

La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria¹

Daniela Bolognino, Renato Cameli, Fabio Giglioni

Qual è il contributo della giurisprudenza in tema di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale? A questa domanda tenta di rispondere il saggio scritto a più mani alla luce dell'analisi delle principali pronunce che le autorità giurisdizionali hanno emesso dal 1998 al 2008. Il saggio si divide in tre parti: nella prima sono analizzate tutte le pronunce in cui i giudici hanno preso a riferimento in modo esplicito il principio di sussidiarietà orizzontale; la seconda tratta di quelle pronunce che, pur non richiamando il principio espressamente, sono fortemente connesse con i problemi a cui solitamente la dottrina accosta il principio di sussidiarietà orizzontale; la terza prova a ricavare da queste pronunce un sistema di regole riconducibili alla sussidiarietà orizzontale. Ancorché le conclusioni non consentano ancora di delineare un profilo chiaro della sussidiarietà orizzontale, perché i modi di applicazioni sono molto diversificati e i valori sottesi anche, il saggio offre una prospettiva esclusiva d'indagine che nel dibattito dottrinale è ancora trascurato.

Introduzione

L'analisi della giurisprudenza prende le mosse dall'inizio del nuovo secolo e quindi ricomprende un arco di anni superiore a quello dal quale generalmente si collega la previsione nel nostro ordinamento della sussidiarietà orizzontale. In tale attività di monitoraggio delle autorità giudiziarie si sono prese in considerazione: la Corte di giustizia, la Corte costituzionale, la Corte di cassazione, la Corte dei conti, il Consiglio di Stato e i tribunali amministrativi regionali. Pur non rientrando tecnicamente tra le autorità giudiziarie, si è ritenuto includere in questa sezione le decisioni della Commissione europea, dal momento che anch'essa coopera alla formazione della 'giurisprudenza comunitaria' e, quando agisce attraverso provvedimenti decisionali, ricalca modalità d'azioni e valutazioni assai vicine a quelle adottate dalle autorità di giustizia.

¹¹ Questo lavoro, pur essendo discusso e ragionato assieme, è stato scritto separatamente e, in particolare, Giglioni ha scritto l'introduzione e il paragrafo 3; Daniela Bolognino ha scritto il paragrafo 1, Renato Cameli il paragrafo 2. La giurisprudenza presa in esame è quella pubblicata entro l'anno 2008.

L'analisi delle pronunce giurisprudenziali è suddivisa secondo i paragrafi che seguono nella seguente logica: dapprima si descriveranno le decisioni, con le quali la giurisprudenza associa espressamente la sussidiarietà orizzontale a un determinato 'bene giuridico'; successivamente si analizzeranno quelle pronunce che, pur non menzionando la sussidiarietà orizzontale, ci paiono trattare profili che possono essere ricollegati a essa o a cui comunque parte dell'opinione pubblica e della dottrina legano la sussidiarietà orizzontale; infine, si verificherà se da questa giurisprudenza è possibile trarre regole generali che stabiliscano una nuova disciplina nei rapporti tra amministrazioni e cittadini.

1. I beni giuridici collegati alla sussidiarietà orizzontale.

In relazione , relativa all'oggetto della pronuncia sono confluite le sentenze ed i pareri che hanno interessato l'applicazione della sussidiarietà orizzontale con riferimento all'oggetto:

- a) della legittimazione processuale;
- b) del perseguimento dell'interesse generale in esercizio dell'autonomia privata;
- c) delle sovvenzioni finanziarie a soggetti privati;
- d) dei criteri di organizzazione;
- e) della libertà di iniziativa economica;
- f) della sicurezza privata;
- g) della tutela della fauna.

Nel commento che seguirà nelle prossime pagine, si intende mettere a fuoco, per ciascun oggetto specificato, quale sia l'esito che le pronunce hanno avuto in relazione all'applicazione della 'sussidiarietà orizzontale', evidenziando, laddove sia possibile, se emerga un orientamento interpretativo che possa definirsi 'consolidato', (o quanto meno, 'in via di consolidamento').

1.1. Legittimazione processuale

L'analisi delle sentenze aventi come oggetto la 'legittimazione processuale' fa emergere che il particolare ruolo ordinamentale attribuito ai privati ed alle formazioni sociali sul piano sostanziale si ripercuote anche sul piano procedimentale e processuale. In

particolare il giudice amministrativo si è pronunciato in relazione al rapporto tra sussidiarietà orizzontale e legittimazione ad agire in sede processuale con riferimento:

- a) alle associazioni ambientaliste;
- b) ai consiglieri comunali e provinciali; nei casi in cui questi agiscono contro le amministrazioni di appartenenza per reclamare controlli di legalità delle funzioni loro attribuite o al fine di esercitare il controllo di legalità sull'azione amministrativa.

a) Rapporto tra sussidiarietà orizzontale e legittimazione ad agire in sede processuale da parte delle associazioni ambientaliste.

Con riferimento all'intervento processuale da parte delle associazioni ambientaliste il giudice amministrativo ha dato risposta, principalmente, a due interrogativi:

- a) l'intervento nell'azione giudiziale è circoscritto solamente alle associazioni ambientaliste di dimensione nazionale e ultraregionale individuate dal ministero ai sensi dell'articolo 13 legge 349 dell' 8 luglio 1986?;
- b) la 'tutela degli interessi ambientali' è da interpretare in senso stretto o in senso ampio?

Sulla base della giurisprudenza analizzata sembra affermarsi l'idea che nel nostro ordinamento può considerarsi vigente un duplice sistema di accertamento della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste. Al potere di individuazione ministeriale conferito dall'articolo 13 della legge 349 dell' 8 luglio 1986 si affianca il potere del giudice di applicare direttamente la norma di cui all'articolo 18 della medesima legge, accertando, caso per caso, la sussistenza della legittimazione in capo ad una determinata associazione. In particolare il Consiglio di stato, nella sentenza del 2 ottobre 2006, numero 5760, ha sottolineato come l'articolo 118, comma 4, della Costituzione - attraverso la sussidiarietà orizzontale - "sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario"².

² Il commento su www.labsus.org è di D. BOLOGNINO

Questa recente pronuncia si inserisce in un articolato panorama giurisprudenziale che ha stabilito che l'individuazione nazionale e ultraregionale di associazioni ambientaliste di cui all'articolo 13, legge 349 dell' 8 luglio 1986 non esclude la legittimazione a ricorrere in giudizio degli organismi privati che assumano la connotazione oggettiva di 'formazione sociale', in particolare quando: *a)* perseguano in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale; *b)* abbiano un adeguato grado di stabilità; *c)* abbiano un sufficiente livello di rappresentatività; *d)* abbiano un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato l'ambiente o il bene a fruizione collettiva che si assume lesa (Tar Liguria, 18 marzo 2004, numero 267; Tar Liguria, 11 maggio 2004, numero 747³).

Nello stesso orizzonte si colloca anche la pronuncia del Tar Puglia, Lecce, 5 aprile 2005, numero 1847, che merita di essere sottolineata forse, per una critica che è possibile muoverle; laddove il giudice in commento dona applicazione immediata alla sussidiarietà orizzontale in termini di legittimazione processuale "in attesa che il legislatore dia applicazione concreta al principio". È stato sottolineato che l'articolo 118, comma 4, Costituzione, è "immediatamente cogente esprimendo una fattispecie a cui la norma attribuisce un comando chiaro, sicché l'intervento mediato del legislatore, per quanto importante e auspicabile, non è ostativo al riconoscimento di un campo di applicazione più vasto di quello ammesso dal tribunale amministrativo in parola"⁴.

Dall'analisi delle pronunce in questione emerge inoltre che la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste e/o comitati non è limitata solo alla tutela degli interessi ambientali in senso stretto, ma permette di agire per la conservazione e la valorizzazione

³ I commenti su www.labsus.org sono di D. BOLOGNINO, che sottolinea come il Tar Liguria, 11 maggio 2004, n. 747 evidenzia che al fine di verificare la legittimazione a ricorrere in giudizio ritiene che non assumano un ruolo fondamentale, né la configurazione soggettiva, "espressione dell'autonomia privata, che non è da sola indice di una particolare qualità o attitudine intrinseca rispetto al perseguimento della tutela ambientale", né il riconoscimento in sede civile, "in grado di consentire l'acquisizione della personalità giuridica, ma che non si sostituisce all'apprezzamento di ordine pubblicistico, volto ad accertare la presenza nell'organismo privato dei caratteri di formazione sociale idonea ad assumere l'interesse diffuso alla salvaguardia dell'ambiente e della salubrità del territorio".

⁴ Così nel commento alla sentenza in questione su www.labsus.org F. GIGLIONI. L'immediata applicabilità dell'articolo 118, comma 4, della Costituzione, è affermata da G. ARENA, che scrive: "la risposta positiva nel senso dell'immediata applicabilità si fonda sulla constatazione che l'articolo 118, ultimo comma, non enuncia un principio, rinviando al legislatore ordinario per la sua definizione, bensì prevede che si svolga un'attività fondata su un principio, quello di sussidiarietà orizzontale, che questo principio trova nella realizzazione di tale attività da parte dei cittadini la sua principale modalità di attuazione; e infine che nella sua formulazione letterale la disposizione costituzionale appare sufficientemente chiara per consentirne una immediata, anche se graduale, applicazione". G. ARENA, *Cittadini attivi*, Bari, 2006, 62.

dei beni culturali, l'ambiente in senso ampio, e quindi il paesaggio urbano, rurale e naturale, i monumenti e i centri storici e quindi la qualità della vita. Attraverso l'accoglimento di una 'nozione allargata di ambiente', "è possibile raggiungere l'effettiva tutela del patrimonio ambientale, culturale, storico e artistico, patrimonio che sarebbe esposto a gravissimi rischi di sopravvivenza se la legittimazione ad agire fosse circoscritta ai singoli cittadini direttamente e autonomamente lesi da provvedimenti amministrativi".

b) Rapporto tra sussidiarietà orizzontale e legittimazione ad agire in sede processuale da parte dei consiglieri comunali e provinciali

Con riferimento al rapporto tra sussidiarietà orizzontale e legittimazione ad agire in sede processuale da parte dei consiglieri comunali e provinciali la giurisprudenza non sembra avere ancora consolidato un indirizzo univoco. Mentre il Tar Puglia, Lecce, 12 maggio 2006, numero 2573 riconosce la legittimazione processuale attiva derivante dalla sussidiarietà orizzontale in capo ai consiglieri comunali e provinciali nei casi in cui questi agiscono contro le amministrazioni di appartenenza per reclamare controlli di legalità delle funzioni loro attribuite⁵, il Consiglio di stato, nella sentenza del 19 febbraio 2007, numero 826, ha negato che sia possibile che i consiglieri degli enti locali possano invocare la sussidiarietà orizzontale per controllare, in sede giurisdizionale, la legalità dell'azione amministrativa. In questa pronuncia si stabilisce dunque che la sussidiarietà orizzontale è collegata all'esercizio di potestà amministrative e non ai profili della tutela giurisdizionale⁶.

⁵ È stato rilevato che la pronuncia in questione è particolarmente interessante in quanto classifica l'azione popolare tra gli istituti di sussidiarietà orizzontale; essa sarebbe la prosecuzione in sede processuale di una funzione di controllo nei confronti delle amministrazioni di appartenenza esercitata da ciascun amministrato. In tal senso F. GIGLIONI nel commento su www.labsus.org

⁶ Con riferimento alla sentenza in questione di particolare interesse il commento su www.labsus.org di F. GIGLIONI che ha affermato che "l'orientamento del giudice amministrativo di appello sembra condivisibile a condizione che sia specificato l'ambito in cui la conclusione può essere accolta. La decisione è condivisa se essa intende ribadire l'autonomia del momento amministrativo da quello giurisdizionale, sicché i principi e le regole che sottendono le due fasi giuridiche debbono continuare a ritenersi differenziate: il principio per cui la cura degli interessi pubblici è un compito che può essere assunto anche dai cittadini non è sufficiente a stabilire che i cittadini possono rivolgersi in ogni momento all'autorità giudiziaria per continuarne la tutela in sede giurisdizionale, senza che di quest'ultima siano osservate le regole essenziali. La sussidiarietà orizzontale, però, può aprire le porte d'accesso alla funzione giurisdizionale a condizione che la controversia fatta valere trovi fondamento in una relazione di collaborazione tra amministrazioni e cittadini già intentata prima del processo e nella misura in cui oggetto della controversia sia l'applicazione delle regole che sottendono il corretto rapporto di sussidiarietà orizzontale".

1.2. Il perseguimento dell'interesse generale attraverso l'esercizio dell'autonomia privata

Con riferimento alle pronunce aventi ad oggetto 'il perseguimento dell'interesse generale attraverso l'esercizio dell'autonomia privata', sono da considerare: *a)* la pronuncia della Corte costituzionale del 29 settembre 2003, numero 301, il parere del Consiglio di stato, del 22 marzo 2004, numero 2680 ed il parere dell' 1 luglio 2002, numero 1354 (che coinvolgono, a vario titolo, le fondazioni di origine bancaria); *b)* il parere del Consiglio di stato del 26 agosto 2002, numero 1794 (che concerne il decreto ministeriale emanato dal Ministero per i beni e le attività culturali in attuazione dell'articolo 10, decreto legislativo 368 del 20 ottobre 1998, in relazione alla costituzione ed alla partecipazione da parte del ministero a società per azioni aventi come scopo sociale la valorizzazione dei beni culturali).

Il perseguimento di interessi pubblici da parte di soggetti privati (nel caso in esame le fondazioni di origine bancaria di cui la Corte costituzionale⁷ conferma il carattere privatistico) è da considerare in linea con l'articolo 118, comma 4, Costituzione, che riconosce il valore positivo dell'attività dei soggetti privati, singoli o associati, nell'assolvere compiti di interesse generale⁸.

Le fondazioni di origine bancaria (nel caso specifico, ma più in generale gli enti *non profit*) sono espressione della società civile, "ed espressione autonoma rispetto all'eteronomia di una derivazione pubblicistica"⁹. I soggetti privati che operano per l'utilità e per il perseguimento

⁷ La pronuncia della Corte costituzionale, (unitamente alla sentenza n. 300/2003 della medesima Corte costituzionale) interviene in relazione ai ricorsi l'uno promosso in via diretta dalle regioni: Marche, Toscana, Emilia Romagna ed Umbria e l'altro promosso, in via incidentale, con ordinanza di rimessione da parte del Tar Lazio, che affermavano che le modifiche apportate, alla disciplina delle fondazioni di origine bancaria, dall'articolo 11 della legge 448 del 28 dicembre 2001 (finanziaria 2002) che è intervenuto a modificare il decreto legislativo 153 del 17 maggio 1999 in materia di fondazioni di origine bancaria, avrebbero operato un intervento legislativo dello Stato invasivo della competenza legislativa regionale e della autonomia delle fondazioni di origine bancaria. Ci si riferisce, in quest'ultimo caso, alla:

- elencazione tassativa dei settori ammessi di cui al comma 1;
- necessità di scelta, ogni tre anni, tra i settori ammessi, dei settori rilevanti, in cui operare, in numero non superiore a tre (di cui al comma 2);
- composizione dell'organo di indirizzo;
- modalità di gestione e di destinazione del patrimonio delle fondazioni;
- definizione "normativa" della nozione di controllo di una società bancaria da parte di una fondazione.

Per un commento più ampio sia consentito il rinvio a D. BOLOGNINO, *Fondazioni di origine bancaria, soggetti del pluralismo a cui si tentò di tarpare le ali. Nota alle sentenze n. 300 e 301 del 2003 della Corte Costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2004, 817 - 837.

⁸ Il commento alla sentenza in questione su www.labsus.org è di F. GIGLIONI.

⁹ A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1999, 412.

degli interessi generali sono espressione di un principio di pluralismo sociale. Essi si innestano nel rapporto tra società ed istituzioni, in una visione solidaristica della Costituzione ed in 'attuazione' del principio di sussidiarietà, quale fondamento della democrazia, di cui all'articolo 118, comma 4, Costituzione. Si rafforzano così le fondamenta dell'intero settore *non profit*, preservandolo dall'attrazione nel settore pubblicistico.

Al fine di affermare l'autonomia delle fondazioni di origine bancaria si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 11, comma 4, legge 448 del 28 dicembre 2001. In particolare, l'accostamento delle modifiche legislative sui settori di intervento al disposto di cui all'articolo 11, comma 4, legge 448 del 28 dicembre 2001, che prevedeva la prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'articolo 114 della Costituzione, idonea a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione, nell'organo di indirizzo, ha condotto la Corte costituzionale a ritenere che tale previsione comportasse una ingiustificata compressione dell'autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni, perché idonea a creare "*un'influenza decisiva nell'attività della fondazione*", rappresentando un mezzo per rendere le fondazioni bancarie ente strumentale dell'ente locale. Ritenendo fondata la questione relativa all'articolo 11, comma 4, legge 448 del 28 dicembre 2001 la Corte costituzionale ha stabilito che tale modalità di composizione degli organi, anziché la previsione "*di enti pubblici o privati comunque espressivi delle realtà locali*", tendesse a ripubblicizzare le fondazioni, influenzando in modo decisivo la loro attività. Se infatti è legittimo prevedere la presenza di soggetti che rappresentino le realtà locali, per il legame da sempre esistente tra le stesse e le fondazioni, illegittima risulterà la preponderanza di tali soggetti nell'organo decisionale (su tali passaggi è intervenuto, in modo significativo il Consiglio di Stato sia con il parere del 1 luglio 2002, numero 1354¹⁰ che con il parere, 22 marzo 2004, numero 2680).

¹⁰ Il commento del parere su www.labsus.org è di S. FIORENTINO. Il parere è stato reso dall'organo consultivo del governo sullo schema di un decreto ministeriale recante "Regolamento ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 28 dicembre 2001, n.448, in materia di disciplina delle fondazioni bancarie". L'autore traccia le coordinate di fondo relative alle disposizioni contenute nel regolamento ministeriale laddove è emerso che "la sussidiarietà orizzontale rappresenta il criterio propulsivo in coerenza al quale

È stato rilevato che sembrerebbe possibile sostenere che “tra le attività di interesse generale ne esistono alcune intimamente connesse con l'attività dei pubblici poteri, altre, complementari e integrative a queste, che possono essere svolte anche da soggetti privati come sono le fondazioni”¹¹. Con riferimento ai settori ammessi (articolo 11, comma 1, legge 448 del 28 dicembre 2001) la Corte costituzionale ha infatti effettuato un'interpretazione adeguatrice, ritenendo che la riproduzione dei settori ammessi non limita l'autodeterminazione delle fondazioni, in quanto l'elencazione dei settori comprende le varie possibilità di attività che le fondazioni possono porre in essere e dunque dei possibili scopi statutariamente previsti dalle persone giuridiche di diritto privato. Anche nel momento in cui si riscontrano settori ‘dubbi’ come ‘la prevenzione della criminalità e della sicurezza pubblica’ e ‘la sicurezza alimentare ad agricoltura di qualità’, che fanno pensare a settori di intervento pubblico, o che dallo Stato dovrebbero essere tutelati, la lettura da effettuare è “*logicamente compatibile con il carattere non pubblico*” delle fondazioni¹².

Merita un accenno, nell'ambito dell'oggetto preso in considerazione, anche il parere del Consiglio di Stato del 26 agosto 2002, numero 1794 avente ad oggetto il decreto ministeriale emanato dal Ministero per i beni e le attività culturali in attuazione dell'articolo 10 del decreto legislativo 368 del 20 ottobre 1998, in relazione alla costituzione ed alla partecipazione da parte del ministero a società per azioni aventi come scopo sociale la valorizzazione dei beni culturali. Dal parere in questione si può evincere che “la

deve da ora svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo. Gli eventuali interventi normativi in materia debbono ispirarsi al rispetto dell'autonomia privata dei soggetti che svolgono l'azione sussidiaria e sono comunque soggetti ai principi di ragionevolezza e proporzionalità”. Si rinvia alla lettura del commento dell'autore che rileva “l'ambivalenza dell'attività delle fondazioni bancarie, imprenditoriale e socialmente orientata allo stesso tempo” e manifesta perplessità in relazione alla configurazione, in capo alle fondazioni di origine bancaria, “del presupposto della sussidiarietà orizzontale: l'autonoma iniziativa della parte privata orientata allo svolgimento di attività di interesse generale”.

¹¹ Così F. GIGLIONI nel commento alla sentenza in questione su www.labsus.org.

¹² Inoltre la Corte costituzionale ha stabilito che la disposizione in questione non viola la potestà legislativa delle Regioni in quanto attiene solo al “*regime giuridico delle fondazioni e non ai settori in cui operano concretamente, lasciato alla competenza regionale*”. Con riferimento all'articolo 11, comma 2, della legge 448 del 28 dicembre 2001, che prevede l'individuazione di tre settori rilevanti tra quelli ammessi, la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, in quanto la *ratio* della norma è da ricercare nella necessità di non disperdere l'attività delle fondazioni. La scelta inoltre non è disposta autoritativamente, ma è lasciata alla libera determinazione delle fondazioni. Anche le questioni mosse contro la formulazione dell'articolo 11, comma 3, relativo alla “*preferenza ai settori di maggiore rilevanza sociale*”, vengono a cadere, in quanto si tratterebbe di “*una mera indicazione di carattere generale priva di valore vincolante*”.

sussidiarietà orizzontale costituisce il criterio propulsivo in coerenza al quale deve svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo". Conseguenza importante di questa affermazione è che la valorizzazione dell'autonomia privata di cui all'articolo 41 della Costituzione è invocabile anche per finalità più di carattere generale; sicché i rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati si connotano di nuovi 'livelli/gradini di intervento', in quanto i primi sono tenuti a vigilare che non ci siano ingiustificate compressioni della sfera d'azione garantita ai soggetti privati, ora consentita in ambiti che una volta erano di esclusiva pertinenza pubblica¹³.

1.3. Sovvenzioni finanziarie a soggetti privati

Le pronunce prese in esame con riferimento all'oggetto dell'erogazione di sovvenzioni finanziarie a soggetti privati, sia in qualità di soggetti '*non profit*' che in qualità di soggetti '*for profit*', sembrano presentare due orientamenti.

Con riferimento alla prima categoria di soggetti (*non profit*), è possibile affermare che le pronunce abbiano assunto una tendenziale linea positiva. L'esame della casistica giurisprudenziale¹⁴ ha fatto emergere che non vi è una preclusione di principio alla possibilità per le amministrazioni di effettuare erogazioni a favore di associazioni che svolgano attività di rilevanza sociale. In particolare si segnala la pronuncia della Corte dei conti, sezione Molise, 27 settembre 2005, numero 99, che afferma che 'i sussidi ad associazioni private per interessi pubblici rappresentano un compito per gli enti locali'. Più in particolare si stabilisce che in forza della nuova formulazione dell'articolo 118 della Costituzione la promozione, il sostegno e l'incentivazione, attraverso l'erogazione di

¹³ In tal senso il commento di F. GIGLIONI su www.labsus.org

¹⁴ Su www.labsus.org il commento di P. CERBO evidenzia che "la decisione in commento non si pone in contrasto con alcuni precedenti in materia, in quanto i precedenti si sono formati su fattispecie che non sono assimilabili a quella esaminata in questa sede. In particolare l'erogazione da parte delle amministrazioni di contributi alle associazioni private è stata ritenuta illegittima laddove effettuata: a) da un comune in stato di dissesto finanziario (Corte dei conti, sez. II, 10 gennaio 2005, n. 2); b) a favore di associazioni di dipendenti (nonostante l'espresso divieto introdotto dall'articolo 9, comma 1, legge 537 del 24 dicembre 1993: si vedano in proposito Corte dei conti, sez. III, 16 dicembre 2003, n. 569, e Corte dei conti, sez. I, 23 settembre 2005, n. 292); c) a favore di una associazione che solo apparentemente perseguiva finalità solidaristiche (Corte dei conti, sez. II, 2 dicembre 2002, n. 353/A).

contributi, ad associazioni di cittadini per lo svolgimento di iniziative sociali, culturali e ricreative da parte degli enti locali, è oggi una 'finalità istituzionale' degli enti locali.

Ed ancora si segnala la pronuncia della Corte di cassazione, sezione lavoro, 11 maggio 2004, numero 8916, in cui la sussidiarietà orizzontale viene utilizzata al fine di enucleare le cooperative sociali tra gli enti che, perseguendo interessi generali, sono legittimati a beneficiare di agevolazioni fiscali. Gli enti locali, le Regioni e lo Stato, sono chiamati, nell'ambito delle rispettive competenze, nella realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (di cui alla legge 328 dell' 8 novembre 2000 - *legge-quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*) ad applicare il sistema fiscale agevolato anche alle cooperative sociali, al pari di altre organizzazioni (quali: organismi non lucrativi di utilità sociale, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, enti di patronato, organizzazioni di volontariato, enti riconosciuti delle confessioni religiose, con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese operanti nel settore)¹⁵. Con riferimento alle imprese '*for profit*', si colloca sul versante opposto il parere del Consiglio di stato, 25 agosto 2003, numero 1440, che ha stabilito che 'per l'accesso delle imprese private ai finanziamenti pubblici non è invocabile il principio di sussidiarietà orizzontale'¹⁶. L'articolo 118, comma 4, della Costituzione, non può essere utilizzato per la fattispecie di aiuti alle imprese; infatti, costituzionalizza il precetto sostanziale presente agli articoli 4, comma 3, legge 59 del 15 marzo 1997 e 3, comma 5, decreto legislativo 267 del 18 agosto 2000, e prevede dunque una riserva originaria di materie a soggetti, cittadini e loro formazioni sociali (famiglie, associazioni, comunità) che sono esponenti della 'cittadinanza societaria', intendendosi per tale "l'aspetto relazionale che ai soggetti è conferito per il solo fatto di porsi nel contesto sociale e di operarvi al di fuori di regole preconfezionate da autorità munite di pubblici poteri"¹⁷.

¹⁵ Si veda il commento su www.labsus.org di F. GIGLIONI, che sottolinea che "l'interpretazione offerta appare tuttavia eccessivamente generica, dal momento che, pur non potendosi disconoscere che la creazione di una rete integrata di servizi privatipubblici risponde al principio del pluralismo sociale dell'articolo 2 della Costituzione, restano inesplorate le valutazioni relative all'articolazione dei rapporti specifici che si sviluppano tra i diversi livelli di governo e le cooperative sociali inserite nella rete dell'offerta dei servizi".

¹⁶ Commento su www.labsus.org di D. BOLOGNINO.

¹⁷ Si rinvia per un ampio commento al parere in questione a G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, 718-722, dove si mette in evidenza anche l'opportunità di non estendere i principi del parere in questione alla fattispecie della impresa sociale di cui al decreto legislativo 155, del 24 marzo 2006 'Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118'.

Esistono dunque interessi che fuoriescono dal modello di cittadinanza partecipativa, che appartengono ai soggetti utenti ed agenti, che si affiancano, coesistono con gli interessi assunti dagli enti locali, ma che con gli stessi non si 'confondono'. Dunque gli enti territoriali sono chiamati, ai sensi dell'articolo 118, comma 4, della Costituzione, "a favorire tali forme di attività, in contesti di interesse generale non gestiti dalla mano pubblica". In questo scenario, il fenomeno della sussidiarietà orizzontale si riferisce al cittadino, singolo o associato, e non alle imprese.

Il Consiglio di Stato, però, non esclude che il finanziamento pubblico, erogato in ambiti territoriali determinati, possa essere applicato "anche a fenomeni tipici della sussidiarietà orizzontale" sussistendone tutte le condizioni, che vengono individuate:

- nella sussistenza di un'attività a cura ed iniziativa di cittadini, famiglie, associazioni comunità che si rilevi adeguata e di interesse generale;
- nella tipicità della suddetta attività;
- nella riferibilità esclusiva della stessa a soggetti determinati;
- nel giudizio da parte dell'ente pubblico sulla necessità che il servizio o l'attività possano continuare per beneficio della comunità di riferimento;
- nell'erogazione dell'ausilio quale forma di concorso per l'implicita utilizzazione dei benefici dall'intera collettività, anche politica, di riferimento.

1.4. Criteri di organizzazione

Laddove si è preso in analisi l'oggetto dei 'criteri di organizzazione' sono state rilevate due tendenze. Un primo orientamento sembra operare un affievolimento della portata applicativa della sussidiarietà nella sua declinazione orizzontale. Si fa in particolare riferimento al Tar Veneto, 26 febbraio 2007, numero 526¹⁸, in cui si è affermato che 'l'amministrazione non è vincolata dal principio di sussidiarietà nell'esercizio della discrezionalità amministrativa'. In particolare l'assegnazione da parte del comune di un fabbricato rientrante nel patrimonio immobiliare dell'amministrazione locale ad un soggetto privato piuttosto che ad un altro costituisce espressione di una scelta

¹⁸ Commento su www.labsus.org di S. FIORENTINO, che approfondisce le questioni del valore giuridico e del valore politico del principio di sussidiarietà orizzontale.

discrezionale dell'amministrazione; in tale attività l'amministrazione non può essere vincolata dalla portata applicativa dell'articolo 118, comma 4, della Costituzione.

Con riferimento al secondo orientamento, con portata 'positiva', è invece da segnalare, in particolare, il parere del Consiglio di Stato del 25 novembre 2002, numero 3013¹⁹ relativo alle ricadute della sussidiarietà sui profili di organizzazione dei ministeri. Quest'ultimo stabilisce che l'organizzazione del Ministero della salute deve tener conto anche delle implicazioni del principio di sussidiarietà orizzontale, in coerenza con la sua capacità propulsiva di realizzare finalità collettive in un nuovo contesto di rapporti tra pubblico e privati. In particolare, il legislatore ha la possibilità di attuare tale principio con l'individuazione di opportuni strumenti di vigilanza e controllo, specie in materie quali quella di tutela della salute²⁰. Dunque, secondo questo parere del Consiglio di Stato, nell'ambito dei rapporti tra pubblico e privati, occorrerà tener conto della sussidiarietà orizzontale, ex articolo 118, comma 4, della Costituzione, anche a livello organizzativo.

1.5. Libertà d'iniziativa economica

Con riferimento alla libertà d'iniziativa economica, abbiamo classificato tre sentenze, in particolare: la sentenza del Tar Lazio, Roma, sezione III-bis, 13 marzo 2006, numero 1906 e della Corte costituzionale 19 giugno 2007, numero 220 relative alla presunta violazione dell'articolo 118, comma 4, della Costituzione laddove si prevede la riserva ai soli istituti scolastici pubblici della costituzione di commissioni di esame per candidati esterni; e la sentenza del Tar Lombardia, Brescia, 5 febbraio 2003, numero 94, in relazione all'applicazione della sussidiarietà orizzontale nei rapporti economici (il caso specifico ha ad oggetto la commercializzazione dei terreni).

Con riferimento alla riserva ai soli istituti scolastici pubblici della costituzione di commissioni di esame per candidati esterni, il Tar Lazio, Roma, sezione III-bis, 13 marzo 2006, numero 1906, aveva ritenuto violasse, tra gli altri, il principio di sussidiarietà²¹. Sicché, il giudice amministrativo, chiamato a valutare alcuni aspetti del sistema nazionale

¹⁹ Commento su www.labsus.org di F. GIGLIONI.

²⁰ F. GIGLIONI sottolinea che il Consiglio di Stato sembra concludere che la concreta attuazione del principio di sussidiarietà implichi il recesso dalle funzioni gestionali e attive del ministero a favore di un ruolo che sia maggiormente di controllo dell'attivismo civico dei privati, tanto più in un settore come quello relativo alla tutela della salute.

²¹ Il commento, su www.labsus.org della sentenza in questione in tema di parità scolastica è di G. MAZZEI.

di istruzione, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, rilevando una indebita discriminazione delle scuole paritarie, cui è precluso costituire commissioni di esame per i soli candidati esterni, con ciò ledendo i principi di iniziativa economica privata, di parità scolastica, di cui all'articolo 33 Costituzione, e di sussidiarietà. Ha ritenuto dunque che “una valorizzazione della sussidiarietà possa giocare, nel caso considerato, un ruolo di supporto alle istanze degli istituti paritari, dirette ad ottenere un pieno riconoscimento della propria capacità imprenditoriale nello svolgimento di servizi considerati di interesse generale”²².

La Corte costituzionale, nella sentenza del 19 giugno 2007, numero 220 ha ritenuto che la deroga prevista per le scuole paritarie sia invece giustificata dalla necessità di evitare che queste scuole “diventino sedi privilegiate per sostenere gli esami di Stato da parte degli studenti ‘privatisti’”, mettendo a rischio la serietà delle prove di valutazione. Inoltre, il giudice rileva che la scelta di privilegiare le scuole statali si spiega con la loro maggiore diffusione capillare sul territorio, circostanza non assicurata dalle scuole paritarie che si costituiscono in base a un atto d'iniziativa volontaria privata²³. In relazione alla eccezione di illegittimità sollevata con riferimento all'articolo 118, comma 4 della Costituzione, la corte ha ritenuto che la sussidiarietà orizzontale “non possa offrire una rilettura dell'articolo 33 della Costituzione nel senso di assicurare l'obbligo di costituire commissioni per esami di Stato riservate agli studenti diversi dai propri alunni”²⁴.

Dall'analisi della sentenza del Tar Lombardia, Brescia, 5 febbraio 2003, numero 94 è emerso che la sussidiarietà orizzontale trova applicazione anche nei rapporti economici e, in particolare, nella commercializzazione dei terreni. Il giudice amministrativo, nel caso in esame, applica la sussidiarietà orizzontale nei rapporti di politica economica tra sistema delle imprese ed ente locale, in relazione alle scelte strategiche del soggetto pubblico

²² In tal senso G. MAZZEI su: www.labsus.org.

²³ Così nel commento alla sentenza di F. GIGLIONI, su www.labsus.org.

²⁴ Nel commento alla sentenza su www.labsus.org di F. GIGLIONI si può leggere: “è da osservare che nel caso specifico il tema della sussidiarietà orizzontale sembra invocato ingiustificatamente, perché le relazioni tra scuole private parificate e amministrazione rientrano nelle ordinarie relazioni tradizionali che sussistono tra privati e amministrazioni: le scuole private richiedono alla pubblica amministrazione di acquisire il titolo di scuola parificata, l'amministrazione si riserva di effettuare una valutazione di ammissibilità tenendo conto dei requisiti necessari. In altre parole, la circostanza per cui le scuole parificate entrano a far parte del sistema nazionale di istruzione non ha nulla a che vedere con l'art. 118 della costituzione: si tratta di un tipo di relazione del tutto differente”

relative alla valorizzazione ed allo sviluppo di insediamenti produttivi del proprio territorio. Ne deriva che 'attività di interesse generale' (ex articolo 118, comma 4, della Costituzione) sia "anche quella di libera lottizzazione e commercializzazione di terreni, qualora ciò comporti un miglioramento complessivo della condizione economica del territorio e non solo un mero incremento del profitto dei singoli operatori"²⁵.

1.6. Libertà di scelta degli utenti

Il Consiglio di Stato, sezione V, 18 novembre 2002, numero 6395, fa emergere la possibilità di applicazione della sussidiarietà orizzontale anche quale strumento di tutela degli interessi collettivi degli utenti. In particolare il giudice amministrativo ha stabilito, con riferimento all'offerta dei servizi sanitari, che la sussidiarietà orizzontale assume due significati:

- il primo consente al privato di poter scegliere la struttura che ritiene più idonea a soddisfare il suo bisogno di salute;
- il secondo, ponendo sullo stesso piano il sistema sanitario pubblico e quello privato, vincola al rispetto dei criteri di convenienza per la collettività le scelte relative alla distribuzione delle risorse collettive.

È stato sottolineato che l'originalità della pronuncia risiede non nell'utilizzazione della sussidiarietà orizzontale nell'ambito dello sviluppo dell'organizzazione dei rapporti economici in termini di concorrenza, anche al fine di vincolare l'utilizzo delle risorse pubbliche; ma nella sua adozione quale strumento di tutela degli utenti, i quali non sono considerati come soggetti singoli o associati che concorrono al perseguimento di finalità pubbliche, ma "come destinatari ultimi di un complesso di regole e rapporti giuridici che derivano dal principio di sussidiarietà"²⁶.

1.7. Sicurezza privata.

²⁵ È stato sottolineato come questa pronuncia si ponga in contrasto con l'interpretazione in dottrina secondo cui l'ambito privilegiato di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento sia il settore dell'assistenza e dei servizi sociali. Così nel commento su www.labsus.org di R. CAMELI.

²⁶ Nel commento su www.labsus.org di F. GIGLIONI si sottolinea che "il dubbio è che tale prospettiva appaia debole, sia perché non prende in considerazione con la sufficiente attenzione il carattere precettivo dell'articolo 118 della Costituzione che nella sua essenzialità è in grado di configurare fattispecie a cui collegare il dettato normativo, sia perché trascurando il contenuto del principio stesso rischia di lasciare margini di interpretazioni troppo ampi, in cui, di volta in volta, a seconda delle convenienze o delle utilità specifiche, si offrono significati diversi, se non contraddittori".

Nella prospettiva del rapporto tra sussidiarietà orizzontale e attività di vigilanza privata²⁷ abbiamo individuato la sentenza del Tar Lazio, Roma, sezione I-ter, 10 marzo 2006, numero 1890, che permette di stabilire che “l’offerta privata di servizi di sicurezza deve essere favorita perché consente a quella pubblica di concentrarsi sui bisogni prioritari di sicurezza”. Il crescente ‘bisogno di sicurezza’ avvertito dalla collettività può essere soddisfatto anche attraverso l’incremento dell’attività di vigilanza privata. Dunque, nel rispetto dell’articolo 118, comma 4 della Costituzione, l’amministrazione di pubblica sicurezza, nell’ambito della funzione amministrativa autorizzativa dell’attività di vigilanza e investigazione privata, deve realizzare una piena integrazione della funzione pubblica svolta dalle autorità e dell’azione privata degli operatori professionali del settore; “anche tenendo in considerazione, quale elemento rilevante per la decisione, il ‘bisogno di sicurezza’ espresso dal territorio che può essere più opportunamente soddisfatto da un incremento dell’attività di vigilanza privata”²⁸.

1.8. Tutela della fauna

Per l’analisi del rapporto tra sussidiarietà orizzontale e tutela della fauna²⁹ di particolare interesse si presenta la sentenza del Tar Liguria del 18 novembre 2003, numero 1479, in cui il giudice amministrativo tutela il ruolo delle associazioni di protezione degli animali, sottolineando che il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione, va inteso alla luce della sussidiarietà orizzontale (ex articolo 118, comma 4, della Costituzione)³⁰.

La creazione di un rapporto di collaborazione di tipo reticolare tra cittadini ed amministrazioni, permette la creazione “di un circolo virtuoso tra pubblico e privato sociale, in cui, senza rapporti di supremazia e gerarchia, si coamministra, assicurando lo sviluppo della persona umana”³¹. In questo quadro, le istituzioni, devono rimuovere gli ostacoli (articolo 3,

²⁷ Sul rapporto tra sussidiarietà orizzontale e sicurezza pubblica si può utilmente leggere la relazione di S. PRATESI, seminario Labsus, 2006, pubblicata su www.labsus.org.

²⁸ In tal senso il commento di G. MAZZEI su www.labsus.org.

²⁹ La tutela della fauna rappresenta uno degli elementi che compongono la più generale “tutela dell’ambiente”, della cui interpretazione nell’accezione allargata si è già dato spazio nel paragrafo 1. a), al quale si rinvia.

³⁰ Il commento su www.labsus.org è di D. BOLOGNINO.

³¹ G. ARENA, relazione al convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, tenutosi a Roma il 7-8 febbraio 2003.

comma 2, della Costituzione), non frapponne di ulteriori e limitativi della autonomia dei cittadini (singoli o associati).

In tal senso si muove la legge 23 del 22 marzo 2000 della regione Liguria, che ha previsto forme di collaborazione con la Regione e con gli Enti locali da parte delle "associazioni di protezione animale, le cooperative zoofile e degli altri enti pubblici e privati il cui statuto preveda precipui compiti di protezione animale", attraverso una "gestione in convenzione delle strutture di ricovero degli animali e dei servizi collegati al raggiunto benessere animale, nonché la vigilanza sulle problematiche connesse alle specie animali presenti sul territorio" (articolo 6, legge regionale 23 del 22 marzo 2000). La disposizione legislativa precisa inoltre che le attività di vigilanza e controllo sono affidate "oltre che alle autorità pubbliche competenti in materia, anche ai soggetti di cui all'articolo 27, legge 157 dell'11 febbraio 1992, in particolare associazioni protezionistiche (nel caso in esame guardie zoofile volontarie) che, attraverso una convenzione con il Comune, svolgono la loro attività "a titolo di volontariato nel quadro della convenzione della associazione di appartenenza e di concerto con i Servizi veterinari della USL" (articolo 27 bis, legge 157 dell'11 febbraio 1992).

Il Tar Liguria ha stabilito che si pone come ostacolo all'autonomia dell'associazione protezionistica (nello specifico Guardie Zoofile), quale espressione di cittadinanza attiva nella società civile, la delibera della giunta regionale, che ne circoscrive il contributo solo per il caso di *"carenza – dimostrata – di personale regionale ovvero di volontari specializzati"*, stabilendo un generale divieto di espletare la propria attività *"su quelle parti del territorio dove i Comuni, le Province e le ASL già si avvalgono di personale proprio o di volontari specializzati"*.

L'aver dichiarato la delibera in questione come viziata da illegittimità per contrasto con l'articolo 23 legge regionale 23 del 22 marzo 2000, che invece incentiva le forme di collaborazione tra la Regione e gli enti locali con le diverse realtà associative che a vario titolo operano per la tutela della fauna locale (anche prevedendo la partecipazione all'attività di vigilanza e controllo di soggetti convenzionati con il Comune), permette di mettere a fuoco come l'applicazione della sussidiarietà orizzontale sia strettamente legata alla reale applicazione della sussidiarietà nella sua accezione verticale, in una lettura

dell'articolo 5 della Costituzione che, parlando di autonomie, non indica solo gli enti locali, ma *“adeguata i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento”*.

In questo combinarsi *“di fattori noti, in modo originale, il principio di sussidiarietà orizzontale, riconosce l'autonomia delle persone”*³², permettendo nell'evoluzione della società civile, il completo articolarsi della democrazia pluralista³³.

2. La sussidiarietà orizzontale sottotraccia

2.1. Le procedure di affidamento dei servizi sociali

La giurisprudenza amministrativa in molteplici e rilevanti circostanze, pur non citando espressamente il principio di sussidiarietà orizzontale, ha contribuito ugualmente alla definizione di alcuni fondamentali caratteri del rapporto tra soggetti pubblici e privati in relazione all'esercizio di attività di interesse generale.

In particolare, in primo luogo, in ordine alle gare di appalto aventi ad oggetto il conferimento di *“servizi sanitari e sociali”* ex decreto legislativo 157 del 17 marzo 1995 (oggi disciplinate dal decreto legislativo 163 del 12 aprile 2006 *“Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”*) si sottolinea che, allo stato attuale, non si è ancora consolidato un indirizzo univoco in merito alla possibilità di partecipazione alle procedure di assegnazione per i soggetti appartenenti, *latu sensu*, all'area del cosiddetto *“non profit”*.

In senso contrario, specificatamente con riferimento alle associazioni di volontariato, è stato osservato come le convenzioni *ex* articolo 5 legge 266 del 22 agosto 1991, previste per la regolazione dei rapporti tra organismo di volontariato e soggetto pubblico, abbiano una natura completamente diversa rispetto ai contratti stipulati a seguito di una procedura di selezione svolta da una pubblica amministrazione.

³² G. ARENA, relazione al convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, tenutosi a Roma il 7-8 febbraio 2003.

³³A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Cedam, 2003, 30; S. MANCINI, G. TROVATI, *Inizia l'era del cittadino protagonista*, in *Il Sole-24 ore*, 14 luglio 2003, n. 191, 29.

In secondo luogo, è stato rilevato che le gare implicano una valutazione di convenienza tecnico-economica strutturalmente incompatibile con la natura stessa dell'attività di volontariato; si è sottolineato, ancora, l'assenza del requisito della professionalità nelle organizzazioni in oggetto che impedirebbe la possibilità di confronto con altri organismi imprenditoriali.

Ulteriore osservazione critica è in ordine al particolare regime giuridico di favore (fiscale e previdenziale) di cui godono detti organismi: tale situazione di vantaggio altera, secondo questa impostazione, i normali parametri concorrenziali.

In definitiva, sul punto, la *ratio* dell'esclusione delle organizzazioni di volontariato è quella di impedire che esse possano "avvalersi di proventi che deriverebbero dal discendente contratto sinallagmatico, pena la violazione delle norme e dei principi fondamentali sopra richiamati".³⁴

In posizione diversa, e dunque favorevole alla legittimità dell'ammissione di organismi non lucrativi a gare di appalto per l'affidamento di servizi, altra giurisprudenza ha evidenziato, anzitutto come il decreto legislativo 157 del 1995 non preveda espressamente tra le condizioni di gara quella del carattere di impresa commerciale: l'esclusione di soggetti non riconducibili a quest'ultima categoria risulta essere palesemente erronea.

Inoltre, con specifico riferimento alle onlus, è stato rilevato che anche queste ultime svolgono un'attività di offerta di beni e servizi da immettere su un dato mercato e dunque sono in ogni caso conformi alla nozione di impresa elaborata in diritto comunitario (Corte di giustizia, C-35/96); infine il principio della parità dei concorrenti non è considerato violato nel caso in cui qualche soggetto sia titolare di erogazioni pubbliche, cui possono essere equiparate altre agevolazioni fiscali riconosciute dall'ordinamento³⁵.

³⁴ Tar Piemonte II, 31 marzo 2006 numero 1604 in www.labsus.org con nota di C. IAIONE in una fattispecie concernente il servizio di telesoccorso; secondo questa impostazione, in definitiva, il divieto di partecipazione a gare discenderebbe non già dalla normativa sui soggetti privati no profit ma dall'impossibilità di usufruire degli utili. Criticamente è stato altresì osservato come appaia illogico il riconoscere la possibilità di stipulare convenzione e negare invece l'espletamento di una gara pubblica giacché attraverso quest'ultima potrebbe essere garantita in modo migliore la scelta del gestore migliore sotto il profilo tecnico ed economico; nel medesimo senso, lo stesso tribunale si era espresso in senso negativo nelle pronunce Tar Piemonte, sezione II, 15 aprile 2005, n. 1043 e 12 giugno 2006 n. 2323) cfr. anche Tar Emilia Romagna II, 14 giugno 2005, n. 822; Tar Campania, I, 21 marzo 2006 n. 3109 in www.labsus.org con nota di F. GIGLIONI

³⁵ Cfr. Tar Lazio 18 luglio 2006 III quater n. 5993 in www.labus.org con nota di R. CAMELI. Ovviamente, la possibilità di partecipazione non significa che essi siano sottratti ad una puntuale valutazione preliminare

In definitiva, secondo questo orientamento, la partecipazione delle onlus non può essere esclusa: al contrario, esse devono essere ammesse alle procedure di affidamento dei servizi sociali e sanitari; in quest'ultimo senso, in modo forse maggiormente articolato, si sottolinea una pronuncia del tar Lombardia, in base a cui, in via preliminare, ai fini di un corretto inquadramento sistematico, dovrebbe distinguersi tra cooperative sociali e organizzazioni di volontariato, dato il carattere strutturale profondamente diverso tra le due distinte categorie: soltanto per queste ultime potrebbe porsi astrattamente un problema di ammissibilità alle gare; ciò in quanto "la posizione di favore ad esse riservata dall'ordinamento ai fini della partecipazione ai servizi socio-sanitari possa invece trovare attuazione in apposite convenzioni con gli enti pubblici"³⁶.

Purtuttavia, secondo quest'ultima interpretazione resa dal giudice amministrativo, in particolari circostanze, potrebbe essere consentita anche agli organismi di volontariato la partecipazione ad una procedura di valutazione indetta da un ente pubblico per la scelta di un soggetto con cui stipulare una convenzione di esercizio dei servizi socio-sanitari: tale eventualità è ammessa, laddove espressamente prevista dalla legge e considerando in ogni caso, in sede di giudizio comparativo comprendente sia il prezzo sia il profilo tecnico, le profonde differenze tra associazioni di volontariato e altri soggetti esponenti del terzo settore.

Parallelamente al profilo soggettivo, sono emersi in giurisprudenza ulteriori aspetti problematici concernenti le modalità di espletamento della gara.

dei requisiti posseduti al momento dell'approvazione del bando, nonché, successivamente, ad un giudizio in ordine alle offerte effettuate

³⁶ Tar Lombardia III, 14 marzo 2003 n. 459 in www.labsus.org con nota di R. CAMELI; sulla non equiparabilità tra cooperative sociali, onlus e organismi di volontariato cfr. anche in precedenza Tar Lombardia III 9 marzo 2000 n. 1869. Segnatamente, il Tar Lombardia rileva come gli organismi di volontariato "possono ricavare proventi economici esclusivamente da contributi liberali, finanziamenti pubblici e privati e rimborsi derivanti dalla prestazione di servizi, anche socio-sanitari" Peraltro, laddove concorrano esclusivamente Onlus e organizzazione di volontariato, non appare illegittima la comparazione in base a due elementi di pari rilievo come: "il prezzo, peraltro limitato al solo rimborso delle spese sostenute per ogni postazione, secondo uno schema comune allegato, e la qualificazione tecnica del servizio." Ciò, in quanto "la ripartizione paritaria del punteggio attribuibile fra le voci economiche e tecniche, inoltre, sembra consentire una sostanziale concorrenzialità, in condizioni di complessiva parità, fra le organizzazioni di volontariato (favorite sotto il profilo economico dalle prestazioni lavorative volontarie, che devono però integrare con apporti qualificati) e le cooperative sociali (favorite sotto il profilo tecnico dalla presenza di professionalità qualificate già nel novero dei propri soci, che possono però operare volontariamente in misura non superiore alla metà dei soci)".

A questo riguardo, si sottolinea, in primo luogo, la riconosciuta possibilità per l'ente pubblico di non assegnare il servizio socio-sanitario, laddove siano intervenute difficoltà economiche: la motivazione in ordine alle deficienze finanziarie è condizione necessaria e sufficiente per non pervenire alla stipulazione.

In secondo luogo, è stato ribadito, coerentemente con un'interpretazione letterale della disciplina contenuta nel decreto legislativo 157 del 1995, che in caso di affidamento di servizi socio sanitari non sia necessaria una gara pubblica, aperta a tutti i potenziali interessati all'esercizio del servizio: in particolare, a riguardo, si sottolinea viceversa come sia stata riconosciuta sufficiente, ai fini della legittimità, l'applicazione delle regole concernenti le forme di pubblicità dell'aggiudicazione, prescrizioni tecniche ed eventuali deroghe; in questo inquadramento la licitazione privata costituisce lo strumento preferibile per l'individuazione del soggetto di convenzione³⁷.

In terzo luogo, in ordine ai parametri da valutare, è stato ribadito che, in caso di partecipazione esclusiva di soggetti del volontariato, l'amministrazione possa assumere quale criterio quello del minore corrispettivo richiesto da parte degli aspiranti; in particolare, in caso di più concorrenti *non profit* non è aprioristicamente da escludere la possibilità di conseguire eventuali economie di spesa da parte dei singoli aspiranti, appartenenti alla medesima categoria³⁸.

³⁷ Tar Veneto sez. I 21 febbraio 2006 n. 399 in www.labsus.org con nota di R. CAMELI. In particolare, con riferimento alla mancanza di copertura finanziaria il Tar osserva che il corretto svolgersi dell'azione amministrativa ed un principio generale di contabilità pubblica discendente dall'art. 81 Cost. esigono che i provvedimenti comportanti l'assunzione di una spesa devono essere adottati dalle pubbliche amministrazioni soltanto se sussiste in proposito un'adeguata copertura finanziaria, con la conseguenza che le amministrazioni medesime devono negare l'aggiudicazione definitiva dei contratti se risulta impossibile assumere l'impegno di spesa (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457). In ordine alla necessità di espletamento di una gara, viene viceversa ribadito che in materia di appalti di servizi risultano nella specie precettive per il legislatore italiano soltanto le disposizioni che la stessa disciplina comunitaria detta sulle forme di pubblicità dell'aggiudicazione, sulle prescrizioni tecniche e sulle deroghe alle stesse, posto che la tipologia del servizio in questione (servizio di urgenza-emergenza medica) rientra nella categoria 25 dell'allegato 2 allo stesso decreto legislativo 157 del 1995. Coerentemente con altra precedente giurisprudenza Tar Liguria, Sez. II, 25 ottobre 2004 n. 1467, infine, si evidenzia che "Nello specifico, inoltre la licitazione privata difficilmente avrebbe potuto garantire un risultato economicamente più vantaggioso per l'amministrazione, poiché il servizio svolto dalle pubbliche assistenze viene compensato con il solo rimborso spese, poiché i soggetti in questione, a differenza della ricorrente, sono soggetti no profit, agenti nell'ambito della legge-quadro sul volontariato (legge. 266/1991) e privi di scopo di lucro"

³⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 10 maggio 2005 n. 2345 in www.labsus.org con nota di P. CERBO, secondo cui "è legittima la predisposizione di un criterio di scelta di un'associazione di volontariato che (...) sia in possesso dei requisiti per svolgere un certo servizio, criterio basato, al contempo, sulla circostanza che l'organizzazione possa contenere - ovviamente in virtù delle minori richieste dei propri aderenti - la misura dei rimborsi delle spese che può incontrare" Conseguentemente "Appare dunque, (...) conforme a legge

2.2. L'esternalizzazione delle attività professionali

Problema diverso, ma strettamente correlato, rispetto alle procedure di assegnazione di servizi sociali, è quello dell'affidamento di attività professionali da parte delle amministrazioni a soggetti terzi; in particolare, in questa circostanza, la giurisprudenza ormai consolidata della Corte dei conti utilizza il termine "sussidiarietà" in una concezione diversa (opposta) rispetto alla prospettiva finora assunta.

Il conferimento di incarichi o consulenze professionali a terzi, infatti è ammissibile esclusivamente quando corrisponda a criteri di economicità ed efficacia e dunque non è comunque legittimo quando vi siano, all'interno dell'ente, professionalità idonee all'esercizio dell'incarico³⁹.

È da ritenere in ogni caso che l'aggettivo "sussidiaria" per definire la prestazione professionale eventualmente resa da terzi ben difficilmente può essere inclusa nello schema dell'articolo 118 della Costituzione. Ciò in quanto la sussidiarietà a cui si riferisce la Corte dei conti ha ad oggetto prestazioni di carattere tecnico-professionale che, obbligatoriamente, devono essere rese dall'amministrazione al pubblico; in secondo luogo, le attività sono eseguite dai privati esclusivamente per finalità lucrative nell'esercizio della propria attività lavorativa; in terzo luogo, la procedura di scelta ed affidamento dell'attività viene promossa, in ogni caso, dall'ente pubblico; infine sia la decisione in merito all'opportunità o meno di un affidamento all'esterno del servizio professionale, sia, successivamente, quella della scelta tra i singoli soggetti privati si fonda su parametri di natura prevalentemente economica (analisi dei costi, risparmio di risorse pubbliche, efficienza eccetera).

2.3. Responsabilità patrimoniale

Nel caso di esercizio di attività di interesse generale (servizio sociale) da parte di associazioni, qualora queste ultime dispongano di contributi economici dall'ente pubblico

l'individuazione di un'organizzazione di volontariato, improntata ad uno scopo di sano risparmio, per una attività di cooperazione con i fini di una amministrazione, quale è quella che è resa per "servizi di supporto per l'emergenza sanitaria" (in concreto: trasporto di malati, infortunati, disabili, per urgenti ed indispensabili interventi).

³⁹ Corte dei conti 16 settembre 2004 n. 229 in www.labsus.org con nota di R. CAMELI

di riferimento, sussiste la giurisdizione della Corte dei conti in ordine al corretto esercizio dei fondi erogati⁴⁰.

Inoltre, a riguardo, è stato espressamente rilevato come il rapporto di servizio, presupposto fondamentale per fondare la giurisdizione della magistratura contabile, sussiste “anche quando un soggetto è stato investito di un'attività in favore della Pa (pubblica amministrazione) per il raggiungimento di fini pubblici propri della stessa e con l'osservanza di particolari vincoli diretti ad assicurare il buon andamento dell'attività e la corrispondenza di quest'ultima alle esigenze di carattere pubblico generale”.

In definitiva, la Corte dei conti esprime il principio dell'irrilevanza della natura privatistica o pubblicistica del soggetto gestore per fondare la propria giurisdizione laddove l'attività svolta sia di natura “intrinsecamente” pubblica e di interesse generale.

2.4. Le relazioni tra soggetti pubblici e privati nell'esercizio di attività di interesse generale

La giurisprudenza amministrativa, pur negando possa aversi una procedimentalizzazione *tout court*, ha stabilito che i soggetti privati siano in ogni caso tenuti al rispetto delle garanzie sostanziali di partecipazione al procedimento, qualora la loro attività possa produrre effetti tipici di natura pubblicistica⁴¹.

⁴⁰ Corte dei conti sez. II giurisdizionale centrale 20 giugno 2001 n. 219 in www.labsus.org con commento di G. MAZZEI relativa specificatamente alle associazioni che ex l.135/1990 effettuano assistenza domiciliare ai malati di Aids.

⁴¹ Consiglio di Stato sez. VI 25 marzo 2004 n.1617 in www.labsus.org con nota di F. GIGLIONI. La fattispecie concerneva, in particolare, una serie di provvedimenti adottati dalla società Ferrovie s.p.a. approvativi di progetti e implicanti dichiarazioni di indifferibilità, necessità ed urgenza. Il Consiglio ha reputato applicabile alla fattispecie in esame l'ormai consolidata giurisprudenza (Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 15 settembre 1999 n. 14; Sez. V, 18 marzo 2002 n. 1562; sez. IV, 25 giugno 2002 n. 2644; Consiglio di giustizia amministrativa regione Sicilia. Sez., 27 settembre 2002 n. 579; sez. IV, 14 dicembre 2002 n. 6917; 2 Consiglio di giustizia amministrativa regione Sicilia 5 gennaio 2003 n. 25; sez. IV, 11 febbraio 2003 n. 736) secondo cui è necessaria la partecipazione dei privati nel procedimento di dichiarazione di pubblica utilità di un'opera pubblica. Secondo il Consiglio di Stato Non si tratta, in altri termini, di prevedere o di introdurre la procedimentalizzazione di una attività che – quali che siano gli effetti che ad essa la legge riconnette – rimane pur sempre di diritto comune; si tratta, invece, di fare in modo che quegli obiettivi di garanzia sostanziale, ed in genere quegli effetti che la legge assicura, nel caso della tradizionale attività amministrativa, attraverso una rigida e formale procedimentalizzazione, siano comunque assicurati anche quando gli effetti propri di una dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza, siano, per legge, realizzati attraverso strumenti di diritto comune. Non si tratta, pertanto, di applicare la legge sul procedimento amministrativo all'attività di diritto privato (e quindi anche all'adozione di delibere del consiglio di amministrazione o del presidente di una società) ma di verificare se, nel rispetto del principio di libertà delle forme proprie del diritto privato si sia comunque, in concreto ed in punto di fatto, realizzata una ponderazione ed una valutazione delle posizioni dei soggetti destinati ad essere comunque toccati e incisi dagli effetti di tale attività di diritto privato.

Il Consiglio di Stato, sul punto, in relazione all'approvazione di un progetto di pubblica utilità, in modo chiaro ha affermato che "tali garanzie devono, comunque, trovare realizzazione anche quando l'approvazione del progetto dell'opera, con il conseguente effetto *ex lege* di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza, sia stata posta in essere, come nel caso in esame, con una deliberazione di una società per azioni, e cioè con un atto di diritto privato".

Tale conclusione risulta essere coerente e ragionevole, peraltro, con il riconoscimento *ex lege* ad atti provenienti da soggetti di diritto privato (quali le società per azioni derivanti da trasformazione di un ente pubblico), della possibilità di produrre effetti giuridici tipicamente pubblicistici come, ad esempio, l'effetto di porre beni in regime di espropriabilità.

L'elaborazione di questo principio, non espressamente riferibile alle attività espressione di "autonoma iniziativa" ex articolo 118 della Costituzione consente, nell'ambito di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale, da un lato di rispettare il profilo di libertà ed autonomia dei soggetti privati, dall'altro di tutelare eventuali interessi di soggetti terzi (a titolo esemplificativo, i promotori di iniziative di "cittadinanze attive" dovranno rispettare il principio che concerne la certezza dei tempi, il legittimo affidamento, ovvero essere pienamente responsabili nell'uso dei mezzi pubblici).

Sul principio relazionale, e i canoni che dovrebbero informare i rapporti tra amministrazione e cittadini, si sottolinea altresì la recente pronuncia della Corte costituzionale relativa ad una legge regionale della Calabria, che autorizzava i comuni a disporre di aree gravate da usi civici senza prevedere un obbligo di motivare in merito: la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di detta norma, sostenendo come sia palesemente irragionevole operare un'equiparazione tra godimento collettivo di terreni destinati ad uso civico e l'interesse pubblico alla realizzazione delle infrastrutture, da realizzare attraverso le trasformazioni delle stesse aree⁴².

⁴² Corte costituzionale 27 luglio 2006 n.310 in www.labsus.org con nota di F.GIGLIONI; nella pronuncia specificatamente, la suprema Corte ha asserito che il legislatore regionale ha operato un'assimilazione, del tutto irragionevole, tra godimento collettivo di un terreno sottoposto ad uso civico e l'interesse alla realizzazione sullo stesso di un'opera funzionale ad un impianto di rete per il trasporto di energia elettrica, modificando, senza una giustificazione razionale, la procedura prevista dal legislatore statale per il mutamento di destinazione del bene.

La corte ha sancito dunque un vero e proprio obbligo di motivazione per il legislatore in caso di sottrazione di zone già destinate alla collettività: dovere strettamente connesso ai principi di democrazia e partecipazione dell'ordinamento, dal momento che le popolazioni stesse esercitano e realizzano l'interesse generale agli usi civici.

In ordine al rapporto tra formazioni sociali ed enti pubblici, la giurisprudenza ha però precisato che il potere di intervento delle prime è tuttavia circoscritto agli obiettivi e finalità statutarie: in particolare, nel nostro ordinamento non è concepibile infatti un controllo generalizzato sull'attività dei soggetti pubblici territoriali da parte di organismi privati⁴³.

2.5. Sussidiarietà orizzontale e Unione europea

È possibile infine rintracciare, sia pure *in fieri*, il principio di sussidiarietà orizzontale anche nell'ordinamento europeo e, in particolare, in una recente pronuncia della corte di giustizia, C-382/04.

Nella fattispecie in oggetto, il giudice comunitario ha precisato che il diritto dell'Ue non consente che uno Stato membro, il quale già riconosce un regime di esenzione fiscale per soggetti operanti nel settore di pubblica utilità, neghi il medesimo beneficio ad altra fondazione con analoghi obiettivi, esclusivamente in ragione della considerazione che quest'ultima abbia sede legale in altro Stato, e dunque i suoi redditi siano imponibili sul territorio di riferimento limitatamente⁴⁴.

Malgrado la principale finalità della pronuncia della corte sia sicuramente quella di tutelare la libera circolazione di capitali e servizi, tuttavia da questa decisione si desume il principio che le stesse libertà economiche possono, sia pure indirettamente, favorire

⁴³ Tar Basilicata 19 settembre 2003 n. 891 in www.labsus.org con nota di R. CAMELI; nella fattispecie è stato escluso che una società avente ad oggetto "prevenzione, soccorso e miglioramento delle condizioni di salute e di sicurezza, d'istituzione, d'alloggio e di potere di acquisto del lavoratore" in vari settori anch'essi specificamente indicati, tra i quali quello della "tutela della natura e dell'ambiente" potesse accedere agli atti di una procedura concernente la riqualificazione urbana di un'area cittadina.

⁴⁴ C-382/04 14 settembre 2006 in www.labsus.org con nota di F.GIGLIONI, in particolare la Corte riconosce la possibilità, in via preliminare, di sottoporre a verifica e controlli l'attività della fondazione richiedente il beneficio, nonché di richiedere interamente la documentazione necessaria; tuttavia, sottolinea, si configura palesemente irragionevole, oltre che contrastante con i principi del diritto comunitario espressi nell'art. 73 B (relativo alla libera circolazione dei capitali) in combinato disposto con l'art. 73 D concernente l'applicabilità nello Stato membro delle proprie discipline fiscali e di lavoro, configuri "un rifiuto da parte delle autorità dello Stato di cui trattasi di concedere alle dette fondazioni le stesse esenzioni fiscali concesse alle fondazioni dello stesso tipo illimitatamente soggette all'imposta sul suo territorio".

l'esercizio di attività di interesse generale da parte di soggetti privati, contribuendo peraltro, ad una comune formazione di concetto di "interesse generale" tra i diversi Stati componenti l'Unione europea.

In ambito europeo, si sottolinea infine la decisione della commissione 2006/746/CE secondo cui, in ragione dell'articolo 87, p. 3, del trattato CE relativo agli aiuti di Stato, non sono stati giudicate incompatibili con l'ordinamento comunitario determinate misure economiche che consentono la compensazione economica per le imprese edilizie le quali abbiano realizzato piani di rinnovamento urbanistico, finalizzati non soltanto allo sviluppo edilizio ma anche a garantire condizioni di sicurezza pubblica per la cittadinanza⁴⁵.

L'erogazione dei fondi in oggetto, in particolare, potrebbe essere considerata quale strumento per favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini nell'esercizio di attività di interesse generale: la Commissione sottolinea comunque che laddove le imprese, rivendendo a prezzi di mercato gli appartamenti, ricavassero profitti, non sarebbe legittimo l'aiuto da parte delle autorità pubbliche.

Dalla decisione emerge anche, infine, l'intreccio ed il profondo legame tra gli interessi pubblici e gli interessi privati, per cui, nell'esercizio di attività di soggetti privati è spesso difficile la distinzione.

Entrambe le pronunce in ambito comunitario costituiscono inoltre esempi di connessioni, sia pure controverse, tra principio di concorrenza e sussidiarietà orizzontale: si accenna che la dottrina giuridica italiana, al momento, è divisa in merito alla possibilità di configurare un rapporto tra i due concetti.

3. Le regole della sussidiarietà orizzontale

L'articolo 118, comma 4, della Costituzione configura una fattispecie che è immediatamente applicabile, come anche dimostra la giurisprudenza commentata finora. Tuttavia tale disposizione, dato anche il suo rango costituzionale, non contiene il corredo delle regole che disciplinano le modalità con cui le relazioni tra cittadini e amministrazioni si sviluppano. Ciò in parte è un bene perché l'originalità dei rapporti che si sviluppano tra

⁴⁵ Commissione 4 aprile 2006/746/CE in www.labsus.org con nota di F.GIGLIONI

amministrazioni e cittadini nella sussidiarietà orizzontale richiede un certo grado di informalità che è bene sia preservato da rischi di funzionalizzazione. È necessario tuttavia rintracciare alcune regole applicative nei rapporti di sussidiarietà orizzontale, il cui confine di legittimità deve essere ritenuto che sia posto nel limite varcato il quale l'applicazione della regola viola l'originalità delle esperienze di sussidiarietà orizzontale.

Esistono alcuni profili che, talvolta per ragioni di legittimità, talaltra per questioni di opportunità, è bene siano definiti con maggiore certezza. Ci si riferisce alla necessità che le esperienze di sussidiarietà orizzontale siano suggellate da un qualche atto formale (una comunicazione, un patto, una dichiarazione pubblicitaria), alla necessità che si chiarisca quali siano gli interessi generali per i quali può essere consentito l'attivismo civico, nonché gli ambiti di responsabilità; così come pure è importante capire quali regole siano da rispettare dalle amministrazioni pubbliche quando su un certo problema si è già verificata un'azione di sussidiarietà orizzontale e quali sono, infine, le azioni che legittimamente concretizzano il *favor* sancito dalla norma costituzionale a beneficio dei cittadini. Si tratta di aspetti che probabilmente solo la giurisprudenza può contribuire a definire in modo omogeneo dal momento che è da escludere che da questo punto di vista possa essere il legislatore statale a fissare regole inderogabili e uniformi.

È da premettere subito che la giurisprudenza analizzata sinora non pare esaudire totalmente queste necessità; tuttavia, qualche spunto utile può essere tratto. Si potrebbe dire che dalla prospettiva scelta, le sentenze possono essere suddivise in due categorie: quelle che manifestamente esprimono regole di comportamento dei soggetti implicati in azioni di sussidiarietà e quelle che invece, pur non agendo in questa direzione, offrono interessanti elementi da cui si possono trarre regole applicabili alle esperienze di sussidiarietà orizzontale.

Nel primo tipo di sentenze si rintracciano alcune indicazioni valide a definire i confini oggettivi della sussidiarietà orizzontale e i limiti dell'azione pubblica sulle questioni in cui i cittadini, singoli o associati, si sono già attivati autonomamente.

In generale si può rilevare che le autorità giudiziarie concordano sulla circostanza che la sussidiarietà orizzontale è capace di infrangere la rigida bipartizione tra sfera pubblica e sfera privata e dunque essa pare consentire l'esercizio da parte di privati di attività,

funzioni e servizi che tradizionalmente erano di esclusiva competenza dei soggetti pubblici. I soggetti privati concorrono, esattamente come i soggetti pubblici, a rappresentare la collettività⁴⁶. Tuttavia, al contempo, la giurisprudenza presa in esame mostra di preoccuparsi di definire i campi in cui la sussidiarietà orizzontale possa trovare applicazione. Da una parte, infatti, vi è la necessità di individuare quali siano gli interessi generali davvero meritevoli di tutela, per i quali l'attivismo civico esige legittimamente un obbligo di *favor* da parte dei soggetti pubblici, con profili molto delicati quando l'amministrazione sia - per ipotesi - posta nella condizione di scegliere quale azione privilegiare in caso di manifestazioni di più esperienze di cittadinanza attiva magari operate su uno stesso oggetto; dall'altra, vi è la necessità di capire quali conseguenze derivino in termini di poteri utilizzabili da parte dei cittadini che agiscano per finalità di interesse comune. Risulta a questo proposito interessante la definizione degli interessi e dei beni per i quali la sussidiarietà orizzontale può essere invocata fornita dal tar Liguria, sentenza 1479 del 2003⁴⁷, secondo cui il principio di sussidiarietà orizzontale, *"che ha trovato espresso riconoscimento nel nuovo art. 118 della Costituzione, risulta di fondamentale importanza ove l'interesse del bene in gioco rappresenti sia direttamente, sia per il collegamento con altri valori costituzionali primari, un bene la cui tutela è di immediata e primaria importanza per gli stessi soggetti privati"*. Nel caso specifico il bene e l'interesse di primaria importanza sono stati considerati il benessere animale e, più in generale, l'ambiente. Quindi gli interessi generali meritevoli di tutela sono quelli riguardanti beni essenziali, il cui grado di indispensabilità è segnato dal collegamento, diretto o indiretto, con i valori tutelati dalla Costituzione.

Probabilmente si tratta ancora di una definizione troppo generica e certamente da questo punto di vista l'elaborazione dottrinale appare più avanzata⁴⁸; resta il fatto che questo, per quanto è possibile constatare, è il tentativo migliore della giurisprudenza di definire un ordine concettuale astratto per stabilire cosa sia un'iniziativa autonoma dei cittadini di interesse generale.

⁴⁶ Cfr. Cons. St., parere, 22 marzo 2004, n. 2680, in www.labsus.org, con commento di E. CARLONI.

⁴⁷ Per la precisione si tratta della sentenza tar Liguria, 18 novembre 2003, n. 1479, in www.labsus.org, con commento di D. BOLOGNINO.

⁴⁸ Cfr. G. Arena, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 116; G. Moro, *Azione civica*, Roma, Carocci, 2005, 42.

Su un piano molto più concreto la giurisprudenza sembra tuttavia convinta che non tutte le funzioni e tutti i servizi garantiti dalle autorità pubbliche siano esercitabili anche da cittadini, singoli o associati. Se, da una parte, essa appare concorde nel ritenere che la sussidiarietà orizzontale incida sui confini delle prerogative pubbliche ammettendo l'intervento dei privati in ambiti storicamente preclusi, ciò non vuol dire che non restino alcune attività di esclusiva pertinenza pubblicistica. In altre parole dalla giurisprudenza esaminata si ricava che l'espansione dell'intervento privato per interesse generale non è illimitata, al punto tale che pare presumibile tratteggiare il passaggio da uno schema bipolare pubblico-privato a uno tripolare, in cui è possibile riconoscere una sfera totalmente privatistica che coincide con le libertà tradizionali, una sfera esclusivamente pubblicistica, assai più ridotta di quanto fosse in passato, e una sfera di comunione di responsabilità tra istituzioni pubbliche e cittadini che è complementare e integrativa di quella a esclusiva pertinenza pubblica. Questa segmentazione modulare delle attività sottoposte a regimi giuridici differenti è stata quanto meno rintracciata nell'ambito dei servizi di interesse generale⁴⁹ e dei servizi di sicurezza pubblica⁵⁰: in questi ambiti i giudici hanno rintracciato aree in cui le autorità pubbliche intervengono in via esclusiva in esercizio di potestà autoritative di ordine, a cui si accompagnano altre integrative consistenti perlopiù in attività di servizi e di prevenzione. Tuttavia si deve precisare che si ha la sensazione che non sempre l'individuazione di attività complementari e integrative di quelle ad esclusiva responsabilità pubblica segni davvero il passaggio da uno schema bipolare a uno tripolare; nella decisione del Tar Lazio numero 1890 del 2006, ad esempio, si afferma che l'amministrazione debba considerare nel rilascio delle autorizzazioni allo svolgimento dell'attività di vigilanza privata l'importanza di accrescere i servizi di sicurezza concentrando più efficacemente la forza pubblica nelle operazioni maggiormente significative e più importanti. È evidente che in questo caso l'intervento dei privati è inteso come integrativo di quello pubblico, ma in una logica che resta bipolare.

⁴⁹ Questo approccio modulare dei regimi giuridici delle attività di interesse generale è stato adottato dalla Corte costituzionale con riferimento alle attività delle fondazioni di origine bancaria; cfr. Corte cost., 29 settembre 2003, n. 301, in www.labsus.org, con commento di F. GIGLIONI.

⁵⁰ È interessante in questo senso la decisione del tar Lazio, sez. I-ter, 10 marzo 2006, n. 1890, in www.labsus.org, con commento di G. MAZZEI.

Da questo punto di vista risulta ancora interessante citare la sentenza Tar Liguria numero 1479 del 2003, in cui il giudice ha annullato un provvedimento della giunta regionale con cui aveva subordinato il ricorso alle guardie volontarie zoofile alla verifica della sufficiente copertura del relativo servizio di vigilanza da parte di Comuni, Province e aziende sanitarie locali con proprio personale: in questo caso il giudice applica correttamente la sussidiarietà orizzontale al di fuori dello schema bipolare e l'interpreta come modalità innovativa con cui istituzioni pubbliche e cittadini possono cooperare per la risoluzione di problemi di interesse generale, senza che questa sia subordinata a criteri di autosufficienza.

Con riferimento sempre agli ambiti di applicazione della sussidiarietà orizzontale è interessante verificare le posizioni giurisprudenziali a proposito della possibilità di ammettere che beneficiari del *favor* siano anche le imprese, oltre che i cittadini. Da questo punto di vista si può riscontrare un indirizzo volto a negare tale possibilità e uno, viceversa, favorevole. Il primo è stato enunciato in un parere del Consiglio di Stato⁵¹, il secondo, invece, dalla Commissione europea⁵², sebbene occorra precisare che in questo secondo caso la sussidiarietà orizzontale si ritiene applicata in modo implicito non essendo stata richiamata dal decisore. A dispetto di questa apparente impostazione contrapposta è da sottolineare, tuttavia, che nel parere del Consiglio di Stato la negazione dell'applicazione della sussidiarietà è sì motivata da una valutazione generale, secondo cui l'articolo 118 della costituzione si applicherebbe solo alle iniziative dei cittadini, ma in verità essa si conclude correttamente affermando che i sussidi finanziari generali alle imprese costituiscono oggetto estraneo alla sussidiarietà orizzontale. Da ciò non può farsi derivare automaticamente che talune azioni intraprese da soggetti imprenditoriali non possano ricondursi all'articolo 118: la Commissione europea ha dimostrato che quando le imprese assumono rischi di mercato per soddisfare interessi di natura generale, nel caso specifico interventi urbanistici finalizzati a restituire decoro e sicurezza nel centro di una piccola località, gli aiuti delle istituzioni pubbliche, ancorché parziali, sono ammessi.

⁵¹ Cfr. Cons. St., parere, 25 agosto 2003, n. 1440, in www.labsus.org, con commento di D. BOLOGNINO.

⁵² Si tratta della decisione della commissione europea 2006/746/CE, in www.labsus.org, con commento di F. GIGLIONI.

Infine, la giurisprudenza fornisce indicazioni idonee a delimitare la legittimità con cui i pubblici poteri possono riappropriarsi di attività che sono esercitate con l'intervento dei cittadini. In altre parole la giurisprudenza ha fissato una serie di condizioni per impedire che i pubblici poteri tornino a disporre in modo esclusivo di beni che sono passati alla cura dei cittadini: in tutte le decisioni in cui si affronta questo tema, i giudici esigono che le istituzioni pubbliche motivino la loro riappropriazione del bene giuridico in modo che siano manifeste le ragioni giustificatrici. Dunque la sottrazione dei beni giuridici di interesse generale passati alla cura dei cittadini o delle imprese deve essere quantomeno effettuata con atti motivati per non essere dichiarata illegittima, finanche si trattasse di atti normativi, per i quali come noto l'articolo 3, l. numero 241 del 1990 non prevede l'obbligo di motivazione⁵³.

Si può trarre dunque la convinzione secondo cui la sussidiarietà orizzontale esprime contestualmente un duplice effetto giuridico: uno di espansione progressiva dell'area di intervento dei cittadini, sebbene questa spinta propulsiva non sia priva di limiti, e uno di resistenza rafforzata che rende più difficile, una volta espansa quell'area, la sua successiva riduzione.

Altra giurisprudenza, invece, pur non preoccupandosi di dare necessariamente corpo a regole che riguardino i rapporti di sussidiarietà orizzontale, appare interessante perché capace di fornire elementi utili in questa luce. Da questo punto di vista tre sono i versanti da prendere in considerazione: l'incidenza delle esperienze di sussidiarietà orizzontale sull'impiego delle risorse finanziarie, la responsabilità e le regole di diritto pubblico nell'attività dei privati.

Con riferimento al primo tema si osserva che la sussidiarietà orizzontale pare svolgere un doppio ruolo. In primo luogo l'impiego delle risorse finanziarie pubbliche serve a tradurre il *favor* costituzionale a beneficio dei cittadini: benché la concessione di aiuti, sussidi e agevolazioni non sia l'unico modo per favorire le autonome iniziative dei cittadini, questa

⁵³ Si tratta di un obbligo che la Corte costituzionale prevede perfino per il potere legislativo con riferimento agli usi civici; cfr. Corte cost., 27 luglio 2006, n. 310, in www.labsus.org, con commento di F. GIGLIONI; ma tale obbligo è stato previsto anche per i piani particolareggiati urbanistici, cfr. Tar Lombardia, 5 febbraio 2003, n. 94, in www.labsus.org, con commento di R. CAMELLI, e per direttive volte ad applicare disposizioni legislative, cfr. Tar Liguria, 18 novembre 2003, n. 1479, cit.

sembra senz'altro essere la soluzione maggiormente seguita dal punto di osservazione della giurisprudenza. In questo senso la giurisprudenza non sembra fare distinguo tra contributi e agevolazioni finanziarie: ritiene invece che la messa a disposizione di tali risorse costituisca un vero e proprio compito istituzionale nei confronti dei soggetti che promuovono azioni di interesse generale⁵⁴.

In secondo luogo, però, la sussidiarietà orizzontale è considerata un istituto utile a determinare anche un uso più efficiente delle risorse pubbliche o perché obbliga l'impiego a favore di soggetti privati che concorrono in modo più efficace a soddisfare i bisogni dei cittadini⁵⁵, o perché conduce a un loro risparmio netto dal momento che si assumono come autosufficienti le risorse messe in campo dai cittadini nelle azioni di cittadinanza attiva⁵⁶. Si tratta di regole che, pur nella loro diversità, affermano sostanzialmente che le esperienze di sussidiarietà orizzontale debbono comportare una diminuzione della spesa per il funzionamento degli apparati pubblici. In questa sintesi si coglie un elemento sicuramente presente nell'istituto della sussidiarietà orizzontale: dal momento, infatti, che questa realizza la soluzione di problemi di interesse generale attraverso l'utilizzo di risorse non tradizionalmente considerate, quali sono i cittadini, è naturale pensare che questo elemento comporti una sorta di effetto *trade off* rispetto alle risorse abitualmente utilizzate e in modo particolare rispetto a quelle finanziarie per il funzionamento degli apparati pubblici. Tuttavia si deve osservare che nelle decisioni della giurisprudenza non è ancora del tutto chiaro se esse interpretano in questo modo i riflessi sull'uso delle risorse economiche pubbliche, anche perché non è necessariamente vero che questo si traduca in un risparmio netto: le risorse risparmiate per gli apparati pubblici, infatti, potrebbero essere utilizzate per realizzare il *favor* della cittadinanza attiva senza che ciò determini risparmi. Occorrerà su questo punto attendere ulteriori decisioni per verificare come si consolida questo indirizzo.

Un ulteriore profilo molto delicato a proposito delle regole nei rapporti di sussidiarietà orizzontale è quello che attiene alle responsabilità. Ai cittadini che agiscono

⁵⁴ Cfr. Cass., sez. lav., 11 maggio 2004, n. 8916, in www.labsus.org, con commento di F. GIGLIONI; Corte dei conti, sez. Molise, 27 settembre 2005, n. 99, in www.labsus.org, con commento di P. CERBO.

⁵⁵ Cfr. Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002, n. 6395, in www.labsus.org, con commento di F. GIGLIONI.

⁵⁶ Cfr. Cons. St., parere, 26 agosto 2002, n. 1794, in www.labsus.org, con commento di F. GIGLIONI.

spontaneamente per la soluzione di interessi generali si applicano ovviamente le regole ordinarie comuni di responsabilità; è tuttavia dubbio se a essi debbano applicarsi anche altre forme di responsabilità in virtù del fatto che la loro attività è svolta per perseguire interessi generali. In altri termini è da capire se le forme di responsabilità amministrativa e patrimoniale possano applicarsi anche ai cittadini attivi, qualora essi deviano dalla corretta gestione dei beni di interesse comune. In questo senso deve registrarsi da qualche tempo una giurisprudenza della Corte dei conti e della Corte di cassazione favorevole ad ampliare la giurisdizione di responsabilità amministrativa anche nei confronti dei soggetti che, pur non essendo in un rapporto di dipendenza o servizio con la pubblica amministrazione, agiscono per finalità pubbliche e in costanza di finanziamenti pubblici: qualora si registri un danno nei confronti dell'amministrazione o un danno alla collettività per l'azione dei soggetti privati beneficiari di finanziamenti, questi sono chiamati a risponderne davanti alla Corte dei conti⁵⁷. Questa giurisprudenza potrebbe essere applicata anche ai casi di sussidiarietà orizzontale nel momento in cui si dimostri che cittadini attivi, mossi da finalità che intendano conseguire interessi utili per la collettività, agiscano in modo scorretto realizzando invece un danno per la stessa collettività.

Estendere la responsabilità amministrativa e patrimoniale a questi casi presenta conseguenze molto complesse sul piano giuridico: se per certi versi, questa sembra costituire una garanzia maggiore a beneficio della collettività, per altri versi potrebbe produrre effetti controproducenti. Al momento non c'è una giurisprudenza che colleghi esplicitamente la responsabilità amministrativa alla sussidiarietà orizzontale; la giurisprudenza citata, tuttavia, sembra portare con sé elementi che potrebbero favorire tale collegamento.

Infine, assume un certo rilievo anche quella giurisprudenza che estende alcuni diritti tipici dei rapporti con la pubblica amministrazione all'attività condotta da soggetti privati. Secondo questa giurisprudenza, infatti, quando i soggetti privati sono chiamati a esercitare poteri pubblici o servizi per finalità di interesse generale, la circostanza che gli atti da essi

⁵⁷ La decisione più rilevante in questo senso è l'ordinanza della Cass., 22 dicembre 2003, n. 19667, in *Foro it.*, 2005, I, 2676; si veda pure corte dei conti, 20 giugno 2001, n. 219, in www.labsus.org, con commento di G. MAZZEI.

compiuti non siano ascrivibili tra quelli di diritto pubblico non preclude la necessità che siano rispettati alcuni principi fondamentali dei rapporti con le pubbliche amministrazioni e dunque la legalità, la trasparenza, la partecipazione e la qualità dei risultati. Ora, non è dubbio che i cittadini attivi che agiscono per il perseguimento di interessi generali debbano in forza di questo collegamento oggettivo assicurare agli altri cittadini uguali diritti a quelli che essi godono nei rapporti con la pubblica amministrazione, ma questo non significa, come ha precisato il Consiglio di Stato in un'importante decisione⁵⁸, che gli istituti della trasparenza, della partecipazione e della qualità si applichino allo stesso modo: ciò che rileva è che siano garantiti gli aspetti sostanziali di tutela. E dunque anche i cittadini attivi sono tenuti ad agire con trasparenza fornendo agli altri cittadini che lo richiedono informazioni e accesso agli atti, così come pure devono consentire, se richiesto, la partecipazione e devono dimostrare di conseguire con efficacia i risultati che si prefiggevano. Per ottenere tutto questo, però, è impensabile applicare la legge 241 del 1990: si tratta di applicare le garanzie insite in quel testo normativo, non anche la specifica disciplina.

Anche questa è una giurisprudenza che non aggancia l'estensione delle garanzie amministrative alla sussidiarietà orizzontale, tuttavia pare porre i presupposti che consentono oggettivamente un qualche collegamento che resta però ancora da approfondire.

⁵⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1617, in www.labsus.org, con commento di F. GIGLIONI.