

# Articolo 118 u.c. della Costituzione. Un approfondimento sul “favoriscono”.

di Nicola Polito<sup>1</sup>

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. - La prospettiva di fondo: “perché” favorire? Una PA che promuove la capacità di esercitare le proprie capacità. 3. - “Chi” favorire? 3.1. - Il rapporto impermeabile. 3.2. - Il rapporto integrato tra azioni distinte ma reciprocamente indispensabili. 3.3. - La duplice valenza dell’art. 118u.c. e la genesi del rapporto, tra autoritatività e consensualità. 3.4. - Un rapporto integrato sussidiario. L’alleanza tra amministrazione e cittadini. 3.5. - Una proposta applicativa: metodo della progettualità e DIA d’interesse generale. 4. - “Come” favorire? L’importanza della scelta strumentale per non mutare la natura del fine e garantire l’autonomia. 5. -Conclusioni.

## 1. Premessa.

*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli od associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.*

Per garantire al principio espresso nell’ultimo comma del novellato art. 118 Cost. una concreta applicabilità è essenziale un approfondimento riguardante il significato del verbo “favoriscono” che configura, in capo ai pubblici poteri, ai Comuni innanzitutto, un dovere d’intervento dai contorni sfumati nei confronti dell’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli od associati, orientata all’interesse generale. La scelta del legislatore di introdurre un termine dai tratti generici, suscettibile di interpretazioni non univoche, conduce alla necessità di procedere alla trattazione di alcuni nodi teorici, non privi di rilevanti risvolti operativi<sup>2</sup>.

Tra questi, emergono tre dimensioni essenziali. In primo luogo, si impone all’interprete l’esigenza di capire “perché” i soggetti pubblici possano o debbano “favorire” l’autonoma iniziativa civica, pur se orientata all’interesse generale; occorre cioè comprendere le ragioni e i presupposti concettuali del dovere d’intervento integrativo pubblico, al di là della sua espressa presenza testuale nel novellato testo costituzionale.

Una seconda dimensione, la cui importanza deriva dalle conclusioni cui giunge la prima riflessione, è legata alla scelta di “chi” favorire, nell’assunto che se di sussidiarietà orizzontale

---

<sup>1</sup> Dottorando in diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Trento. Questo contributo, è stato presentato al Seminario del Laboratorio per la Sussidiarietà, a Roma, il 24 marzo 2006.

<sup>2</sup> Certamente più facile sarebbe stato il compito dell’interprete e dell’operatore se l’introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale fosse stata espressa con una formulazione letterale più netta. “L’iniziativa dei cittadini, singoli od associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale è libera. Comuni, Città metropolitane, e Province la favoriscono o la integrano sulla base dei principi di sussidiarietà, imparzialità ed adeguatezza”. Versione invero più lineare ma distante da un’interpretazione di sussidiarietà orizzontale come alleanza integrata tra amministrazione e cittadini nell’interesse generale che qui si intende accogliere pur con alcune precisazioni metodologiche.

autentica vogliamo parlare, tale scelta debba avvenire solo successivamente all'avvio dell'iniziativa dei cittadini e non, invece, *ex ante*, a seguito di un invito ad attivarsi da parte dei soggetti pubblici. La qualificazione letterale dell'iniziativa come "autonoma" da parte del legislatore costituzionale ne è testimonianza: il soggetto civico si legittima come soggetto suscettibile di integrazione sussidiaria in quanto spontaneamente attivatosi nell'interesse generale e non, al contrario, in quanto mosso dall'invito dell'ente pubblico a proporsi, secondo un'altra tipologia di rapporto tra amministrazione e cittadini, orientata ad una collaborazione indotta da un'iniziativa di origine pubblica e definita secondo un principio di concorsualità.

In entrambi i casi, mutuando una terminologia cara alla Commissione europea<sup>3</sup>, si può parlare di *public-private partnership*, sia che l'alleanza pubblico/privato nasca a seguito di un bando pubblico per la scelta comparativa di iniziative meritevoli nell'interesse generale, sia che l'integrazione sussidiaria pubblica sia successiva all'iniziativa autonoma dei cittadini e nasca in conseguenza della stessa. Tuttavia, per meglio definire i confini del nostro ragionamento, merita isolare i casi di esternalizzazione dei servizi da quelli di sussidiarietà orizzontale autenticamente intesa.

La questione del "chi" favorire, secondo questa prospettiva, è particolarmente importante se si ipotizza che i cittadini attivi si organizzino con intenti affini ma con differenti soggettività organizzative spontanee e si ponga per il soggetto pubblico l'esigenza di scegliere comparativamente chi (e quanto) favorire, e a discapito di chi, nell'ipotesi in cui le risorse a disposizione siano scarse o limitate. Nel favorire i soggetti sociali attivi, infatti, l'amministrazione non può non attenersi agli obblighi di imparzialità e di buon andamento che sovrintendono alla sua azione e il favorire un soggetto organizzato anziché altri (il chi), o il favorirlo in modo preponderante rispetto ad altri (il *quantum*), nasconde l'insidia e la potenzialità di un comportamento amministrativo parziale, discriminatorio, scarsamente trasparente od irragionevole. Insidia accresciuta, peraltro, dalla realtà che vede come protagonisti dell'attuazione dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost. proprio quei soggetti pubblici di base, di prossimità rispetto ai cittadini e ai soggetti sociali, alle imprese o del terzo settore che più degli altri corrono il rischio di cadere in quelle prassi politico-amministrative viziate da una distorsione dei meccanismi selettivi, ossia in quelle che la scienza politica definisce pratiche clientelari<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Il riferimento è al *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM(2004), 327 Def. 30 Aprile 2004, disponibile on line alla pagina [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/ppp\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm) Interessante una lettura dei contributi giunti alla Commissione in commento del Libro Verde e il Report on the public consultation on the Green Paper, SEC(2005), 629. Per un commento ed ulteriori richiami bibliografici, si veda SANDULLI M. A., *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 167 ss.

<sup>4</sup> Per un approfondimento si vedano DELLA PORTA D., *La politica locale*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 273 ss. e DELLA PORTA D., VANNUCCI A., *Un paese anormale*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

Un'ultima dimensione di approfondimento si concretizza attorno all'esigenza di definire "come" i soggetti pubblici possano o debbano favorire i cittadini attivi; anche la rilevanza di quest'ultima questione succede logicamente a quella precedente. Le modalità con cui "favorire" sono consequenziali alla scelta del soggetto destinatario del *subsidiium* e ai criteri in relazione ai quali è effettuata la scelta.

Non diverso è il caso in cui sia assente la necessità di una comparazione tra più soggetti potenzialmente interessati al *subsidiium* per effetto della presenza di un'unica soggettività attiva, ovvero il caso in cui il soggetto pubblico sia nella condizione di poter sussidiare tutte le soggettività attive, senza limiti di sorta; anche in queste situazioni, infatti, le modalità amministrative del "favorire" sono tenute al rispetto del principio del buon andamento e dell'efficace utilizzo delle risorse (non solo finanziarie) pubbliche per cui, nondimeno, si pone il problema di una valutazione oggettiva, approfondita ed imparziale dell'azione civica suscettibile di *subsidiium*. Valutazione che in questo caso si concentrerà unicamente sulla natura "generale" dell'interesse perseguito, ossia sulla meritevolezza oggettiva dell'iniziativa civica spontanea.

Dunque, perché favorire, chi (e quanto) favorire, come (ossia facendo ricorso a quali strumenti giuridico amministrativi) favorire: con questa traccia è possibile affrontare il quadro complessivo.

## **2. La prospettiva di fondo: " perché " favorire? Verso un'amministrazione che promuove la capacità di esercitare le proprie capacità.**

Lo scenario teleologico configurato dagli articoli 2, 3 e 4 della nostra carta costituzionale definisce una prospettiva da cui l'interpretazione del nostro "favoriscono" non può prescindere e che, anzi, della previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost. si arricchisce completandosi, legittimando un'idea di libertà che va oltre i confini individuali segnati dalla ricerca egoistica del proprio interesse e postula l'assunzione dell'altro come finalità essenziale nell'azione dell'io<sup>5</sup>.

Il "nuovo cittadino" diviene titolare di una libertà attiva e accosta al valore dell'esistenza individuale la coscienza di un essere "per" gli altri che non limita, ma semmai sviluppa, la sua stessa libertà. A ben guardare, in questo risiede un primo elemento generale di risposta alla questione del "perché favorire"; l'interesse generale di cui parla l'ultimo comma dell'art. 118 Cost., ossia l'interesse che muove spontaneamente i cittadini ad attivarsi, non è configurato come limite né come criterio conformativo della libertà individuale, ma è esso stesso espressione di una libertà solidale.

---

<sup>5</sup> La libertà individuale, lungi dal contrapporsi all'uguaglianza, può divenire motore di uguaglianza, impegno sociale, come ci dice, tra gli altri, SEN A., *La libertà individuale come impegno sociale*, Bari, Laterza, ult. ed.

Integrare l'autonoma iniziativa dei cittadini nell'interesse generale diviene quindi per il soggetto pubblico un essenziale strumento di rimozione degli ostacoli alla piena e libera realizzazione della persona, una sorta di intervento di *soft-administration* cui ricorrere in prima istanza di fronte alla necessità di soluzione dei problemi collettivi, l'adempimento di un dovere costituzionale di accompagnamento del processo di emancipazione dell'individuo che tiene fede ai suoi doveri inderogabili di solidarietà sociale.

In questo significato, il "favoriscono" della norma costituzionale in esame supera il dualismo tra libertà ed uguaglianza, tra individualismo e collettivismo, e sostanzia un'alleanza tra poteri pubblici e libertà solidali<sup>6</sup> che supera le tradizionali teorizzazioni della soggettività che scinde l'unione relazionale dell'individuo con l'altro da sé e rompe l'assolutezza di una visione dicotomica delle due dimensioni. L'espressione verbale utilizzata dal legislatore costituzionale non dissolve le polarità del rapporto tra pubblico e privato, ma è una presa d'atto importante di una distinzione, non più impermeabile bensì dialogica e problematica tra funzione pubblica e libertà sociale. Questo si evince, peraltro, sviluppando talune sensibilità colte dalla stessa giurisprudenza amministrativa<sup>7</sup> e dall'espresso richiamo al concetto di cittadinanza societaria<sup>8</sup> che ci è proposto da un'attenta dottrina<sup>9</sup> in proposito.

Perché, dunque, i poteri pubblici debbono favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini? La risposta risiede nella constatazione che non più soltanto all'autorità pubblica spetta di tutelare l'interesse dei cittadini, ma ai cittadini stessi è riconosciuta la possibilità e il diritto di farlo, spontaneamente, per questo invocando al contempo l'alleanza con le amministrazioni di prossimità.

La stessa Corte Costituzionale, pur implicitamente, non manca di rilevare<sup>10</sup> che l'altruismo è "*modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo, che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità (.), 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*

---

<sup>6</sup> Come definite dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 50/1998.

<sup>7</sup> Cons. Stato, IV Sez., decisione 20 marzo 2000 n. 1493, Presidente Catalozzi, Estensore D'Agostino; Cons. Stato, II Sez., Ad. 5-II-2003, parere 2691/02, Presidente Rosa, Estensore D'Agostino; Cons. Stato, parere 1440/03 (Ad. 25-VIII-2003

<sup>8</sup> Elaborato da DONATI P., *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, Laterza, 2000; già presente in molte altre opere, fra le quali ricordiamo P. DONATI, *Pubblico e privato: fine di un'alternativa?*, Cappelli, Bologna, 1978; ID., *Risposte alla crisi dello Stato sociale*, Angeli, Milano, 1984; ID., *Teoria relazionale della società*, Angeli, Milano, 1991; ID., *Le nuove mediazioni familiari: le "relazioni invisibili" portatrici di nuovi diritti*, in P. Donati (a cura di), *Terzo rapporto sulla famiglia in Italia*, Ed. San Paolo, Cinisello Balsamo, 1993; ID., *Alla ricerca della società civile. Che cosa dobbiamo fare per aumentare la capacità di civilizzazione del Paese?*, in P. Donati (a cura di), *La società civile in Italia*, Mondadori, Milano, 1997; ID., *La società è relazione*, in P. Donati (a cura di), *Lezioni di sociologia*, Cedam, Padova, 1999; ID., *Sociologia delle politiche familiari*, Carocci, Roma, 2003.

<sup>9</sup> RAZZANO G., *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giurisprudenza italiana*, ?

<sup>10</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 75 del 1992.

*conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini?*". Il cittadino diviene, in altre parole, espressione di una diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, che si emancipa dalla necessaria mediazione politico-amministrativa esplicantesi nei meccanismi del cosiddetto *Welfare State* e si diffonde come responsabilità pubblica condivisa da cittadini e amministrazioni.

Sostenendo questa connotazione dell'uomo *uti socius*, l'art. 118 ultimo comma della Costituzione, assegna ai pubblici poteri una nuova funzione: agire ad integrazione sussidiaria dell'autonoma iniziativa dei cittadini per gli altri, rinunciando alla presunzione di esclusività nella tutela degli interessi meta-individuali<sup>11</sup>. Conseguentemente, smentendo talune interpretazioni di spiccata matrice liberista del principio di sussidiarietà orizzontale, le amministrazioni pubbliche in queste fattispecie non si disimpegnano affatto nei settori in cui il privato sociale o il civismo solidale si attivano, ma sono costrette ad impegnarsi in veste nuova, a supporto di quel dinamismo sociale e civico che si genera e muove i primi passi autonomamente e spontaneamente.

L'alleanza tra amministrazione e cittadini<sup>12</sup>, testimoniata dal verbo in analisi, palesa una scelta di fondo destinata a caratterizzare l'ordinamento democratico italiano nel suo complesso: quel "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. Dei bisogni collettivi e della solidarietà di ciascuno verso gli altri deve ora interessarsi anche l'ente pubblico, senza rivendicazioni soggettive e con un innovativo orientamento al risultato adeguato, efficace.

L'orizzonte dell'agire pubblico, lo scopo, diviene quello di supportare la reciprocità tra i cittadini, la mutualità sino a quanto possibile, e di intervenire ad integrazione della medesima con

---

<sup>11</sup> In altre parole, non attenuando affatto l'importanza della "missione" costituzionale dei pubblici poteri a sostegno dell'uguaglianza sostanziale dei cittadini, così come definita dall'art. 3 secondo comma della Costituzione, il ricorso da parte del legislatore costituzionale all'espressione "favoriscono" concretizza un esplicito riconoscimento di quelle iniziative private di interesse generale che concorrono, non potendosi sostituire, alla realizzazione della missione stessa. Viene quindi meno la presunzione di esclusività ma non certo il dovere di intervento pubblico a garanzia del risultato; rispetto ad esso, al contrario, ove si concreti un'alleanza sussidiaria, si salda un'alleanza tra amministrazione e cittadini che dovrebbe riuscire a fugare i dubbi e i timori di coloro i quali temono un'interpretazione della sussidiarietà orizzontale orientata ad una progressiva privatizzazione dei servizi essenziali o al disimpegno pubblico.

<sup>12</sup> Il tema del rapporto tra amministrazione e cittadini "è enorme: direttamente o di riflesso, abbraccia tutto il diritto amministrativo, specie se questo deve essere ancor oggi centrato sul rapporto che lega queste due parti e, di qui, la giustizia amministrativa non meno che il diritto sostanziale. Ed è di una straordinaria complessità: dovrebbe tenere conto di tutti i problemi, le esigenze, le tensioni, che nello sviluppo del diritto amministrativo incidono". Così ROMANO A., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, 1987, p. 523-524, il quale continua segnalando la difficoltà ulteriore di una "non eliminabile duplicità dei punti di vista: quella dell'evoluzione oggettiva delle istituzioni, della normazione e della prassi amministrativa, filtrate da quella della componente istituzionale essenziale che è la giurisprudenza. E quello della percezione, delle analisi che di esse riesce ad avere la dottrina, anch'essa fattore reale e rilevante della dinamicità dell'ordinamento". Accanto al saggio di Romano, si veda quello di OTTAVIANO V., *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello stato democratico*, in AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988.

quella proporzionalità che è connaturata all'idea stessa di *subsidium* e che è destinata, peraltro, a divenire connotato permanente dell'intervento amministrativo nella sfera privata.

La reciprocità spontanea dei cittadini, degli “*uomini concreti in carne e ossa*”<sup>13</sup>, potremmo dire la fraternità<sup>14</sup> che li unisce, diviene un argine in grado di limitare l'invasione dell'amministrazione rispetto ad un risultato sinergico; oltre a questo, anche se può apparire paradossale, con l'ultimo comma dell'art. 118 Cost. il legislatore costituzionale affida proprio alle stesse amministrazioni pubbliche il compito di presidiare questo mutamento profondo di prospettiva che significa per le stesse capacità di auto-limitazione e proporzionalità nel definire le caratteristiche del nuovo rapporto pubblico-privato sussidiario.

Tutto questo induce a tornare a dar luce all'individuo “*elementare ed empirico*”, scevri dal timore di volgere lo sguardo alla vita delle singole persone, “*con tutte le concretissime certezze, credenze, richieste ed esigenze, che essa presenta, sempre eguali nella storia e sempre diverse*”<sup>15</sup>. Per queste ragioni, la scelta del “*favoriscono*” diviene cruciale perché suscettibile di riportare la persona al centro dell'agire pubblico e perché in grado di contenere l'intervento pubblico entro i confini del

---

<sup>13</sup> Come direbbe COMPORTI G. D., *Amministrazione e cittadino*, in MANGANARO F., TASSONE A. R. (a cura di), *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 7 ss.

<sup>14</sup> Fraternità di cui tornano a parlare anche gli economisti più avveduti. Fra gli altri, ZAMAGNI S., *La fraternità come principio regolativo dell'economia*, in *Animazione sociale*, 2005, contributo presentato in occasione della lezione al Master TSM di Trento, gennaio 2005. Afferma Zamagni: “*se poniamo mente a un ordine sociale, quale che esso sia - uso l'espressione ordine sociale per significare una società organizzata - si scopre che ogni società, per durare ed essere sostenibile, deve darsi un'organizzazione. Ora, se, prescindendo dalle mutevoli circostanze storiche, ci chiediamo quali siano i principi regolativi di un qualsivoglia ordine sociale, non facciamo fatica a individuarne tre. Il primo è il principio detto dello scambio di equivalenti di valore: “chiunque faccia o dia qualcosa a qualcun altro deve riceverne l'equivalente in valore”. L'espressione più comune dell'equivalenza di valore è il prezzo di mercato; quando compriamo un oggetto e ne paghiamo il prezzo, anche senza rendercene conto, diamo concreta attuazione al principio in questione. Si è soliti affermare che il luogo classico in cui tale principio trova espressione è il mercato. A cosa in definitiva serve questo principio? Ad assicurare l'ottenimento di un risultato efficiente. Il secondo dei principi di cui si diceva è quello di redistribuzione. Sostanzialmente, tale principio afferma che, affinché un ordine sociale possa durare nel corso del tempo, è necessario che la ricchezza venga non solo efficientemente prodotta, ma anche equamente ridistribuita. Se per qualche motivo la redistribuzione non potesse avere luogo, quel sistema è destinato a declinare. La redistribuzione ha come suo fine specifico l'equità, che non significa affatto eguaglianza. Piuttosto, equità significa consentire a tutti i soggetti di poter partecipare al gioco economico. C'è poi un terzo principio: quello di reciprocità. Su questo fronte le cose si complicano perché, mentre efficienza ed equità sono parole che sono entrate nel lessico comune oltre che nella teoria economico-sociale, il principio di reciprocità suona ancor strano. E soltanto negli ultimi anni che nella letteratura economica, per opera degli studiosi più avvertiti, questa parola è rinomata a circolare. Si tratta di una lacuna gravissima, responsabile di non poche delle inadeguatezze dell'attuale discorso economico. Nella storia del pensiero economico il principio di reciprocità ha giocato un ruolo fondamentale, iniziando a scomparire dalla scena - e quindi dall'insegnamento e dalla ricerca dell'economista - con l'avvento della rivoluzione marginalista nella seconda metà dell'800. Con l'affermazione del pensiero economico edificato sulle tesi dell'utilitarismo di Bentham, la parola reciprocità viene cancellata. Abbiamo detto che il fine del principio dello scambio di equivalenti è l'efficienza e che il fine della redistribuzione è l'equità (che la redistribuzione venga operata dallo Stato con la tassazione progressiva o da altri soggetti con altri strumenti è irrilevante: l'importante è che ci sia). A cosa mira il principio di reciprocità? Mira a mettere in pratica la fraternità. Anche questa parola, come direbbero gli psicologi, è stata rimossa.*

*La sfida che per l'oggi occorre raccogliere (e possibilmente vincere) è esattamente questa: prefigurare un modello d'ordine sociale nel quale tutti e tre i principi sopra illustrati possono convivere e rinforzarsi mutuamente. Finora questo non si è mai realizzato. Il limite del dibattito culturale in atto è proprio questo: che si continua a ragionare in termini di contrapposizioni: più Stato e meno mercato oppure viceversa (...)*”.

Le stesse tematiche e idee sono peraltro espresse anche in un lavoro più articolato, BRUNI L., ZAMAGNI S., *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2004.

<sup>15</sup> Le espressioni citate sono tratte dal saggio di CAPOGRASSI G., *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, I, Padova, Cedam, 1957, 304-305 e sono riprese a sostegno della tesi del superamento della centralità ermeneutica del concetto di cittadinanza da COMPORTI G. D., *Amministrazione e cittadino*, op. cit., p. 11.

proporzionalmente necessario<sup>16</sup>, evitando, al contempo, il rischio del disinteresse o quello del disimpegno delle amministrazioni medesime dinanzi a realtà attive nell'interesse generale.

Il nostro "favoriscono", dunque, osservato attraverso la lente del rapporto di mutuo riconoscimento tra soggetti pubblici e autonomia sociale che esso postula, segna, perlomeno per taluni settori riguardanti l'attività di servizio alla persona, il tramonto di una concezione carismatica dell'autorità amministrativa, laddove, con questa immagine, ci si riferisce a quella convinzione<sup>17</sup> assai radicata nella cultura giuridico amministrativa, per la quale la partecipazione dei cittadini alla funzione legislativa, attraverso i meccanismi della rappresentanza elettiva, risolve ogni conflitto tra la struttura statale, la società e i cittadini stessi, assorbendo nell'espressione legislativa il dinamismo sociale e legittimando un potere amministrativo unilaterale, imperativo<sup>18</sup>, cui si contrappone "*una libertà condizionata, prefabbricata, incapsulata nella forma del diritto soggettivo, impoverita nella spontaneità e nella tensione*".

Il riconoscimento dell'autonomia iniziativa dei cittadini nell'interesse generale come legittima e meritevole all'interno della norma costituzionale<sup>19</sup> che definisce le funzioni amministrative in generale, oltre alla definizione del dovere di intervento pubblico sussidiario in favore di quell'iniziativa, sostiene un sensibile mutamento della prospettiva dicotomica connaturata a quella concezione carismatica di potere amministrativo<sup>20</sup>, già incrinata per effetto dell'introduzione dei meccanismi della partecipazione al procedimento e del sensibile accrescimento dei moduli decisori tra amministrazione e privati di tipo consensuale<sup>21</sup>. L'ultimo comma dell'art. 118 Cost. conduce all'eclissi di un interesse pubblico concepito come trascendente la stessa società civile ed apre la strada al sorgere dei molteplici interessi collettivi

---

<sup>16</sup> Per un approfondimento sul tema della proporzionalità dell'azione amministrativa, si rinvia, anche per ampi richiami bibliografici, a SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998.

<sup>17</sup> Descritta (e poi criticata) in modo esemplare nella pagina di BERTI G., *Il rapporto amministrativo nella costruzione giuridica dello Stato*, in AA. VV., *Studi in onore di Costantino Mortati*, 1977, II, p. 46-48.

<sup>18</sup> In altri termini, un'idea in cui la posizione dell'individuo, soggetto di diritti, è garantita nei confronti del potere amministrativo sul presupposto che sussista una mediazione riduttiva della libertà individuale operata *ex ante* attraverso la legge. Secondo tale prospettiva, il soggetto pubblico, tenuto al rispetto della legalità dell'azione amministrativa, ha il suo necessario corrispondente nel cittadino su cui si è calata la forza riduttrice del comando legislativo e il rapporto che ne scaturisce è sostanzialmente impoverito dalla riduzione di capacità e di attitudini in cui vengono a trovarsi i suoi protagonisti

<sup>19</sup> Il riferimento, come ovvio, è all'art. 118 Cost. nel suo complesso.

<sup>20</sup> Ossia di quello schema relazionale pubblico-privato di matrice inevitabilmente bipolare per la cui descrizione si veda, per tutti, CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 601 ss. e ID, *La crisi dello stato*, Bari, Laterza, 2002 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>21</sup> Il nostro "favoriscono", dunque, supera la dicotomia "*lib-lab*". Con questa espressione il sociologo bolognese DONATI P., *La cittadinanza societaria*, cit., p. 229, si riferisce alle logiche liberalistiche e a quelle laburistiche che, al di là delle mere apparenze, la prassi presenta come intrecciate e complementari. Ad entrambe le "logiche" Donati rimprovera la *carezza di relazionalità* e l'inefficacia quanto al risultato finale dell'umanizzazione, della protezione e della promozione delle persone. Il *lib-lab* considera infatti queste ultime come meri individui, considerati a prescindere dallo specifico contesto ambientale, sociale e familiare in cui esistono e si muovono. Un approccio sociologico "lib-lab" non si rivela in grado di identificare la realtà nella sua interezza e dunque di sostenere efficacemente le situazioni di bisogno, di indigenza e di emarginazione. Al tempo stesso, il verbo in esame sostiene la distinzione tra le due dimensioni perché implica una relazione bipolare.

intesi come finalità pubbliche oggettivate nell'ordinamento dall'iniziativa dei cittadini e dei soggetti che lo compongono<sup>22</sup>.

Il nostro "favoriscono" è rilevante, dunque, perché ci consente di rispondere negativamente all'interrogativo riguardante la possibilità che l'art. 118 u.c. sia espressione dell'accoglimento della prospettiva del rapporto amministrativo paritario<sup>23</sup> o dell'attuarsi dell'orizzonte della demarchia<sup>24</sup>. Non v'è infatti lo spazio teorico per rispondere affermativamente, in primo luogo perché il dato testuale del novellato testo costituzionale all'art. 118 esordisce, perentoriamente, attribuendo la titolarità delle funzioni amministrative ai Comuni o, semmai, per esigenze di adeguatezza del risultato, ai livelli istituzionali superiori, privando lo studioso dell'ossigeno interpretativo che gli sarebbe necessario per procedere ad una teorizzazione differente rispetto a quella che ancor vede caratterizzare la funzione amministrativa come responsabilità pubblica soggettivamente individuata.

In secondo luogo, ed è il profilo più delicato, nel "favorire" si concreta un'azione amministrativa in senso proprio, per cui l'autonoma iniziativa dei cittadini nell'interesse generale si presume anch'essa insufficiente a garantire un risultato adeguato. In questo senso condivido l'opinione di chi<sup>25</sup> sostiene che il vero significato dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost. risiede nella legittimazione di un'alleanza per l'interesse generale tra soggetti pubblici e cittadini. Non stiamo quindi trattando di un'amministrazione oggettivata che si sostanzia nell'azione civica, bensì di un'alleanza che vede nel soggetto pubblico un interlocutore necessario, prendendo le mosse dalla necessità di concentrare l'attenzione sulla dimensione empirica, cangiante e multiforme degli interessi e dei problemi che connotano la condizione umana e di cogliere ed analizzare la nuova centralità del momento amministrativo rispetto alle altre funzioni dell'ordinamento, proprio in virtù della sua istituzionale capacità di presa diretta sui problemi individuali e collettivi<sup>26</sup>.

E' assolutamente vero, dunque, che siamo distanti per queste fattispecie dal binomio dialettico autorità-libertà, "*la prima, affermandosi, limita la seconda, che si riespande recedendo l'altra*" (Giannini), e che è anzi possibile per esse immaginare ampi tratti di contaminazione in cui libertà e autorità divengono "sfumatura" di una responsabilità pubblica che si diffonde, motore di un'uguaglianza che si estrinseca nell'esercizio di libertà attive.

---

<sup>22</sup> Per mutuare le espressioni della sentenza n. 453/1990 della Corte Costituzionale.

<sup>23</sup> Per il quale, su tutti, BENVENUTI F., *Pr un diritto amministrativo paritario*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 807 ss.

<sup>24</sup> Sul concetto di demarchia, si vedano BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, p. 124 ss.

<sup>25</sup> ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, Jovene, 2005, p. 177 ss.

<sup>26</sup> Come sostiene COMPORTE G. D., *Amministrazione e cittadino*, op. cit., p. 11.

Tuttavia, il significato profondo di quel “favorire” per il sistema amministrativo risiede ancora nel legittimare un ruolo necessario per l’autorità amministrativa, ancorché non più esclusivo e non più soltanto imperativo. Perché, dunque, favorire? Perché i soggetti individuali agiscono anche nell’interesse generale e rappresentano per il risultato finale dell’azione pubblica un complemento prezioso, un capitale sociale a forte potenzialità, in una fase in cui la polverizzazione degli interessi pubblici, la costante dialettica tra dimensioni parimenti tutelate dall’ordinamento, la necessaria proporzionalità tra il momento dell’autorità, la funzione pubblica che la giustifica e le garanzie di libertà individuale, rendono complessa la funzione amministrativa nella sua fase ricognitiva, ancor prima che esecutiva e gestionale.

Nell’assunto di un ormai maturo mutamento culturale e giuridico che riporti la libertà della persona al centro del sistema, superando l’ormai inattuale presunzione di inconciliabilità della medesima con la dimensione dell’uguaglianza, le amministrazioni debbono favorire i cittadini attivi e solidali perché loro funzione essenziale diviene quella di emancipare l’individuo, accrescerne le capacità, l’autonomia. Le amministrazioni, conseguentemente, lungi dallo svestirsi del loro ruolo di garanti dell’interesse pubblico, divengono, prioritariamente, promotrici di un interesse pubblico meta-settoriale: l’interesse a che ciascuno sappia e possa adempiere alle proprie responsabilità solidali<sup>27</sup>, sia nelle condizioni, cioè, di essere capace di esercitare le proprie capacità<sup>28</sup>. D’altra parte, fine essenziale dell’amministrare è proprio il fare, il portare a termine, il risolvere i problemi che in ultima analisi si risolvono in singoli problemi dei casi singoli<sup>29</sup>.

La novella costituzionale quindi assolutamente non attenua la responsabilità dei soggetti amministrativi, che anzi sono richiamati ad una valorizzazione delle autonomie, della differenziazione delle funzioni e dei segmenti funzionali, dell’adeguatezza del risultato ossia dell’efficacia dell’agire nel suo complesso. Tuttavia non sfugge al legislatore costituzionale che per realizzare questo ambizioso programma, l’amministrazione può trovare degli alleati negli stessi cittadini, che lontani dall’essere soltanto destinatari di prestazioni, divengono in un certo senso co-amministratori<sup>30</sup> o comunque collaboratori attivi alla realizzazione efficace di quel risultato che legittima l’azione sussidiaria quanto quella sussidiata.

Il nostro “favorire” esplicita questa nuova visione prospettica; non si può pensare che i soggetti sviluppino le proprie capacità se non esercitandole e pare inammissibile una divisione in

---

<sup>27</sup> Riprendendo così le riflessioni di ALLEGRETTI U., *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio?*, in *ID Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 213 ss. Egli afferma: “*il fine della libertà e dignità della persona postula che la persona sia sollecitata nelle sue capacità fondamentali in quanto persona, piuttosto che ridursi ad essere destinataria e beneficiaria di entità conferite da altri. E la prima e più fondamentale capacità è quella di esercitare le proprie capacità, dunque di essere soggetto attivo nella soddisfazione dei propri bisogni e nel conseguimento dei propri obiettivi?*”

<sup>28</sup> Come ricorda, tra i molti, DE LEONARDIS O., *Diritti, differenze e capacità. Sulla giustizia come processo sociale*, in *Democrazia e diritto*, n. 5-6, p. 197 ss.

<sup>29</sup> Come sottolinea CAPOGRASSI G., op. ult. Cit., p. 322.

<sup>30</sup> DURET P., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004.

due tempi per cui l'amministrazione costruisce la capacità dei soggetti, i quali poi le esplicano all'esterno. Nell'amministrazione "teatro" di cui parla Allegretti, la stessa favorisce e accompagna l'esplicarsi autonomo dell'azione civica con finalità di interesse generale, ma sul proscenio non v'è spazio per "ruoli" idealtipici<sup>31</sup> né per i monologhi, ma soltanto per dei dialoghi guidati dal divenire storico e sociale dei bisogni e delle opportunità ed orientati all'efficacia del risultato.

La vera risposta all'opportunità del "favorire", quindi, e la risposta al quesito riguardante le motivazioni del nostro "favorisono", si misura caso per caso, a partire dalla capacità di costruire soluzioni a problemi ed opportunità rilevate dagli stessi cittadini, in collaborazione con le amministrazioni, senza mediazioni politiche, secondo un processo ad efficacia adattiva<sup>32</sup> che, mentre mantiene gli individui arbitri dei propri interessi, si avvale del loro apporto spontaneo per condurre alla selezione delle modalità migliori di soluzione dei loro problemi<sup>33</sup>.

### 3. "Chi" favorire?

Si sono poste in premessa le basi per affrontare il tema in oggetto; tuttavia, per addentrarvisi, merita fare un passo indietro per inquadrare la questione all'interno di una prospettiva più generale. Procedendo ad un'estrema sintesi, possiamo dire che tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono instaurarsi rapporti giuridici di differente natura; è possibile definire delle distinzioni richiamandosi ad un criterio riferito ad una polarità che vede, ad un estremo, il parametro dell'unilateralità e dell'autoritatività che impone una volontà e degli effetti giuridici al privato e, all'altro, quello della consensualità, della negoziazione, dell'incontro delle volontà. In questo senso, possiamo distinguere tra rapporti tra pubblico e privato impermeabili, integrati pur se distinti e sussidiari.

---

<sup>31</sup> Afferma COMPORTI G. D., op. ult. Cit., p. 12 che continua: *"la scomposizione del cittadino nelle sue elementari unità esistenziali svela la natura intimamente economica dei bisogni dell'agire umano, rendendo quantomeno arbitrarie le differenziazioni correnti tra cittadini, utenti, consumatori, privati imprenditori"*.

<sup>32</sup> Sulla quale si veda NORTH D.C., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, traduzione italiana a cura di Santagata W., Bologna, Il Mulino, 1994, p. 121.

<sup>33</sup> Come sottolinea COMPORTI G. D., op. ult. Cit., p. 17. Questo rapporto diretto tra amministrazioni, cittadini e loro problemi consente anche di risolvere la possibile devianza corporativa nascosta tra i meccanismi partecipativi ammessi dall'art. 9 della legge 241 del 1990. Ne è convinto COMPORTI G. D., op. ult. Cit., p. 25, che pone in evidenza un paradosso interno al rapporto amministrativo come luogo fisiologico della tensione alimentata dal confronto tra tutti i soggetti portatori di differenti interessi. Il procedimento amministrativo *"ha riservato un trattamento asimmetrico alle varie figure di potere: mentre ha destrutturato il potere amministrativo, trasformandolo in funzione oggettiva, non è riuscito in generale a realizzare un'analoga operazione con riferimento alle organizzazioni e alle forze sociali che, assumendo una istituzionale e stabile forma di rappresentazione degli interessi emergenti, ne impediscono una adeguata, autonoma e decentrata visibilità e tutela mediante quelle varie forme di aggregazione spontanee richieste dall'infinita varietà ed eterogeneità dei casi della vita. Perpetuando infatti, una visione corporativa della società civile, l'art. 9 della legge 241 ammette ad intervenire al farsi della funzione solo gli enti esponenziali di interessi collettivi previamente individuati attraverso un sistema di qualificazione amministrativa, e non i singoli soggetti portatori di interessi diffusi. In tal modo depotenziando l'intensità e la qualità del confronto dialettico che appare limitato entro precostituiti canali istituzionali vissuti sempre più come una forzatura delle molteplici voci della società civile"*.

### 3.1 Il rapporto impermeabile

Storicamente la funzione di tutela dell'interesse pubblico affidata precipuamente ai soggetti pubblici conduce ad una configurazione del rapporto con i portatori di interessi privati, i soggetti comuni dell'ordinamento, cittadini e imprese, di tipo unilaterale, imperativo. L'amministrazione provvede nell'interesse pubblico e dispone delle situazioni e delle sfere giuridiche dei privati indipendentemente dal loro consenso, attenendosi al rispetto del principio di legalità e quindi ai limiti sostanziali e procedurali che esso impone all'esercizio della discrezionalità amministrativa riconosciuta ai soggetti pubblici per adeguare il contenuto normativo astratto alle fattispecie concrete.

L'esercizio della discrezionalità amministrativa sostanzia la funzione amministrativa e si svolge per il tramite della procedimentalizzazione dei flussi decisionali, che è forma di quella stessa funzione. Da questa tipologia d'azione amministrativa autoritativa emerge un modello di rapporto tra pubblico e privato che si caratterizza per la separatezza, per l'impermeabilità delle posizioni.

L'amministrazione, "*che al cittadino non chiede consenso ma solo impone obbedienza*"<sup>34</sup>, valuta e pondera, pur con la partecipazione dei privati, decide, dispone, impone; il cittadino, o comunque la parte privata del rapporto, che richiede l'esercizio del potere o lo subisce per iniziativa d'ufficio, accoglie ed esegue il dettato provvedimento, semmai vantando l'interesse a che esso sia il risultato di un legittimo esercizio delle prerogative pubbliche.

Certamente, l'affermarsi dei meccanismi di partecipazione al procedimento ha consentito un'attenuazione della separatezza di cui si diceva ed ha favorito una sfumatura dei contorni di separazione nel rapporto. Anche senza coinvolgere ora l'ipotesi di accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo, la partecipazione dei portatori di interessi privati e diffusi nel procedimento amministrativo ha introdotto un elemento di influenza<sup>35</sup> in grado di attenuare l'impermeabilità relazionale tra pubblico e privato. Il mutamento qualitativo è avvenuto attraverso l'innesto nel procedimento amministrativo della cultura della dialettica processuale<sup>36</sup>, che determinando il superamento dell'ambigua prospettiva della partecipazione collaborativa per

---

<sup>34</sup> Come si legge nella *Relazione sulla Avvocatura erariale per gli anni 1912-1925*, I, Roma, 1926, XXXVI.

<sup>35</sup> Per mutuare un'espressione che richiama le riflessioni di SIMON H., *Il comportamento amministrativo*, II ed., ris. It., Bologna, Il Mulino, 2001.

<sup>36</sup> Si veda a tal proposito RESCIGNO P., *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in AA. VV., *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, Napoli, 1989, p. 894.

l'amministrazione, ha radicato il farsi della funzione alla più stringente logica del contraddittorio<sup>37</sup>.

Nonostante questo, caratteristica essenziale del modello relazionale ora descritto è quella di espungere, teoricamente, dalla genesi e dallo svolgersi del rapporto il momento negoziale, della contaminazione e della condivisione delle volontà, per effetto di un'interpretazione dell'interesse pubblico che è essenzialmente "altro" rispetto agli interessi privati ed è, chiaramente, sovraordinato agli stessi. D'altra parte, rimane ancor oggi valido l'assunto per il quale "*la potestà non può mai essere contenuta in un rapporto, ma precede sempre quest'ultimo*"<sup>38</sup>.

### **3.2 Il rapporto integrato tra azioni distinte ma reciprocamente indispensabili.**

Accanto a quello ora descritto, vi è un secondo modello d'azione amministrativa che conduce ad un rapporto giuridico tra pubblico e privato che potremmo definire di integrazione, di mutuo complemento, pur se distintivo delle posizioni.

Si tratta di un modello che si è consolidato e accresciuto in conseguenza del rafforzamento, di origine comunitaria, dei principi della libera concorrenza e del libero mercato nei servizi e si è avvalorato per merito di una prospettiva ideologica che ha sostenuto, da un lato, la necessità di un progressivo ma sostanziale "rientro" dell'agire pubblico nei confini del necessariamente pubblico, ampliando le prerogative d'azione autonoma dei privati e le opportunità private nel mercato dei servizi e garantendo il libero mercato in settori invece interamente privatizzati, e dall'altro, l'introduzione del contraddittorio e del dialogo tra amministrazione e privati come strumenti idonei a dare forma giuridica a quella ricerca dialettica della verità probabile che rappresenta, dal punto di vista metodologico, l'unico approccio decisorio ragionevolmente ipotizzabile nelle società pluraliste e complesse contemporanee<sup>39</sup>.

Anche se ad una prima analisi può sembrare contraddittorio, l'esigenza dell'integrazione si è palesata proprio nelle politiche di liberalizzazione e privatizzazione di interi settori di mercato, accompagnate da nuove regolazioni normative idonee a garantire effettiva concorrenza ed assenza di posizioni monopolistiche, oligopolistiche o dominanti. Dello stesso genere, le politiche di semplificazione amministrativa: l'autocertificazione la denuncia di inizio attività sono espressione di una relazione integrata tra pubblico e privato, di un mutuo riconoscimento, al

---

<sup>37</sup> Come già evidenziava BENVENUTI F., voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 739.

<sup>38</sup> ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, *Principi generali*, Milano, 1958, p. 178.

<sup>39</sup> Su questa riflessione, proposta da COMPORI G. D., op. ult. Cit., p. 19, si innestano riflessioni di più vasta scala riguardante la natura delle decisioni pubbliche e dei meccanismi decisionali in una fase della storia amministrativa di ricerca dell'efficacia e dell'efficienza. Per un'ampia disamina della questione e ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a MORISI M., LIPPI A., *Manuale di scienza dell'amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2005.

pari delle politiche di liberalizzazione dei servizi. La relazione integrata per questi settori si è espressa nella delimitazione della funzione pubblica all'interno dei confini regolatori e normativi a servizio della leale e libera concorrenza tra i privati, con una cerniera di garanzia rappresentata da soggettività amministrative dotate di poteri regolatori e para-sanzionatori come le autorità indipendenti<sup>40</sup>. Pubblico e privato, in quest'ottica, si completano, sono indispensabili l'uno all'altro, pur rimanendo in sfere di competenza ed azione distinte.

Ad un modello di rapporto integrato di questo tipo si riferisce anche l'attuale configurazione della disciplina dei contratti di appalto di lavori, di servizi e di forniture. Le stringenti regole europee e nazionali che definiscono l'azione dell'amministrazione nel rapporto con il privato, quella che si è soliti definire la fase procedurale ad evidenza pubblica, conducono ad un rapporto caratterizzato dalla distinzione dei ruoli, ma reciprocamente irrelato; in esso, l'amministrazione palesa un'esigenza e il soggetto privato propone un'offerta soddisfacente ponendosi in concorrenza con altri.

### **3.3 La duplice valenza dell'art. 118 u.c. e la genesi del rapporto, tra autoritatività e consensualità.**

Definite le due polarità, possiamo ora giungere al nodo centrale del ragionamento; le tipologie relazionali poc'anzi descritte e denominate, per semplicità espositiva, rapporti impermeabili e rapporti integrati tra pubblico e privato, sono elaborate a partire dalla differente convivenza dei momenti dell'autorità e della libertà nella relazione e, con essi, del differente grado di paritarietà nel medesimo. Potremmo dire, richiamandoci al recentemente novellato art. 1, comma 1 *bis*, della legge 241 del 1990, che questa distinzione nel rapporto deriva dalla natura autoritativa o negoziale dell'atto che lo regola, anche se, più precisamente, si ritiene che si dovrebbe piuttosto analizzare la vicenda giuridica nel suo complesso o la funzione che in quel rapporto si esprime.

Per compiere un significativo passo in avanti è necessario quindi andare più in profondità nella categoria dei rapporti integrati pubblico e privato; l'integrazione, infatti, nei casi citati, nasce obbligatoriamente per le regole inerenti le politiche di esternalizzazione dei servizi, di promozione del sistema integrato dei servizi, per l'affidamento esterno dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (e non). La genesi, quindi, è pubblica; è l'autorità amministrativa, democraticamente legittimata, che interpreta necessità, bisogni e risorse della comunità e

---

<sup>40</sup> Per un approfondimento, oltre a CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 601 ss., e ID, *La Costituzione economica*, Bari, Laterza, ult. ed., si veda il contributo di STEWART R. B., *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 1 ss. e ID, *Il diritto amministrativo globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, p. 633 ss.

definisce le traiettorie risolutive, avvalendosi poi nella fase gestionale dei soggetti privati, in adeguamento ai criteri espressi dalla legislazione. Merita evidenziare la distinzione che si insinua nel momento genetico del rapporto; pur riferendosi sempre ad una relazione integrata tra pubblico e privato, possiamo parlare di sussidiarietà in senso proprio soltanto se la genesi del rapporto è privata, civica, sociale. Nondimeno, non sfugge la possibilità che si rinvenga una duplice valenza del principio espresso nell'art. 118 u.c. che costituisce oggetto del presente studio.

Da un lato esso sostiene e legittima costituzionalmente l'intero settore di servizi pubblici privi di rilevanza economica che viene gestita dai soggetti protagonisti del sistema integrato, dal mondo delle cooperative e delle organizzazioni di volontariato o senza scopo di lucro sulla base di rapporti convenzionali, ovvero per il tramite di soggettività appositamente istituite e partecipate da capitale pubblico. Dall'altro, la stessa norma costituzionale introduce un nuovo impegno per i Comuni (e se del caso, per le Province) a ché esse integrino e favoriscano iniziative autonome di singoli cittadini o, più frequentemente, di organizzazioni civiche attivate in funzione del raggiungimento di interessi generali.

La genesi del rapporto, come si nota, è differente. Nel primo caso, l'opportunità o la necessità dell'intervento è frutto di una scelta politica, è decisa dal soggetto pubblico, che si avvale, per la fase gestionale, dell'integrazione operativa dei soggetti privati; la decisione di avvalersi di soggetti esterni all'amministrazione pubblica è quindi di per se stessa fondativa di un rapporto integrato, in cui quest'ultima favorisce il privato, ma il principio sta più ad indicare un limite all'ingerenza amministrativa, la necessità di un intervento pubblico proporzionale, non esorbitante rispetto a quanto strettamente necessario per la garanzia del fine che si prefigge la norma.

Nel secondo caso, al contrario, l'iniziativa di interesse generale ha origine nell'autonomia sociale, ha cioè una genesi civica, privata; l'art. 118 u.c. per tali casi introduce parimenti un obbligo di intervento integrativo e sussidiario nei confronti del privato attivo, ma il principio di sussidiarietà orizzontale, lontano dalla prospettiva della non ingerenza, acquista invece una valenza pro-attiva per il soggetto pubblico e finisce con il postulare una sorta di dovere per le amministrazioni di non disinteressarsi dell'attivismo civico e volontario, ma di stabilire con esso un'alleanza<sup>41</sup> sussidiaria. Questa riflessione, peraltro, trova fondamento anche nella scelta del legislatore costituzionale del 2001 di non introdurre una definizione univoca del principio nell'ultimo comma dell'art. 118, ma di richiamare il principio, lasciando ad esso esattamente

---

<sup>41</sup> ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Bertè*, Milano, Jovene, 2005, p. 177 ss.

questa duplice e dinamica vocazione ermeneutica, che indirettamente è richiamata<sup>42</sup> anche per distinguere un'applicazione piena del paradigma sussidiario da un'applicazione che ne valorizzi soltanto la dimensione partecipativa.

Quanto detto quindi precedentemente in merito alle tipologie di rapporto, può ora essere arricchito da un'ulteriore e definitiva considerazione; nel trattare di rapporti integrati tra pubblico e privato, di *public-private partnership*, occorre distinguere tra rapporti integrati a genesi pubblica, o esternalizzazioni, e rapporti integrati sussidiari, a genesi privata. Possiamo dunque comprendere le vicende relative all'esternalizzazione dei servizi alla persona, culturali e sociali, ossia dei cosiddetti servizi pubblici privi di rilevanza economica, nella prima categoria di rapporti integrati a genesi pubblica, ma non possiamo, in questa sede, non definire la distinzione con quella che il legislatore costituzionale definisce “*l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli od associati nell'interesse generale*”.

### 3.4 Un rapporto integrato sussidiario: l'alleanza tra amministrazione e cittadini.

L'art. 118 u.c. della Costituzione enuncia il dovere per gli enti territoriali di base di favorire forme di assunzione di responsabilità in contesti di interesse generale, non gestiti direttamente con soggettività pubbliche ma da organizzazioni private, civiche, spontanee, addirittura semmai, dai soggetti familiari<sup>43</sup>. Favorire e rispettare queste attività, se riconosciute di interesse generale, costituisce per l'ente pubblico un dovere costituzionale. Dal punto di vista teorico, come rileva una recente dottrina<sup>44</sup>, si tratta di prendere atto della sussistenza di ordinamenti di base muniti di un'intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale. Ordinamenti rispetto ai quali, tuttavia, le amministrazioni debbono approfondire le modalità di un'integrazione sussidiaria proporzionale alle necessità.

In tali ordinamenti lo sviluppo delle relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto ed adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni comunitarie di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento. Il precetto costituzionale sancisce e conclude

---

<sup>42</sup> CORTESE F., *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 5/2003, p. 879-880.

<sup>43</sup> La Costituzione non ne parla, ma i “precedenti” normativi di rango legislativo avevano articolato il concetto. Si pensi all'art. 3 del Testo Unico degli Enti Locali (Decreto Legislativo 267/2000) che al quinto comma recita: “*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*”.

Od ancora, all'art. 4, comma 3, lettera a) della Legge n. 59/1997, in cui si legge: “*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*”.

<sup>44</sup> BELLINI D., *Servizi privi di rilevanza economica e principio di sussidiarietà*, in *Azienditalia*, 12/2005, p. 820

così un percorso di affermazione dell'autonomia, emancipandosi dal fenomeno dell'entificazione necessitata.

Ora, nell'assunto che il soggetto civico si legittimi come soggetto suscettibile di integrazione sussidiaria in quanto spontaneamente attivatosi nell'interesse generale e non, al contrario, in quanto spinto a ciò su invito dell'ente pubblico, nondimeno si pone il problema circa il se e il come applicare il principio di concorsualità, garantendo l'imparzialità del "favorire". Questione essenziale se si ipotizza che i cittadini attivi si organizzino per medesime iniziative ma con differenti soggettività organizzative e si ponga per il soggetto pubblico l'esigenza di scegliere comparativamente chi e quanto favorire, integrando la sua azione, e a discapito di chi, nell'ipotesi in cui le risorse a disposizione siano scarse o comunque limitate.

Nel favorire i soggetti sociali attivi, infatti, l'amministrazione non può non attenersi agli obblighi di imparzialità e di buon andamento che sovrintendono alla sua azione, a prescindere che essa agisca in veste autoritativa o secondo gli strumenti di diritto comune<sup>45</sup>. Come detto in premessa, favorire un soggetto organizzato anziché altri (il chi), o favorirlo in modo preponderante rispetto ad altri (il *quantum*), nasconde l'insidia e la potenzialità di un comportamento amministrativo parziale, discriminatorio.

Definito il quadro diagnostico, si può procedere ora ad una possibile prognosi, una proposta, che si rivolge, in primo luogo, ai legislatori regionali e all'elaborazione normativa di rango statutario e regolamentare dei Comuni e delle Province.

### **3.5 Una proposta applicativa: metodo della progettualità e "DIA" d'interesse generale.**

Una precisazione importante introduce alla proposta: i Comuni favoriscono innanzitutto l'autonoma iniziativa dei cittadini nell'interesse generale. Oggetto del favorire è cioè l'iniziativa, l'idea, il progetto nella sua valenza oggettiva; diremmo "il cosa" favorire, prima che "il chi", ossia il soggetto ideatore ed organizzatore dell'attività. Chiaramente, dietro all'idea e all'iniziativa vi sono persone, cittadini, ma quanto emerge e deve emergere è la progettualità autonomamente attivata per rispondere ad un interesse generale, l'idea in corso di realizzazione. Ed è su questa che, con valutazione imparziale, si deve concretizzare la scelta, prima ancora che sui soggetti agenti.

---

<sup>45</sup> D'altra parte, non si ritiene possa essere altrimenti in una fase storica in cui anche il diritto dei negozi, tradizionalmente ancorato al principio della libertà delle forme, conosce da tempo una tendenza inversa, mirante a correggere le situazioni di asimmetria informativa ed economica che riguardano il contraente debole, a garanzia di un dialogo effettivamente paritario ed imparziale tra le parti del rapporto. Si veda, per tutti, ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 29-30.

Detto questo, tuttavia, nell'ipotesi che l'iniziativa suscettibile di integrazione sussidiaria (il "favorire" di cui all'art. 118 u.c.) sia autonomamente sorta ad opera di un gruppo di cittadini, formalmente istituito o spontaneo, per rispondere ad un interesse generale, si pongono tre problemi la cui risoluzione è necessaria.

Il primo riguarda le modalità con cui all'amministrazione giunge notizia dell'iniziativa attivata e della richiesta di sussidio, sia esso di tipo finanziario o d'altra natura; la questione non è di poco conto, trattandosi potenzialmente, specialmente per i grandi Comuni italiani, di centinaia di iniziative, la cui emersione in superficie dovrebbe essere formalmente prevista con canali strutturati e non, invece, lasciata alle capacità relazionali dei gruppi organizzati che vantano legami e affinità politiche con le Giunte comunali o provinciali<sup>46</sup>. Il primo nodo problematico, quindi, è legato alla creazione di costanti canali comunicativi ed informativi.

Oltretutto, e siamo al secondo aspetto, si ravvisa<sup>47</sup> la necessità che i regolamenti degli enti locali e le leggi regionali eventualmente vigenti in materia siano precisi nello stabilire quali siano le attività ammesse ad integrazione sussidiaria e quali invece non possano incontrare il favore dell'amministrazione. Il che ci conduce direttamente al cuore del secondo problema, che riguarda la necessità di una valutazione oggettiva e preliminare circa la natura "generale" dell'interesse perseguito.

Il terzo problema concerne infine le modalità della scelta tra più iniziative aventi analoghe finalità od oggetto. In merito, il metodo della progettualità, ossia l'attenzione prioritaria attribuita al progetto anziché al soggetto o ai soggetti promotori, credo ponga l'amministrazione nelle condizioni di poter/dover coordinare, promuovere e sollecitare, in prima istanza, la convergenza dei soggetti attivi su progettualità affini, legando, ove possibile, la disponibilità all'intervento sussidiario al successo della medesima. E' possibile, in proposito, che l'amministrazione adduca a tali condizioni la motivazione di interesse pubblico legata alla necessità di non creare disfunzioni ritenute inevitabili nel caso di servizi, iniziative o progetti in capo ad una molteplicità di operatori attivi, in concorrenza o in sovrapposizione tra di loro. Disfunzioni che potrebbero condurre a discriminazioni immotivate nei confronti dei cittadini fruitori delle attività di interesse generale e che, certamente, sarebbero legittime e possibili allorché conseguenti a scelte ed attività

---

<sup>46</sup> Non sfugge il rischio che il nuovo dovere di intervento delle PA verso le attività autonome di interesse generale possa divenire il modo per ottenere un sostegno ad iniziative per le quali non è riuscito con successo l'accreditarsi secondo i tradizionali canoni del consenso politico.

<sup>47</sup> Come ben evidenzia CORTESE F., *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, op. cit., 5/2003, p. 879, che richiama BIN R., *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 375.

esclusivamente ed unicamente private, ma non ammissibili se supportate dall'intervento integrativo sussidiario pubblico<sup>48</sup>.

Non possiamo dimenticare che il “favorire” dell'art. 118 u.c. configura, al di là dei tratti di atipicità che le sono propri, un'azione amministrativa che, in quanto tale, deve orientarsi al rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, perseguendo l'interesse pubblico. Chiaramente, quindi, permane la libertà di attivarsi dei cittadini, ma ove sorgessero le disfunzioni di cui si è detto sopra, le ragioni di tutela dei terzi sarebbero preclusive della possibilità di richiedere ed ottenere il “favore” dell'amministrazione.

Definiti i tre nodi problematici che si impongono nel momento in cui ci si accosta alla scelta del “chi” favorire, e riflettendo sulle modalità per coniugare in una risposta unitaria le differenti soluzioni ai medesimi, nasce la proposta seguente. Ritengo sia da valutare l'ipotesi che i legislatori regionali, chiamati per competenza esclusiva ad occuparsi della materia, introducano una sorta di dichiarazione di inizio attività d'interesse generale, magari in forma telematica attraverso portali *web* dedicati e ad alta interattività. Si tratterebbe di una comunicazione descrittiva del progetto che si intende avviare o, meglio, che si è già avviato autonomamente<sup>49</sup>, sostitutiva di alcunché, ma espressione concreta della richiesta di un *subsidiium* integrativo dell'azione autonoma intrapresa. D'altra parte, nel trattare di queste iniziative civiche di interesse generale ci si pone su uno sfumato confine tra l'iniziativa privata a scopi di interesse sociale e il pubblicamente rilevante: a decidere l'emersione delle attività autonome nell'interesse generale rispetto alla generalità delle azioni private devono essere – autonomamente – i cittadini attivi. Non sembra infatti rispondente al modello prefigurato dall'art. 118 u.c. Cost. che sia l'autorità amministrativa a “scoprire” le iniziative meritevoli di integrazione sussidiaria; debbono essere, invece, i cittadini attivi, singoli od associati, che informano l'amministrazione dell'iniziativa intrapresa, la illustrano, ne definiscono obiettivi e strumenti, chiedendo sulla base di un progetto preciso un'integrazione sussidiaria. La “DIA” d'interesse generale quindi assolverebbe in primo luogo ad una funzione di informazione, di pubblicità e comunicazione, utile, a prescindere dall'esito delle valutazioni dell'amministrazione circa il *subsidiium*, per garantire un monitoraggio efficace del sistema integrato delle iniziative a supporto di determinate problematiche sociali.

La stessa dichiarazione consentirebbe una sorta di filtro o di autoregolazione delle iniziative, essendo dichiarabili ed accessibili alla valutazione dell'amministrazione soltanto le

---

<sup>48</sup> Così riprendendo e interpretando la lucida distinzione tra legalità come legittimità e legalità come liceità dell'azione formulata in CORTESE F., *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, op. cit., p. 880-881.

<sup>49</sup> Qualcosa di simile, pur se ancora in forma embrionale, è stato avviato dal Comune di Belluno con il Progetto “*Il Comune siamo noi?*”.

iniziative la cui meritevolezza si basi sulla rilevanza “generale” dell’interesse perseguito: siamo alla potenziale soluzione della seconda esigenza definita.

Sono preziose, in tal senso, alcune recenti considerazioni della dottrina<sup>50</sup>: la nozione di interesse generale è diversa dalla nozione tradizionale di interesse pubblico, tale in quanto attribuito dalla legge alla cura di un soggetto pubblico, suo interesse soggettivo e personale. L’interesse generale va piuttosto inteso come interesse della collettività, nel suo insieme e nei rapporti tra i singoli e i gruppi che la compongono, e dunque come situazione in cui trovano realizzazione e soddisfazione dei bisogni comuni. Si tratta di un interesse che diventa percepibile come “pubblico” non perché proprio di un soggetto amministrativo, ma perché oggettivamente riconducibile all’interesse “del pubblico”<sup>51</sup>. Nella sua consistenza concreta, dunque, l’interesse generale non appare più come prerogativa di un soggetto che lo cura, ma come situazione in cui converge e trova composizione la pluralità degli interessi individuali e collettivi presenti in un determinato ambito della vita comune.

Quanto ora detto, peraltro, consente di affermare che non v’è omogeneità e totale convergenza tra l’interesse pubblico addotto dall’amministrazione che decide di favorire l’autonoma iniziativa civica e l’interesse generale che ha mosso i cittadini ad attivarsi; in questa distinzione risiede la ragione dell’impossibilità di considerare l’autonoma iniziativa di cui all’art. 118 u.c. come amministrazione o funzione pubblica oggettivata.

Ad ogni modo, muovendo dall’inquadramento teorico definito agli scenari più operativi, possiamo citare un esempio: per garantire l’oggettiva meritevolezza e la natura generale dell’interesse perseguito dai cittadini attivi, le leggi regionali e i regolamenti degli enti locali potrebbero stabilire precisi criteri discretivi per le iniziative autonome dei cittadini attivi. Un’autonoma attività di interesse generale è tale, innanzitutto, se si rivolge indiscriminatamente ad una collettività, grande o piccola essa sia, per cui la non discriminazione aprioristica nella fruibilità e nell’accesso ai benefici dell’attività, ad avviso di chi scrive, dovrebbe esser considerata condizione essenziale per l’attribuzione del carattere di generalità all’interesse perseguito, sostanziandosi conseguentemente quale criterio discretivo di ammissibilità all’integrazione sussidiaria dell’ente locale.

Non è chiaramente richiesta l’universalità del servizio o dell’attività ma, nel ragionevole dimensionamento dell’attività, occorre vi sia una potenziale apertura della fruibilità ai benefici della medesima, che può ben essere costruita e pensata per collettività di piccola dimensione (regionali o circoscrizionali nelle grandi città, comunali nei piccoli comuni, etc.). Trovo conforto,

---

<sup>50</sup> BOMBARDELLI M., *L’impresa sociale e la realizzazione di finalità di interesse generale*, in *Impresa sociale*, n. 2/2005, p. 99 ss. cui sono da attribuire le riflessioni che seguono sulla natura dell’interesse generale.

<sup>51</sup> Per la distinzione tra interesse pubblico e interesse del pubblico, si veda CASSESE S., *La riforma amministrativa all’inizio della quinta Costituzione dell’Italia unita*, in *Foro italiano*, 1994, V, p. 250.

per questo assunto, nelle elaborazioni di una dottrina non recente<sup>52</sup>, secondo la quale le ragioni di tutela dei terzi impongono all'ordine giuridico generale di perseguire l'obiettivo della maggiore possibile apertura dei gruppi chiusi.

Per quanto concerne, infine, il terzo problema evidenziato in precedenza circa le modalità di scelta tra più iniziative aventi affini finalità, la dichiarazione di inizio attività d'interesse generale di cui s'è detto potrebbe considerarsi come l'atto di avvio di una sorta di dialogo progettuale tra amministrazione e cittadini, un vero e proprio procedimento amministrativo partecipato, nell'ottica<sup>53</sup> di integrazione stretta e reciproca dei profili del dare e del ricevere, entro un unitario rapporto con il pubblico potere che veda finalmente emergere la persona, con i suoi bisogni, senz'altra qualificazione. Vanificatosi il tentativo di far convergere su progetti affini le eventuali soggettività distinte attivatesi, le procedure di selezione del progetto civico meritevole di un sussidio a rilevanza economica non potrebbero che poggiarsi sull'applicazione di un pur semplificato principio di concorsualità che troverebbe concreta espressione nel corso del procedimento di cui si è detto. Ovviamente, per i sussidi in senso atecnico, ossia privi di rilevanza economica diretta, quale i supporti immateriali garantiti dall'aiuto informativo, burocratico ed organizzativo da parte degli uffici della pubblica amministrazione interessata, non vi sono problemi di sorta. Anzi, essi si dovrebbero concretizzare immediatamente a seguito del ricevimento della DIA d'interesse generale o addirittura prima della stessa.

Diverso il caso dei sussidi finanziari o comunque aventi rilevanza economica (anche il comodato gratuito di un locale di proprietà pubblica, per esempio, rientrerebbe tra essi). In questo caso, lo stanziamento di apposite risorse per l'apertura di bandi annuali, di tipo generico<sup>54</sup>, per iniziative autonome d'interesse generale potrebbe essere sufficientemente cautelativo per il rispetto dell'imparzialità dell'agire amministrativo e, più in particolare, del dettato di cui all'art. 12 della legge 241 del 1990.

Vi sono tuttavia due precisazioni necessarie. In primo luogo, per garantire la primigenia autonomia dell'attività civica non dovrebbero essere ammissibili alla valutazione propedeutica all'attribuzione di sussidi finanziari od economicamente rilevanti le attività in riferimento alle quali non sia trascorso almeno un certo periodo di tempo (un anno dall'avvio). Ciò, si ritiene,

---

<sup>52</sup> NIGRO M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in AA. VV., *Studi in onore di Costantino Mortati*, 1977, III, p. 875. Egli afferma: "Debbono essere individuati i nodi principali dei rapporti tra formazioni sociali e terzi, i punti nei quali si manifesta la tendenza e la possibilità della formazione di porsi come fattore di irrigidimento della vita sociale e di sopraffazione dei terzi: è lì che deve intervenire l'ordine giuridico generale per salvaguardare la libertà del terzo e riaprire le vie della circolazione sociale".

<sup>53</sup> Definita da ROMANO A., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, op. cit., p.563-566.

<sup>54</sup> Credo un esempio qualificabile come "best practice", in questo caso, possa essere quello promosso dal Comune di Roma con il progetto "Idee in Comune". Per una completa descrizione dell'iniziativa, merita rimandare al sito [www.ideeincomune.it](http://www.ideeincomune.it). Tale progetto si è chiuso con la assegnazione del *subsidium* ai 25 progetti migliori; la riproposizione costante del bando, annualmente, porterebbe ad una forte sollecitazione del civismo solidale.

garantirebbe l'amministrazione dal rischio di sostenere con risorse pubbliche iniziative che nascono in assenza di condizioni di autosufficienza e di autonomia che invece, almeno per l'avvio, si ritengono necessarie per qualificare l'attività d'interesse generale come vero esempio di sussidiarietà orizzontale.

Una seconda ed ultima precisazione ruota attorno alla durata temporale dei progetti e dei sussidi. Ritengo non dovrebbero superare la scansione e la durata annuale, pur essendo possibile, come ovvio, presentare per l'anno successivo progetti in linea di sostanziale continuità con i precedenti. Superato il triennio, inoltre, l'iniziativa sorta come autonoma iniziativa d'interesse generale meglio sarebbe favorita se fosse inquadrata giuridicamente con altra veste, assumendo forme organizzative diverse ovvero una strutturazione relazionale qualitativamente diversa.

Penso, nel primo caso, alla nascita di veri e propri soggetti collettivi organizzati, rappresentanti la prosecuzione strutturata di iniziative civiche spontanee che hanno superato brillantemente la fase di avvio e si legittimano grazie alla bontà dei risultati e della gestione come soggetti permanenti, le cui risorse ovvero il cui capitale sociale potrebbe godere di una partecipazione da parte del soggetto pubblico; a questo proposito, accanto alle disposizioni di cui alla legge quadro 266 del 1991 sulle organizzazioni di volontariato, di cui alla legge 381 dello stesso anno per la disciplina delle cooperative sociali e al Decreto Legislativo n. 460 del 1997 sulle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, meritano di essere ricordati i potenziali sviluppi applicativi della recente legge 118 del 2005 sull'impresa sociale e dei futuri decreti delegati.

Nel secondo caso, ossia con riferimento alla strutturazione delle relazioni pubblico privato, ci si riferisce alle convenzioni, in cui siano regolati dettagliatamente reciproci obblighi e diritti, o all'accreditamento, secondo modalità simili a quelle proprie delle politiche di *public private partnership* tipicamente intese.

#### **4. “Come” favorire? L'importanza della scelta strumentale per non mutare la natura del fine.**

Un'ultima dimensione di approfondimento si concretizza attorno all'esigenza di definire “come” i soggetti pubblici possano o debbano favorire le attività di interesse generale. L'azione del “favorire”, in senso generale, concreta un'azione amministrativa priva dei crismi dell'autoritatività, secondo la nuova prospettiva indotta dall'introduzione del comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge 241 del 1990, ma pur sempre un'azione amministrativa tenuta al rispetto dei principi di cui al primo comma dello stesso. Lo strumentario giuridico di riferimento è quindi di

matrice civilistica, anche se non pare possibile sfuggire dalla necessità di un previo provvedimento dichiarativo della volontà dell'amministrazione a contrattare o ad accordarsi con un determinato soggetto privato, secondo lo spirito più generale della novella di cui al comma 4 *bis* dell'art. 11 della legge citata. Detto questo, tuttavia, merita richiamare il fatto che con il termine "favorire" il legislatore costituzionale non è detto necessariamente si riferisse solo a quegli strumenti che il legislatore ha ridefinito "*provvedimenti attributivi di vantaggi economici*", innovando la rubrica dell'art. 12 della legge 241. Al contrario, pur essendo questi in misura prevalente, l'azione del "favorire" di cui alla norma costituzionale in esame può scomporsi in altre categorie concettuali.

Favorire, innanzitutto, può concretarsi nel garantire supporto informativo, organizzativo e progettuale ai cittadini, singoli od associati, che intendono attivare un'iniziativa autonoma. Si tratta di un ventaglio di supporti di base, di natura consulenziale, la cui realizzazione passa necessariamente attraverso la formazione e la predisposizione di unità di personale pubblico a tale scopo e che dovrebbero garantirsi permanentemente da parte dei Comuni o, nelle città più grandi, delle unità circoscrizionali.

Nell'area dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici in senso proprio (sussidi, agevolazioni, contributi, ausili finanziari di qualsiasi genere), come definisce l'art. 12 della legge 241 del 1990 ed in riferimento alle modalità della scelta del "chi" favorire, si pone l'esigenza di apprestare dei meccanismi concorsuali e di garanzia della trasparenza. Occorre una forma dell'agire nuova, tuttavia, in quanto certamente il principio di sussidiarietà orizzontale postula<sup>55</sup> un mutamento profondo del sistema amministrativo e dei meccanismi che regolano l'azione pubblica; occorre chiedersi quali siano i confini entro i quali sia possibile pensare che delle funzioni di interesse generale si occupino i privati, spontaneamente, autonomamente e quali, invece, le modalità con cui i soggetti pubblici possano allearsi con essi, coadiuvandone, favorendone l'attività. In altre parole, occorre interrogarsi sulle modalità con cui si forma l'alleanza tra cittadini e amministrazione nell'interesse generale.

La risposta a questo interrogativo si complica allorché, come abbiamo visto, si introduca nel problema la dimensione dell'imparzialità e della ragionevolezza nell'azione amministrativa, cruciale per capire "come" si favorisce, almeno tanto quanto per comprendere il "chi" si favorisce. Non sfugge che pur in vigenza della distinzione binaria di cui al nuovo articolo 1, comma 1 *bis*, della legge 241 del 1990, laddove la pubblica amministrazione agisca con strumenti consensuali, accordo o contratto, essa persegua comunque l'interesse pubblico e il suo agire sia

---

<sup>55</sup> Come ricorda PASTORI G., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Berti*, 2005, p. 1751 ss.

funzionalizzato a questo scopo. Come ben ricorda una dottrina recente<sup>56</sup>, il fondamentale principio costituzionale della funzione, ossia quello del fondare l'attività amministrativa sulla discrezionalità e non sull'autonomia privata, sul parametro della legittimità e non invece sul quello della mera liceità, comprende anche l'agire non autoritativo e quindi il nostro significato di "favorire" benché compreso nella sfera delle prerogative d'azione amministrativa non autoritative in senso stretto. Il nostro "favorire" consta di un'attività che è anch'essa funzione, quindi, e questo assunto comporta essenzialmente l'assunzione di un metodo decisionale di tipo procedimentale e idoneo a garantire l'imparzialità dell'agire.

Il tema è stato di recente autorevolmente riproposto nell'analisi del rapporto tra attività amministrativa e diritto privato, richiamando l'angolo visuale di uno statuto dell'attività amministrativa<sup>57</sup>; in esso si sono tracciate le basi di un impianto teorico che muove proprio dalla considerazione che tra le acquisizioni della dottrina contemporanea v'è l'esistenza di un regime unitario dell'attività amministrativa, in cui non v'è spazio per uno statuto pubblicistico ed uno privatistico. *“L'amministrazione agisce sempre secondo valutazioni discrezionali anziché libere, ed è tenuta sempre a dare applicazione ai principi vigenti, adeguandosi ad una doppia necessità: perseguire l'interesse pubblico e rispettare le situazioni soggettive del privato”*<sup>58</sup>. Secondo l'opinione di Scoca, entrambi i profili sono necessitati dall'individuazione dei principi che caratterizzano lo statuto unitario dell'attività amministrativa. Quegli stessi principi di efficacia, imparzialità declinata come ragionevolezza, proporzionalità, trasparenza e tempestività, che conducono alla necessità di un'attività amministrativa che si svolge in forme procedimentali.

Conseguentemente, al pari di quella relativa al "chi", la questione del "come" favorire si risolve nella scomposizione della decisione propedeutica alla concretizzazione dell'azione amministrativa che il legislatore costituzionale definisce con il verbo "favorire"; le leggi regionali e i regolamenti degli enti locali dovranno disciplinare *“idonei snodi procedimentali”*<sup>59</sup>, ossia un'apposita forma procedimentale a tal scopo rivolta. In essa, le questioni riguardanti il "chi" e il "come" favorire, qui distinte per esigenze analitiche, si uniranno in una fase istruttoria necessariamente dialogica e partecipata che assumerà pregnante centralità e che potrà, più propriamente, condurre alla conclusione del procedimento con le forme consensuali sostitutive di provvedimento, gli accordi, previsti dall'art. 11 della legge 241.

Penso, in particolare, ad un procedimento che si apre d'ufficio, a seguito di una valutazione preliminare dell'amministrazione sui contenuti della dichiarazione d'inizio dell'attività

---

<sup>56</sup> CIVITARESE MATTEUCCI S., *Attività amministrativa e diritto privato*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Berti*, op. cit., p. 835

<sup>57</sup> SCOCA F. G., voce *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, *Aggiornamenti*, Milano, 2002, p. 93 ss.

<sup>58</sup> SCOCA F. G., *Attività amministrativa*, op. cit., p. 96.

<sup>59</sup> Come li definisce CORTESE F., *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, op. cit., p. 879.

d'interesse generale presentata dai cittadini attivi per informare il Comune dell'attività avviata autonomamente. Nel corso del procedimento, in presenza di motivate esigenze di supporto finanziario, sarà possibile per l'associazione o il gruppo di cittadini attivi presentare apposita e distinta domanda per ottenere il sussidio o il contributo economico, in riferimento a bandi approvati a tale scopo, con scadenze regolari, ma indipendentemente dalle iniziative specifiche.

La procedura concessoria della sovvenzione può configurarsi come sub-procedimento, indipendente dal procedimento destinato a concludersi con l'accordo sostitutivo, ma destinato ad innestarsi in esso, completandone il contenuto dispositivo. Oltre a contenere il richiamo all'eventuale provvedimento di concessione del contributo finanziario, conformemente a quanto previsto dall'art. 12 della legge 241, gli accordi sostitutivi tra amministrazione e cittadini organizzati dovranno poi disciplinare e dettagliare le progettualità attivate, i criteri di accesso ai benefici delle medesime da parte dei cittadini fruitori, le garanzie per i terzi, anche (ma non solo) attraverso eventuali forme assicurative, le caratteristiche tecniche e logistiche, le fasi di realizzazione e gestione del progetto, le modalità con cui l'amministrazione interviene in via sussidiaria a supportare, favorire, l'iniziativa, i tempi della valutazione dei risultati, del monitoraggio *in itinere* dei processi, le modalità per ri-negoziare i contenuti dell'accordo o per recedere dal medesimo.

L'accordo, preceduto da una determinazione dell'organo competente a provvedere, come richiesto dal nuovo comma 4 bis dell'art. 11 della legge 241 del 1990, e maturato nell'ambito di una forte partecipazione paritaria dei cittadini attivi che ben potrebbe essere valorizzata in apposite forme di *public hearings*, costituirà il vero fondamento dell'alleanza tra amministrazione e cittadini, lo specchio concretizzante della dimensione del "favorire" di cui parla l'art. 118 della Costituzione.

Un procedimento complesso, dunque, che si conclude con un accordo dai contenuti obbligatori ed eventuali assai pregnanti per amministrazione e cittadini attivi, un procedimento distinto ma comprensivo della procedura di concessione delle sovvenzioni finanziarie, che integrano il "favorire" ma non lo esauriscono, unitamente alla scelta di non subsidiare attività d'interesse generale nel loro primo anno di vita, onde garantirne una solida autonomia che è connaturata all'idea stessa di sussidiarietà, ed una valutazione preliminare di ammissibilità al *favor* amministrativo, conseguente alla DIA e facente leva sulla natura autenticamente "generale" dell'interesse perseguito, sembrano forme e garanzie sufficienti per non mutare il senso autentico della disposizione costituzionale.

Quanto alle modalità per concretare uno scenario siffatto, si impongono ovviamente degli interventi legislativi regionali e regolamentari da parte degli enti locali.

## 5. Conclusioni.

Nell'alleanza tra amministrazione e cittadini protagonisti di attività autonome di interesse generale, il "favorire" diviene un collante dinamico in grado, con le necessarie cautele, di permettere un'ibridazione tra potere pubblico e libertà responsabile. Tornano in mente le parole di chi<sup>60</sup> affermava che "*Stato e società sono soggetto e oggetto di una reciproca continua interpenetrazione, di una osmosi continua, che fornisce allo Stato la sua ragion d'essere, (...) in un circuito di integrazione fra decisione del potere e consenso dei cittadini*". Questo scenario impone<sup>61</sup> una re-impostazione del modo di operare delle singole istituzioni di governo, nel rapporto tra autonomia e responsabilità politica di governo ed autonomia e responsabilità sociale.

La legge 328 del 2000 offre un esempio concreto di come sia possibile porre in essere un sistema a rete integrato di servizi alla comunità e della comunità, finalizzato unitariamente ma creato dal basso, attraverso una programmazione locale di base elaborata con la partecipazione delle strutture private aventi finalità sociali e alla cui attuazione concorrono strutture pubbliche e private.

Si delinea così "*un modello di **amministrazione diffusa, ma integrata** su obiettivi e finalità comuni, nel quale l'incontro fra le istituzioni amministrative e il dinamismo sociale assume le forme tipiche di un coordinamento tendenzialmente paritario, cioè di un sistema integrato a rete*"<sup>62</sup>. Il che – osserva Pastori - non toglie che i ruoli siano differenziati: alle istituzioni politico-amministrative, in quanto titolari delle funzioni e delle responsabilità verso la collettività spetta comunque un ruolo di regolazione, di programmazione, di controllo anche quando non titolari direttamente della gestione; alle strutture sociali un ruolo che è di iniziativa, di co-progettazione, oltre che primariamente di gestione nel quadro della regolazione, della programmazione e del controllo pubblico.

Il ruolo dei poteri pubblici in ogni caso muta, si qualifica come responsabilità di risultato e, in questo quadro, come ruolo sussidiario, come momento di coordinamento programmatico anche negoziato, e come momento di verifica, solo secondariamente come momento di gestione. Per altro verso, la societarizzazione dell'esercizio delle funzioni pubbliche pretende un mutamento di ruolo in capo al privato che assume di per sé una responsabilità sociale<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> PREDIERI A., *Un diritto solidarista contro le diseconomie esterne*, in *Rivista trimestrale sul governo dell'economia*, 3/1993, p. 1 ss.

<sup>61</sup> PASTORI G., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Berti*, 2005, p. 1761 ss.

<sup>62</sup> Per lo studio del fenomeno reticolare quale paradigma giuridico si rinvia alle osservazioni introduttive di TONIATTI R., *Il regionalismo relazionale e il governo delle reti: primi spunti ricostruttivi*, in GAMBINO S. (a cura di), *Il nuovo ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 167 ss.

<sup>63</sup> Per un'interessante analisi di una decisione della Corte Costituzionale, giudicata anticipatrice dei criteri della sussidiarietà verticale ed orizzontale con riferimento all'ordinamento delle Camere di Commercio, e comunque attualissima per la lucidità dell'analisi, si veda TONIATTI R., *Alcuni spunti intorno al "riflesso dell'autonomia dei privati operanti nel sistema delle attività economiche" sull'autonomia regionale e sulla configurazione normativa delle Camere di Commercio di Trento e Bolzano*, in *Le Regioni*, 2001, p. 198 ss. (nota a Corte Costituzionale, sent. n. 477/2000), il quale peraltro

Come non manca di evidenziare la dottrina<sup>64</sup>, l'accogliere il principio della libertà attiva e di sussidiarietà dell'art. 118 u.c. può forse significare richiedere non tanto la de-pubblicizzazione dell'organizzazione di soddisfacimento dei diritti sociali, quanto la riforma profonda delle modalità di quel soddisfacimento<sup>65</sup>, l'attribuzione di rilevanza e visibilità a forme di dialogo tra amministrazione e cittadini destrutturate, dinamiche ed affidate a canali alternativi a quelli tipici del circuito politico rappresentativo<sup>66</sup>.

Occorre, richiamando un'autorevole opinione<sup>67</sup>, muovere dall'amministrazione "del" cittadino ad un'amministrazione per l'uomo, scoprendosi a contatto con una "*confittualità non predeterminabile*"<sup>68</sup> che nasce nel tessuto sociale; è necessario recuperare modalità di azione di tipo processuale in grado di trattare i numerosi interessi che si manifestano in relazione alle cangianti problematiche specifiche e considerare il problema amministrativo<sup>69</sup> non più un dato astratto predefinito dalla fattispecie normativa, secondo una logica discendente, ma un prodotto procedimentale che emerge coalizzando in un contesto dialettico differenti punti di vista, permettendo la scoperta delle reali dimensioni dei bisogni e l'individuazione delle soluzioni più ragionevoli<sup>70</sup>.

Si tratta<sup>71</sup> oggi per il legislatore nazionale e in particolare per il legislatore regionale, di promuovere un modo di amministrare aperto ad accogliere e a promuovere l'autonoma iniziativa

---

osserva come il rapporto sinergico che all'interno delle autonomie funzionali si viene a creare tra l'esercizio di certe funzioni e determinate comunità sociali di riferimento ponga l'accento "*non solo sul riconoscimento dell'idoneità del privato a perseguire finalità pubbliche, ma anche sulla preferenza accordata alle modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni pubbliche (in modo da configurare un'amministrazione pubblica che sia performance-oriented), piuttosto che sulla mera attribuzione della titolarità di queste ultime. Sul conferimento di un maggiore spazio di applicazione ad atti consensuali, quali gli strumenti di programmazione concertata, per il perseguimento di finalità pubbliche, piuttosto che su atti autoritativi; sulla governance intesa come sistema e procedura decisionale a rete fra una pluralità di soggetti pubblici e privati di natura varia e competenze diversificate ma convergenti nel perseguimento di fini pubblici, piuttosto che sul governo inteso come organo istituzionale e apparato amministrativo*". In generale, per una coerente indagine sul tema, si veda anche POGGI A., *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>64</sup> ALLEGRETTI U., *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in AA.VV., *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti – Atti del Convegno di Venezia 11 dicembre 1999*, Padova, Cedam, 2001, p. 51 ss.

<sup>65</sup> A cominciare dalla critica del modello dei "diritti a prestazione", con il corredo dei poteri di autorità dell'amministrazione e, addirittura, in molti casi, con l'inquadramento di questi ultimi nello schema del rapporto di soggezione speciale fra l'utente e l'amministrazione, quindi anche con il frequente declassamento del diritto ad interesse legittimo.

<sup>66</sup> Si veda la chiara analisi di PREDIERI A., *Gli accordi di programma*, in *Quaderni regionali*, 1991, p. 958.

<sup>67</sup> Tesi ampiamente descritta in COMPORTI G. D., op. ult. Cit., p. 14-15.

<sup>68</sup> "*Unico possibile schema di percezione e rappresentazione della dinamica del potere reale*", come sottolinea ORSI BATTAGLINI A., *L'astratta e infelice idea. Disavventure dell'individuo nella cultura pubblicistica*, in *Quaderni fiorentini*, 1988, p. 598.

<sup>69</sup> In merito si veda LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993, p. 142.

<sup>70</sup> Continua COMPORTI G. D., op. ult. Cit., p. 14: "*In tal modo, esso alimenta ed orienta la funzione dal basso, ovvero da quella umanissima condizione di privazione che costituisce il nucleo originario in relazione al quale si selezionano gli scopi individuali e collettivi e si apprezza il valore dei mezzi impiegati per la loro soddisfazione. Se di fronte al cittadino l'amministrazione tende a configurarsi come organizzazione di potere, di fronte all'uomo in carne e ossa essa si configura nei termini oggettivi della procedura, ovvero forma indefettibile e responsabile di esercizio della funzione che consente di orientare e commisurare il valore dell'azione, in una chiara logica marginalistica, alla capacità effettiva di offrire risposte adeguate alle esigenze degli individui che compongono la collettività sociale*".

<sup>71</sup> Conclude PASTORI G., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, op. cit., p. 1762.

civica, tale da realizzare un'integrazione finalizzata da cui possa trarre vantaggio la funzionalità dell'amministrazione ed insieme accrescersi la partecipazione attiva e responsabile del cittadino singolo od associato.