attiva in amministrazione di controllo), ma soprattutto in virtù della partecipazione attiva di un cittadino protagonista.

Significativi in questa prospettiva sono gli istituti della partecipazione procedimentale ai fini dell'adozione degli atti amministrativi autoritativi, il diritto del cittadino di accesso agli atti dell'amministrazione e gli istituti peculiari degli

interventi di sussidiarietà orizzontale, del baratto amministrativo e di cessione di immobili in cambio di opere previsti dal Codice dei Contratti Pubblici.

Sotto altro concorrente profilo l'indagine svolta ha consentito di apprezzare che la caratteristica dinamica del principio di sussidiarietà, così come delineata, non costituisce di per sé uno strumento capace di trasformare la attuale forma di Stato delineata dalla Costituzione.

A tal fine si è potuto constatare che se da un lato il principio di sussidiarietà ha giustificato anche l'introduzione di istituti giuridici innovativi, capaci di promuovere iniziative anche private con finalità sociali, ciò non solo si è rilevato perfettamente compatibile ed anzi addirittura conforme ai valori di solidarietà e uguaglianza previsti dalla stessa Costituzionale, ma soprattutto non ha escluso affatto il ruolo fondamentale dello Stato, modificandone piuttosto la funzione, da "primo motore immobile", preventiva e statica, ad elemento di verifica, successiva e dinamica.

La rimediazione del rapporto Stato – cittadino e la sua trasformazione alla luce del principio di sussidiarietà ha consentito di individuare l'essenza propria del principio di sussidiarietà, facendone emergere plasticamente sia l'anima "liberale", di riconoscimento di libertà individuale dei singoli individui all'interno di una società; sia l'anima sociale come strumento di realizzazione di interessi superindividuali per soggetti appartenenti ad un determinato gruppo al fine di perseguire interessi non egoistici, bensì generali⁴³⁰.

La sussidiarietà si presenta perciò come perfettamente compatibile con una forma di Stato sociale, seppure non più nella sua accezione classica di intervento dei poteri

430 A. Lucarelli, *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico*, cit. pp. 43, ss.

pubblici in modo quasi “invadente” nella sfera di libertà dei singoli, ma piuttosto come intervento necessario laddove i singoli ed i gruppi sociali non riescono a rendere effettivo il godimento di una serie di diritti che risultano essere fondamentali per il corretto sviluppo psico-sociale del singolo all’interno della collettività.

Resta in definitiva ben salda l’idea che nelle situazioni contingenti e per la necessaria tutela di diritti fondamentali il potere pubblico resta l’unico soggetto istituzionalmente deputato ad intervenire per evitare vuoti di tutela: segnale decisivo che la forma di Stato non è mutata.

Il più volte ricordato carattere dinamica dello sussidiarietà esclude ragionevolmente che una modifica della forma di Stato si sia quanto meno anche solo avviata con la riforma del titolo V della Costituzione: per quanto infatti si voglia (o si possa) intendere questa riforma in senso tendenzialmente federale, essa si è “limitata” ad una diversa organizzazione dei poteri e delle competenze (nei rapporti tra Stato e Regioni) in senso esclusivamente statico⁴³¹.

Ma la diversa organizzazione dei poteri non ha inciso affatto sui principi fondamentali espressi dalla Costituzione ed in particolare su quei principi di solidarietà ed uguaglianza di cui il principio di sussidiarietà in senso dinamico finisce per essere il garante

431 Per un approfondimento sulla struttura federale ed il principio di sussidiarietà si legga P.Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluraristica*, cit., 225ss.

BIBLIOGRAFIA

- N. Aicardi, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Sanità Pubbl.*, 1999.
- A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2002.
- R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956
- G. Amato, *Regioni ed assistenza sanitaria: aspetti costituzionali*, in *Probl. Sic. Soc.*, 1969.
- G. Amato, F.Clementi, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2012.
- L. Antonini, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State e Welfare Society*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1, 2000.
- A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016.
- G. Arena, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005.
- G. Arena, *La sussidiarietà nello Sbocca Italia*, in *www.labsus.org*, 11 gennaio 2014.
- G. Astuti, *La formazione dello Stato moderno in Italia - lezioni di storia del diritto italiano*, Torino, 1967.
- A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.
- V. Baldini, *La sussidiarietà come regola di valore*, in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, (a cura di) L. Chieffi, Padova, 1999.
- S. Bartole, *Principi generali del diritto (dir. cost.)* in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Torino, 1986.
- S. Bartole, *Stato, (forme di)*, in *Enc. dir., Annali II*, Bologna, 2011.
- F. Bassanini, *La Repubblica Della Sussidiarietà* in *Astrid Rassegna*, 2, 2007.
- F. Bassanini, *La forma dello Stato della Repubblica italiana dopo la riforma costituzionale del 2001*, in *Astrid-online*, 4, 2010.
- M. Belletti, *Potere sostitutivo "straordinario" ed "ordinario" dopo la sentenza n. 43 del 2004*”, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2004.
- M. Belletti, *Poteri statali di garanzia e decisione ultima, commissariamenti e centralizzazione delle decisioni*, Relazione tenuta in occasione del Convegno *Dieci anni dopo Più o meno autonomia regionale?*, Bologna il 27 e 28 gennaio 2011.

- F. Benvenuti, *Intervento*, in *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, F. Roversimonaco (a cura di), Milano, 1997.
- R. Bifulco, “*Sostituzione e sussidiarietà nel nuovo Titolo V: note alla sentenza n. 43 del 2004*”, in *Giur. it.*, 2005.
- P. Bilancia, *Sussidiarietà (principio di)*, in M. Aini (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000.
- R. Bin, *Bicamerale e sussidiarietà*, in Relazione alla Conferenza su “*Federalismo e solidarietà*”, dall’Università del Terzo Settore, Portonovo 15 novembre 1997.
- R. Bin, *Stato di diritto (voce)*, in *Annali*, IV, Bologna, 2011.
- M.S. Bonomi, *Il diritto alla salute e il sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it*, 30 luglio 2013.
- H. Bonura, *I moduli ordinari di organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali*, in *L’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, (a cura di) H. Bonura e M. Cassano, Torino, 2011.
- C. Botrugno, *Diritto alla salute, diseguaglianze e materialità del sociale: una ricognizione per leggere le molteplici correlazioni tra diritto e società nell’area del benessere*, in *Il benessere, un percorso multidisciplinare*, (a cura di) R. Bonato, M. Nobile, Milano, 2014.
- C. Bottari, *Il diritto alla tutela della salute*, in (a cura di) R. Nania-P. Ridola, *I diritti costituzionali III*, Torino 2006.
- F. Bruno, *La Costituzione di Weimar e la Costituente italiana*, in F. Lanchester, F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, 2012.
- F. Caia, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in *Diritto Amministrativo* (a cura) di L. Mazzaroli, G. Perico, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna. 2008.
- D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 3, 2018.
- Q. Camerlengo *Art 118*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006.
- M. Cammelli, *Le regioni nelle proposte statali di riforma sanitaria*, in *Le Regioni*, 1974.
- A. Campanini, *Famiglia o famiglie nel terzo Millennio*, in *Alternativas. Quadernos de Trabajo Social*, 2004, n. 12.

- F. Caponi, R. Camporese, *L'azienda speciale e la gestione dei servizi comunali*, Rimini, 2013.
- V. Caputi Jambrenghi, *I servizi sociali*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G.Scoca, Torino, 1993.
- F. Carraro, *Trasformazione eterogenea regressiva di società a capitale pubblico*, in *Giurisprudenza Commerciale*.
- G. F. Cartei, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007.
- S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed Enti di gestione*, Milano, 1962.
- S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991.
- S. Cassese, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro italiano*, n. 5, 1995.
- S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1999.
- L. Castellani, *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in *Rivista Anci*, 1996.
- E. Castorina, *Le formazioni sociali del Terzo Settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà*, in *Rivista Aic*, 3, 2020.
- E. Castorina, *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo: notazioni introduttive e di metodo*, in E. Castorina (a cura di) *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Napoli, 2016.
- A. Catelani, *La sanità pubblica*, Padova, 2010.
- V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali e servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2006.
- V. Cerulli Irelli, R. Cameli, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in www.astrid-online.it.
- P. Chiurulli, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2015.
- E. Cianci, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano, 2009.
- G. P. Cirillo, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5, 2016.
- M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 4, 1995.
- G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1981.

- F. Cortese, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003.
- E. Crosa, *Sulla teoria delle forme di Stato* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1931.
- L. Cuocolo, A Candido, *L'incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, in *Forumcostituzionale*, 23 settembre 2013.
- T. D'Aquino, *De Regno*, Editori di San Tommaso, Roma, 1979.
- T. D'Aquino, *Summa teologica*.
- A. D'Atena, *Prospettive della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, da <http://www.consiglio.regione.lombardia.it/>.
- P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002.
- G. De Cesare, *Sanità* (dir. Amm.), In *Enciclopedia del diritto*, 1989.
- R. De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018.
- P. De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000.
- U. De Siervo, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Digesto pubbl.*, I, 1987, pp. 445 ss.
- G. De Vergottini, *Lo Stato federale: un delicato equilibrio istituzionale*, Bologna, 1979.
- G. De Vegottini, *Stato* (voce), in *Annali*, XLIII, 1990.
- A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. IV, I, Milano, 1924.
- M. Della Morte, *Profili del potere "ordinario" di sostituzione regionale*, in S. Staiano (a cura di), *Le funzioni amministrative nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2006.
- M. Della Morte, *Gli istituti di partecipazione nei nuovi Statuti regionali: l'iniziativa legislativa popolare*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Jovene, Napoli, 2008.
- M. Della Morte, *Democrazia partecipativa e democrazia deliberativa: due nozioni a confronto*, in *Annali dell'Università del Molise*, 12, 2011.
- M. Della Morte, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 settembre 2012.

- M.G. Donati, *Note minime in tema di esercizio del potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 21,2014.
- P. Donati, *Il welfare del XXI secolo: perché e come inventarlo*, in *Lo Stato sociale in Italia*.
- G. Dossetti, *La Ricerca costituente, 1945-1952*, Bologna, 1994.
- M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012.
- V. Durante, *La salute come diritto della persona*, in (a cura di) S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo*, Milano, 2011.
- P. Duret, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus* 2000.
- C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova 1954.
- A. Falcon, *Sanità*, in Atti del Convegno "Seicentosedici dieci anni dopo", Roma, 1988.
- A. Ferrara, *Il principio di sussidiarietà come criterio guida della riforma del regionalismo e del Welfare State*, Istituto di Studio sulle regioni, Atti del Convegno, Roma, 9-10 maggio 1996.
- A. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005.
- A. Ferrara, *La revisione costituzionale come figurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della Commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, 1998.
- R. Ferrara, *Salute (diritto alla)* in *Digesto pubbl.*, XIII, Torino, 1997.
- V. Ferrari, *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, 2010.
- M. V. Ferroni, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, n. 3, 2017.
- E. Forsthoﬀ, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973.
- V. Fortunati, E. Roversi, *Le aziende del S.S.N. sistemi di finanziamento e di controllo economico a garanzia dell'equità*, Bologna, 1998.
- T.E. Frosini, *Profili della Costituzionalità in senso orizzontale*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 1, 2000.
- T.E. Frosini, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Torino, 2008.

- S. Galeoti, *Il valore della solidarietà* in *Dir. e Società*, 1996.
- C. Gallucci, *Servizi pubblici locali (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1999, 1.
- R. Garofoli, *Costituzione economica, trasformazioni in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in *giur. cost.*, 6, 1996.
- M. Gattabriga, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. Unione Eur.*, 2-3, 1998.
- F. Gentile, *Il problema della burocrazia alla luce del principio di sussidiarietà*, in G. Vittadini (a cura), *Liberi di scegliere – dal welfare state alla welfare society*, Milano 2002.
- M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, Roma, 1953.
- M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1959.
- M.S. Giannini, *La tutela della salute come principio costituzionale*, in *Inadel*, 1960
- M.S. Giannini, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966.
- M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986.
- M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.
- F. Giglioni, *Le ragioni per dire no al “baratto amministrativo”* in *www.labsus.org*, 16 dicembre 2015.
- F. Giglioni, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di scienze dell'Amministrazione*, 3, 2016.
- F. Giglioni, S. Lariccia, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Encl. Dir.*, 2000.
- F. Giglioni, *Verso un sistema chiamato Amministrazione condivisa*, in *www.labsus.org*, 8 luglio 2019.
- S. Giubbioni, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 2012.
- F. Giuffrè, *I doveri costituzionali: solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso B. Luther (a cura di) *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, in *Quaderni del Gruppo di Pisa*, Atti del Convegno di Acqui Terme- Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006.
- F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002.

- A. Gualdani, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 12, 2018.
- J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), trad. it., Milano, 1998.
- F.A. Hayek, *The Collected Works of FA Hayek, Plan of the Collected Works of FA Hayek*, 2012, vol 7.
- O. Höffe, *Subsidiarität als Staatsphilosophisches Prinzip*, in di K.W. Nörr– T. Oppermann(a cura di), *Subsidiarität:Idee und Wirklichkeit*, Tübingen, 1997.
- T. Jefferson, *Il decentramento del potere*, in *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, (a cura di), A. Acquarone, Bologna, 1961..
- P. Jori, *L'esercizio del potere sostitutivo dello Stato e delle regioni nell'ordinamento costituzionale vigente*, in *Lexitalia.it*, 1, 2008.
- G. Karsten, *Eucken's social market economy and its tests in post-war West Germany*, in *The American Jjournal of Ecomisc and Sociology*, 44, 2, 1985.
- M. Labranca, *Sanità pubblica*, in *Nuovo Dig.*, XI, Torino, 1939.
- C. Lega, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952.
- S. Lieto, *Normazione sociale e ruolo del regolamento comunale per un sistema di produzione del diritto dal basso*, in *Federalismi.it*, 2, 2017.
- F. Liguori, *I servizi pubblici a carattere industriale ed economico*, in F. Pinto (a cura di), *Diritto degli Enti locali, II, Le funzioni e l'organizzazione*, Torino, 2004.
- L. Longhi, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015.
- A.Lucarelli, *L'effettività dei principi costituzionali europei: presupposto delle politiche pubbliche. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 1,2006.
- A. Lucarelli, *Art 43*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006 ora in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016.
- A. Lucarelli, *La riforma dei servizi pubblici locali. I modelli di gestione*, in *Quale Stato*, 1-2, 2008.
- A. Lucarelli, *Costituzione e diritto pubblico dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*, in *Quale Stato*, 1,2008.
- A. Lucarelli, *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico*, in *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, A. Lucarelli (a cura di), Napoli, 2009.

- A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla costituzione europea*, Napoli, 2009.
- A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Cantaro (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, Torino, 2010:
- A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2010.
- A. Lucarelli, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011.
- A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*,1, 2011.
- A. Lucarelli, *Art 35*, in R. Bifulco, M. Cartabria, A. Celotto, (a cura di) *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2011, ora in *Scritti di Diritto Pubblico Europeo dell'Economia*, Napoli, 2016.
- A. Lucarelli, *Art 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale* in R. Bifulco, M. Cartabria, A. Celotto, (a cura di) *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2011.
- A. Lucarelli, *Ancora sul diritto pubblico europeo dell'economia: la legislazione per principi e la legittimità comunitaria*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*,1,2011;
- A. Lucarelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.P.A. in house e alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2012.
- A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013.
- A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della corte*, in *Foro Amministrativo*,1, 2014.
- A. Lucarelli, *L'organizzazione amministrativa delle nuove autorità d'ambito tra principio di sussidiarietà verticale, ruolo delle regioni e vincoli referendari*, in *Federalismi.it*, 16 aprile 2014.
- A. Lucarelli, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in E. Castorina, A. Lucarelli e D. Mone (a cura di), *Il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 1,2016.
- A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016.

- A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, in *Federalismi.it*, 18, 2018.
- G. Lucatello, *Lo stato federale*, Padova, 1939 (rist.1967).
- M. Luciani, *A proposito del diritto alla salute*, in *Diritto e società*, 1979.
- M. Luciani, *Diritto alla salute- Dir- Cost*, in *Enc. Giuridica*, XXVII, Roma, 1991.
- F. Lanchster, *Stato (forme di)* in *Enciclopedia del diritto*, vol.XLIII.
- M. Lungarella, in *Un nuovo diritto delle società pubbliche*(a cura di) R . Miccù, Napoli, 2019.
- S. Mangiameli, *Il titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *Cortecostituzionale.it*, 2013.
- A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, (a cura di) A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, Bologna, 2001.
- B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013.
- A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto pubblico*, 2, 2019.
- V. Mastragostino, *Servizio Sanitario Nazionale e ordinamento contabile*, Rimini 1982.
- R. Mastroianni e A. Arena, *I servizi pubblici nel Gats e nel Tfu: una radicale divergenza di impostazione?* , in *Diritto del commercio internazionale*, 1, 2010.
- A. Mattioni, *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. Balduzzi (a cura di) *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009.
- M.G. Melchionni, *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva storica, dalla tradizione nel pensiero cattolico al Trattato di Maastricht*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*,2, 2013.
- L. Meneghini, *Nuovi valori costituzionali e volontariato*, Milano, 1989.
- M. Mengozzi, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della corte costituzionale n.199/2012:un rapporto difficile ma non impossibile*, in *Federalismi.it*, 1, 2013.
- M. A. Menichetti, *Il riordino del servizio sanitario nazionale*, in *Funz. Amm.*, 1995.
- A. Merkl, *Il contenuto giuridico statale dell'enciclica "Quadragesimo Anno"*, (a cura di) V, Lattanzi, Roma, 1999.
- F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

- R. Miccù, *Economia e costituzione. Una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quad. del pluralismo*, 1996.
- F. Midiri, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *Federalismi.it*, 6, 2017.
- G. Miele, *La regione nella Costituzione italiana*, Firenze, 1949.
- H. Miller, *Sulla 'Chicago School of Economics* in *Journal of Political Economy*, 1969.
- C. Millon-Delsol, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003.
- F. Minni, A. Morrone in “*Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Costituzionale Italiana*” , in *Rivista Aic*, n. 3, 2013.
- F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.
- C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975,
- C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1, 1961.
- A. Moscarini , *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003.
- N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006.
- A. Napolitano, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti*, Torino 2019.
- A. Negri, *Problemi di storia dello Stato moderno. Francia*. in *Rivista critica di storia della filosofia*, 2, 1967.
- U. Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane - Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, 1955.
- B. Paccagnella, *L'evoluzione del concetto di salute*, in *Pace e diritti umani*, 3, 2005.
- A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova 1995.
- A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002.
- L. Paladin, *Eguaglianza (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, 1965.
- G. M. Palligiano, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009, in www.giustiziaamministrativa.it.
- M- Palma, *Sussidiarietà e competenze. Riparto funzionale e materiale*, Bari, 2007.
- G. Pastori, *Le trasformazioni dell'amministrazione e il principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Regionali*, 2002.
- G. Pastori, *Attività amministrativa e soggetti privati*, in *Giur. it.*, 2014.

- G. Pastori, *La sussidiarietà “orizzontale” alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarmiglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, Esperienze a confronto*, Padova, 1999.
- S. Pellizzari S.Pellizzari, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali: i rapporti con l’organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, in B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell’amministrazione tradizionale*, Padova, 2013.
- B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1, 1983.
- I. Piazza, *L’organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in *P.A., Persone e amministrazione*, Urbino, 2, 2019.
- A. Pierobon, *La trasformazione dalla s.p.a. pubblica all’azienda speciale del servizio idrico integrato*, in *Azienda Italia*, 4, 2014.
- C. Pinelli, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. Unione Eur*, 1999.
- C. Pinelli, *Privatizzazione dei servizi pubblici locali in Italia e in Francia*, in *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, 1999.
- C. Pinelli, *Forme di Stato e Forme di Governo*, Napoli, 2009.
- G. Piperata, *Le esternalizzazione nel settore pubblico*, in *Dir. Amm*, 4, 2005.
- G. Pishel, *L’azienda municipalizzata*, Roma, 1972.
- S. Poa, *Il fondamento europeo del diritto alla salute. Competenze istituzionali e profili di tutela*, Milano, 1998.
- A. Poggi *Il principio di sussidiarietà e il “ripensamento” dell’amministrazione pubblica*, in www.astrid-online.it, 9 maggio 2005.
- A. Police, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008.
- N. Polito, *Articolo 118, u.c. della Costituzione. Un approfondimento sul “favoriscono”*, www.astrid-online.it.
- U. Pototsching, *I servizi pubblici*, Padova 1964
- P.J.Proudhon, *Critica della proprietà e dello Stato*, (a cura di) G N. Berti, Milano, 2009.
- P.J.Proudhon, *Del principio federativo*, (a cura di) Paolo Bonacchi, Milano, 2005.
- F.C. Rampulla, *Il sistema delle prestazioni*, in (a cura di) Giannini, De Cesare, *Dizionario di diritto sanitario*, Milano, 1984.

- G. U. Rescigno, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.
- G. U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002.
- G. U. Rescigno, *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni regionali*, 2, 2002.
- P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluraristica*, in *Studi sulla riforma costituzionale*, in A. Cervati, P. Ridola, S. Panunzio (a cura di), Torino, 2001.
- A. Rinella, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, (a cura di) A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, Padova, 1999.
- S. Romano, *La crisi dello Stato moderno*, Pisa, 1909.
- E. Rossi, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006.
- A. Ruggieri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalismi.it*, 28 agosto 2013.
- A. M. Sandulli, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1984.
- P. Santinello, *Sanità Pubblica* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997, vol. XIII.
- A. Santuari, *Sulla trasformazione di una spa in azienda speciale consortile* in *C. Conti Autonomie*, 2, 2014 .
- V. M. Sbrescia, *Alberto Beneduce e le trasformazioni del modello di intervento pubblico in economia: la vicenda dello Stato imprenditore ed il ruolo dell'Iri a quindici anni dalla sua messa in liquidazione. Spunti di riflessione per il possibile rilancio dell'azione pubblica nelle dinamiche economiche*, in *Riv. Giuridica del Mezzogiorno*, 4, 2015.
- G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009.
- E. Scotti, *Il pubblico servizio*, Padova, 2003.
- A. Simoncini, E. Longo, *Commento Art 32*, in *Commentario Costituzione* (a cura di), R. Bifulco, G. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006.
- G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, 1990.
- B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, 2020.

- A. Spadoni, *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in www.dirittodeiservizi.it, 2003.
- A. Spina, *Partiti e mercato: le politiche di regolazione*, in M. Cotta e P. Isernia (a cura di), *Il gigante dai piedi di argilla. Le ragioni della crisi della prima repubblica: partiti e politiche dagli anni '80 a mani pulite*, Bologna, Il Mulino, 1996.
- F. Staderini, *Diritto degli enti locali*, Firenze 2018.
- S. Staiano, *Profili teorici della sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 5, 2016.
- Stammati, *Il principio di sussidiarietà fra passato e presente*, in *Diritto e Società*, 2,2003.
- S. Stammati, *Declinazione del principio di sussidiarietà nella disciplina costituzionale della famiglia* in *Scritti in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005.
- G. Strozzi, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.
- G. Taglianetti, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, Napoli, 2018.
- V. Tondi Della Mura, *La Legge-quadro sul volontariato*, in *Amministrazione e Politica*, 1992.
- E. Tosato, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959; si veda anche Id., *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989.
- M. Toso, *Solidarietà e sussidiarietà nell'insegnamento sociale della Chiesa*, in *La Società* 3, 1998.
- G. Treves, *Stato assistenziale e Stato di diritto*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1982.
- L. Vandelli, *Amministrazione centrale e servizio sanitario*, Rimini 1984.
- L. Vandelli, *Il principio di sussidiarietà*, in *Non Profit*, 2000
- D. Velo, V. Virtuani, *La riforma della p.a.: la riforma del sistema sanitario italiano*, in *Dir. ed Ec*, 1993.
- N. Viceconte, *L'evoluzione del sistema di finanziamento del servizio sanitario nazionale tra federalismo "promesso" ed esigenze di bilancio*, in *Issirfa.it*, 5, 2011, pubblicato anche in S. Mangiameli(a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Atti delle giornate di studio, Roma, 20-21-22 ottobre 2011, vol. II, Milano, 2012.
- G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 21.

G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, estratto da V.E. Orlando (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, pt. III, Milano, 1920.

G. Zanobini, *La Gerarchia delle Fonti nel nuovo Ordinamento*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950.