

BIAGIO GILIBERTI
Professore ordinario di diritto amministrativo, Universitas Mercatorum
biagio.giliberti@unimercatorum.it

L'AMMINISTRAZIONE CONDIVISA: CO-PROGRAMMAZIONE E CO-PROGETTAZIONE NEL TERZO SETTORE TRA AUTONOMA INIZIATIVA DELLE FORMAZIONI SOCIALI E POTERI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SHARED ADMINISTRATION: CO-PROGRAMMING AND CO-DESIGN IN THE THIRD SECTOR BETWEEN AUTONOMOUS INITIATIVE OF SOCIAL FORMATIONS AND POWERS OF PUBLIC ADMINISTRATIONS

SINTESI

Il saggio si intrattiene sulle forme di amministrazione condivisa presenti nel Codice del Terzo settore (co-programmazione e co-progettazione) per verificare se in che modo questi istituti innovino rispetto agli schemi classici dei meccanismi decisionali amministrativi, proponendo un superamento degli schemi tradizionali, basilarmente improntati alla unilateralità, specie in sede progettuale.

Si ricerca il fondamento costituzionale nel principio di sussidiarietà orizzontale, analizzando quali implicazioni siffatta matrice costituzionale determina nella dinamica operativa di co-programmazione e co-progettazione, in termini di garanzie istruttorie, procedimentali e decisorie.

ABSTRACT

The essay looks at the forms of shared administration present the Codice del Terzo settore (co-programmazione and co-progettazione) to see if in what ways these legal institutes innovate with respect to the classic patterns of administrative decision-making mechanisms, proposing an overcoming of the traditional patterns, which are basilarly marked by unilateralism, especially in planning.

The constitutional foundation is sought in the principle of horizontal subsidiarity, analyzing what implications such a constitutional matrix determines in the operational dynamics of co-programmazione and co-progettazione, in terms of investigative, procedural and decisional guarantees.

PAROLE CHIAVE: principio di sussidiarietà – Terzo settore – co-programmazione – co-decisione

KEYWORDS: horizontal subsidiarity – Third sector – co-programmazione – co-decisione

INDICE: 1. Premessa; 2. Pluralismo sociale e sussidiarietà orizzontale in Costituzione. Introduzione; 2.1. Libertà, autonomia e pluralismo sociale nel disegno costituzionale dell'amministrazione. Pluralismo e sussidiarietà orizzontale; 2.2. Autonomia iniziativa dei cittadini e sussidiarietà orizzontale nell'ordine costituzionale; 2.3. Co-programmazione e co-progettazione quali forme di partecipazione costituzionalmente necessitate; 2.4. Corollari e specificazioni (sulla legge generale sul procedimento; sullo spazio applicativo dell'art. 118, c. 4 Cost., sulla sindacabilità delle scelte in materia di sussidiarietà); 2.5. Ulteriori specificazioni; 3. Forme di amministrazione condivisa nel Codice del Terzo Settore. Introduzione; 3.1. La co-programmazione tra riserva no profit, parità di trattamento, completezza dell'istruttoria e sussidiarietà; 3.2. La co-progettazione; 4. Co-progettazione e co-programmazione quali forme di amministrazione condivisa ai sensi dell'art. 118 Cost.. Conclusioni*.

1. Premessa

L'analisi della capacità di espressioni quali amministrazione condivisa, co-programmazione e co-progettazione di ridiscutere lo “spazio della pubblica amministrazione”, muovendo verso “nuove frontiere” va misurata attraverso l'esame delle specifiche previsioni normative che a queste formule ricorrono. Questa osservazione, evidentemente banale se assunta in termini generali, appare premura necessaria nel contesto di interesse, caratterizzato da soluzioni lessicali – fortemente volute in sede legislativa (*e.g.* art. 55, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) - che, enfatizzando l'idea della compartecipazione dei cittadini ai meccanismi decisionali amministrativi nelle materie di interesse generale, pongono il tema del superamento degli schemi tradizionali, basilarmente improntati alla unilateralità, specie in sede progettuale.

Non vi è dubbio, e si proverà a dimostrarlo nel seguito, che di per sé l'adozione di terminologie così ambiziose e suggestive non sia affatto priva di significati giuridici, eppure in un senso in buona parte diverso da quello che le espressioni in questione, allorquando non assunte in una peculiare dimensione giuridica, di per sé suggeriscano. Un percorso, d'altronde, non dissimile da

quello che, in passato, gli studiosi si sono trovati ad affrontare trattando di sussidiarietà orizzontale, essendo ai più risultato da subito ben chiaro che quanto accolto in Costituzione all'art. 118, co. 4¹, sebbene non necessariamente qualcosa in meno, riproduca con rilevanti peculiarità la nozione di sussidiarietà elaborata, con distinguo, specificazioni e sfumature², dalle diverse costruzioni filosofiche³.

Nel dir ciò, peraltro, si pone in evidenza – nel solco invero di riflessioni semplici e genericamente condivise⁴ – che l'esame della portata giuridica e dell'effettiva e specifica capacità degli istituti della codecisione amministrativa di introdurre novità nei sistemi decisionali esecutivi non possa che essere affrontata proprio alla luce del significato di sussidiarietà orizzontale rinvenibile in Costituzione. È l'analisi stessa della vigente legislazione in materia che suggerisce di muovere in tal senso. Si pensi, in particolare, all'art. 55 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (c.d. Codice del Terzo settore), che collega direttamente co-programmazione e co-progettazione con il principio di sussidiarietà (oltre e significativamente, come si dirà, con numerosi altri principi).

Si tratterà, però, è bene evidenziare da subito, di una analisi che non potrà riposare unicamente sull'art. 118, c. 4 Cost., né sull'idea per cui frammenti di sussidiarietà fossero presenti in Costituzione prima della riforma (istruzione scolastica, istruzione universitaria, assistenza privata, famiglia e confessioni re-

1* Il saggio elabora le riflessioni presentate al convegno nazionale AIPDA “*Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere*” del 29/30.09.2023, presso l'Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

Cfr. Q. CAMERLENGO, *Art. 118 (Commento)*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, p. 2333 ss.; T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di)*, *Enc. Dir.*, annali, 2007, p. 1133.

2 Cfr. S. CASSESE, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro. it.*, 1995, V, p. 373: “*Principio ambiguo, con almeno trenta significati, programma, formula magica, alibi, mito, epitome della confusione, foglia di fico: così è stata giudicata l'idea della sussidiarietà*”.

3 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 128; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, II, 2005, p. 1756 ss..

4 Come primario inquadramento G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, 2022, p. 1 ss..

ligiose per tacere degli artt. 2 e 3 Cost.⁵), né ancora sulla convinzione che l'interesse verso il testo costituzionale antecedente e le riflessioni teoriche che su di esso si produssero in ordine ai rapporti tra libertà e amministrazione avrebbero oggi carattere puramente storiografico; ciò a fronte di una previsione (art. 118, c. 4 Cost.), forse tutta da intendere sotto il profilo dell'effettiva portata, eppure capace di offrirsi, nel suo chiaro riferimento alla sussidiarietà, quale istituto autoreferenziale ai fini della costruzione di un nuovo assetto generale dell'ordinamento. Sotto quest'ultimo profilo, occorrerà piuttosto considerare i rischi connessi a che il pluralismo sociale di cui è intrisa la Costituzione (a partire dall'artt. 2 e 3 Cost.), anche solo involontariamente, refluiscia nella nozione di sussidiarietà orizzontale, per quanto evidenti si presentino i profili di intersezione. Piuttosto, si tratterà di evidenziare che la sussidiarietà può essere correttamente intesa ed alimentata nel suo significato costituzionale più veritiero proprio attraverso la piena consapevolezza della struttura pluralista della Costituzione italiana, che per quanto ispiri la sussidiarietà orizzontale e ne venga oggi ispirata (traguardandola, per quanto di interesse, negli affari di diritto amministrativo) ne costituisce – non sembri un paradosso - limite.

Riferimenti più o meno espliciti a nozioni riconducibili all'amministrazione condivisa si rinvengono con crescente frequenza nella legislazione (non solo statale) ed in sede amministrativa⁶. Ne consegue – in coerenza con l'impostazione preferita di svolgere osservazioni specifiche – che non potrà essere perlustrato l'intero quadro normativo e regolatorio e, tuttavia, si ritiene sufficientemente rappresentativo degli indirizzi dell'ordinamento soffermarsi sulle previsioni in materia co-programmazione e co-progettazione contenute nel Codice del Terzo settore. Si tratta, infatti, di un episodio della legislazione

⁵ Cfr. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, fasc. 1, 2001, p. 24.

⁶ Cfr. AA.VV., *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, Atti del convegno svoltosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano 22 giugno 2018, Napoli, 2020; F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 80 ss.; V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 162 ss..

assolutamente rappresentativo, per non dire paradigmatico, di quanto il legislatore vuole che l'amministrazione faccia in nome (ma non solo) della sussidiarietà, onde valorizzare l'autonoma iniziativa dei cittadini nel contesto di attività di interesse generale; ciò nell'intento di inverare – nei termini che si osserveranno – l'idea di una società che - allorquando organizzata nelle forme predilette dallo stesso Codice (ed è questo stesso un punto delicato) - partecipa direttamente alla identificazione dei bisogni collettivi e delle forme ottimali per assicurarne la cura, oltre che alla cura medesima.

E' ben noto, peraltro, che tra le questioni sollevate dall'art. 55 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 ve ne siano alcune specifiche di assoluto rilievo operativo, quale quella dell'assoggettamento di co-programmazione e co-progettazione alla disciplina della pubblica evidenza del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Si tratta di tematiche che, per quanto concorrano alla ricostruzione complessiva del sistema, appaiono solo in minor parte centrali rispetto al tema della verifica dei cambiamenti che sussidiarietà e codecisione amministrativa stimolano rispetto alle usuali sembianze dei processi decisionali di diritto amministrativo, sicché nel prosieguo la riflessione che la dottrina ha già molto puntualmente offerto in materia verrà considerata nella misura strettamente funzionale al discorso di interesse⁷.

2. Pluralismo sociale e sussidiarietà orizzontale in Costituzione. Introduzione

Alla luce di quanto illustrato appare giocoforza dedicare attenzione al testo costituzionale che, come si è detto e si proverà meglio a dire, si pone quale referente giuridico - ma prima ancora politico e culturale - per la corretta rilettura delle disposizioni del Codice del Terzo settore che a co-programmazione e co-progettazione fanno riferimento.

⁷ Non si prescinda, vuoi per le considerazioni svolte, vuoi per la ricostruzione del dibattito da D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022, p. 381 ss., nonché da R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali tra Stato, mercato e terzo settore*, Napoli, 2023, p. 168 ss..

L'ottica vuole essere anzitutto quella di provare a cogliere il respiro costituzionale della sussidiarietà orizzontale, ovverosia il significato giuridico di quell'operazione di innesto di una formula di organizzazione della società su di un impianto originario che, riposto sui pilastri della democrazia rappresentativa e del pluralismo sociale, fisiologicamente concepì e inverò l'idea che amministrazione e libertà privata possono occupare, coesistendo, gli stessi spazi di interesse generale (e.g. istruzione e sanità, *in primis*). Fortuna vuole che la riflessione benefici di una trama di indicazioni ricca e perdurante nel tempo⁸. Sarà così possibile procedere per sia pur articolate punteggiature, onde anzitutto mirare a cogliere i suoi effettivi contorni giuridici dell'amministrazione condivisa del Codice del Terzo settore in rapporto alla sussidiarietà orizzontale, i suoi contorni plausibili di alcune scelte ivi operate, quali ad esempio quella del dialogo privilegiato – che l'art. 55 propone – tra amministrazioni e formazioni sociali tipizzate nel Codice.

Solo così – una volta data ragione di un testo costituzionale che non sposa la versione più ortodossa di sussidiarietà orizzontale⁹, non rinnega il principio rappresentativo¹⁰, né sposta di per sé l'assetto delle competenze amministrative funzionali, individuando piuttosto un compito (ri)organizzativo per procedere alla risistemazione dal basso della cura delle attività di interesse generale¹¹ – diverrà possibile indugiare sull'art. 55 del Codice del Terzo settore,

8 Almeno G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello stato democratico, Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, p. 81; G. BERTI, *Art. 5 (commento)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Roma, 1975, p. 277; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

9 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo - voce)*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, p. 11: “La norma, con la quale si è inteso accogliere, a livello costituzionale (art. 118, 4° comma Cost.), il principio della sussidiarietà c.d. orizzontale, cui già s'è accennato, ne esprime una declinazione almeno apparentemente debole, rispetto a formulazioni più forti, emerse a più riprese nel dibattito costituzionale”.

10 Così A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 1997, p. 608, per il quale il principio di sussidiarietà “si pone in tensione dialettica con uno dei principi fondanti del costituzionalismo moderno e contemporaneo: il principio maggioritario, dal momento che il principio di sussidiarietà è rivolto a salvaguardare l'autonomia dei gruppi minoritari nei confronti della collettività generale e delle maggioranze politiche che in essa si enucleano”.

11 Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 14: “si tratta non di un principio o criterio sostanziale, ma di un principio o criterio procedurale: esso non

onde vagliare se e in che misura si prospettino uno spazio e modalità amministrative ben diverse da quelle del passato ovvero un disegno complessivo che pur concependo innovazioni si muove in continuità con la fisiologia del potere, per come si è avvezzi a conoscerla.

2.1. Libertà, autonomia e pluralismo sociale nel disegno costituzionale dell'amministrazione. Pluralismo e sussidiarietà orizzontale

L'idea che il testo costituzionale vigente ospiti realmente il principio di sussidiarietà non è scontata¹². Si sostiene che l'attesa e le aspettative attorno alla sua introduzione si siano tradotte da una parte, nella ipervalutazione di un testo che invero si limiterebbe ad un generico favore verso l'assegnazione ai cittadini di attività di interesse generale (senza intaccare, dunque, l'impianto previgente, improntato sul principio democratico e sul conseguente riconoscimento di prerogative politiche difficilmente sindacabili), dall'altra, nella ascrizione al principio di sussidiarietà di una serie di istituti molto preziosi quanto a dialogo e concertazione, la cui ricostruzione sistematica sarebbe, però, più corretta ove non ancorata al principio di sussidiarietà¹³.

dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente". Per una prospettiva contenutistica, si veda viceversa A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, Milano, 2001, *passim*.

12 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020, p. 12: "La prima domanda che il testo solleva riguarda il significato della parte finale: "sulla base del principio di sussidiarietà" significa che la norma che precede è espressione del principio di sussidiarietà? Considerato il contenuto che è comunemente attribuito al principio, la risposta dovrebbe essere negativa, giacché quel principio comporta la preferenza per le iniziative dei privati, non il generico "favore", nelle svariate forme che questo può assumere. [...] L'espressione "sulla base del principio di proporzionalità" non trasforma dunque il favore delle amministrazioni per le iniziative dei cittadini in qualcosa di diverso, come sarebbe l'obbligo di ricorrere alle imprese private per l'assolvimento dei propri compiti (in particolare dei compiti inerenti ai servizi pubblici)".

13 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 12: "Le considerazioni svolte fin qui mettono in dubbio il fondamento in diritto positivo del principio di sussidiarietà inteso come limite inerente al processo politico, che mette in discussione la legittimazione della funzione legislativa ad esprimere gli orientamenti della collettività. Esse mettono in luce altresì la non congruenza del contenuto del principio con l'impiego che viene fatto del principio medesimo quando se ne ravvisa l'attuazione nell'esternalizzazione di attività pertinenti alla sfera pubblica. La critica non si rivolge contro l'indirizzo che promuove la cooperazione tra le istituzioni e le formazioni sociali, nella varietà delle possibili forme, né contro la gestione dei servizi per mezzo delle imprese private. Essa vorrebbe, piuttosto, portare argomenti affinché i fattori rilevanti per le scelte che riguardano l'estensione e i modi dell'intervento pubblico si mostrino per quel che sono, con la forza persuasiva che traggono dai fatti e dal diritto pertinente, in un dibattito i cui esiti non siano pregiudicati dall'autorità del supposto principio di sussidiarietà orizzontale".

A queste considerazioni – che, come ben noto, si isolano da un contesto generalmente propenso a ritenere che nell'art. 118, c. 4 Cost. sia stato recepito il principio di sussidiarietà orizzontale¹⁴ – occorrerà ovviamente prestare la massima attenzione. Ovviamente, nel dir ciò, non può passare in secondo piano che la sussidiarietà è solo richiamata ma non anche definita in Costituzione e che, al tempo stesso, il testo – come osservato¹⁵ – presenti il principio sotto vesti ben diverse da quelle originariamente prospettate nel percorso di approvazione della riforma. In questa prospettiva, diviene allora necessario ritornare alle matrici filosofiche del principio, data anche l'assenza in generale di una perimetrazione giuridica¹⁶.

Ciò, tuttavia, si reputa non conveniente fare immediatamente, perché una formula così complessa, per non dire ambigua¹⁷, quale quella dell'art. 118, c. 4 Cost., può forse esser meglio compresa solo alla luce di un esame più ampio, che interessi il suo rapporto con la Costituzione, almeno nei due distinti referenti dell'organizzazione costituzionale amministrativa e del pluralismo sociale rispetto a quest'ultima.

Si può osservare allora che, prima della riforma dell'art. 118 Cost., il testo costituzionale non contenesse alcun richiamo esplicito al principio di sussidiarietà, men che meno a quello della sussidiarietà orizzontale¹⁸. Si è rilevato, tuttavia, che la sussidiarietà orizzontale campeggiasse in molti luoghi della Costitu-

14 Cfr. G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, cit., p. 1 ss..

15 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo - voce)*, cit., p. 11.

16 Per una diversa impostazione metodologica, si veda G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 15.

17 Si pur pensate per altre (limitrofe) tematiche sono suggestive e pertinenti le osservazioni rinvenibili in G. AMATO, *Aspetti vecchi e nuovi del «politico» e «sociale» nell'Italia repubblicana*, in *Il sistema delle autonomie: rapporti tra stato e Società civile. Firenze, 20-23 settembre 1979*, Firenze, p. 22: “per questa fundamentalissima parte, ci accorgiamo di non avere, né una Costituzione da attuare, né una Costituzione di cui celebrare l'attuazione. Abbiamo piuttosto una Costituzione da chiarire e da mettere a fuoco”.

18 Differenti le convinzioni rinvenibili in A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 24: “Al pari dei costituenti tedeschi, infatti, i costituenti italiani, pur non facendo uso della parola «sussidiarietà», hanno adottato una serie di soluzioni ispirate al principio corrispondente. Il quale, quindi, in relazione ad una pluralità di discipline, si presenta come un principio costituzionale non scritto. Ciò è – ad esempio – suffragato dalle norme – ricordate in precedenza – sulle prerogative dei genitori, nell'ambito della famiglia, e sull'autonomia statutaria delle confessioni religiose diverse dalla cattolica”.

zione¹⁹, a partire dal diritto di famiglia e da quello alla libertà religiosa e che il nucleo concettuale alla base del principio²⁰ fosse, comunque e da sempre, ospitato in Costituzione, esattamente in quello straordinario statuto di autonomia, libertà e fiducia riconosciuta ai singoli e alle loro formazioni sociali (artt. 2 e 3 Cost.), che porta – convenzionalmente - il nome di pluralismo sociale.

Questa matrice, invero, non appare discutibile, a patto di non rinunciare per un verso al fatto che si tratta di concetti distinti, per altro che sul pluralismo sociale e non sulla sussidiarietà si fondò la prima Costituzione. Ciò non solo a beneficio della corretta ricostruzione delle originarie identità costituzionali ma per poter poi meglio affrontare questioni operative che attengono alla distribuzione tra società e amministrazione delle attività di interesse generale, oggi che la sussidiarietà dell'art. 118 Cost. pare stagliarsi quale fondamentale criterio ordinatore.

La sussidiarietà orizzontale individua, quale ne sia la nozione specifica, un criterio preferenziale di costruzione gerarchica dell'ordinamento; una forma di strutturazione generale della società – e solo dopo dell'ordinamento ammini-

19 Così P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 128: “Se dunque non appare problematico né arbitrario individuare nel dettato costituzionale sia un'ispirazione di fondo, sia specifiche manifestazioni riconducibili alla logica originaria del principio di sussidiarietà, non è revocabile in dubbio che il successivo processo di attuazione costituzionale abbia sostanzialmente sterilizzato queste potenzialità, voi perché, come si è efficacemente sostenuto, l'idea è apparsa «disarmonica rispetto ad una tradizione che considera l'interesse statale non come la semplice sommatoria degli interessi individuali o delle varie comunità particolari, ma come un interesse del tutto autonomo che trascende quelli particolari», vuoi perché questo processo si è prevalentemente incanalato nella direzione – parziale o solo parzialmente percorsa – del decentramento e dell'affrancamento degli enti territoriali dalla tutela statale, così mutilando la complessiva prospettiva costituzionale volta a fare dell'organizzazione pubblica «sempre meno [...] organizzazione dello Stato e dei pubblici poteri e sempre più organizzazione della società che riforma lo Stato»”.

20 Cfr. A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, cit., p. 608 che osserva come il principio sia “rimasto fondamentalmente estraneo al dibattito sviluppatosi in *Assemblea Costituente*”, sebbene – significativamente – si rileva anche che non vada sottovalutata la “coincidenza della concezione della persona che emerge dal quadro costituzionale con il presupposto antropologico sul quale il principio di sussidiarietà si fonda”, unitamente alla “caratterizzazione in senso pluralistico, sia associativo che istituzionale, della convivenza sociale”; il tutto nella consapevolezza che “la tematica dei rapporti tra Stato ed il cittadino, nonché i problemi posti sul tappeto dal pluralismo istituzionale e sociale prefigurato dalla Carta costituzionale, sono stati affrontati facendo uso di altre chiavi interpretative, quali: la dialettica autorità-libertà, il ruolo delle c.d. comunità intermedie, la tensione tra principio autonomistico e principio unitario”.

strativo (di cui anzi sollecita a fare il più possibile a meno) - che vuole che ogni qual volta gli apparati pubblici si interessino di una determinata attività, considerandone l'interesse generale, debbano partire dalla presa d'atto che la naturale competenza in merito ad essa è assegnata basilariamente ai singoli e alle loro formazioni sociali e che, pertanto, un'eventuale sottrazione ad essi impartita ha il significato ordinamentale di una "espropriazione". La sussidiarietà orizzontale - ove posta tra i principi costituzionali - genera tensioni dialettiche con il principio rappresentativo, perché ne limita le possibilità organizzative: il legislatore, le assemblee e gli apparati amministrativi troveranno, nei sistemi a sussidiarietà orizzontale, tracciato uno specifico ordine di preferenze, che altrimenti non subirebbero (in disparte per ora rimanendo il tema della giustiziabilità delle scelte²¹).

Il pluralismo sociale, di contro, collocato in Costituzione tra i principi fondamentali, condiziona la rappresentatività democratica in termini diversi da quelli appena osservati. Il pluralismo sociale, infatti, implica, in misura storicamente assai variabile, che non possano darsi soluzioni legislative, né ammini-

21 Onde avere misura della delicatezza e della complessità della questione, non si prescinda da F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 11: "l'intervento è giustificato dall'esistenza di un bisogno che il mercato non soddisfa. Il bisogno non è un'entità obiettiva: stabilire il livello al quale l'aspirazione insoddisfatta ad un bene diviene un bisogno che deve essere soddisfatto mediante l'intervento pubblico è materia di un giudizio politico. La finalità redistributiva dei servizi alla persona introduce nelle decisioni che li riguardano fattori che non si lasciano quantificare in un bilancio che metta a confronto i risultati delle iniziative spontanee della società e quelli dell'azione pubblica"; "Ma il livello al quale l'aspirazione ad un bene diviene un bisogno che deve essere soddisfatto è la risultante di una serie di variabili le quali, in ultima analisi, sono i fattori di una contabilità complessiva nella quale l'entità delle risorse disponibili si confronta con la pluralità delle destinazioni possibili. La singola decisione non si lascia isolare dall'insieme, per divenire oggetto di un giudizio, sia pure nei limiti della ragionevolezza. E non è pensabile che la quantificazione delle poste di una simile contabilità sia suscettibile di verifica da parte di un'autorità terza" (p.13). Si veda altresì G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 32: "Nella comparazione tra attività svolta dai (o che potrebbero svolgere i) privati, e attività svolta dai (o che potrebbero svolgere i) poteri pubblici, soprattutto quando si debbono valutare costi e risultati (perché una viene già svolta e l'altra si propone di svolgerla al posto o ad integrazione della prima), gli elementi da valutare sono così numerosi, gli apprezzamenti possibili così ampi, le ponderazioni dei diversi elementi così necessariamente convenzionali, gli accertamenti così difficili e approssimativi, che in pratica, tranne casi semplici ed evidenti, la conclusione non è mai predeterminabile, e gli unici vincoli nei confronti del potere pubblico, prima di decidere in un senso o nell'altro, stanno nell'onere di argomentare ragionevolmente e di seguire eventualmente le procedure previste, cosicché alla fin fine ogni decisione è politica e spetta alla maggioranza del momento (con scarse o nulle possibilità di riconsiderazione da parte dei giudici, Corte costituzionale compresa)".

strative che intacchino la possibilità delle persone di indirizzare (liberamente e nei limiti di più o meno articolate eppure basilari regole di convivenza) la propria esistenza nella direzione che intendono dargli, anche occupandosi di affari dai connotati e riverberi generali²². Il pluralismo sociale, però, di per sé non impone alcuna riserva di competenza in favore della società ma si connota per una ben più intima matrice di inamovibilità, come reso evidente vuoi dalla sua natura di principio fondamentale (artt. 2 e 3 Cost.), vuoi dal successivo suo richiamo in numerose occasioni costituzionali, ove, nel rimarcare le libertà di individui e loro gruppi sociali, si legge, *e.g.*, che “*l’arte e la scienza sono libere e libero ne è l’insegnamento*”, che “*le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*”, che “*l’assistenza privata è libera*”. Ciò, invero, proprio in contesti, quali quelli appena osservati, che oggi non si esiterebbe a qualificare di interesse generale, come tali attratti nella dialettica relativa alla nozione di sussidiarietà, tanto nella prospettiva immediatamente costituzionale (art. 118, c. 4 Cost.), quanto in quella della legislazione ordinaria (si pensi ancora una volta al già richiamato art. 55).

Nel silenzio costituzionale in ordine al principio di sussidiarietà, ed in nome proprio del pluralismo sociale, l’assetto dei rapporti tra società e amministrazione che emerse in sede costituente fu quello del dualismo organizzativo²³. Un dualismo organizzativo²⁴ che riconobbe per certo, in nome del principio

22 Cfr. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: “*fin da tempi molto risalenti, del resto, le relazioni di solidarietà sono state all’origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, ha inciso profondamente sullo sviluppo sociale, culturale ed economico del nostro Paese. Prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di welfare, la creatività dei singoli si è espressa in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) che hanno quindi saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia, rimaneva escluso*”.

23 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 80: “*Prima del 2001, il complesso delle disposizioni costituzionali delineava, con riferimento alle attività di prestazione, un sistema di compresenza tra iniziativa pubblica e iniziativa privata*”.

24 Cfr. G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi*, cit., p. 81: “*Il modello ideale di società e di stato su cui si era giunti all’accordo in sede costituente è certamente quello che presupponeva uno sfaccettato equilibrio di ruoli tra società, partiti e istituzioni, in cui non mancava di essere tenuta presente la continuità dell’un aspetto rispetto all’altro, ma si doveva soprattutto veder crescere l’assetto della società [...] dall’uomo e dal cittadino nelle sue dimensioni più strettamente individuali a quelle progressivamente più ampie e generali di carattere sociale, economico, politico, istituzionale*”.

rappresentativo, che legislatore e amministrazione potessero occuparsi direttamente delle attività di interesse generale, svolgendo politiche attive, anche soggettivamente pubbliche, senza condizionamenti dati dalla sussidiarietà e con l'unico contraltare delle libertà innanzi richiamate²⁵.

Non, dunque, sussidiarietà ma pluralismo organizzativo, sia pur con la fondamentale accortezza ricostruttiva²⁶ di segnalare il continuo andirivieni di tentativi²⁷ da parte del sociale di occupare sempre più consistenti spazi di interesse generale²⁸ ma, soprattutto, la propensione ad una iper-regolazione pubbli-

25 Cfr. G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi*, cit., p. 89: "E' appena il caso di ricordare a questo proposito come sia osservazione comune nei moderni teorici della democrazia che fra le condizioni per l'esistenza e il funzionamento di un sistema democratico debba esserci – per usare ad es. le parole di Matteucci – l'«autonomia dei sottosistemi» ovvero appunto l'autonomia delle formazioni sociali rispetto al potere politico, cosicché esse possano operare realmente in funzione realmente 'espressiva' di interessi collettivi, traendone al contempo vantaggio le formazioni politiche nell'esplicazione del ruolo loro proprio. In mancanza di un'autonomia siffatta, si ha un modo di realizzazione improprio del pluralismo sociale che non può che essere fonte – come è stato anche nel caso italiano – di non poche anomalie e di non pochi pericoli nel funzionamento del potere politico, da una parte, e delle formazioni sociali, dall'altra; il primo venendo in più o meno ampia misura corporativizzato, identificandosi cioè in una somma di interessi collettivi categoriali e le seconde perdendo il proprio naturale carattere di organizzazioni sociali ed esponendosi [...] ad essere assimilate ed assorbite nel resto dell'organizzazione pubblica tout court".

26 Su punto non si prescinda da F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 45 per una indagine sulla dialettica pubblico-privato nella organizzazione amministrativa. Ovviamente, centrale in argomento resta G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991. Si veda altresì F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata*, Torino, 2012.

27 Cfr. G. PASTORI, *Il pluralismo sociale*, cit., p. 91: "Fin dall'avvio della sua attuazione nel primo decennio costituzionale il pluralismo sociale si atteggia dunque in modo da comprendere in sé soluzioni fra di loro assai diversificate che vanno da un massimo di integrazione ad un massimo potenziale di articolazione rispetto al sistema politico-istituzionale. Ma direi che tale diversificazione tende ad accentuarsi nell'esperienza del secondo decennio repubblicano allorché, mentre si rende sempre più evidente il disegno di egemonizzazione della sfera sociale da parte delle forze politiche, si apre per contro il tema della partecipazione, nel suo duplice profilo formale e sostanziale, fino ad acquisire carattere di moto contestativo del sistema verso la fine degli anni sessanta". Cfr. altresì A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 25: "Nella seconda fase – protrattasi per circa un quarantennio – i germi di sussidiarietà presenti nella Costituzione sono stati sistematicamente soffocati. Nel corso di essa, si è venuto consolidando un assetto reale, non solo, privo di riscontro nel disegno costituzionale, ma anche in aperta contraddizione rispetto ad esso, la cui cifra fondamentale può identificarsi nel centralismo".

28 Cfr. G. AMATO, *Aspetti vecchi e nuovi del «politico» e «sociale»*, cit., p. 22 che parla di un'"invadenza del sociale".

cistica²⁹, fino alla plausibilità - conseguente anche al limitatissimo, se non nullo significato attribuito all'ultima parte dell'art. 5 Cost.³⁰ sotto il profilo della sussidiarietà orizzontale³¹ - di monopoli pubblici non indotti dalla ristrettezza fisica dei beni o delle infrastrutture di servizio³², per passare alla sostanziale estromissione del cittadino dalla gestione di funzioni (e in misura minore servizi) pubblici³³, fino alla trasfigurazione delle nature private in pubbliche in nome della rilevanza collettiva delle attività svolte³⁴. Tutto questo dovendo solo aggiungere che il pluralismo sociale si basa sull'idea di libertà e, dunque, non ammette che quest'ultima si faccia potere di individui su altri individui, sicché di pluralismo

29 Una simile propensione culturale si rinviene financo nella giurisprudenza della corte Costituzionale; si veda al riguardo, Corte Cost., 28 febbraio 1992, n. 75: “Come schema generale di azione nella vita di relazione, basato sui valori costituzionali primari della libertà individuale e della solidarietà sociale, il volontariato esige che siano stabilite, da parte del legislatore statale, le condizioni necessarie affinché sia garantito uno svolgimento dello stesso il più possibile uniforme su tutto il territorio nazionale (n.spec. sentt. nn. 49 del 1987, 217 del 1988 e 49 del 1991). E ciò è richiesto - quantomeno in relazione alla connotazione essenziale delle attività e delle organizzazioni operanti in tal campo, nonché in ordine alla definizione del tipo di rapporti che devono intercorrere tra le varie istanze del potere pubblico e le organizzazioni dei volontari e in ordine alla determinazione delle relative modalità dell'azione amministrativa - al fine specifico di garantire l'essenziale e irrinunciabile autonomia che deve caratterizzare le stesse organizzazioni di volontariato e le loro attività istituzionali”.

30 Cfr. G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, 2009, *passim*.

31 Si tratta infatti di un collegamento emerso con chiarezza nelle riflessioni della dottrina solo di recente: F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “L'autonomia introdotta dall'art. 5 Cost. comporta una differenziazione verticale del potere, ma rende necessaria anche una differenziazione orizzontale, che consenta alla società civile di essere parte integrante dell'organizzazione amministrativa indipendentemente dallo strumento giuridico (diritto privato o pubblico) utilizzato”.

32 Cfr. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Milano, 2001, p. 273.

33 Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., p. 18: “il nostro modello continua ad avere per presupposto l'attribuzione esclusiva della gestione della sovranità all'apparato statale [...] mentre il cittadino è solo spettatore”; R. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, p. 124: “Ma se l'art. 2 Cost. appare orientato a promuovere l'affermazione di un modello “sociocentrico”, non può revocarsi in dubbio che sia rimasta per molto tempo inattuata o comunque ampiamente inespressa la direttiva costituzionale che imponeva di dare sviluppo al principio del pluralismo sociale. È mancata, per vero, per quasi un cinquantennio, non tanto la percezione della crescente rilevanza del fenomeno associativo o del ruolo sociale delle formazioni sociali - è stato, infatti, certamente colto il nesso tra la garanzia riconosciuta dall'art. 2 Cost. e le varie specificazioni della libertà associativa, corrispondenti ai diversi contenuti delle attività e degli interessi umani (economici, professionali, politici, religiosi, familiari, ecc.) riconducibili all'art. 18 Cost. - quanto la consapevolezza che queste ultime potevano “sollevare lo stato dai compiti che esse possono soddisfare spesso in modo più efficace e meno dispendiosi””. Non si prescinda da E. TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in *Persona, società intermedie e Stato. Saggi*, Milano, 1989, p. 234 ss..

34 Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2019, p. 71. Per una dettagliata disamina delle fattispecie, R. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 160 ss..

può basilarmente parlarsi unicamente in relazione a prestazioni amministrative in senso stretto e non anche trattando di funzioni, ove a quest'ultimo termine si sottintenda l'idea della unilateralità del potere. Che poi l'amministrazione si presenti oggi oggettivata è altro discorso ed in questa sede è sufficiente rimarcare l'essenzialità costituzionale del principio di legalità rispetto ai poteri amministrativi.

2.2. Autonoma iniziativa dei cittadini e sussidiarietà orizzontale nell'ordine costituzionale

Su questo quadro normativo e storico la riforma costituzionale impianta le previsioni dell'art. 118, c. 4 Cost., stabilendo che Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. La riforma interviene sull'intero art. 118 Cost. ove al c. 1 è stato introdotto il principio di sussidiarietà verticale, tale per cui le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Il richiamo che la Costituzione fa al principio di sussidiarietà rende necessario isolare un nucleo concettuale della nozione, onde poterne poi valutare il significato normativo e, conseguentemente, il tipo e la misura di prescrizioni discendenti sul legislatore ordinario e sulle amministrazioni. Diviene allora necessario rifarsi a riflessioni extragiuridiche in assenza, come innanzi osservato, di una definizione normativa espressa. In questo contesto, pare possibile limitarsi a sintetiche indicazioni, disponendosi di ricostruzioni dettagliate e di assoluto pregio³⁵, proprio a partire dalla prospettiva storico-filosofica. Ciò, tuttavia, avendo ben chiaro che per quanto il diritto – per le ragioni appena evidenziate – sia necessariamente tributario di altre scienze, i significati filosofici non si impongono *ipso facto* quali significati giuridici, dovendone la portata esser sempre

³⁵ Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 96.

verificata sistematicamente alla luce delle formule giuridiche prescelte e del raffronto con altri principi e valori dell'ordinamento.

Resta il fatto che, nella sintesi delle diverse sensibilità dei pensieri filosofici in tema di sussidiarietà, il concetto origina non semplicemente dal riconoscimento della naturale propensione umana ad occuparsi di quanto lo circonda ma anche da un'idea di capacità fortemente avvertita, ovverosia dalla convinzione per cui la cura della società spetti ad uomini e comunità in quanto “*propriari delle loro competenze, lavori, saperi, della stessa attitudine alla solidarietà*”³⁶. Questa dimensione genera l'evoluzione della nozione di capacità³⁷ in quella di autonomia-responsabilità e, coerentemente, una peculiare ridefinizione dei compiti dello Stato, centrati sulla funzione di controllo delle libere dinamiche dell'autonomia, fino alle visioni più nette (e solo in parte riconosciute dall'ordinamento) per cui “*il potere serve ai fini che non auto-definisce, ma che riconosce*”³⁸.

La nozione, nei termini in cui la si è appena sinteticamente ricostruita, si compone però di un secondo versante, che è quello della supplenza delle organizzazioni pubbliche. Queste ultime, in quanto portatrici di interessi collettivi, devono poter attrarre a se – avocandolo unicamente nella misura strettamente necessaria³⁹ – l'esercizio di quelle attività di interesse generale che manifestino determinati bisogni che la società non è in grado di soddisfare⁴⁰.

36 Ancora P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 99.

37 Cfr. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: “*Nella suddetta disposizione costituzionale, valorizzando l'originaria socialità dell'uomo (sentenza n. 75 del 1992), si è quindi voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini» che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese*”.

38 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 103; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “*Se la legalità si concretizza nel soddisfacimento dei bisogni sociali, sono i gruppi intermedi a determinare i fini dell'ordinamento*”.

39 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 3: “*c'è consenso generale sulla sostanza della sussidiarietà, la quale consiste in questo, che l'azione dei pubblici poteri deve essere contenuta entro i limiti di quanto è necessario per supplire all'inadeguatezza dei privati a provvedere ai bisogni sociali*”.

40 Cfr. S. CASSESE, *L'Aquila e le mosche*, cit., p. 373: “*Prima di procedere, si noti che il principio di sussidiarietà ha, nelle applicazioni canoniche e, poi, in quelle statali, due significati: da un lato, indica la supplenza dello Stato e cioè l'intervento di un organismo più importante, che agisce in caso di carenza di quello più a diretto contatto con la collettività; dall'altro, implica l'idea di sussidio e appoggio, nel senso di un*

Tenendo in disparte per un attimo il tema della selezione di questi bisogni e dei presupposti a che si producano attrazioni di competenze che non siano puro arbitrio⁴¹, va segnalato che tra queste due dimensioni della sussidiarietà orizzontale è possibile isolarne una terza – più confacente se si vuole all'etimologia stessa del principio (*subsidium*) - ovvero sia quella che ascrive allo Stato il compito, solo apparentemente riconducibile ad un *imperium paternale*⁴², di svolgere politiche attive a che l'essere umano sviluppi e perfezioni le sue capacità, in vista dell'obiettivo di una società basata sulla forza data dalla libera autonomia dei cittadini, dalla loro capacità – nutrita collettivamente - di darsi cura delle cose della comunità solidalmente⁴³. In questa prospettiva, la sussidiarietà non costituisce un prodotto finito, quasi che si trattasse semplicemente di attingere per l'organizzazione dello Stato alle naturali capacità rinvenibili nella società. Si tratta, piuttosto, di un progetto di costruzione di un peculiare profilo delle libertà individuali a valere quale obiettivo sociale. Nel prosieguo, si dirà quanto questa visione sembri ispirare il testo costituzionale, fino a far sì che a

intervento di un organismo più potente, che supplisce la debolezza di quello inferiore".

41 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 112, ove si legge, in riferimento alla elaborazione della dottrina sociale della Chiesa, che la sussidiarietà "postula e sollecita ad un tempo la capacità-autonomia e la correlativa responsabilità delle entità (siano esse individui o società di grado inferiore) a beneficio delle quali si predica un self-restraint dei pubblici poteri".

42 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 100: "la supplenza dello Stato, nei limiti in cui è prevista, significa anche «arricchire gli esseri umani tramite la pedagogia dell'autonomia»".

43 Cfr. Corte Cost., 28 febbraio 1992, n. 75: "Quale modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente presta personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità, il volontariato rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente. Della natura di tali diritti fondamentali il volontariato partecipa: e vi partecipa come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità".

quest'ultimo possano ascrivere gli stessi istituti della co-decisione e co-progettazione.

“Solidarietà, autonomia, responsabilità, partecipazione da parte dei soggetti privati e funzione essenzialmente regolativa da parte dei poteri pubblici sono dunque le direzioni in cui si ramifica e si manifesta il principio di sussidiarietà come principio di filosofia sociale”⁴⁴.

Quanto di tutto questo possa dirsi presente oggi in Costituzione è necessario specificare, consci del fatto che questo è tema ancora assai arduo non solo perché – come si è visto – il principio di sussidiarietà orizzontale è stato innestato in una struttura pluralista basata su una Carta costituzionale che annovera la libertà individuale quale principio fondamentale ma anche perché quell'innesto produce riverberi direttamente sul principio della rappresentatività democratica, peraltro affidandosi la Costituzione ad altra nozione – quella di attività di interesse generale – dogmaticamente stravagante rispetto alla tradizione nazionale⁴⁵, oltre che mutevole storicamente⁴⁶.

Ciò, invero, non impedisce di ricercare alcuni punti fermi a partire dal significato attribuibile al verbo “*favoriscono*”, al quale – come da subito correttamente osservato⁴⁷ ma con riserva di indugiare ancora sulla questione della sindacabilità delle scelte o delle inerzie e, quindi, sulle correlate posizioni giuridiche soggettive – non può per certo essere attribuito il significato di una mera esortazione o di riconoscimento di una semplice facoltà, mai disconosciuta an-

44 Così P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 114.

45 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 223 ss..

46 Si tenga presente che la mobilità dei confini della nozione risulta già nella Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa “ai servizi del mercato interno”, il cui art. 1 (Oggetto) stabilisce, fra l'altro, che “*La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità con le regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti*”.

47 Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 29: “*Interpretare la parola «favoriscono» come se dicesse «hanno la facoltà di favorire» sarebbe davvero strano: chi mai ha dubitato della possibilità che enti pubblici rappresentativi potessero dare aiuti, in danaro o in altro modo, a cittadini singoli o associati per svolgere attività giudicate di interesse generale? Tale facoltà cioè è sempre esistita; la disposizione dell'art. 118, co. 4, se interpretata come mera attribuzione di facoltà, non direbbe nulla di nuovo, sarebbe una disposizione costituzionale del tutto inutile, perché già presente da sempre nel nostro ordinamento*”.

che prima della riforma. Piuttosto, si tratta di uno specifico (ma da precisarsi) compito costituzionale, assegnato allo Stato e agli enti pubblici indicati al c. 4 dell'art. 118 Cost..

Al tempo stesso, si può propendere verso l'idea che il testo costituzionale (contrariamente alle possibilità offerte dalla nozione filosofica, mai così netta nelle distinzioni⁴⁸) accolga un'idea di sussidiarietà non estesa alle funzioni amministrative in senso tecnico ma limitata alle sole prestazioni di attività di interesse generale⁴⁹.

Ciò può osservarsi alla luce del raffronto tra il primo comma⁵⁰, ove si spende il termine “funzioni” nella distribuzione delle competenze tra ammini-

48 E d'altronde è nota in merito la posizione della Corte Costituzionale. *Cfr.* Corte Cost., 1 luglio 2010, n. 234: “non è fondato il presupposto da cui discende la censura della ricorrente, che sussista, cioè, nel nostro ordinamento un non superabile divieto ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative. Svariati sono i casi in cui ciò è stato previsto proprio da leggi che hanno superato lo scrutinio di costituzionalità ad opera di questa Corte”.

49 *Cfr.* V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 8: “Sembra dunque di dover affermare che il principio, in questa seconda accezione, opera, rendendo in parte elastico l'esercizio dell'amministrazione, non nell'ambito delle funzioni in senso tecnico (salvo quanto si dirà in ordine all'esercizio di poteri sostitutivi), cioè dell'esercizio di poteri amministrativi, ma in quello delle operazioni e prestazioni materiali, dei servizi, dell'attività negoziale, dell'attività di intervento finanziario nonché dell'iniziativa politica a tutela degli interessi della propria comunità. In tutti questi ambiti sicuramente il principio di sussidiarietà diviene operante e consente una notevole elasticità nell'esercizio dell'amministrazione e il sovrapporsi dei diversi livelli di governo nella cura concreta di esigenze collettive laddove queste si presentano”. Così anche G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 19: “la seconda non può mai riguardare la distribuzione di poteri di comando (almeno nel nostro ordinamento), giacché i privati non possono comandare su altri privati e meno che mai usare la forza (nei casi marginali in cui ciò è ammesso i privati divengono per ciò solo esercenti di pubbliche funzioni, e quindi assimilati nei limiti e doveri ad organi e funzionari pubblici); la sussidiarietà orizzontale dunque riguarda la distribuzione tra privati da un lato e pubblici poteri dall'altro dei compiti di erogazione di servizi e benefici, dovendosi stabilire se essi spettano agli uni o agli altri secondo il principio di sussidiarietà (principio che in tal caso, se ritenuto applicabile, dà la preferenza ai privati, salvo che si dimostri che nessun privato è disponibile o riesce a raggiungere i risultati ritenuti ottimali o comunque migliori di quelli raggiunti o raggiungibili dai poteri pubblici)”.

50 *Cfr.* M. INTERLANDI, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Dir. e Soc.*, 2022, p. 105: “Sotto altro profilo, per contrastare il rischio di un arretramento dell'intervento pubblico nell'attuazione dello stato sociale, dovuto alla carenza di risorse, l'amministrazione potrebbe rafforzare il ruolo del terzo settore, ricorrendo alla collaborazione della società, per intercettare e soddisfare le specifiche esigenze dei singoli contesti territoriali. Si che, piuttosto che arretrare, i poteri pubblici dovrebbero riorganizzarsi avvalendosi del contributo della società, per realizzare quel disegno di giustizia sociale che, per carenza di risorse, sarebbe difficilmente perseguibile. In questo modo lo Stato, pur rimanendo titolare della funzione pubblica connessa alla protezione sociale, converte il suo ruolo: da erogatore diretto del servizio a coordinatore delle attività dei privati”.

strazioni e il quarto comma⁵¹, ove si è deciso – deve ritenersi significativamente – di ricorrere per la sussidiarietà orizzontale a quello di “attività”⁵².

La dialettica tra primo e quarto comma – connaturale ad una scelta complessiva che ha introdotto in Costituzione le due diverse forme sussidiarietà⁵³ – consente però un’ulteriore e, per quanto subito si dirà, solo apparentemente banale considerazione: se le funzioni restano ascritte alla competenza delle amministrazioni⁵⁴, a queste, trattandosi di funzione e fatto salvo il potere legislativo, deve essere ricondotta anche la competenza a regolare le attività di rilievo generale ponendo obiettivi di interesse pubblico e, prim’ancora, la facoltà di selezionare quali attività ascrivere tra quelle, specie alla luce del fatto che le attività di interesse generale configurano un concetto giuridicamente flessibile, suscettibile di venir modellato dalle contingenze. In questa limitata prospettiva, lo spazio di concertazione con i cittadini ai fini anzitutto della co-programmazione non potrebbe che ritenersi assai risicato. Lo sguardo rivolto verso il solo primo comma dell’art. 118 Cost. evidenzia, infatti e al netto ovviamente della sussidiarietà verticale, uno stato delle cose più che tradizionale, per cui – in nome del

51 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., 1758: “E’ un disegno che vede da un lato riaffermata la titolarità delle funzioni in capo alle istituzioni politico-rappresentative locali: d’altronde, a fronte di fini e di scopi che formano oggetto anche di diritti individuali e collettivi costituzionalmente riconosciuti non vi può non corrispondere la responsabilità ultima delle istituzioni pubbliche”.

52 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo - voce)*, cit., p. 14: “Le “attività di interesse generale” sono altra cosa rispetto alle funzioni amministrative di cui al primo comma dell’art. 118, anche se in parte coincidono. Sicuramente le funzioni amministrative sono attività di interesse generale (tutta l’amministrazione lo è per definizione). Ma le attività di cui all’ultimo comma non comprendono funzioni amministrative in senso tecnico, esercizio di poteri amministrativi. Queste infatti sono riservate alla pubblica amministrazione, salvi i casi di munera espressamente previsti dalle leggi”.

53 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “Il rapporto tra sfera pubblica e formazioni sociali è strettamente connesso all’avveramento del sistema autonomistico della Repubblica, previsto già dall’art. 5 della Costituzione e consolidato dalla riforma del 2001. Sussidiarietà orizzontale e verticale si intrecciano e si sostengono a vicenda: l’autonomia delle formazioni sociali e dei livelli istituzionali interagiscono reciprocamente”.

54 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., 1762: “Il che non toglie che i ruoli siano differenziati: alle istituzioni politico-amministrative in quanto titolari delle funzioni e delle responsabilità verso la collettività viene sempre a spettare un ruolo di regolazione, di programmazione, di controllo anche quando non abbiano la gestione; alle strutture sociali viene a spettare un ruolo che è di iniziativa, di coprogettazione, oltre che primariamente di gestione nel quadro della regolazione, della programmazione e del controllo pubblico”.

principio rappresentativo democratico e dei relativi corollari che permeano la Costituzione – sono le amministrazioni che programmano; una visione, d'altronde, non dissimile da quella rinvenibile all'art. 13 della l. 7 agosto 1990, n. 241⁵⁵. Non può sottovalutarsi, tuttavia, che tra le molte riflessioni in materia, vi sia anche quella che ritiene fisiologico che le due sussidiarietà si incontrino in ciò che quella orizzontale non limiterebbe affatto i compiti dello Stato, né la sua prerogativa a fissarne di nuovi, rivendicandone solo la realizzazione⁵⁶. Per quanto questa costituisca un'indicazione basilare nell'economia delle considerazioni in materia di sussidiarietà, non può essere sopravvalutata in termini giuridici, dal momento che a ben vedere non risulta essere l'idea prediletta in Costituzione. Dal coniugio tra primo comma e quarto comma dell'art. 118 Cost., infatti, emerge una prospettiva molto più simile a quella filosofica di *subsidium* (“favoriscono”) che si è visto assegnare alle amministrazioni uno specifico compito, impegnandole – laddove libertà e amministrazione si intersecano (le attività di interesse generale) - a sviluppare, rafforzare e liberare le autonome iniziative dei cittadini.

La Costituzione, infatti, nell'art. 118 Cost. non pare andare alla ricerca di meri esecutori⁵⁷ di prestazioni definite dalle amministrazioni⁵⁸. Il che rende tutto

55 Cfr. R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit., p. 159: “la co-programmazione presenta anzitutto una spiccata valenza partecipativa, rappresentando una deroga al divieto di partecipazione dei privati ai procedimenti di pianificazione e programmazione sancito dall'art. 13 della legge n. 241/1990”.

56 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 115 che richiamando il pensiero dell'Hofmann evidenzia che “non vanno limitati i compiti e gli scopi dello Stato in sé, ma la loro realizzazione da parte dello Stato”.

57 Cfr. L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Torino, 2022, p. 298-299: “A fronte di enti del Terzo settore, mossi da intenti solidali, si è affermata l'importanza di non consentire solo forme di coinvolgimento competitive, limitate alla ricerca della migliore offerta, così da non sacrificare gli ulteriori apporti che gli operatori del non profit possono essere disposti a mettere in campo nel perseguimento di interessi coincidenti con quelli affidati alla cura delle pubbliche amministrazioni. Da qui la necessità di leggere e di attuare gli strumenti disciplinati, da ultimo, nell'art. 55 del Codice del Terzo settore come un qualcosa in più degli ordinari meccanismi di partecipazione al procedimento amministrativo, o di esternalizzazione dei servizi assistenziali, assicurando loro la qualifica di istituti di cittadinanza attiva, che consentano agli amministrati di prendere parte alle decisioni amministrative, pienamente legittimati non solo dalla tensione al soddisfacimento dei medesimi fini perseguiti dai soggetti pubblici, ma anche dalla propria volontà di condividere risorse aggiuntive, di apportare conoscenze e competenze legate al vivere quotidiano dei problemi a cui si cerca di dare una soluzione, e dunque di migliorare le condizioni di una collettività di cui si è parte”.

58 Non si prescinda, però, da F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 5: “ci si chiede cosa ne sia dell'inversione del movimento dall'alto verso il basso in movimento dal basso verso l'alto, che la sussidiarietà dovrebbe esprimere, e che è la ragione stessa che giustifica l'assunzione della sussidiarietà a principio: nel momento dell'attuazione, la logica della sussidiarietà è capovolta, e l'apporto dei

molto peculiare, dal momento che le pubbliche amministrazioni, titolari del potere di svolgere politiche in materia di attività di interesse generale (c. 1, art. 118 Cost.), non devono tanto darsi affanno ad assicurare la presenza dei cittadini nella esecuzione di prestazioni di interesse generale, quanto valorizzare, in questi settori, l'autonomia sociale in senso sussidiario (c. 4, art. 118 Cost.). Nel seguito, si dovrà evidenziare come da questa visione discendano precise implicazioni in ordine al valore giuridico degli istituti di co-programmazione e co-decisione, di cui andrà saggiata la dimensione direttamente costituzionale per quanto attiene vuoi ai momenti della compartecipazione alla regolazione delle attività di interesse generale, vuoi alla possibilità di sindacato giurisdizionale su quelle decisioni delle amministrazioni che siffatte peculiarità dovessero trascurare di ossequiare. Al tempo stesso, pure ci si dovrà soffermare su quali strumenti, tra quelli generalmente disponibili alle amministrazioni (abbandono dei sistemi di diritto amministrativo, appalti, concessioni, convenzioni o altre forme di partenariato), meglio si offrano alla realizzazione del disegno costituzionale, fermo restando, fin da ora, che non tutti appaiono parimenti congeniali ma anche che quel disegno – evidentemente basato su di un progetto politico che sebbene contenga in sé l'idea della ritrazione dei regimi di diritto amministrativo non la eleva ad unico parametro organizzativo – consente una certa qual duttilità nell'uso delle forme giuridiche, che viceversa la pura sussidiarietà orizzontale sembra escludere⁵⁹.

privati — la cui spontaneità e originalità sono la ragione della sussidiarietà — si riduce all'esecuzione di progetti altrui?

59 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 12: “Le considerazioni svolte fin qui mettono in dubbio il fondamento in diritto positivo del principio di sussidiarietà inteso come limite inerente al processo politico, che mette in discussione la legittimazione della funzione legislativa ad esprimere gli orientamenti della collettività. Esse mettono in luce altresì la non congruenza del contenuto del principio con l'impiego che viene fatto del principio medesimo quando se ne ravvisa l'attuazione nell'esternalizzazione di attività pertinenti alla sfera pubblica. La critica non si rivolge contro l'indirizzo che promuove la cooperazione tra le istituzioni e le formazioni sociali, nella varietà delle possibili forme, né contro la gestione dei servizi per mezzo delle imprese private. Essa vorrebbe, piuttosto, portare argomenti affinché i fattori rilevanti per le scelte che riguardano l'estensione e i modi dell'intervento pubblico si mostrino per quel che sono, con la forza persuasiva che traggono dai fatti e dal diritto pertinente, in un dibattito i cui esiti non siano pregiudicati dall'autorità del supposto principio di sussidiarietà orizzontale?”.

Prima di farlo, tuttavia, appare indispensabile, sempre ai fini delle considerazioni che si vogliono appresso svolgere su co-decisione e co-progettazione, soffermarsi sulle effettive possibilità di cui dispongono gli enti pubblici per la definizione delle proprie programmazioni in materia di attività di interesse generale, in un contesto che – contemplando la sussidiarietà orizzontale – potrebbe portare a ritenere sempre possibile l'avocazione anche di competenze esecutive, ove indotta da comprovate ragioni. Si è detto in più punti che la sussidiarietà orizzontale è stata impiantata nel contesto di un'architettura costituzionale basata su di uno statuto generale di pluralismo sociale (oltre che istituzionale), che trova la sua massima espressione in alcune previsioni costituzionali che rimarkano la natura libera delle attività prese in considerazione. A ciò aggiungasi, nell'ottica di fornire una perimetrazione complessiva degli istituti considerati, che la dottrina – ricorrendo all'esemplificazione dei doveri pubblici in materia di istruzione dell'obbligo – ha dimostrato che le possibilità della sussidiarietà orizzontale incontrerebbero il limite delle competenze amministrative assegnate dalla Costituzione, sicché in siffatte materie non vi sarebbe spazio per alcuna riorganizzazione in senso orizzontale⁶⁰. Vi è, però, che questa logica di trattenimenti deve essere pensata, secondo Costituzione, anche in senso inverso, alla luce di quell'essenza di libertà propria del pluralismo sociale, da concepirsi come immune dai meccanismi ascensionali tipici della sussidiarietà⁶¹. Qui ov-

⁶⁰ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 19: “Se il principio indica il percorso argomentativo che si deve seguire per spostare una competenza da un livello verso un altro livello, o viceversa per impedire questo spostamento se esso non è giustificato come il principio esige, allora non ha senso parlare di applicazione del principio quando il livello è già stato individuato e non può essere modificato”; si veda anche F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 10: “Quando la Costituzione assegna un compito determinato ai poteri pubblici, non vi è spazio per il principio di sussidiarietà, poiché la valutazione riguardo all'allocazione del compito è stata compiuta dalla Costituzione medesima. L'analisi delle singole disposizioni mostra che il ruolo che la Costituzione assegna ai poteri pubblici per il soddisfacimento dei diritti sociali non è uniforme, cosicché le iniziative dei privati che aspirano al riconoscimento della loro funzione di interesse generale trovano spazi diversi, in corrispondenza con la diversa modulazione dell'intervento pubblico”.

⁶¹ Per V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 13 è impedito “al legislatore, di pubblicizzare, sia sotto il profilo soggettivo (trasformazione di istituzioni private in enti pubblici) sia sotto il profilo oggettivo (sostituzione di attività private con attività delle pubbliche amministrazioni), settori nei quali l'iniziativa autonoma dei soggetti privati sia presente nella gestione di attività di interesse generale”.

viamente non si mette in discussione il potere pubblico di ciascun apparato secondo i mezzi di governo di cui dispone di dettare la disciplina di interesse generale in materie pur ascritte a libertà, quanto piuttosto si vuole solo porre in risalto che la misura della regolazione non dovrebbe spingersi al punto da impedire che il pluralismo – con le sue congenite prerogative di libertà - possa esplicarsi, per essere poi attratto a livelli superiori di governo. Cionondimeno, onde dare contezza di quanto tutto appaia ben più articolato rispetto alla mera sussidiarietà, occorre tornare a rimarcare che il principio rappresentativo democratico, proprio alla luce dell'art. 118 Cost., è stato intaccato dalla riforma costituzionale solo per ciò che attiene all'organizzazione del momento esecutivo (art. 118, c. 4 Cost.), sicché le programmazioni amministrative di attività di interesse generale possono continuare ad esprimere sensibilità specifiche, se si vuole anche politiche. Tutto ciò lascia prospettare un sistema di regolazione a carattere gradualistico, in cui prescrizioni di interesse generale volte ad una conformazione rispettosa delle libertà sociali di un sistema pluralista possano convivere con altre, più invasive anzitutto nei contenuti, prescelte per inverare peculiari programmi pubblici. Queste due dimensioni delle potestà pubbliche presentano evidenti punti di contatto, risultando comune ad entrambe la facoltà di beneficiare di forme di sostegno e l'indole libertaria data dalla autonomia organizzativa di singoli e loro raggruppamenti. I meccanismi ascensionali della sussidiarietà orizzontale (anche nella versione accolta all'art. 118 Cost.) dovrebbero, ove ne ricorresse il caso, interessare solo il secondo tipo di regolazione, fermo restando che le politiche sociali liberamente espresse attraverso queste misure non dovrebbero al contempo poter mai, in fatto o diritto, rendere impraticabile il regime di libertà sociali ascrivibile al pluralismo costituzionale, confermando – in prospettiva, però, ben diversa rispetto al passato – un'organizzazione dualistica della società⁶².

62 Per parte della dottrina, di contro, con sfumature di posizioni, l'originario dualismo non sarebbe stato intaccato, *cf.* D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 83: “secondo l'orientamento che tende a prevalere in dottrina, nei settori speciali il principio di sussidiarietà non potrebbe smentire il principio pluralistico, limitandosi a richiedere un adeguato bilanciamento dell'iniziativa

Emerge, così, quanto complessa possa essere – già solo metodologicamente - l'operazione di costruzione dell'ordinamento alla luce dell'art. 118 Cost., avvinto tra le maglie delle libertà (anzitutto, artt. 2 e 3 Cost.)⁶³ ed il tributo, in ogni caso costituzionalmente imprescindibile, all'autonoma iniziativa dei cittadini (c. 4, art. 118 Cost.), doveroso anche nei luoghi in cui, preservata la libertà del pluralismo sociale, l'amministrazione gode di più ampi margini di visione e programmazione⁶⁴.

2.3. Co-programmazione e co-progettazione quali forme di partecipazione costituzionalmente necessitate

In questo contesto, così innegabilmente intriso di libertà e autonomia, deve allora chiedersi se possa accordarsi un qualche significato giuridico specifico a forme di partecipazione dei cittadini alla definizione dei programmi di interesse generale e alla susseguente loro più specifica progettazione. Tanto si ritiene di dover fare incaricandosi anche della questione della possibilità di configurare co-programmazione e co-progettazione quali momenti di un processo decisionale comunque autoritativo⁶⁵, ovvero – più fedelmente rispetto alla loro

pubblica e privata, così da garantire la libertà d'iniziativa, il diritto di scelta degli utenti e la limitazione dello spreco di risorse pubbliche”.

63 Cfr. D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 36: “*si tratta di libertà sociali che non sono riconducibili né allo Stato né al mercato, bensì a quelle forme di solidarietà che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico e riconosciute alla stessa maniera in cui vengono riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale*”.

64 Cfr. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 29: “*È, infatti, ragionevole ritenere che, in un sistema che accolga il principio di sussidiarietà orizzontale, si richieda anche una graduazione attentamente calibrata delle azioni che lo stesso pubblico è legittimato a porre in essere, per rapportarsi sussidiariamente al privato: potendosi ammettere il ricorso a mezzi più forti ed intrusivi, solo negli ambiti e nei casi in cui una strumentazione soft non sarebbe adeguata*”.

65 E' questa la prospettiva che parrebbe sviluppata in V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, cit., p. 189 ss.: “*L'apporto volontario dei cittadini, spesso depositari di importanti informazioni sulla natura dei luoghi, non acquisibili altrimenti o altrettanto rapidamente dall'amministrazione, appare prezioso in una prospettiva di affiancamento nell'esercizio di poteri che rimangono comunque, per loro natura, autoritativi. Gli stessi accordi di fiume del resto vengono approvati con un provvedimento. L'ottimale gestione e preservazione della risorsa idrica, in particolare delle aree fluviali, nonché la protezione del paesaggio, a causa della estrema frantumazione degli interessi e dei poteri coinvolti, necessita, in via integrativa, si ripete, dell'apporto collaborativo dei cittadini, i quali se responsabilizzati possono fare molto, anche in termini di vigilanza per la preservazione di tali ambiti, esercitando una sorta di controllo diffuso sulla risorsa (sentinelle ambientali)*”.

etimologia - quali forme di amministrazione effettivamente condivisa, da svolgersi, per qualche ragione, attraverso moduli convenzionali.

Ciò che, però, si intende vagliare prioritariamente è se l'incontro tra amministrazione e autonomia che l'art. 118 Cost. propone generi – quali che siano - momenti costituzionalmente non rinunciabili di dialogo. È ben noto, a tal riguardo, che la scelta fatta propria dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 sia quella di circoscrivere la partecipazione, che pur si è voluto qualificare come livello essenziale di prestazioni (art. 117, c. 2, lett. m) Cost.), ai soli provvedimenti terminali dell'azione amministrativa, disponendo a tutt'oggi l'art. 13 che le previsioni del III capo (quello dedicato proprio alla partecipazione) non trovano applicazione nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (ferme le particolari norme che ne regolano la formazione). Si è visto, peraltro, che lo stesso art. 118, c. 1 Cost., se isolatamente considerato, presenti un impianto del tutto tradizionale per ciò che attiene all'esercizio delle funzioni amministrative, ascritte a riserva di Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato. Una medesima prospettiva si potrebbe essere indotti a ricavare addirittura proprio dal c. 4, dell'art. 118 Cost. una volta che ci si concentri sull'obbligo posto a carico delle amministrazioni di favorire la ricostruzione dell'ordinamento su base sussidiaria.

Accade, però, e lo si è già posto in luce in precedenza, che le funzioni di programmazione e progettazione in tema di attività di interesse generale intersechino vuoi lo statuto generale di pluralismo sociale di cui è permeata l'intera Carta costituzionale⁶⁶, vuoi l'autonoma iniziativa dei cittadini del c. 4, dell'art. 118 Cost.⁶⁷, sicché – vien da chiedersi - in che misura l'organizzazione delle at-

⁶⁶ Cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2020, p. 553.

⁶⁷ Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 57: “Dunque, seppure la cura concreta degli interessi generali rimane sempre formalmente in capo alle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, tuttavia il contenuto sostanziale della decisione può essere compartecipato o determinato da un'organizzazione di tipo privatistico strutturalmente estranea all'organizzazione pubblica, ma comunque intervenuta nel

tività di interesse generale possa realmente riflettere, come di fatto la Costituzione pretende, siffatta complessità e ricchezza, senza che l'amministrazione di turno – proprio nel momento della individuazione dei bisogni e della selezione dei mezzi rispetto agli obiettivi - si sia garantita e abbia garantito la partecipazione dei cittadini alla costruzione di programmi e progetti⁶⁸. Non può darsi – se ne è convinti - altra alternativa al dialogo procedimentale⁶⁹, l'unico in grado di assicurare quel livello di approfondimento e pertinenza delle soluzioni (doveroso in un'indagine destinata alla allocazione di competenze alla luce della logica dell'adeguatezza) che solo con la compartecipazione dei cittadini si può mirare ad ottenere, specie considerando che dette soluzioni devono basilarmente costituire la risultanza dell'autonomo apporto delle iniziative offerte dalla società (le amministrazioni favoriscono l'“autonoma iniziativa dei cittadini”, recita l'art. 118, c. 4 Cost.⁷⁰. Allo stesso tempo, la crucialità del dialogo emerge anche dal fatto che, come si è visto, la sussidiarietà è costruzione dal basso e l'avocazione di competenze esecutive da parte dell'amministrazione sottrazione di queste ai cittadini che ne sono i naturali titolari, sicché la partecipazione ai momenti decisionali in cui siffatta sottrazione potrebbe prodursi costituisce presidio di legalità ed appare, anche da questo profilo, imprescindibile.

procedimento di definizione dell'interesse generale”.

68 Cfr. L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2019, p. 7; P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2017, p. 63; L.R. PERFETTI, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2021, p. 15.

69 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 53: “Il trasferimento di funzioni e di servizi alle collettività territoriali in forza della sussidiarietà verticale costringe gli enti territoriali a coinvolgere singoli e formazioni sociali nel pensare e realizzare nuove forme di risposte locali ai bisogni del territorio e, conseguentemente, a creare strutture organizzative a geometria variabile con compiti assegnati ad enti pubblici o a questi ultimi in collaborazione con formazioni sociali oppure integralmente attribuiti a formazioni sociali”.

70 Cfr. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: “Gli ETS, in quanto rappresentativi della “società solidale”, del resto, spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della “società del bisogno””.

Alla luce di tutto ciò, non risulta affatto peregrino parlare di co-progettazione e co-programmazione (quale che sia il significato specifico – che andrà perlustrato - da attribuire a ciascuna di queste espressioni) come di strumenti costituzionalmente necessitati di esercizio della funzione amministrativa in materia di attività di interesse generale. Ciò a maggior ragione – ma a patto di non minimizzare l'importanza delle funzioni amministrative di controllo – alla luce di quelle indicazioni in tema di amministrazione condivisa ai sensi dell'art. 118, c. 4 Cost. che evidenziano che il senso più profondo dell'innovazione costituzionale sia quello del superamento del concetto dell'idea di pubblico e privato quali controparti in ontologica divergenza di posizioni, perché la Costituzione, assegnando la cura degli interessi generali non più solo alla pubblica amministrazione, evidentemente configura – raccogliendola dalla società (art. 2 e 3 Cost.) – la possibilità di una convergenza di sensibilità, passioni ed interessi, che supera ogni prospettiva conflittuale, fino ad impedire di pensare, per la disciplina dei rapporti, al tradizionale schema sinallagmatico⁷¹.

2.4. Corollari e specificazioni (sulla legge generale sul procedimento; sullo spazio applicativo dell'art. 118, c. 4 Cost., sulla sindacabilità delle scelte in materia di sussidiarietà)

Queste considerazioni portano con se corollari e specificazioni, che si ritiene opportuno segnalare nella prospettiva di aprire poi le riflessioni sul Codice del Terzo Settore.

Anzitutto, esse mettono in dubbio la perdurante legittimità della scelta effettuata all'art. 13 della l. 7 agosto 1990, n. 241 perché, nei termini in cui la si

⁷¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 25: "E si modifica anche la posizione del terzo, nel senso che il suo interesse (quello che rileva alla stregua dell'ordinamento) non è più, come nei modelli dell'amministrazione tradizionale (anzi, per definizione non è, e non può essere), solo un interesse di natura economico-patrimoniale o comunque di difesa legittima di posizioni individuali; ma in questo tipo di rapporti diventa un interesse che viene a coincidere con l'interesse, la cui cura concreta sarebbe per definizione di competenza dei pubblici poteri. Pertanto, il rapporto che si instaura con l'amministrazione, a differenza che negli altri modelli di amministrazione (nella sede procedimentale secondo il primo modello, nella sede negoziale, secondo gli altri modelli di cui s'è detto), non è più un rapporto di carattere sinallagmatico"; D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 37.

è osservata, la programmazione delle attività di interesse generale deve essere necessariamente partecipata, configurando livello essenziale di prestazioni⁷² e ciò per ragioni non dissimili da quelle che così qualificano la partecipazione procedimentale ai sensi della legge sul procedimento amministrativo. Maturano al momento della programmazione decisioni che possono incidere direttamente su prerogative costituzionali che riguardano i cittadini (avocazione delle attività di interesse generale verso un superiore livello amministrativo), senza mancare di rimarcare nuovamente che la completezza delle ricostruzioni, a fronte di un sistema che deve mirare alla valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini, non può prescindere dall'apporto di questi⁷³.

Sempre nell'ottica di interessarsi poi ad alcune scelte contenute nel Codice del Terzo settore, si aggiunge che il testo costituzionale costruisce il compito pubblico di favorire la presenza autonoma dei cittadini nei servizi di interesse generale in via indiscriminata, ovverosia senza alcuna differenziazione tra categorie di cittadini e nemmeno tra modelli organizzativi⁷⁴, sicché – per quanto il

72 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “la stessa eguaglianza sostanziale, prescritta dalla Costituzione, non può più essere perseguita attraverso l'uniformità di modelli organizzativi fondati sulla supremazia gerarchica come garanzia di trattamenti giuridici uniformi, ma va ricostruita sul parametro dei livelli essenziali delle prestazioni”.

73 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 62: “Invero, la sussidiarietà orizzontale, inestricabilmente connessa con il più prossimo livello territoriale in forza della sussidiarietà verticale, indica una nuova modalità con cui le amministrazioni debbono curare gli interessi generali. In un contesto sociale che ha subito un'evoluzione epocale, cambiano le modalità di soddisfare gli interessi generali ed i bisogni individuali: le amministrazioni non sono più quelle che insegnano, secondo una regola predeterminata dalla norma, le modalità di realizzazione degli interessi, ma sono anche amministrazioni che apprendono, dal contesto sociale in cui agiscono, le modalità specifiche con cui produrre l'interesse pubblico, interagendo con i soggetti sociali per la cura di beni di interesse comune”.

74 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “Ciò non significa relegare il principio di sussidiarietà orizzontale nel limbo delle attività non profit, utili solo a garantire servizi in settori non remunerativi. La dottrina, infatti, ha ben rilevato come si possa far riferimento alla sussidiarietà orizzontale in tutte quelle ipotesi in cui le amministrazioni pubbliche sviluppano con le imprese rapporti di collaborazione, al fine di ottenere da esse prestazioni aggiuntive come conseguenza del sostegno ricevuto dalle amministrazioni. Questo modello, definito come cooperazione sussidiaria, spiega bene la rilevanza del modello sussidiario non limitato alle sole attività di volontariato, ma esteso anche ai rapporti remunerativi. La cittadinanza societaria non si limita, perciò, ad una terza via (il privato sociale) tra Stato e mercato, ma individua una nuova modalità della società attuale, che fornisce al giurista un'utile chiave di lettura di fenomeni non più interpretabili alla luce della dicotomia pubblico/privato o meglio della contrapposizione tra istituzioni pubbliche e società”.

tema riscontri in dottrina diversità di opinioni⁷⁵ – la partecipazione ai momenti della co-decisione parrebbe assicurata in Costituzione tanto agli operatori con impostazione lucrativa che a quelli non curanti del profitto.

Vi è poi da svolgere un ulteriore rilievo, una volta premesso che le seguenti considerazioni attengono precipuamente alla dimensione amministrativa del tema della sussidiarietà, per quanto molte tra queste – al netto dei profili formali di gerarchia dell'ordinamento – parrebbero comuni anche a quella legislativa. È opinione comune quella per cui la decisione in ordine alla opportunità di attrarre a livello di pubbliche amministrazioni l'erogazione di attività di interesse generale, oltre che basata su valutazioni non certamente solo economiche⁷⁶, sarebbe esposta a tante e tali variabili da configurarsi come momento sostanzialmente politico, come tale non sindacabile⁷⁷. Si è visto, tuttavia, che per quanto la decisione attorno ai contenuti delle attività di interesse generale e a chi sia il soggetto più adeguato a prenderle in cura si presti a riflettere disparate sensibilità in nome del principio democratico, deve necessariamente fondarsi su di una convinzione di inadeguatezza dei cittadini a farsene carico; un siffatto giudizio, onde non riflettersi in una mera decisione ideologica, con ciò esautorando lo stesso significato di compito che la Costituzione ha impresso nell'art. 118, non può prescindere da un'apposita istruttoria basata su fatti, riscontri e verifiche dettagliate in ordine alla sussistenza di un'offerta privata – se del caso

⁷⁵ Per una compiuto ricostruzione del dibattito, D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 75 ss..

⁷⁶ Cfr. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 18: “Deve, in particolare, sottolinearsi che la maggiore o minore adeguatezza non va misurata in termini esclusivamente economici o di efficienza. Parametri del genere, infatti, se possono essere idonei allo scopo in certi casi (quando si tratti – ad esempio – di verificare la convenienza, o meno, della creazione di una tipografia comunale o di un'impresa pubblica di trasporto), risultano manifestamente inadeguati, ove nel giudizio debbano entrare altre variabili. Si pensi – per mantenerci nell'ambito dei rapporti Stato - mercato – a quelle esigenze di garanzia rispetto alle quali non è indifferente la natura del soggetto erogatore del servizio, come – ad esempio –: la garanzia dell'universalità della tutela del diritto alla salute, quella dell'imparzialità delle forze dell'ordine, la garanzia delle libertà d'insegnamento e di ricerca in ambito universitario”.

⁷⁷ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 29: “alla fin fine ogni decisione è politica e spetta alla maggioranza del momento (con scarse o nulle possibilità di riconsiderazione da parte dei giudici, Corte costituzionale compresa)”.

da subsidiare – in grado di soddisfare appropriatamente le aspettative dell'amministrazione⁷⁸.

Questo agire, amministrativo quanto a provenienza soggettiva, amministrativo – come si è provato a dire - nelle forme procedurali e inevitabilmente motivato⁷⁹, presenta le sembianze tipiche della decisione discrezionale⁸⁰, come tale sempre verificabile in giudizio⁸¹ da chi ne abbia interesse, in nome – si direbbe oggi per stare al lessico più in voga – della *full jurisdiction*, che impone un metodo di verifica *point by point*, contro ogni *ipse dixit* dell'amministrazione⁸². Il contraltare di questa impostazione è che già in Costituzione può essere rintracciata una posizione soggettiva a valenza giuridica in capo ai cittadini ad agi-

78 Cfr. G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in *www.astrid-online.it*, 2008, p. 20; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni, garanzie*, Bologna, 2013, p. 377 ss..

79 Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 48: “Come si vede, in questo modo sia le leggi, sia gli atti amministrativi, come conseguenza del principio di sussidiarietà orizzontale, quando vertono su attività assistenziali, debbono essere motivati in modo adeguato per gli aspetti sopra indicati, e giudicati illegittimi se la motivazione manca, oppure è insufficiente, o basata su dati erronei. La discrezionalità sia del legislatore che della pubblica amministrazione viene drasticamente delimitata e orientata”.

80 Cfr. L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 635 ss..

81 Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà – ma con precipua attenzione a quello verticale - si veda M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 298 ss.: “Ebbene, in proposito, va senz'altro riconosciuto che svolgere detto sindacato significa sottoporre a scrutinio scelte amministrative – quelle di allocazione delle funzioni amministrative – che, come si è già rilevato, sono spesso caratterizzate da ampie profili di discrezionalità e che, in ogni caso, per loro natura, presentano sempre un nucleo essenziale e insopprimibile di merito politico. Quanto appena osservato non toglie di certo, però, che tali scelte siano sindacabili; e ciò [...] con la possibilità, per il giudice, non soltanto di censurare le violazioni palesi e macroscopiche dei principi considerati, ma anche di effettuare un vaglio più incisivo, benché pur sempre “estrinseco”, sull'applicazione dei medesimi principi, condotto utilizzando i parametri della ragionevolezza e della proporzionalità”. Detto brano è riferito al sindacato sulle leggi, laddove sul tema del sindacato sulle decisioni amministrative – e si ritiene sotto il profilo della sussidiarietà orizzontale – si vedano le pp. 304-305.

82 Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, p. 1057; ID., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013. Cfr. F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019, p. 141 ss.; L. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction*, cit., p. 405 ss.. Non si prescinda da M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, p. 267 ss.; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss..

re in giudizio per sottoporre a controllo, al ricorrere ovviamente di un interesse attuale e concreto, la qualità delle scelte assunte dalle amministrazioni⁸³.

2.5. Ulteriori specificazioni

Si avverte, infine, la necessità di due ulteriori specificazioni.

La prima consiste in ciò che le formule di co-decisione configurano momenti necessitati dell'azione amministrativa in materia di attività di interesse generale eppure non sembra che da tale loro dimensione costituzionale possa anche discendere l'idea che il coinvolgimento dei cittadini alle decisioni che vada al di là della partecipazione stessa, per quanto da svolgersi in vista di obiettivi del tutto peculiari. L'istruttoria procedimentale volta alla regolazione delle attività di interesse generale mira costituzionalmente alla valorizzazione dell'autonomia iniziativa dei cittadini su base sussidiaria e sottintende l'idea che l'interesse pubblico (a partire dalla stessa possibilità che l'esercizio delle attività si confermi quale competenza dei cittadini) si sveli attraverso una circostanziata indagine sulle capacità che la società offre di inverare le intenzioni programmatiche delle amministrazioni; cionondimeno la funzione programmatica in materia rimane – come in più punti osservato - assegnata alle amministrazioni (art. 118, c. 1 Cost.)⁸⁴, sebbene con il computo precipuo di favorire i cittadini (art. 118, c. 4 Cost.). Alla luce di ciò, e pur consapevoli di quanto il modello della

83 Sulla legittimazione nel processo amministrativo di legittimità, non si prescinda da S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2019, *passim*; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, *passim*; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale, Neutralità metodologica e giustizia amministrativa "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, *passim*; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, *passim*. Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Milano, 2020. Non si prescinda nemmeno da G. TROPEA, *Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2021, p. 319 ss.; L. FERRARA – F. ORSO, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Dir. Pubbl.*, 2020, p. 717 ss..

84 Cfr. V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, cit., p. 188 ss.: “La loro natura di beni a “demanialità custodiale”, nel senso indicato dalla migliore dottrina citata nel presente lavoro, presuppone per lo più l'utilizzo di poteri autoritativi -si pensi ad es. all'esercizio della tutela in via amministrativa dei beni demaniali-che ben potrebbero essere integrati, ma non certo sostituiti, dall'intervento dei privati in applicazione del principio di sussidiarietà”.

amministrazione condivisa, specie in settori non lucrativi, costituisca volano e invero di rinnovate visioni nei rapporti tra cittadini e amministrazione⁸⁵ (il punto verrà ripreso e specificato nel seguito⁸⁶), non si ritiene che le posizioni giuridiche soggettive riconosciute ai cittadini in tema di sussidiarietà debbano essere concepite, sotto il profilo considerato, ad una stregua diversa rispetto alla generalità delle altre, allorché interessate da un episodio di esercizio del potere amministrativo (ovverosia quali posizioni suscettibili di subire soccombente a fronte di una decisione amministrativa che può assumere vesti unilaterali).

In secondo luogo, va considerato, specie perché molte delle cose che si evidenzieranno si ritroveranno nella disamina degli artt. 55 ss. del Codice del Terzo settore, che il dialogo tra amministrazioni e cittadini nei settori di interesse generale presenta livelli di interazione e approfondimento differente, sostanzialmente riconducibili – mutuando proprio la sistematica del Terzo Settore - a co-programmazione e co-progettazione (ovviamente tenendo in disparte l'eventualità che il settore delle attività di interesse generale venga conformato alla logica della sussidiarietà più pura, attraverso la minimalizzazione del diritto amministrativo agli schemi basilari delle semplici autorizzatori o delle segnalazioni certificate). Al riguardo, non si è mancato di rilevare che nessuno di questi momenti avrebbe realmente a che fare con la sussidiarietà orizzontale, se immaginata proprio come ritrazione dei regimi di diritto amministrativo in favore delle libertà sociali⁸⁷. Se questo è vero, pare del pari corretto rimarcare che co-

85 Quest'ultima pare la convinzione rinvenibile in R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit., p. 160: “Tale impostazione, assunta dalle Linee guida, non pare condivisibile, non solo nella misura in cui relega la co-progettazione a mera fase sub-procedimentale, esautorata dell'autonomia faticosamente conquistata con il Codice del Terzo settore, ma soprattutto perché svilisce la natura collaborativa dell'istituto, disperdendone le potenzialità all'interno di un rapporto procedimentale autoritativo e certamente non paritario”. Fin da subito, per una impostazione sistematica del più intimo significato dell'espressione “amministrazione condivisa”, non si prescinde da G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. ARENA - M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, 2022, p. 1 ss..

86 Fin da ora cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 32: “La posizione del terzo non è più la posizione di colui che difende interessi propri, ma di colui che partecipa, collabora, nell'elaborazione, in concreto, dell'interesse generale”.

87 Con riferimento alla co-programmazione cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020, p. 5: “La partecipazione dei privati all'elaborazione degli atti di programmazione — che nella rappresentazione dei teorici concilierebbe il carattere autoritativo delle decisioni

programmazione e co-progettazione rispondano allo schema costituzionale di distribuire nella società l'esercizio di attività di interesse generale nella misura in cui il loro utilizzo effettivamente si diriga – come Costituzione impone – verso la valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini⁸⁸. Ciò perché – a ben vedere – quella autonomia pare suscettibile di inverarsi anche mediante il ricorso a strumenti tradizionali del dialogo pubblico-privato, grazie ad una certa qual duttilità delle forme giuridiche, che non precludono l'elaborazione di contenuti conformi agli obiettivi costituzionali. Si è visto, in particolare, che nulla osti e che anzi la Costituzione suggerisca di continuare a configurare la co-programmazione secondo i tratti tipici delle attività unilaterali dell'amministrazione, una volta che si sia rimarcata l'essenzialità della partecipazione procedimentale da parte dei cittadini fin da questo momento e proprio al fine di far emergere il loro apporto costruttivo libero e autonomo. Lo stesso dicasi per la co-progettazione sia pur da altra prospettiva. Al riguardo mette conto considerare che l'indagine sulla progettazione delle attività di interesse generale potrebbe, in astratto, sempre chiudersi con la decisione di trattenere direttamente in capo alla pubblica amministrazione l'erogazione di prestazioni di interesse generale; concettualmente, nulla osta a che il settore considerato venga liberalizzato, ogniquale volta la risposta della società agli interessi dell'amministrazione sia risultata nel complesso adeguata. Allorquando, però, ciò non sia, e le amministrazioni – cui resta imputata la funzione di regolazione degli interessi generali – vogliano assicurarsi il raggiungimento di determinati obiettivi, allora lo schema prediletto non potrà che esser quello della stipula di accordi, secondo la logica dell'approvvigionamento di servizi. In quest'ottica, può immaginarsi uno spa-

in materia di servizi pubblici con le istanze della sussidiarietà — soddisfa l'esigenza di carattere generale che gli interessati intervengano nei processi decisionali che li riguardano, ma non trasforma il rapporto tra i poteri pubblici e i privati in una relazione di sussidiarietà”.

⁸⁸ Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 53: “La varietà di attuazione del principio di sussidiarietà dimostra come esso sia strettamente legato alla visione comunitarista della nostra Costituzione. Lo scopo della sussidiarietà è consentire alla persona, organizzata nelle formazioni sociali intermedie, di partecipare alla vita sociale, esplicitando i bisogni personali e cercando di darvi una risposta in termini di servizi alla collettività”.

zio di amministrazione condivisa, a patto che lo schema negoziale non ripieghi verso il mero appalto ma acceda ad una delle forme del partenariato pubblico privato in cui la convenzione stipulata tra le parti sia il frutto di stimoli e prospettive sociali provenienti dalla società e la sua regolazione operativa rifletta l'autonoma iniziativa di questa⁸⁹.

Ciò, invero, al di là di ogni enfaticizzazione circa l'indiscutibile valore sinergico e di collaborazione che – nelle sinergie non lucrative – la sussidiarietà genererebbe, a fronte della propensione, che pare ugualmente non discutibile, a generare posizioni corporative e categoriali anche nei settori a più naturale impatto sociale, per contrastare le quali è necessario rimarcare l'indispensabilità di amministrazioni capaci di verifiche e controlli, a partire ovviamente dall'adempimento delle obbligazioni dedotte in convenzione⁹⁰.

3. Forme di amministrazione condivisa nel Codice del Terzo Settore. Introduzione

L'art. 55 del Codice del Terzo settore annovera tra gli strumenti di dialogo tra amministrazioni e enti *no profit* gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione. Si tratta di figure comunemente ascritte al modello della “*amministrazione condivisa*”⁹¹. È un fatto, in ogni caso, che il coinvolgimento degli enti del Terzo settore non risulta limitato alla mera erogazione di attività di in-

89 Così ma con specifico riguardo alla co-progettazione *cf.* R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit., p. 166: “La co-progettazione rappresenta un “luogo” – in senso astratto e giuridico – ed un “momento” – in senso procedimentale – di costruzione ed eventualmente realizzazione degli interventi sociali, improntato sul dialogo e sul confronto sinergico tra amministrazione ed enti del Terzo settore, attraverso la messa in comune di idee e di risorse (economiche, umane e materiali). [...] L'istituto de quo, ponendosi in un momento antecedente all'esecuzione delle prestazioni, rappresenta uno strumento di coproduzione “dal basso” dei servizi, che supera il tradizionale rapporto pubblico-privato fondato sulla dinamica committenza/fornitura in favore di una relazione paritaria tra i partners idonea a valorizzare le capacità, l'esperienza e le sensibilità degli enti del Terzo settore per l'individuazione e la realizzazione di interventi innovativi e personalizzati?”.

90 *Cfr.* G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi*, cit., p. 97: “Non è chi non veda infatti – già lo si ricordava – come in tutti questi anni la dialettica sociale espressa dal dispiegarsi delle esigenze della partecipazione abbia finito per mettere in rilievo anche la dimensione individualistico-egoistica della partecipazione stessa, producendo l'irrigidimento delle posizioni corporative e categoriali, così da fare spesso della nostra società una società bloccata nei suoi essenziali meccanismi di aggregazione, di coordinamento e di trasformazione?”.

91 *Cfr.* D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 443, anche per l'ampio richiamo bibliografico.

teresse generale, perché questi ultimi sono chiamati ad un ruolo attivo fin dal momento della definizione dei programmi e dei progetti.

Prima di precisare in che cosa effettivamente si traduca questa compartecipazione, mette conto osservare che l'art. 56 affianca a co-programmazione e co-progettazione la figura della convenzione, che per espressa previsione normativa non è aperta a tutti gli enti del Terzo settore ma alle sole organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale. L'art. 57 regola una ipotesi specifica di convenzione, relativa al servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

La conformazione data dal legislatore a queste due ultime figure le rende, almeno apparentemente, meno interessanti ad una indagine in materia di amministrazione condivisa, perché le sembianze delle convenzioni sembrano richiamare schemi negoziali in cui è l'amministrazione che individua i bisogni ed i propri interessi, senza un apporto costruttivo dei privati, chiamati unicamente ad erogare le prestazioni richieste. Alla luce del quadro normativo che emerge dagli artt. 56 e 57 del d.lgs. 117/2017 nemmeno parrebbe sufficiente a consentire posizioni differenti la previsione del c. 1 dell'art. 57 che pur evidenzia che l'affidamento diretto deve garantire l'effettiva contribuzione a una finalità sociale e il perseguimento degli obiettivi di solidarietà, troppo timida risultando siffatta dicitura, considerata l'ambivalenza del testo che, nel complesso, si presta a significati che poco hanno a che vedere con l'idea di una fattiva compartecipazione alla costruzione di programmi di interesse generale. Ovviamente, nulla esclude – anzitutto perché non si rinvergono preclusioni espresse ma soprattutto perché l'art. 118, c. 4 Cost. fornisce un chiaro indirizzo di favore verso la valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini – che siffatti istituti, sia pur strutturati secondo i canoni usuali dell'approvvigionamento esterno di prestazioni, possano essere modellati all'uso dell'amministrazione condivisa, ovvero sia attraverso il coinvolgimento degli enti volta a volta legittimati fin dalla fase della programmazione delle necessità e degli obiettivi. Ove rivisti in

questa prospettiva, i due istituti pongono tematiche non dissimili da quelle che si intendono perlustrare trattando di co-programmazione e co-progettazione.

Nel muovere in tale direzione, pare necessario considerare evidentemente densa di significati la circostanza che l'art. 55, nell'assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore nelle attività di co-programmazione e co-progettazione, esordisca proprio con il richiamo al principio di sussidiarietà (oltre e significativamente, come si vedrà, ad altri principi). La norma, invero, non richiama espressamente l'autonoma iniziativa dei cittadini dell'art. 118, c. 4 Cost. eppure al binomio principio di sussidiarietà-coinvolgimento attivo contenuto nell'art. 55 può esser attribuita con sufficiente certezza quella matrice costituzionale. Se questo è corretto, si tratta allora di calare nel contesto di interesse molte delle riflessioni innanzi svolte circa la dimensione costituzionale della sussidiarietà, con l'obiettivo specifico di individuare in che modo e con quali peculiarità questa risulti invertebrata nell'ordinamento del Terzo settore e di comprendere, in particolare, in quale misura, alla luce delle scelte contenute nelle norme sotto esame, possa – come non pare dubitabile – effettivamente parlarsi per co-programmazione e co-progettazione di amministrazione condivisa⁹².

Aleggia, però, su questa impostazione il peso della questione dell'effettiva volontà del legislatore di fare della co-programmazione e co-progettazione una forma di amministrazione condivisa riservata unicamente agli enti del Terzo settore⁹³. È ben comprensibile che una spiegazione soddisfacente – che risulterebbe

92 Cfr. Corte Cost., 15 marzo 2022, n. 72: *“In particolare, i tratti caratterizzanti del sistema degli ETS sono il perseguimento del bene comune (art. 1), lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 5) senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), la soggezione a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (artt. da 90 a 97). Ciò radica tale sistema in una dimensione che attiene ai principi fondamentali della nostra Costituzione, in quanto espressione di un pluralismo sociale rivolto a perseguire la solidarietà che l'art. 2 Cost. pone «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico» (sentenza n. 75 del 1992) e a concorrere all'«eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione» (sentenza n. 500 del 1993). Proprio in quanto tale, questo sistema è valorizzato ai sensi del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, quarto comma, Cost., fino a dar vita, nell'art. 55 cod. terzo settore, a un modello di «amministrazione condivisa» tra gli ETS e le pubbliche amministrazioni (sentenza n. 131 del 2020)”*.

93 Problematicamente D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 384: *“Si delinea così il fondamentale problema che attraversa l'intera disciplina degli affidamenti di servizi sociali, ossia l'individuazione di un punto di equilibrio tra il principio di non discriminazione e parità di trattamento tra tutti gli operatori economici europei [...] e l'esigenza di conservare un ruolo centrale al Terzo settore nella*

evidentemente autoreferenziale - non può essere individuata nel fatto che i due istituti sono presi in considerazione nel contesto del Codice del Terzo settore, come tale dedicato alla disciplina delle relative formazioni sociali. La tematica merita, piuttosto, un approfondimento, volto proprio a verificare se effettivamente si ritrovino delle ragioni specifiche, memori del fatto che la Costituzione, di per sé, al netto dell'imparzialità dell'art. 97 Cost., nell'affidare il compito di favorire i cittadini nelle attività di interesse generale, non distingue tra finalità lucrative e non lucrative, né individua formazioni sociali privilegiate; di contro, nel Codice del Terzo settore la scelta della riserva verso gli enti *no profit* dettamente elencati risulta chiara⁹⁴ e così, invero, viene intesa in dottrina⁹⁵.

Cionondimeno in questa sede, nel rinviare all'analisi specifica di ciascuna figura, pare sufficiente definire meglio le questioni e, dunque, precisare che occorrerà appurare se il Codice del Terzo settore ponga *ex lege* una riserva di dialogo (in sede di co-programmazione) e di attribuzione di incarichi specifici (in occasione della co-progettazione) in favore dei suoi enti ovvero se configuri una preferenza, a patto che ciò legittimo sia, o ancora una mera eventualità discrezionale cui le pubbliche amministrazioni possano ricorrere. Ciò fermo restando che in occasione della attribuzione di incarichi specifici, il tema assume una connotazione non solo costituzionale ma anche di diritto dell'Unione, perché detti affidamenti sono interessati dalla questione della applicabilità delle norme europee sulla evidenza pubblica.

Prima di affrontare siffatte questioni mette solo conto di rammentare che, per l'art. 55 d.lgs. 117/2017, la co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da

fornitura dei menzionati servizi, dall'altro”.

94 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 447: “Nel complesso, dunque, la riserva agli ETS della facoltà di partecipare ai procedimenti di co-programmazione e co-progettazione può trovare ragionevole fondamento nella peculiare disciplina applicabile agli stessi, che garantisce la stabilità dell'impegno verso il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, ossia verso la realizzazione del progetto costituzionale di trasformazione sociale”.

95 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 456: “Il legislatore delinea una procedura comparativa riservata agli enti del Terzo settore”. Così in giurisprudenza: Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208.

soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili, mentre la co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti in sede di programmazione.

3.1. La co-programmazione tra riserva no profit, parità di trattamento, completezza dell'istruttoria e sussidiarietà

In precedenza, si sono esplicitate le ragioni che portano a ritenere che le norme costituzionali non riservino ai soli enti *no profit* le previsioni in materia di sussidiarietà orizzontale e che, piuttosto, senza limitazioni di carattere soggettivo, la partecipazione alla formazione degli indirizzi amministrativi relativi alle attività di interesse generale si configuri direttamente quale prerogativa costituzionale. Si è anche posto in evidenza che, in nome del principio democratico, le amministrazioni restano intitolate della possibilità di individuare obiettivi specifici in tema di attività di interesse generale e che, a livello di diritto amministrativo, tale facoltà configura esercizio di discrezionalità. L'art. 55 del Codice del Terzo settore, a propria volta, non esordisce richiamando la sola sussidiarietà ma offre all'amministrazione una vasta serie di altri punti di riferimento per guidarla nella programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di interesse generale (cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare).

Il c. 1 dell'art. 55, tuttavia, assicura la partecipazione alla co-programmazione unicamente agli enti del Terzo settore.

Fosse questo il significato ultimativamente attribuibile alla disposizione, si tratterebbe di una soluzione costituzionalmente poco spiegabile, specie se riletta alla luce delle dinamiche operative che il testo dell'art. 55 sollecita in materia di co-programmazione. L'istruttoria da svolgersi in sede di programmazione

dovrebbe aspirare al massimo della completezza possibile perché è in quella sede che si decide non solo in ordine ai bisogni da soddisfare ed ai relativi standard (in nome del principio democratico e della riserva di funzione amministrativa anche in materia di programmazione - art. 118, c. 1 Cost.) ma soprattutto perché – in nome del principio di sussidiarietà (espressamente richiamato *ab incipit* dall'art. 55) – è lì che si valuta anche l'adeguatezza della scelta di trattenere in capo alla società civile una determinata attività di interesse generale ovvero di avocarla al governo dell'amministrazione pubblica competente. L'istruttoria della fase di programmazione potrebbe portare l'amministrazione a ritenere non adeguata la scelta di regolare una specifica attività di interesse generale secondo la logica dell'affidamento ad enti *no profit*, allorquando – esemplificativamente - i fatti, sia pur nella loro fisiologica ambivalenza ricostruttiva, abbiano dimostrato che le compagini presenti (sul territorio o nello specifico segmento considerato) non siano in grado, per dimensione, organizzazione o esperienza, di assicurare i livelli che l'amministrazione intende raggiungere e che un supporto, anche economico, pur immaginato in loro favore, risulterebbe insostenibile o, con buona probabilità, inefficace⁹⁶. Per giungere a simili conclusioni, tuttavia, l'eshaustività delle conoscenze diviene dirimente. D'altronde, l'art. 55 non contempla alcun meccanismo ascensionale obbligatorio verso gestioni amministrative in senso soggettivo una volta che si sia appurata l'inadeguatezza di solu-

⁹⁶ Per un'attenta e più disamina di quella prospettata nel testo dei profili economici connessi alla ricostruzione della società in senso orizzontale, quale volano di sinergie tra pubblico e privato, non si prescinda da M. INTERLANDI, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, cit., 2022, p. 105: “L'esigenza di trovare sostegno nel terzo settore, creando un'amministrazione condivisa, in cui le parti sociali possano agire con lo scopo di rendere più fruibili e meno difficilmente finanziabili i servizi, si traduce proprio nell'intento di perseguire una equità sociale intergenerazionale, mai raggiunta dalle politiche di welfare sostenute negli ultimi decenni. Ed infatti, come accennato in precedenza, il sistema di welfare misto (in cui pubblico e privato cooperano per l'erogazione dei servizi sociali) ha incontrato i descritti limiti dei vincoli di bilancio imposti dalla normativa sovranazionale, ponendo delle problematiche di finanziamento (pubblico) di tali servizi e della qualità di erogazione degli stessi. Come facilmente intuibile, tali contingenze, oltre ad aumentare la spesa sociale, hanno generato uno scompenso di equità tra generazioni in ordine alla sostenibilità della spesa pubblica, finanziata, come detto, dai prelievi fiscali, nella misura in cui, ai giovani, sarebbe toccato ripianare i debiti prodotti dai più anziani. Gli strumenti individuati dal legislatore tentano, dunque, di porre al centro del sistema organizzativo, dei servizi sociali e di assistenza, gli enti del terzo settore, allo scopo di sgravare le amministrazioni dai costi connessi alla gestione di tali servizi e di riequilibrare il rapporto tra efficienza amministrativa ed effettività dei diritti sociali”.

zioni non lucrative, il che evidentemente rende plausibile, ed anzi imposto dalla Costituzione che pone tutti i cittadini sullo stesso piano rispetto alla sussidiarietà, che l'amministrazione perlustri fin da subito ciò che la società può offrire a tutti i livelli e, dunque, anche la convenienza, rispetto ai propri fini, di soluzioni di mercato provenienti dall'autonoma iniziativa dei cittadini che operano in regime di profitto. In questa prospettiva, è chiaro che non si possono condividere le opinioni espresse in merito dalla Corte Costituzionale⁹⁷, che paiono scontare una visione statica di terzietà rispetto al mercato delle attività di interesse generale e di precauzione verso le finalità di profitto riguardanti queste ultime che si ritiene non così nettamente poste in Costituzione, che nemmeno il Codice del Terzo settore esplicita e che, di contro, dovrebbero essere verificate nell'ambito del giudizio di adeguatezza da svolgersi in sede di programmazione. D'altronde, si deve pur sempre rammentare che uno dei principali precipitati della trasformazione dell'amministrazione in senso sussidiario è la valorizzazione delle funzioni di controllo amministrativo sull'operato delle formazioni sociali.

In quest'ottica, onde non esser indotti laconicamente a lamentare l'incostruzionalità della norma, in quanto contrastante con gli artt. 97 e 118 Cost., può osservarsi che la stessa, nel disciplinare il metodo del procedimento di programmazione, richiama i principi della l. 7 agosto 1990, n. 241 e, tra questi, quelli di efficacia e di imparzialità, i quali possono servire all'uso di porre l'obbligo per l'amministrazione in fase di avvio del procedimento di co-programmazione di perlustrare la sussistenza di enti in regime di profitto idonei ad offrire prospettive di gestione delle attività di interesse generale.

⁹⁷ Si anticipa, però, che secondo Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: *“Agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS: esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica. Infatti, la originale e innovativa (nella sua attuale ampiezza) forma di collaborazione che si instaura mediante gli strumenti delineati dall'art. 55 CTS richiede, negli enti privati che possono prendervi parte, la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva "terzietà" (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano”*.

Spetterà, poi, al momento conclusivo del procedimento di co-programmazione la decisione in merito ai contenuti della programmazione stessa.

In tale prospettiva, va però valutato anche che l'art. 55 esprime un indiscutibile favore verso gli enti privi di finalità lucrative. Sul punto, non può, peraltro, nemmeno trascurarsi che quando il dialogo con questi assume le sembianze di un contratto di interesse per il diritto dell'Unione, è questo stesso che – nei termini stabiliti dalle pertinenti direttive – riconosce regole di pubblica evidenza semplificate, fino alla possibilità, di procedure riservate a specifiche categorie di soggetti (a patto, però, che questa riserva costituisca strumento adeguato e proporzionato per il perseguimento di politiche sociali che i singoli Stati restano intitolati a svolgere⁹⁸).

Le indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione offrono spunti di riflessione anche interna. Si è visto, in particolare, che l'impianto del principio di sussidiarietà nel corpo della Carta costituzionale se ha dettato un precipuo ordine organizzativo di favore verso l'autonoma iniziativa dei cittadini⁹⁹, non ha influito sulla prerogativa del legislatore e delle amministrazioni, quali soggetti preposti al governo delle comunità, di esprimere le proprie visioni programmatiche¹⁰⁰; la stessa sussidiarietà – salve le visioni più estreme che riducono lo Stato ad un

98 Cfr. Corte Giust. UE, Sez. V, 6 ottobre 2021, C-598/19: “*Ne consegue che l'articolo 20, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 non contiene condizioni tassativamente elencate, ma lascia agli Stati membri la possibilità di adottare condizioni supplementari che gli enti indicati in tale disposizione devono soddisfare per essere autorizzati a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici riservati ai sensi di tale disposizione, purché tali condizioni supplementari contribuiscano a garantire gli obiettivi di politica sociale e di occupazione perseguiti da quest'ultima*”. In dottrina, si vedano le considerazioni svolte in D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 454 ss. e 473 ss..

99 Ordine organizzativo che, per parte della dottrina, non avrebbe intaccato l'originario dualismo pubblico-privato: V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 13: “*Resta viceversa escluso dal contesto della norma, come s'è accennato, il significato più esteso del principio di sussidiarietà orizzontale che trova riscontri tuttavia nel dibattito politico; quello cioè che impone al pubblico di ritirarsi da determinati interventi di carattere amministrativo laddove questi possono essere più proficuamente realizzati dall'iniziativa privata. Un significato cioè di subordinazione del pubblico al privato; nel senso che il primo non deve operare laddove il secondo possa meglio, più proficuamente, più economicamente, più efficacemente operare*”. Diversa parrebbe la posizione di U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 34 ss..

100 Ciò trova conferma nello stesso art. 55, il quale chiaramente, trattando della co-programmazione, pone in evidenza che si tratta di un procedimento in cui è l'amministrazione procedente ad individuare bisogni da soddisfare, modalità di realizzazione degli stessi e risorse disponibili.

ruolo scarso e minimale – non pone in discussione che gli apparati pubblici possano mirare alla realizzazione di indirizzi politici. L'idea di svolgere pratiche di trasformazione sociale volte al rafforzamento della struttura solidaristica e civica della società non sembra esorbitare dal perimetro di simili prerogative¹⁰¹ e, come tale, risulta valido fondamento per discriminare tra soluzioni *profit* e *no profit* in base all'art. 3 Cost.. Il punto, piuttosto, è quello di comprendere se tale discriminazione possa essere posta in via generale ed astratta a livello normativo o se, viceversa, sia da configurare, per qualche ragione, una riserva d'amministrazione¹⁰². Diversi argomenti lasciano propendere per questa seconda prospettiva. Il discriminare tra soluzioni *profit* e *no profit* infatti - intervenendo su di un ordine costituzionale che pone, quanto a sussidiarietà (art. 118, c. 4 Cost.), le formazioni sociali indistintamente sullo stesso piano e che, più in generale, non lascia trapelare una preconcepita diffidenza verso le formazioni sociali lucrative, che possono ascrivere alla stessa matrice di libertà delle altre (artt. 2 e 3 Cost.) - è conveniente che si esprima non quale soluzione astratta, come un sistema di preclusioni generali immaginate *una tantum* come congrue, ma quale riscontro concreto, esito – cioè - di una istruttoria amministrativa approfondita e condivisa, affinché la scelta, comunque discrezionale, si presenti adeguata e proporzionata, come tale in grado di giustificare una distinzione effettivamente destinata alla valorizzazione del *no profit* ma pur sempre foriera di disparità di trattamento tra enti lucrativi e privi di tale scopo. Anche in quest'ottica, pertanto, il coinvolgimento di tutti gli enti in grado di fornire apporti costruttivi utili si manifesta come irrinunciabile, vuoi nell'ottica dell'interesse amministrativo, vuoi quale presidio di tutela di soggetti, presumibilmente destinati a subire una soccombenza.

101 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 74: “la sussidiarietà non giustificerebbe alcun “arretramento del ruolo ‘sociale’ dello Stato”.

102 Cfr. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

3.2. La co-progettazione

Per l'art. 55 del Codice del Terzo settore, la co-progettazione mira alla definizione dei contenuti di specifiche iniziative¹⁰³ ma non necessariamente alla loro realizzazione, che la norma si premura di specificare che resta solo eventuale. Come si è visto per la co-programmazione, la norma fa della co-progettazione – come si è visto per la co-programmazione - uno strumento di dialogo riservato agli enti del Terzo settore, da selezionare secondo procedure comparative.

La dottrina, che si è occupata dell'istituto, ha con molta attenzione scandagliato questioni di assoluto rilievo e tra queste, anzitutto, il tema dell'assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica di provenienza europea (oggi rinvenibili nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) del procedimento di selezione degli enti con cui procedere alla co-progettazione. Mantenendosi fedeli alle iniziali indicazioni ed avendo nel precedente paragrafo lambito il tema nei termini in cui lo si è ritenuto rilevante, ci si può esimere da una dettagliata disamina, una volta chiarito che l'orientamento preferibile è quello che assume rispetto al codice dei contratti pubblici una visuale duttile, sicché quest'ultimo potrà trovare applicazione unicamente nei casi in cui la struttura contrattuale prescelta sia effettivamente da ricondurre ad una delle figure ivi espressamente contemplate, restando nei rimanenti casi applicabili solo i principi generali che l'art. 55, c. 4 del Codice del Terzo settore menziona. Ciò con la sola premura di specificare che per poter tenere la co-progettazione nel perimetro delle forme di amministrazione condivisa è necessario che il contratto venga costruito con metodi tali (e.g. dialogo competitivo) da renderlo la risultanza dell'attivo coinvolgimento

103 Cfr. R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit., p. 166: “La co-progettazione rappresenta un “luogo” – in senso astratto e giuridico – ed un “momento” – in senso procedimentale – di costruzione ed eventualmente realizzazione degli interventi sociali, improntato sul dialogo e sul confronto sinergico tra amministrazione ed enti del Terzo settore, attraverso la messa in comune di idee e di risorse (economiche, umane e materiali). [...] L'istituto de quo, ponendosi in un momento antecedente all'esecuzione delle prestazioni, rappresenta uno strumento di coproduzione “dal basso” dei servizi, che supera il tradizionale rapporto pubblico-privato fondato sulla dinamica committenza/fornitura in favore di una relazione paritaria tra i partners idonea a valorizzare le capacità, l'esperienza e le sensibilità degli enti del Terzo settore per l'individuazione e la realizzazione di interventi innovativi e personalizzati?”.

delle formazioni sociali. Che questo sia l'orientamento preferibile, risulta anche alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale che nell'istituto della co-progettazione individua la peculiarità di un mutualismo ed una compartecipazione di intenti che lo renderebbero del tutto peculiare rispetto al sinallagma proprio delle figure negoziali tipiche del codice dei contratti pubblici¹⁰⁴.

Una volta chiarito ciò, non resta che porre in evidenza – al fine di introdurre la questione del se l'ordinamento effettivamente accolga istituti per i quali l'espressione amministrazione condivisa possa un aver senso giuridico compiuto e risultare espressione dell'art. 118, c. 4 Cost. – che la definizione dei bisogni in sede di co-programmazione resta prerogativa dell'amministrazione (art. 55, c. 3), al pari della co-progettazione, ove la norma (art. 55, c. 4) si spinge fino ad evidenziare che è pur sempre l'amministrazione il soggetto cui è ascritto il compito di definire gli obiettivi generali e specifici dell'intervento, la durata e le caratteristiche essenziali dello stesso.

4. Co-progettazione e co-programmazione quali forme di amministrazione condivisa ai sensi dell'art. 118 Cost.. Conclusioni

Non par dubbio, perché le norme appena richiamate offrono un indirizzo chiaro in tal senso, che alla formula co-programmazione non può essere ascritto il significato di rendere le formazioni sociali partecipi del momento decisionale della funzione programmatoria. Lo stesso dicasi per la co-progettazione, con il solo distinguo che mentre l'epilogo della co-programmazione resta

¹⁰⁴ Cfr. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: “*Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»; cfr. L. GORI, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in www.federalismi.it, 2020, p. 179 ss.; F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 94.*

evidentemente strutturato come unilaterale, la co-progettazione pare fisiologicamente destinata a trasfondersi in un contenitore negoziale (contratto, convenzione che sia). Sennonché, sulla scorta di questo solo indicatore, la formula “amministrazione condivisa” non risulta che possa esprimere un qualche significato specifico, se non si vuole estenderla – con il rischio di renderla evanescente - a tutte le ipotesi in cui l’amministrazione contrae. D’altronde, anche in caso di co-progettazione, per espressa previsione di legge, è riconosciuta l’eventualità che le amministrazioni non concludano alcun accordo, perché la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento è concepita solo come eventuale, con ciò confermando che all’amministrazione spetta un ruolo decisorio preminente e pur sempre unilaterale.

Tutto questo appare conforme agli stessi indirizzi costituzionali osservati innanzi, cui è sembrato poter attribuire il significato per cui la funzione programmatica in materia di attività di interesse generale rimane assegnata alle amministrazioni (art. 118, c. 1 Cost.), sia pur con il computo precipuo di favorire i cittadini (art. 118, c. 4 Cost.).

E’ evidente allora, che, in questa angusta visione, non vi è modo per concepire uno spazio giuridico di amministrazione condivisa e men che meno una dimensione costituzionale di sussidiarietà (art. 118, c. 4 Cost.), perché la realizzazione di quest’ultima e l’idea di una condivisione non possono dirsi soddisfatte ove le formazioni sociali siano mere destinatarie di compiti. Se, però, è da accettarsi che non vi sia un momento decisionale unitario, il concetto di amministrazione condivisa si riespande, per assumere una propria fisiologia giuridica nel “coinvolgimento attivo” (art. 55, c. 1 Codice del Terzo settore) delle formazioni sociali che altro non è che un percorso¹⁰⁵ comune, intenso, costruttivo e veritiero.

105 Cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, n.c. della Costituzione*, in *Amm. in cammino*, 2004, p. 15: “Quando il principio di sussidiarietà orizzontale trova attuazione l'amministrazione non ha più di fronte un privato che difende i propri spazi di libertà o che reclama la soddisfazione delle proprie esigenze, bensì cittadini che si attivano di propria iniziativa per collaborare con l'amministrazione alla cura di quell'interesse altrui di cui quest'ultima ha avuto finora il monopolio; una pluralità di autonome iniziative si affiancano a quelle che l'amministrazione pubblica deve per legge realizzare e tutte insieme mirano al raggiungimento di risultati che sono nell'interesse generale?”.

ro di individuazione dei bisogni e costruzione delle migliori risposte onde farvi fronte¹⁰⁶. Tutto ciò, invero, si ritrova già nella l. 7 agosto 1990, n. 241, eppure in questa sede rileva che questa dialettica si impone giuridicamente e come si è provato a dire costituzionalmente in luoghi – quello della programmazione – usualmente esclusi dalla partecipazione procedimentale (art. 13 della l. 7 agosto 1990, n. 241).

Se questa anticipazione della partecipazione consente di rimarcare una peculiarità (almeno rispetto alla generalità dei casi) e quindi di prospettare un primo livello di significato per la nozione di amministrazione condivisa, non serve a spiegare in quale misura l'espressione possa essere invocata quale declinazione della sussidiarietà orizzontale per come prospettata dall'art. 118, c. 4 Cost.. A tal fine, infatti, non è sufficiente la mera partecipazione al procedimento programmatico, né che ad esito di esso cittadini o loro formazioni sociali siano destinatarie della esecuzione di compiti amministrativi, perché la Costituzione impone che la risistemazione dell'ordinamento in senso sussidiario non miri ad un coinvolgimento passivo ma stimoli l'autonoma iniziativa dei cittadini¹⁰⁷. Ne consegue, che l'istruttoria in materia di attività di interesse generale deve dirigersi verso la produzione di questo genere di risultati¹⁰⁸, tendenzial-

106 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “Tentando di tradurre queste esperienze in forme giuridiche, si è sostenuto, in altra sede, che le modificazioni intervenute in nome della doppia sussidiarietà portano a configurare una cittadinanza che i sociologi definiscono societaria, ma che ben potrebbe essere detta amministrativa, la cui essenza consiste nel fatto che gruppi sociali di residenti in un certo territorio, più o meno strutturati, partecipano alla vita delle collettività locali, realizzando compiti di interesse generale e confrontandosi con le pubbliche amministrazioni con modalità differenziate, come per esempio: a) partecipando a procedimenti normativamente regolati in cui la decisione spetta agli enti pubblici; b) partecipando a predeterminare con i soggetti pubblici le regole di un settore in cui agiranno soggetti privati e pubblici; c) svolgendo attività di interesse generale non profit a seguito di una gara pubblica; d) svolgendo attività di interesse generale non profit con successivo accreditamento pubblico; e) svolgendo attività di interesse generale non profit di propria iniziativa con o senza sostegni pubblici?”.

107 Cfr. M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 141: “Viene così stimolata la loro capacità di confrontarsi in modo collaborativo con la complessa dinamica degli interessi che la loro azione inevitabilmente viene a intersecare e che l'amministrazione deve sempre considerare in modo imparziale”.

108 Cfr. M. RENNA, *Beni pubblici e diritti d'uso pubblico. La resilienza delle prerogative collettive al mutare dei modelli di sviluppo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2022, p. 689: “È indubbio che l'apertura del sistema amministrativo e processuale alle istanze e alle domande di un pubblico molto ampio è questione complessa e ricca di pericoli, dovendosi salvaguardare al contempo il buon andamento del sistema e la sua capacità di offrire risposte con efficacia ed efficienza. Tuttavia, nel nuovo contesto dominato da una rivalità

mente restando indifferente se ciò accada attraverso la drastica ritrazione dello strumentario amministrativo a livello minimale ovvero mediante stipula di accordi, dal momento che questi dovranno comunque riflettere l'apporto creativo della società. In ciò si ritrova una effettiva peculiarità che connota tipicamente lo spazio di governo dell'amministrazione condivisa, quale bidirezionale¹⁰⁹.

Ciò – certamente - non si traduce nella visione più ortodossa possibile della sussidiarietà¹¹⁰, eppure si ritiene rispondente al significato che, nelle pagine precedenti, si è ritenuto accolto in Costituzione¹¹¹ ed al risultato ivi prefisso di

nell'uso delle risorse senza precedenti storici e dalla necessità di cambiare il modello di sviluppo rendendolo più attento ai bisogni della comunità, è necessario costruire un sistema di tutele più forte attorno alle cose che assicurano alla collettività utilità funzionali ad attuare i diritti dei suoi membri. Un sistema che, certo, non dovrà rinunciare al ruolo dell'amministrazione, ma allo stesso tempo dovrà dare più spazio a ciascun membro della collettività secondo le logiche tipiche della sussidiarietà orizzontale e della partecipazione”.

109 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 62: “Dalle molteplici forme di intersezioni tra privato e pubblico che si sono rinvenute nel nostro ordinamento si può, invece, dedurre che il principio di sussidiarietà orizzontale abbia natura bidirezionale quanto alla cura degli interessi a protezione necessaria. Per questi interessi, infatti, la sussidiarietà orizzontale interviene in maniera bidirezionale, nel senso che la responsabilità della loro effettiva realizzazione fluisce, senza soluzione di continuità, dalle amministrazioni pubbliche ai privati e viceversa, sempre al fine di garantire livelli essenziali di prestazioni”.

110 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., 1752: “il concorso dei privati nell'amministrazione pubblica potrà avere per certo un ruolo, ma sarà un ruolo naturalmente di contrapposizione e di garanzia, e al più potrà essere un ruolo di collaborazione, ma di collaborazione subordinata alla riserva della titolarità e dell'esercizio delle funzioni ai soggetti pubblici [...]: una collaborazione sussidiaria, che è esattamente l'opposto di quanto nel suo nucleo essenziale vorrebbe essere il principio di sussidiarietà”.

111 Cfr. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 72: “Più in generale si può dire che l'amministrazione condivisa è espressione di un paradigma profondamente diverso da quello che accomuna gli altri modelli. Infatti, questi ultimi, pur con qualche variabile al proprio interno, incorporano il paradigma bipolare della separazione tra autorità pubbliche e interessi pubblici, da un lato, e cittadini e interessi privati, dall'altro; l'amministrazione condivisa interpreta quello che è stato definito il paradigma sussidiario, in base al quale l'amministrazione pubblica ridefinisce lo spazio giuridico di azione coinvolgendo direttamente i cittadini per conseguire quegli interessi che non riesce a soddisfare o perché profondamente inadeguata (rispetto all'impatto delle tecnologie, alle esigenze di comunicazione che la co-amministrazione richiede) o perché vi rinuncia in una condizione di risorse limitate. I due paradigmi riflettono alla base due concezioni diverse del rapporto con il principio di uguaglianza. Nel paradigma bipolare la differenza dei cittadini è assunta come condizione iniziale naturale rispetto alla quale è compito della pubblica amministrazione garantire come minimo l'uguaglianza formale, ma anche impegnarsi per realizzare l'uguaglianza sostanziale secondo una modalità d'azione che è prevalentemente standardizzata. Nel paradigma sussidiario, invece, la differenza tra cittadini è vissuta come una ricchezza di cui l'amministrazione può beneficiare soprattutto se, realizzando sé stessi, i cittadini contribuiscono anche al progresso civile, sociale ed economico della comunità: è il prodotto di una combinazione articolata tra art. 2, 3 e 118, ultimo comma, Cost., a cui devono essere naturalmente aggiunti gli articoli dedicati alla pubblica amministrazione generalmente intesa. L'amministrazione condivisa mira a elevare il grado di soddisfazione degli interessi facendo leva sulle differenti capacità e risorse dei cittadini, purché queste siano spese per gli interessi generali e per questo non standardizzata ma incrementa prestazioni per raggiungere

veder esprimersi nel contesto delle attività di interesse generale le autonome capacità dei cittadini¹¹².

Un'ultima annotazione: in Costituzione la sussidiarietà è descritta quale prerogativa dei cittadini anzitutto singoli ma nella legislazione che si è osservata questi scompaiono del tutto. Non solo nella veste di potenziali soggetti interessati alla gestione di attività ma anche in quella di destinatari delle stesse prestazioni di interesse generale. Ciò lascia invero non poco da riflettere; non solo sulla base di quanto innanzi osservato in tema di sussidiarietà ma anche in virtù di recenti approfondimenti che hanno posto in luce la carica immediatamente costituzionale delle pretese individuali al godimento dei diritti sociali¹¹³.

livelli altrimenti inarrivabili?

112 Cfr. G. BERTI, *Art. 5 (commento)*, cit., p. 277.

113 Cfr. C. ACOCELLA, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali*, Napoli, 2022, p. 226 ss..